

ISSN 1667-4154

Academia

Año 7 - número 13 - 2009

Revista

sobre enseñanza
del Derecho



DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES



RUBINZAL - CULZONI
EDITORES

DIRECCIÓN

Mary Beloff
María Laura Clérico

CONSEJO EDITORIAL

Gonzalo Álvarez
Martín Böhmer
Mónica Pinto
Juan Seda
Guillermo Treacy

Colaborador del Consejo Editorial

Sebastián Scioscioli

© Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2004
Av. Figueroa Alcorta 2265, C1425CKB, Buenos Aires, Argentina
TEL.: (+54-11) 4809-5668
CORREO ELECTRÓNICO: dpublica@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*

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

DECANO

Atilio A. Alterini

VICEDECANO

Tulio E. Ortiz

CONSEJO DIRECTIVO

CLAUSTRO DE PROFESORES

Consejeros Titulares

Alberto J. Bueres / Alberto Dalla Via / Jorge L. Kielmanovich
Carlos A. O. Cruz / Osvaldo E. Siseles / Luis Mariano Genovesi
Daniel Alberto Sabsay / Noemí E. Goldsztern de Rempel

Consejeros Suplentes

Tulio E. Ortiz / Enrique N. Zuleta Puceiro / José Osvaldo Casás
Eduardo Barbarosch / Mary Beloff / Aurora Besalú Parkinson
Pedro Di Lella / Andrés Gil Domínguez

CLAUSTRO DE GRADUADOS

Consejeros Titulares

Alejo Monner Sans / Lilian Lapadula / Jorge Del Azar / Juan Curutchet

Consejeros Suplentes

Pablo Yannibeli / Fernando Barrera / Gabriela Castillo / Julio Aren

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

Consejeros Titulares

Hernán Arce / Daniel Álvarez Vega / Nicolás de la Cruz García / Vanina Uñates

Consejeros Suplentes

Rodrigo Guevara / Celia Loperena / Manuel Quinteros / Luciana Gallardo

Secretario Académico: Gonzalo Álvarez

Secretario de Hacienda y Administración General: Alejandro Gómez

Secretario de Investigación: Eduardo Barbarosch

Secretario de Extensión Universitaria: Juan Pablo Mas Velez

Subsecretario Académico: Sergio Brodsky

Subsecretario de Hacienda y Administración General: Luis Mateo Barreiro

Subsecretario de Extensión Universitaria: Carlos A. Bedini

Subsecretario de Vinculación Ciudadana: Aldo C. Gallotti

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora: Mary Beloff

Subdirector: Sebastián Picasso

Secretario: Andrés Heim

ÍNDICE

Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho
Año 7, número 13, 2009, ISSN 1667-4154

Artículos

- La interpretación “imposible”, o
el derecho como lenguaje escénico 9
Paulo Antonio de M. ALBUQUERQUE
- La enseñanza del derecho: ¿cofradía o archicofradía? 21
Alfredo BULLARD y Ana Cecilia MAC LEAN
- La enseñanza del Derecho Aeronáutico 49
Griselda CAPALDO
- El “diálogo” de las fuentes: fragmentación y coherencia
en el derecho internacional contemporáneo 71
Alberto DO AMARAL JÚNIOR
- El papel de los abogados en la interacción: la influencia
de la práctica de la resolución alternativa de conflictos
(ADR) sobre la educación y el pensamiento jurídicos 103
Frank FLEERACKERS
- La enseñanza del caso “Marbury v. Madison” 121
Alberto F. GARAY
- Por qué no enseñó “Marbury” (excepto a europeos
del Este) y por qué ustedes tampoco deberían 137
Sanford LEVINSON
- La enseñanza del Derecho Procesal Constitucional.
Experiencias y perspectivas 169
Adelina LOIANNO

Clásicos

- Nota sobre la entrevista de Alf Ross 187
Genaro R. CARRIÓ
- Autonomía 207
Ricardo GUIBOURG

Estudios e investigaciones

Cultura y derecho constitucional. Entrevista a Peter Häberle 215
Raúl Gustavo FERREYRA

¿Se puede estudiar a la trompeta sin escucharla
o verla? Sí, claro. En la Facultad de Derecho 239
Tomás MARINO

Educar para la democracia 249
María Alejandra PERÍCOLA

La discriminación como objeto de estudios
a nivel universitario. Una experiencia 269
Fermín Pedro UBERTONE

Actualidad universitaria

Programa de Derechos Humanos 2007-2008 275

Notas sobre el Primer Congreso de Pedagogía Universitaria
organizado por la Universidad de Buenos Aires 287
Sebastián SCIOSCIOLI

Bibliográficas

Reseña bibliográfica de: *Proyección social del derecho y clínicas
jurídicas en las universidades de América del siglo XXI*, Antonio
PEÑA JUMPA (coord.), Instituto Internacional de Sociología
Jurídica de Oñati, Madrid, Dykinson SL, 2005 295
María Ángela AMANTE

Artículos

La interpretación “imposible” o el derecho como lenguaje escénico*

PAULO ANTONIO DE M. ALBUQUERQUE**

Superada, al menos desde el punto de vista conceptual, la búsqueda de una identidad entre el objeto de conocimiento y el lenguaje que lo traduce, la teoría del derecho contemporánea se enfrentó con la necesidad de comprender cómo las relaciones de lectura, esto es, el modo por el cual se articulan los elementos estructuradores del sentido en un texto, actúan en el marco de un determinado contexto histórico. En los debates de la metodología jurídica que proliferaron a lo largo del siglo XIX, se procuró encontrar las determinaciones que pudiesen explicar, bajo una perspectiva ontológica o genética, la autoridad científico-intelectual y la obligatoriedad normativa de los textos jurídicos, sea invocando la vetustez de las costumbres y tradiciones nacionales, por vía del resucitado “espíritu del derecho romano”, sea por la soberanía de las investigaciones científicas, concebidas como libres de valoraciones y condicionantes. De ese modo se privilegió un uso instrumental y se consagró cierta perspectiva interpretativa.¹

Las concepciones teóricas desplegadas en el ámbito del Derecho Civil codificado ayudaron a edificar el ideal de un intérprete omnipresente, capaz de usar instrumentos de precisión para fijar el sentido válido de

* Los editores agradecen al autor el permiso para traducirlo y publicarlo en esta Revista. Traducción al español realizada por Carlos María Cárcova, profesor titular consulto de Teoría General del Derecho y Filosofía Jurídica, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

** Profesor de Filosofía del Derecho, Universidad de Fortaleza, Brasil.

¹ A partir del punto de vista de la crítica a la instrumentalidad ideológica, refiérase CORREAS (1993, p. 150) a una condición permanente por la cual “...existe una cesura absoluta –en el sentido de Gorgias– entre el sentido del discurso jurídico y las relaciones sociales que modaliza. La relación entre ambos es una *adjudicación* realizada por el productor del discurso”.

un texto.² En las derivas de la aplicación casuística, sin embargo, continuó existiendo un estereotipo ideológico, paradigmáticamente ilustrado por la figura del llamado “buen juez Magnaud”.³ Éste fue transformado en objeto caricatural de una “bonhomía” ineficaz, porque resultaba opuesta al ideal de acción técnica restauradora, ella sí, del orden impersonal y científico dentro del cual el juez existiría apenas como “máquina de subsumir”. Al contrario de lo que pretenden los defensores de un supuesto dominio de la escena jurídica por los “demiurgos de la ley”, éstos no llegaron nunca a consolidarse como tales; de allí las tentativas de “eterno retorno” de las teorías esencialistas, utilitaristas o contractualistas, como reacción frente a la precariedad de los modelos del positivismo legalista; tal circunstancia también explica el surgimiento de corrientes del positivismo jurídico de mayor sofisticación teórica y filosófica, capaces de adoptar mecanismos de equilibrio conceptual y “ponderaciones”.

Cierto es que a partir de la superación de los estrictos límites del mencionado positivismo legalista, queda claro que el derecho no podrá ya ser visto como autónomo respecto de la realidad social circundante. En el otro extremo, tampoco ser encuadrado dentro de un “método universal” exento de “impurezas”: entre otras razones, la no coincidencia entre *ius* y *lex* trasciende las tentativas de adaptar el derecho a los cánones metodológicos de otras disciplinas o de depurarlo por medio de cosmogonías *ad hoc*, materialismos trasplantados sin mediación adecuada o narrativas biologizantes. En este sentido, puede afirmarse que las mismas metáforas naturalistas y los discursos científicos no dejan de representar una búsqueda de consistencia conceptual (y también de legitimación) en la aplicación de las normas jurídicas, sea valiéndose de la apelación a las “fuentes”, capa-

² Distinguiendo la actitud antropológica del estudio del derecho con relación al estudio de las otras ciencias, observa LATOUR la abundancia de textos y el lenguaje codificador como obstáculos más notorios (2004, p. 140): “En anthropologie des sciences la matière était trop visible et les textes pas assez”; “En zon anthropologie des sciences la matiñere était trop visible et les textes pas assez anthropologie du droit cést línverse, les textes sont onipresents, leur materialité invisible”.

³ Paul MAGNAUD (1840-1926), juez del tribunal de Château-Thierry y de París, famoso por su actuación pionera del protagonismo judicial frente a los otros poderes de la administración pública francesa, en la interpretación extensiva de excluyentes de criminalidad basadas en “atenuantes sociales”, tales como el hurto famélico, la mendicidad y desviación al adulterio, o bien con el reconocimiento del derecho de huelga, de la seguridad del trabajo, la valorización de la mujer, etc. (MARQUES, 2001).

ces de delimitar los niveles de significación del derecho –pese a las dificultades presentadas para relacionarlos entre sí o explicar su criterio interno de selección–, sea apelando a un cuerpo legislativo “omnisciente”, materializado en una volátil “voluntad del legislador”, traductora de un “espíritu de pueblo”, verdadera reencarnación de los antiguos conductores de pueblos en el desierto, intermediarios de las leyes fundadoras.⁴

Aparte del apriorismo y del voluntarismo metodológico de estas posturas, se puede reconocer en ellas una nueva actitud hermenéutica en formación, capaz de traducir de modo más adecuado la relación problemática del intérprete con el texto jurídico, proyectando al mismo tiempo una visión del mundo sobre el texto y una acerca del propio derecho.⁵

Ese nivel de “reflexividad” es reforzado por la llamada crisis de autoimagen científica de las ciencias humanas, cuando su modelo de fundamentación pasa a ser discutido en el debate epistémico entre explicación y comprensión. Ello repercute en la actitud misma del intérprete frente al texto, siendo éste ahora percibido no como el contenido de un sentido previamente establecido, sino como territorio comunicacional, donde se da una permanente creación y recreación de sentido. Se destacan, sin duda, en ese proceso las nuevas formas tecnológicas de saber jurídico, con la institución del “locus” constitucional de protección de derechos, como orientador del conjunto de la producción normativa y de la expansión del imaginario social acerca del rol de las profesiones jurídicas. Entre tradiciones y horizontes de sentido, el texto habla no sólo de sí, sino de algo que va más allá, retomando desde otra perspectiva aque-

⁴ Se dice que los legisladores del siglo XIX, ciegos por los preconceptos de las nuevas elites recién llegadas al poder, perdieron las virtudes dialogales presentes en sociedades comunitarias, como analiza Ost (2007, pp. 46 y ss.) con base en la imagen arquetípica de Moisés y el derecho por él creado después de un proceso de intenso diálogo y negociación entre Yavé y su pueblo, resultante en la imagen de un nuevo Dios, ahora no más vengativo y colérico, mientras el pueblo de Israel aprende, a través de sus propios tropiezos, a ser libre.

⁵ En el límite, trátase de la tendencia contemporánea, como percibe CHRISTENSEN (1989, p. 49), de sustituir la perspectiva del estructuralismo clásico, por la cual la perífrasis de un texto deriva de su gramática, y en su lugar adoptar el texto como carente de un “centro” determinado. La interpretación se torna así un proceso inseparable de creación y concentración, por la cual la transformación preformativa de la regla se torna la condición misma de su continuidad como forma de vida, en oposición a la idea tradicional de verla como entidad “platónica” (íd., p. 69).

llo que en la Antigüedad clásica fuera llamado *jurisprudencia*, esto es, el arte de decir el derecho, con prudencia.⁶

En tal escenario se reproduce la presentación imaginaria del intérprete-juez como una especie de síntesis o compromiso negociado de concepciones teóricas y semi-teóricas del derecho, entre ciencia y sociedad: del juez miembro del cuerpo soberano del Estado, al juez “boca de la ley”; del juez ocupado en los contratos, al cientista militante de una disciplina por sí misma libre para la emisión de juicios de valor; del conciliador de conflictos sociales, al ingeniero reformador de la realidad. Juez ciudadano o juez Hércules; administrador de justicia u operador de derecho; se parte de la noción de que existe un “modelo” a ser seguido, o que puede ser parcialmente explicado por la dificultad de adquirir permanencia o estabilidad, en virtud de las circunstancias extremadamente diversificadas que competen a la actuación judicial.

La existencia de una identificación implícita o expresa entre actividad decisoria y actividad científica, típica pero no exclusiva del positivismo legal, sólo refuerza la sospecha de que la delimitación entre los diversos saberes acerca del derecho es continuamente puesta a prueba y está lejos de ser pacífica.

Más que de reducir excesivamente la complejidad de esas relaciones, se trata aquí de proponer una metáfora de experimentación textual, para analizar las complejas relaciones del intérprete con el texto normativo. Guardadas las debidas proporciones, nos referimos al “escenario”, es decir, la metáfora del teatro, hecha no tanto en función de la tradicional analogía con “actores” y “roles”, sino acentuando, sobre todo, una referencia interna, presente en la interpretación de los textos dramáticos, la relación cambiante de la tríada lector/actor/público, capaz de tomar en cuenta las circunstancias performativas que envuelven el texto considerado, al pensarlo como algo a ser expresado y no representado.⁷ No se

⁶ No se deben desconocer, a su vez, los desplazamientos en sentido y el efecto socializador excluyente propiciado por la indeterminación de significantes como “prudencia”, “razonabilidad” o “buen sentido”, este último muy bien caracterizado por Descartes, en su introducción al *Discurso del Método*, como “la virtud mejor distribuida entre los hombres, porque todos creen poseerla”.

⁷ DOUZINAS (2009, p. 37) registra que la conciencia de la naturaleza performativa del derecho aparece tempranamente en los trabajos de retórica jurídica de Cicerón: “unus

trata, por lo tanto, de la búsqueda de un “sentido original intocable”, que necesita apenas ser reproducido, sino de una actitud deliberadamente creativa, aunque dentro de límites situacionales bien claros, tal como propone uno de los grandes maestros del teatro contemporáneo:

Es “la vida del espíritu humano”, no manifiesta, sino interiormente sentida, que fluye ininterrumpida bajo las palabras del texto, dándole constantemente justificación y existencia. El subtexto es un tejido de múltiples y diversas líneas interiores de la obra, y el papel, hecho de “sés” mágicos, todo tipo de ficciones de la imaginación, circunstancias dadas, movimientos internos, objetos de atención, verdades pequeñas y grandes, y la creencia en ellas, adaptaciones, ajustes y otros elementos similares. Es el subtexto lo que nos hace decir las palabras del papel.⁸

Es sabido que las palabras son algo más que meras enunciaciones: forman un proceso en y por el cual la percepción intelectual y la intuición performativa interactúan constantemente. De allí que resulte estructurante la tarea de atribuir expresión a un texto (más allá de una perspectiva meramente autoral) cuando exige respetarlo no solamente en su integridad (contexto personal de la obra y su época, densidad dramática de la narrativa y de sus personajes, etc.) sino también, además, actualizarlo por la vivencia de quien lo interpreta, sin que ningún modelo interpretativo pueda valer como definitivo o agotar las posibilidades del texto en cuestión. Así, la producción de “verdad” textual resultará de un proceso continuo de perfeccionamiento experimental de quien lo recrea en forma articulada con la respuesta potencial del “público”, toda vez que un excesivo apego a su literalidad y presentación volvería la *performance*

sustineo três Personas; mei, Adversari et Judicis”. Se advierte, sin embargo, como dice HANSEN (2006, p. 51), la profunda diferencia con relación al moderno uso de textos impresos: Actualmente, hablar de retórica implica evidenciar, para el lector de textos escritos, un texto virtual pasible de ser construido imaginariamente por él cuando se encuentra en contacto con una página. En ese sentido, el desarmado de la alegoría se hace como rearmado de un acto de magia y de sus reglas. El espacio de la urbe romana, cultura oral que hipervaloriza la memoria de costumbres, la Retórica efectuaba una estratificación de los discursos, sectorializándolos en el sentido de varios campos de significación siempre probables y previsibles, por subcodificaciones cognoscibles o conocidas por todos.

⁸ STANILAVSKI, 1997, p. 85.

inverosímil. A pesar de que la *presentación* del texto tenga siempre que hacerse a partir del contraste de situaciones particulares, hay toda una estructura de racionalidad que le presta un “carácter”, capaz de hacerlo reconocible aun con la renovación que supone su realización performativa.⁹

Se puede argumentar así que la viabilidad comunicacional de un texto jurídico se da en la medida en que la *performance* interpretativa se confirma a sí misma por medio de una especie de estructura “transversal” vehiculizada por una sociedad “semi-abierta” de intérpretes. Esto porque no se puede olvidar que es imposible alcanzar el ideal de “transparencia”, no sólo por el hecho de que existen diversas posturas cognitivas y disonancias posibles –implicadas en una perspectiva de potencial controversia u oposición, como ocurre en el caso de litigantes o sujetos que disputan derechos en un proceso adversarial–, sino también por el hecho de que, desde el punto de vista institucional-corporativo, los operadores jurídicos participan de la fijación del sentido de la norma a partir de un “desnivel” en relación con el observador común,¹⁰ lo que es sustentado por la existencia de una lógica interna propia de las organizaciones jurídicas (aunque éstas puedan convivir, hasta cierto punto, con jerarquías informales en la circulación social del saber jurídico).¹¹

⁹ Al referirse a las transformaciones de la hermenéutica bíblica (donde la hermenéutica jurídica tiene fuerte influencia), HANSEN (2006, p. 95) registra el uso moderno de la interpretación alegórica como teatralización de la presencia de Dios, propuesta lingüísticamente como “*cena imaginaria en que actúa un actor que, cuando se muestra, no para ‘antes, prosa inscripta en las cosas del mundo’, o ‘além’, Verdad trascendente que se revela en su aparición en la Cena mas lateralmente, descolocándose en simultaneidad con el sistema retórico puesto a funcionar en la práctica interpretativa*”.

¹⁰ “In purely pragmatic terms, the vernacular must therefore efface itself and the non-legal speaker learn through that erasure of voice to benefit from complicity in the community of legallanguage, a complicity that takes place through representation and lodges both civility and fate in the hands of the profession” (GOODRICH, 1990, p. 185).

¹¹ LATOUR (2007) aboca en este sentido, a partir de su teoría del “actor-red” (“ANT Theory”), sobre la necesidad de las ciencias sociales de romper con esa separación, constante en el tradicional análisis que hace del conocimiento común, en relación con el cual ellas pretenden ser representantes, olvidando así el efecto coconstitutivo de que ambas prácticas epistemológicas (ciencia y sentido común) ejercen en la delimitación de lo que convencionalmente llamamos “realidad social”. Falta el autor,

Esos elementos a los que a veces se alude, simplemente, como “cultura jurídica” se hacen presentes, aunque de forma no siempre consciente, en la adecuación interpretativa de un texto a su contexto de interpretación,¹² construyendo, para la mirada externa, un lenguaje que en mucho se asemeja al absurdo ilocusionario de la magia. Así lo sugiere la percepción admirable de Olivecrona (2005, p. 63): “se produce un efecto simplemente pronunciando palabras y diciendo que eso debe ocurrir”. Tanto más que esos lenguajes no siempre asumen las tenues relaciones existentes entre el interpretar y el construir los textos en que se basa, ni atienden el hecho de que el propio lenguaje hablado envuelve una densa red de relaciones que implican disputas y hegemonías de sentido, aun cuando se trate del uso de metáforas (Fairclough, 2008), como resultó evidente en el caso del positivismo. Por lo contrario: en la visión hermenéutica tradicional, se generan verdaderas “jerarquías descendentes de fidelidad a la ley” (Busse, 1989, p. 96) expresadas en “métodos” de interpretación que no resisten ningún abordaje crítico consistente: son los llamados métodos “histórico-evolutivo”, “teleológico”, “gramatical”, “sistemático”, etc., que predominan por obra de un voluntarismo metodológico que evoca claramente el sistema medieval de cánones exegéticos de los textos bíblicos citados por Hasen (2006, p. 103): “historia”, “alegoría”, “tropología”, etcétera.

Por otro lado, es cierto que el destino normativo (deóntico) del texto jurídico le otorga función diferenciada en relación con otros textos, tanto por estar normalmente atento a la decisión de un caso concreto cuanto por presuponer el involucramiento de naturaleza “subjética” con el re-

por lo tanto asumir que esa actitud “normativa”, a su vez, no está exenta de crear efectos de poder de parte del observador encargado de monitorear las fronteras –que continúan existiendo– entre esos saberes.

¹² Desde el punto de vista del análisis de práctica conversacional, FAIRCLOUGH (2008, pp. 112/113) resalta el equívoco de dar excesivo énfasis al contexto secuencial como si fuese el único responsable de la lectura del texto, sin tomar en consideración de qué tipo de discurso se trata. El efecto de interpretación sobre el propio contexto y la existencia de otras dimensiones, a saber: vocabulario, gramática, cohesión estructural (elementos textuales), fuerza del texto, coherencia e intertextualidad (elementos de la práctica discursiva, más allá de la práctica social propiamente dicha que constituye un territorio mayor). Así, “donde las preguntas deban ser respondidas, hay una probabilidad de que sean tomadas como tácitas las asimetrías de estatus entre los sujetos nítidamente delimitados” (íd.).

sultado de la interpretación, generando efectos concomitantes de poder (interpretaciones “alternativas”, manipulación, uso del lenguaje como violencia simbólica, etc.) que tienden a axiomatizar los puntos de partida o, por otro lado, “los sobreinterpreta” (ECO, 1993), llegando a conclusiones particularistas o arbitrarias al trasladarlas de la idealizada esfera puramente “científica” y expandirlas casuísticamente, por obra del poder regulador-censitario.¹³ Pese a esas particularidades, mientras tanto, la interpretación jurídica continuará siempre, como todo discurso técnico-científico, siendo permeable a interferencias comunicacionales “extrañas” como parte de la estrategia de incorporar discursos legitimadores del mundo social y político, ocultado en el sentido jurídico *deòntico*, el sentido ideológico del que el texto es portador:

En el caso del derecho, su sentido ideológico está constituido por descripciones que pertenecen a “sistemas significantes” que pueden estar ausentes, pero que pueden estar “connotados” por la presencia, en el mismo texto, de sólo uno, o algunos, de sus elementos (Correas, 1993, p. 170).

De este modo, y aun en referencia a la citada analogía metafórica de la interpretación teatral, la estructura significativa de los textos jurídicos puede ser vista con Zagrebelsky (2008, pp. 171 y ss.) como una interferencia plural de elementos “dramáticos”: la tríada intérprete/texto a ser interpretado/destinatarios de la interpretación, entendida ésta como una relación equivalente a la que existe entre autor/actor/público. A la “autoridad” o al “operador” les cabe decidir la validez de un texto normativo, dentro de los marcos institucionales de un Estado de Derecho Democrático, y ellos se ven inclinados a actuar en planos normativos y sociales concomitantes –no necesariamente congruentes– tanto cuando opera el código primario de reconocimiento/ identidad del derecho como derecho válido, como cuando se lo vincula a dimensiones ideológicas e intertextualidades, que ejercen la función de “constreñir” sin que necesariamente su legitimidad sea puesta en cuestionamiento.¹⁴ En este sentido cabe evo-

¹³ “Desde el punto de vista de la totalidad simbólica, el espíritu propietario y el espíritu jerárquico son una única y misma cosa”. LEGENDRE, 1983, p. 200.

¹⁴ Como ejemplo de “códigos” influyentes a la manera que aquí designamos como intertextual cabe mencionar la siguiente clasificación propuesta por CORREAS (1993, p. 171): Sintáctico gramatical (desciframiento del significado); regla de reconocimiento

car, con Capella,¹⁵ que el derecho puede expresar perspectivas de ampliación de competencias sociales y sancionar formas de distribución desigual de bienes y de poder, formas que “suelen aparecer ‘naturalizadas’ en el discurso social hegemónico: lo justo es lo natural, lo inevitable”.

La superposición entre el discurso científico y el discurso político es, mientras tanto, apenas uno de los pilares en donde se apoya este proceso, porque no es sólo al jurista a quien está reservada la tarea de “creación del futuro” (Arendt), o de establecer el resultado deseado de la interpretación, para después obtener su justificación; la credibilidad misma de la interpretación depende de la selección previa de un conjunto de características que componen el “marco” social de la interpretación, que varía con la capacidad misma de creación de nuevos sentidos posibles. Por ello es que la interpretación llamada exegética o literal resulta, al decir de Zagrebelsky (2008, p. 240):

...la più aperta di tutte le interpretazioni, aperta eventualmente a tutti gli imbrogli e i trucchi gesuitici, magari a fin de bene, come in Shakespeare; “Mentire di fatto dicendo la verità letterale è la cosa più facile del modo, come peccare senza violare la lettera della lege”.

Es esa simbiosis entre el texto y las formas de su enunciación que hace tan extrañas las posturas interpretativas esencialmente “dogmáticas” (en el sentido “constrictor” de la expresión), impidiendo que el hermetismo se apodere de los textos jurídicos y detenga el curso del tiempo.¹⁶ Es que, aun considerando la característica de “misterio”/indeterminación inherente a ciertos conceptos jurídicos –como es el caso de los “principios”

o norma fundante (establecimiento del sentido de óntico); código de connotación de un sistema signficante presente (descripción falsa o ficción) con solamente algunos elementos, y el código de descripción de la sociedad, resulta aceptada como científica.

¹⁵ Prefacio a CÁRCOVA (1998, p. 8). También CÁRCOVA (íd.) muestra la actuación paradójal del derecho: Dado que todo acto de poder provoca resistencia, él no actúa sólo como fuente de ocultamiento de la dominación, sino proporcionando al mismo tiempo constantes posibilidades de liberación.

¹⁶ Tal como Eco (1993, p. 37) caracteriza el sentido paradójal de la actitud hermética, cuando el texto deja de tener sentido válido al tiempo de ser comprendido, residiendo en su permanente “misterio” la clave para su “verdadera comprensión”, sustituyéndose así la utopía del entendimiento por la *ideología de la autoridad*, comunidad de todos los textos a ser alcanzada como meta atemporal.

en su fuerza movilizadora-, restará siempre el deber de comprobar la relación entre lo que se fundamenta y cómo se fundamenta, por medio de un proceso argumentativo, localizado en el tiempo y en el espacio. Aun a pesar de las posibles distorsiones inherentes a situaciones de poder e interés, por ejemplo, el manejo de las normas de competencia, capaz de tornarse una verdadera fuente productora de “mitologías”, de adaptar variados “*phisiques de rôle*”, “personas” y “escenarios” a gusto de las conveniencias y de los humores en juego.

Lejos de pretender, por tanto, reducir los límites de la presentación textual del imaginario codificador y las relaciones entre política y derecho, cabe admitir el recurso retórico a la alternancia lógica de dicotomías tematizadoras (Llompарт, 1993) tantas veces presentes en la historia de la teoría y la filosofía del derecho, las cuales atienden la capacidad de promover distintas concepciones estratégicas y tomas de posiciones del intérprete. Lo mismo parece ocurrir cuando, por ejemplo, el discurso constitucional contemporáneo jerarquiza la referencia a “ponderaciones” y “proporcionalidades”, como “criterio último” de validez que la interpretación debe proveer. En realidad, de ese modo, lo que se consigue es retomar una lógica interpretativa por la cual opciones y preferencias aparecen ocultas detrás de una “neutra” y “objetiva” administración teórica de conceptos. La nítida influencia utilitarista presente en tales reduccionismos permite abrigar dudas sobre todo lo “oculto”/ocultado, presupuesto en la definición del proceso interpretativo como equivalente a una opción no problematizada: el “fiel” de la balanza -para usar esa misma metáfora-, que no es, el mismo, ponderado.

Ciertamente, otras figuras discursivo-retóricas y perífrasis verbales definidoras del ambiente “escénico” de la interpretación del texto jurídico se hacen también presentes, puesto que el lenguaje jurídico tiene la destacada capacidad de establecer ciertos contenidos, y admitir al mismo tiempo, aunque por implícitas, otras referencias argumentativas, que están presentes en los intersticios de la “prioridad pragmática” de sus textos. De modo que desde el punto de vista de la estructura literaria, tratan los textos jurídicos mucho más como prescripciones de definiciones o narraciones que propiamente como narrativas (Robles, 1998, p. 59), consideradas éstas como categorías de espacio/tiempo/personas/objetos, por las cuales vienen las normas dotadas de una carga histórica, que

proyecta la experiencia de un pasado considerado como inmutable y reiteradamente actualizado por la autoridad jurisprudencial.¹⁷ Circunstancias personales y materiales del ámbito normativo son redefinidas como elementos de composición formal, depurando un sentido “catártico” del intérprete en el proceso de atribución de sentido (“inmunización”, en la jerga sociológica) a lo largo del cual será construida la norma concreta de decisión, por la cual –puede decirse– las situaciones vivenciadas cotidianamente serán “representadas”.

De ahí que el recorrido dramático pueda también, por esa razón, retratar las trayectorias conceptuales del proceso interpretativo: como reconoce Magris (apud Zagrebelsky, p. 240, nota 4), al analizar la actuación hermenéutico-redentora del personaje de Porzia, en “El mercader de Venecia”, de Shakespeare. Cuando el drama sufre una inflexión radical respecto del destino del personaje, antes condenado a morir, para cumplir su parte del contrato. La sutil interpretación del pacto jurídico que propone el abogado que la dama travestida encarna, lo reduce a la nada, no sólo al cuestionar su legitimidad sino valiéndose de su estricta y positiva literalidad. La ley vigente es preservada, pero superada, al tratarse el problema no sólo desde la perspectiva del contenido inmoral del contrato, sino también ateniéndose a sus precisos términos, en el brillante juego de los intereses en pugna: “*Il sorriso prende il posto del drama*”. Puede afirmarse que la realidad del derecho es pródiga en tales mudanzas escénicas, aunque no siempre ellas permitan saborear, a través de una sonrisa, el logro de la justicia por fin realizada.

¹⁷ El propio ejemplo del símbolo de la justicia como una dama vendada recrea, como lo destaca BOLLIA (2008, p. 37), una concepción que originariamente servía de ejemplo de su opuesto, siendo citada por la literatura satírica del Medioevo como representación crítica de la justicia venal, incapaz de distinguir las reales desigualdades entre los hombres. Aquí cumple recordar en este sentido el comentario de PIGNATARI (2003, p. 56), quien partiendo de WIENER sostiene que la entropía negativa de la comunicación trivial tiene que ser quebrada por la capacidad de producir información que sorprenda, dando lugar a lo nuevo. Y lo nuevo, puede pensarse también como confirmación de lo antiguo con otras ropas, o siguiendo con la misma imagen, develamiento-revelación de nuevos velos.

La enseñanza del derecho: ¿cofradía o archicofradía?*

ALFREDO BULLARD** y ANA CECILIA MAC LEAN***

1. INTRODUCCIÓN¹

En un examen de grado para obtener el título de abogado, el graduando había tenido un rendimiento deficiente. Cuando el presidente del jurado le informó que su examen había terminado, el alumno pidió que se le concediera el derecho a una pregunta adicional:

– Muy bien. Dígame señor qué es una cofradía – le dijo el presidente.

El graduando se sintió sorprendido. Los expedientes que sustentaban eran uno de contratos y otro de derecho penal, y ninguno mencionaba o guardaba relación con nada parecido a una cofradía y no tenía la menor idea de lo que le estaban hablando.

Ante el silencio del graduando, el presidente le insistió preguntándole si sabía la respuesta.

– No, señor –respondió el graduando– ...pero creo que tengo derecho a una última oportunidad, porque mis expedientes no guardan relación con ese tema.

– Muy bien señor. Usted tiene otra oportunidad: ¿qué es una archicofradía? –repreguntó el presidente.

* Publicado originalmente como BULLARD, Alfredo, “La enseñanza del derecho: ¿cofradía o archicofradía?” en *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, Buenos Aires, Seminario Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA, 2002.

** Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. Máster en Derecho, Universidad de Yale, EE. UU., 1991.

*** Abogada, Juris Doctor de la Georgetown University Law Center, EE. UU.

¹ Es importante resaltar que este trabajo se refiere principalmente a la enseñanza tradicional del Derecho en Latinoamérica, tomando como experiencia específica el caso de la enseñanza del derecho en el Perú.

El graduando volvió a mantener un largo silencio. Ante la nueva pregunta del presidente sobre si sabía la respuesta el graduando sólo atinó a decir:

– Señor, me parece que a pesar de ello me merezco una última oportunidad. Por favor, fórmeme una última pregunta.

– Está bien. Pero ésta es la última: ¿cuál es la diferencia entre una cofradía y una archicofradía?

El graduando fue desaprobado.

Muchas veces, el recorrido por las aulas deja a los alumnos, y posteriormente graduados, con la misma sensación que deja esta anécdota (que, dicho sea de paso, es real). Hay preguntas y conceptos que aparecen ante nuestros ojos en las Escuelas de Derecho y que no guardan relación con lo que estamos viendo o que no tienen ninguna utilidad práctica.

Pero además esas preguntas, sin perjuicio de su impertinencia al tema que fue objeto de evaluación, reflejan la capacidad del conceptualismo para llevarnos a preguntas sin respuestas. Era evidente que luego de la respuesta a la primera pregunta, el alumno estaría en incapacidad total de dar respuesta a las demás. El arte del juego no era encontrar respuestas, sino preguntas sin respuesta.

La educación legal no escapa a esta concepción y, por el contrario, suele reforzarla. Es que no podemos desvincular la enseñanza legal de la concepción que tenemos del propio derecho. Finalmente, una universidad forma abogados para que, valga la redundancia, actúen como abogados, y los abogados actuamos en el contexto de un derecho definido en una realidad. Pero debe ser un derecho para encontrar respuestas y no sólo preguntas sin solución.

El derecho cambia casi como cambia el mundo. Y el mundo ha cambiado mucho en los últimos años. Es más, el cambio en el derecho ha afectado sus bases mismas, lo que pensamos de él y lo que el propio derecho piensa de sí mismo. Ello a pesar de que, como solemos decir, el derecho siempre está detrás de la realidad, porque la realidad cambia más rápido que la capacidad que tiene el derecho de asimilar el cambio.

Así como el derecho se rezaga de la realidad, la educación legal se rezaga del derecho. La educación legal parecería tener menos capaci-

dad de cambio de la que ya un derecho capturado por la inercia de la permanencia suele tener.²

Lo que se plantea en el presente trabajo es cómo entender la realidad, el derecho y la educación legal en la relación que se establece en el cambio institucional en los últimos años. En otras palabras, trata de responder a la pregunta, ¿cómo debe cambiar la enseñanza del derecho para tener capacidad de cambiar la realidad?

2. EL "DERECHO DE CONCEPTOS" Y EL *IUS IMPERIUM*

2.1. LA "JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS"

Iering, un jurista alemán, tuvo un curioso sueño. Soñó que había muerto y que era conducido a un paraíso especial reservado para los teóricos del derecho. En él se encontraba uno, frente a frente, con numerosos conceptos de la teoría jurídica en su absoluta pureza, libres de la contaminación de la vida humana. Allí estaban los espíritus incorpóreos de la buena y la mala fe, de la propiedad, de la posesión. Estaban así mismo los instrumentos lógicos para manipular y transformar esos conceptos, pudiéndose así resolver los más apasionados problemas del derecho. Una prensa hidráulica dialéctica para la interpretación nos permitía extraer a presión un ilimitado número de interpretaciones a cualquier norma jurídica; un aparato para construir ficciones y una máquina para partir cabello en 999.999 partes iguales, y en manos de los juristas más expertos podía dividir cada una de las partes resultantes en, a su vez, 999.999 partes. Las posibilidades de este paraíso eran ilimitadas para los juristas más calificados, siempre que los mismos bebieran un líquido lácteo de las cosas terrenales de los hombres. Pero para los juristas más expertos, el líquido era superfluo, pues nada tenían que olvidar.³

² En Latinoamérica, hay casos patéticos de ello. En una ocasión hubo una reforma importante de las normas concursales peruanas. El cambio fue dramático y modificaba toda la filosofía del sistema. Un profesor dijo que pensaba seguir enseñando con la antigua Ley de Quiebras, porque en su opinión era mejor. El resto del semestre los alumnos estudiaron una ley derogada.

³ Citado por COHEN, Félix, *El método funcional en el derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 11-12.

El sueño de Iering nos recuerda que los abogados solemos, al menos en Latinoamérica, usar dos conceptos que son una suerte de lugares comunes. El primero es el de “ciencia jurídica”.⁴ El segundo es el de “naturaleza jurídica”.

Ambos conceptos reflejan una visión determinada del derecho y al hacerlo afectan cómo se enseña el derecho en las universidades. Por un lado está la idea de que el derecho es una ciencia, y que como ciencia tiene un objeto propio. Dado que tiene su propio objeto es posible descubrir en el mismo “cosas naturales”, como quien descubre un nuevo elemento químico, una ley física o una nueva especie animal o vegetal. Y entonces aparece el concepto de “naturaleza jurídica”, como el descubrir un objeto nuevo en una realidad capaz de ser definido conceptualmente.

Pero el derecho no tiene un objeto natural; es ante todo un sistema de regulación de conductas antes que una ciencia. Su objeto, lejos de ser natural, es consecuencia de la creación del hombre. El derecho es creado por el hombre, y su “naturaleza”, y la de las instituciones, cambia tan pronto el legislador cambia la ley que la regula. Como bien dice Kirchmann, “tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura”.⁵

Así, los abogados (o los “juristas” que no son sino los abogados con aspiración de científicos) envidiamos a otras ciencias el que tengan un objeto propio que antecede al conocimiento que lo estudia, y tratamos de “neutralizar” esa envidia inventándonos “naturalezas jurídicas” inexistentes, porque a fin de cuentas el objeto de nuestra “ciencia” no precede al conocimiento, sino que es consecuencia del mismo. Y en ese mundo las cosas son manipulables y cambiantes, como si un físico pudiera por decreto derogar la Ley de la gravedad o un químico añadir a su entera voluntad una docena de nuevos elementos a la Tabla Periódica de los Elementos.

⁴ El curso de introducción al derecho en la Universidad Católica del Perú se llama “Introducción a las Ciencias Jurídicas”, lo cual denota no sólo una opción por calificar al derecho como ciencia, sino que el uso del plural implica considerarlo como un conjunto de ciencias.

⁵ Citado por HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Problemas epistemológicos de la Ciencia Jurídica*, Madrid, Civitas, 1981, p. 17.

Genaro R. Carrió, al presentar la monografía de Eugenio Bulygin, "La Naturaleza Jurídica de la Letra de Cambio", comentaba esos esfuerzos por encontrar "naturalezas jurídicas".

"El saldo es desconsolador: tales empresas –las afanosas pesquisas de 'naturalezas jurídicas'– están de antemano y en forma irremisible destinadas al fracaso. Entre otras razones porque lo que se busca, tal como se lo busca, no existe".⁶

Entonces el derecho se convierte en una suerte de mixtura entre una religión metafísica y una ciencia donde los conceptos mismos son los que son objeto de estudio por otros conceptos.

Como señala Félix Cohen:

Los razonamientos jurídicos expresados en estos términos son necesariamente circulares, dado que estos términos son en sí creaciones del derecho, y tales razonamientos añaden a nuestro saber exactamente lo mismo que el descubrimiento del médico de Molière de que el opio hace dormir a los hombres porque contiene un principio somnífero.

Ahora bien, la proposición de que el opio hace dormir a los hombres porque tiene un principio somnífero es científicamente útil si "principio somnífero" es definido física o químicamente. De otra manera sólo sirve para obstruir el acceso a la comprensión de un falso conocimiento.

(...)

Los conceptos jurídicos (...) son entidades sobrenaturales que no tienen una existencia verificable salvo a los ojos de la fe.⁷

En esa línea, los razonamientos jurídicos suelen ser una suerte de razonamientos sobrenaturales y circulares, porque usan conceptos creados para definir y crear otros conceptos. En pocas palabras, solemos contener el elemento definido en la definición (como diferenciar cofradías de archicofradías sin saber para qué existen cofradías y archicofradías), porque los elementos de realidad son escasos (o inexistentes) en el quehacer diario de los juristas.

Un ejemplo claro es el concepto de acto o negocio jurídico. Una vez traté de explicar a un profesor en Estados Unidos de qué se trataba ese

⁶ En BULYGIN, Eugenio, *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 7.

⁷ COHEN, op. cit., pp. 46-48.

concepto que, creía yo en ese entonces, le ayudaría a entender el difícil problema de la *consideration* que se había discutido en clase. El acto o negocio jurídico es toda una compleja y muy apreciada doctrina del sistema de Derecho Civil que trata de encontrar conceptos comunes a todos los casos en los que la expresión de voluntad de una persona crea una obligación o relación jurídica. Bajo ese concepto están los contratos, los testamentos, el matrimonio, las promesas unilaterales, el reconocimiento de un hijo, la adopción y, por aplicación supletoria del Código Civil, los actos administrativos del gobierno y hasta las sentencias de los jueces. Se busca una sola teoría que explique todo.

Al terminar mi explicación el profesor me dijo: “Muy interesante. ¿Para qué sirve?” Luego de una breve discusión sobre la utilidad práctica, no supe qué contestar pues su única utilidad era para hacer más complejos los conceptos. Es que el acto jurídico no es ni siquiera un concepto, sino un “supraconcepto”, es decir, un concepto de conceptos. Trata de explicar qué tienen en común cosas totalmente distintas. Sus reglas, en lugar de ayudarnos a encontrar soluciones prácticas, sólo alejan el lenguaje de los abogados del lenguaje de los hombres. Con ello no se crea ciencia, se crea metafísica.

A pesar de ello, no es extraño encontrar en las Escuelas de Derecho de Latinoamérica un curso de Acto Jurídico (en el Perú, más de una universidad lo tiene). Lo peor de todo es que se dicta en los primeros ciclos, forzando a que los alumnos entiendan qué es un acto jurídico cuando aún no saben qué es un contrato o un testamento. Aprenden el supraconcepto antes de entender el concepto. Para ellos, el acto jurídico es una “archicofradía”.

Esta concepción tiene un impacto importante en la enseñanza del derecho. Hace que muchas veces se potencie la capacidad de hacer “ingeniería conceptual” sobre las competencias para resolver problemas prácticos. Y en ese contexto, el mejor alumno es el que dio el examen con la respuesta más alambicada y compleja, y no necesariamente el que encontró la solución práctica.

El impacto de ello es una educación legal poco práctica y muy abstracta, con poco referentes reales y con estudiantes hábiles en “matemática

conceptual” y lejos de la comprensión del problema real que los conceptos tratan de regular y comprender.

Por ello no es extraño encontrar tanta resistencia al trabajo interdisciplinario en muchas facultades de Derecho latinoamericanas. Tendencias como el Análisis Económico del Derecho, la Sociología Jurídica o la Antropología Jurídica suelen generar resistencia. De hecho suelen ser, cuando existen, cursos electivos, admitiendo con ello el paso por las aulas lejos de lo que podría acercarnos a la realidad.

En esta línea, Kantorowicz plantea un ejercicio mental interesante:

Preguntarse respecto de cada enunciado (...) qué consecuencias nocivas experimentaría la vida social si en lugar de tal enunciado se adoptara el contrario. Examinar luego todos los tratados, comentarios, monografías y repertorios de decisiones y ver cuántas preguntas de ese tipo reciben respuesta y cuántas de ellas son siquiera formuladas.⁸

¿Son nuestros alumnos entrenados sistemáticamente para formularse y, sobre todo, para contestarse esas preguntas? La respuesta parece ser un no claro.

2.2. *IUS IMPERIUM Y COACCIÓN*

Un segundo elemento en esta línea es que la enseñanza del derecho ha sido marcada por la idea de un derecho-coacción. La coerción es un elemento central que se refleja en las aulas. Todo lo jurídico lleva implícita la capacidad de usar la fuerza para cumplir la norma. Ello es quizás la diferencia entre la norma jurídica y otras normas como las éticas, morales o religiosas.

Detrás de toda norma jurídica se sobreentiende la presencia de un Estado con capacidad de hacerla cumplir. Ello, que es evidente en el derecho público, ocurre también en el derecho privado donde se entiende que un derecho sin Estado no es derecho.

En esa línea, la educación legal toma una estructura primordialmente de conflicto y de confrontación. Y ello conduce a reforzar en la Universidad las habilidades del abogado más dirigidas a “pelear”. La mayoría

⁸ Citado por COHEN, op. cit., pp. 131-132.

de los programas de estudio de las Escuelas de Derecho latinoamericanas incluyen más de una docena de cursos de procesal y litigio. Es más, el “paquete básico” del primer semestre incluye casi siempre un curso de esa materia. Pero los cursos de negociación, conciliación o medios alternativos de solución de conflictos son extraños, y si existen, suelen ser electivos que se llevan en los últimos semestres, cuando el alumno ya asumió una cultura y una estrategia de conflicto.

El abogado suele ser entrenado para generar temor antes que confianza, y su calidad profesional suele medirse en relación con su capacidad de ser incómodo para la otra parte.

Todo el problema que enfrenta hoy el derecho se deriva del concepto de frontera. Las fronteras de un país definen el monopolio del Estado para la toma de decisiones en un territorio dado. La frontera controla el tráfico de mercancías, personas e información. Bajo tal control es posible crear un derecho pensado en términos coercitivos porque el monopolio territorial del uso de la fuerza lo permite. Ello explica por qué es tan importante en el discurso político e incluso en el legal el tema de la “soberanía nacional” y por qué virtualmente todas las guerras tienen por origen un problema territorial.

Además explica la concepción del derecho como una unidad. El derecho es uno como uno es el Estado. El establecimiento de sistemas alternativos de regulación de conducta humana en grupos informales, comunidades campesinas y nativas, sistemas de autorregulación privada, entre otros, aparecen como extraños y de hecho son muy raramente incorporados en las currículas de las Escuelas de Derecho. Aceptar la existencia de regímenes jurídicos que compiten entre sí contradice el fundamento de un Estado como el monopolio de la coerción y por tanto como el monopolio del derecho.

2.3. ¿QUÉ OCURRE CUANDO SE JUNTAN LA JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS Y LA VISIÓN COERCITIVA DEL DERECHO?

La combinación entre este conceptualismo extremo y la visión del derecho como un sistema de coerción genera el derecho que conocemos en nuestros países. Las batallas se enfrentan con armas conceptuales, tan arbitrarias y efímeras como las normas que las crean y “descrean”. Todo

juicio o procedimiento no es sino un juego de ajedrez con piezas y movimientos que no tienen nada de natural, conocidas y manejadas por un número reducido de elegidos: los abogados. En ese juego conceptuoso se decide quién debe ir a la cárcel y quién no, quién debe pagar a quién, quién debe quedarse con los hijos en un divorcio o quién debe pagar impuestos. Los seres de carne y hueso quedan entonces sujetos al capricho conceptual. El derecho de defensa se convierte en una serie de términos en latín que nadie entiende ni puede explicar con claridad. Bajo tales reglas de debate y lucha se define el destino de los seres humanos. Los derechos constitucionales se vuelven en algo tan maleable como la plastilina, permitiendo que los que pueden pagar el costo de buenos “conceptualistas” (es decir, abogados) ganarán. Quien no pueda hacerlo perderá.

Como finalmente es el Estado el que puede cambiar las “naturalezas jurídicas”, los ciudadanos entramos en brutal desventaja para enfrentar a alguien que puede cambiar el campo de batalla a voluntad. A veces no es siquiera necesaria la manipulación conceptual. Basta un acto del legislador para no sólo convertir, en términos de Kirchamann, bibliotecas en basura, sino los derechos de los particulares en lo mismo.

Esto tiene un impacto innegable en la formación legal. Los abogados son entrenados para ser esgrimistas conceptuales. Como esos conceptos que usan no tienen referente real, se vuelven armas y reglas de juego arbitrarias y poco predecibles. La educación legal no sólo se deja influir por esta concepción de derecho, sino que ella misma la fomenta en las aulas, la acepta y la premia en base a los criterios de calificación que se usan para colocar la nota al alumno.

La anécdota con la que comenzó este trabajo, la de las cofradías y archicofradías, es un buen ejemplo de ello, pues muestra cómo los conceptos pueden usarse arbitrariamente. El juego de las preguntas, posiblemente desatado por la pérdida de paciencia ante la falta de solvencia académica del alumno, refleja la capacidad de usar conceptos y supra-conceptos para formular preguntas imposibles de responder.

En todo caso, el impacto en la enseñanza del derecho es evidente y está presente en nuestras facultades de Derecho.

3. EL CAMBIO

Los últimos años han cambiado muchas cosas. El derecho y su enseñanza se han visto profundamente impactados por esos cambios.

En primer lugar, la globalización nos ha traído mayor interacción y nos fuerza a vincularnos no sólo con gente de otros lugares, sino con personas de otras especialidades del conocimiento. El conceptualismo hace difícil interactuar, porque la realidad a veces entra en contradicción con las “naturalezas jurídicas”. Es difícil entender el derecho de las Telecomunicaciones sin entender la tecnología involucrada. Es imposible asesorar en las grandes operaciones financieras sin entender de finanzas. Un abogado en temas de libre competencia o de regulación económica está desfasado si no entiende de economía. Y ello se aplica también a ramas más tradicionales del derecho como Civil, Penal o Administrativo. Para interactuar hay que traer el derecho a la realidad. No basta con que se quede a un centímetro del piso. Debe tocarlo y ensuciarse con el lodo de lo mundano.

A pesar de ello, la formación interdisciplinaria en nuestras facultades de Derecho es escasa y no necesariamente de buena calidad. Los cursos de otras áreas del conocimiento son dictados sin ajustar las currículas a las necesidades de un abogado. Y entonces nos llenamos de definiciones a lo médico de Molière.

Lenguajes tan abstractos entorpecen la comunicación y globalización es capacidad de comunicarnos. La jurisprudencia de conceptos hace difícil conversar porque a las palabras difíciles se le añaden significados diferentes y hasta contradictorios.

Además, el tráfico económico y la rapidez que los medios de prensa dan a las relaciones sociales hacen que el conceptualismo se torne demasiado lento para explicar y sobre todo resolver muchas cosas. El tráfico no puede esperar a que el abogado le encuentre la naturaleza jurídica a las cosas. Entonces el abogado, antes que un alquimista, debe ser un hombre práctico con respuesta a preguntas concretas. Esta concepción se refuerza además con el aporte del positivismo, que formaliza el concepto y lo hace, al menos en teoría, resistente al tiempo. Así, según Fernando de Trazegnies:

El Derecho intenta aprisionar al tiempo, insertándolo dentro de un orden formal que establece los criterios de las periodicidades. Niega al tiempo su papel de patrón de ritmos y de las medidas y trata de obligarlo a regirse por las rutinas y secuencias del orden jurídico. Desde una perspectiva positivista radical, toda norma pretende incluso paralizar el tiempo, lo que equivale a eliminarlo, ya que el tiempo no es otra cosa que movimiento, cambio; la vigencia de la ley es entendida como un comportamiento-estanco entre la promulgación y la derogación en cuyo interior no sucede nada, no hay tiempo. El positivismo quiere que la norma sea inmutable durante todo su período de vigencia. La historia del Derecho –o cuando menos, la ideología positivista de la historia jurídica– tiene un carácter cataclísmico: no está constituida por una evaluación gradual en donde las cosas van modificando poco a poco su color, sino que se manifiesta sólo a través de esas grandes convulsiones que son el parto (la promulgación) y la muerte (la derogación) de la norma. Es por ello que, desde una perspectiva positivista, ha podido decirse que toda norma es un momento con vocación de eternidad o una eternidad provisional.⁹

Trasladada la idea de esta cita a nuestro punto, el conceptualismo entiende las naturalezas jurídicas como atemporales, tal como son las normas que finalmente definen esas supuestas “naturalezas”. La ley y los conceptos son incomodados por el tiempo, sobre todo cuando éste pretende marcarle los ritmos. Y cuando esos ritmos son implacables y dinámicos como los del mundo moderno, la capacidad de respuesta de un abogado “conceptualista” sufre de ese mal. Formar abogados con ese perfil conduce a formar abogados con menor capacidad de reacción frente a los retos del mundo moderno.

En esa misma línea, se requiere además de respuestas flexibles. Éste es un mundo marcado a la vez por uniformidad y diversidad. El cambio es un signo de los tiempos, pero también lo es la estabilidad. Las situaciones que se pueden plantear se tornan infinitas y no puede haber una sola respuesta a todos los problemas. Como bien dice Carrió:

Al preguntarse por la naturaleza jurídica de una institución cualquiera –pienso– los juristas persiguen ese imposible: una justificación única para

⁹ TRAZEGNIES, Fernando, “El Derecho Civil ante la Postmodernidad”, en *Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú*, nro. 42, diciembre de 1991, pp. 287-288.

la solución de todos los casos que en forma clara, ya en forma precisa, caen bajo un determinado conjunto de reglas. Es decir, aspiran a hallar un último criterio de justificación que valga tanto para los casos típicos como para los que no lo son. Por supuesto que no hay tal cosa.¹⁰

El conceptualismo extremo ata al abogado a responder en base a naturalezas jurídicas inexistentes pero que condicionan las respuestas a los problemas. Ello aleja al abogado de su posibilidad de usar dos conceptos distintos para atender dos problemas similares. Eso explica la perplejidad con la que a veces legos en derecho reaccionan a la terquedad del abogado para no incluir una cláusula en el contrato porque “desnaturaliza su naturaleza jurídica”; defiende un purismo conceptual que invierte la platónica alegoría de la caverna y pone a la realidad como imperfecta y al concepto como perfecto.

Este conceptualismo extremo convierte al abogado en un ser poco práctico en un mundo como el moderno que exige practicidad.

Pero el tema no se limita a la crisis de un conceptualismo absurdo frente a las demandas reales. También el concepto de coerción se viene modificando a pasos agigantados.

Como decíamos, la base de la coerción estatal es el concepto mismo de frontera. Pero la frontera, tal como la entendemos, está desapareciendo por la tecnología.

La tecnología tiene impactos importantes en el poder. El más importante ha sido poner sofisticación y capacidades en manos de la gente a bajo costo. De las inaccesibles calculadoras de pantalla con numeritos verdes de Texas Instrument de hace más de 25 años, a costos que superaban los US\$ 500, hemos pasado a calculadoras mucho más sofisticadas, de pantalla de cristal líquido a US\$ 5. Hoy una calculadora está al alcance de todos, y con ello el poder que da hacer operaciones matemáticas con certeza y seguridad. Por otro lado, el abaratamiento continuo de las computadoras es otro ejemplo. Cada vez tenemos computadoras más sofisticadas a menores precios.

Las computadoras y la ciencia de la información han dado al ciudadano común un gran poder sobre el Estado. El control del Estado sobre

¹⁰ En BULYGIN, op. cit., pp. 7-8.

personas y mercaderías por la frontera fracasa cuando trata de controlar la información. En Internet, la información viaja sin fronteras ni límites, a un acceso a bajo costo (a menos de un dólar se puede alquilar una cabina por una hora para acceder a Internet en el Perú).

Hasta hace unos años era posible para un dictador controlar la información y contarnos que vivíamos en el país de las maravillas. Hoy ello no es posible porque la verdad está al alcance de todos a bajo costo.

La televisión por cable o la televisión satelital logran un efecto similar. Hoy accedemos a cientos de canales sin una capacidad de censura real por el Estado. Es virtualmente imposible controlar anuncios emitidos en Brasil o en China y que incumplen las normas publicitarias peruanas.

La capacidad coercitiva del Estado se va así debilitando. E intercambio significa confianza. Parte del rol de los abogados es generar confianza en esos intercambios. Esa confianza supuestamente se genera a través del sistema de coerción. Cuando un abogado asesora a un cliente trata de asegurarle el cumplimiento de los fines perseguidos diseñando fórmulas que le permitan usar el sistema coercitivo del Estado en su beneficio. Eso ocurre, por ejemplo, con un contrato. Éste se diseña y redacta buscando mecanismos basados en cómo el abogado sabe que puede ser usado para utilizar los tribunales en su ejecución. La confianza principal, en lo que al abogado concierne, es su conocimiento del uso de un sistema de ejecución por un tercero supuestamente imparcial: el Estado.

Pero cuando esa capacidad de coerción se diluye en el flujo de transacciones transfronterizas no controladas, entonces el abogado pierde su capacidad de generar confianza, al menos como ha sido tradicionalmente entendida.

Internet y el comercio electrónico es el ejemplo más claro. Uno contrata en Internet a pesar de que sabe que será difícil conseguir el *enforcement* o ejecución del contrato mediante un tercero imparcial. En Internet son otros mecanismos los que generan esa confianza. Son los nombres de dominio prestigiados, los signos de prestigio y seriedad, los mecanismos de certificación de firma, y otros sistemas que abogados imaginativos y no tradicionales (liberados de naturalezas jurídicas) ayudan a diseñar.

Ello no es nuevo. La aparición de las tarjetas de crédito generó un fenómeno parecido. Un establecimiento comercial en China recibe una tarjeta emitida por un banco peruano no porque conoce o ha evaluado al titular de la tarjeta ni tiene una idea de la capacidad de los tribunales peruanos de hacerle cumplir sus obligaciones. Él concede crédito porque cree en la banderita de Visa y en el holograma de la paloma.

Si surge un conflicto, éste no se resuelve por un sistema estatal. La red creada entre bancos emisores y comerciantes que aceptan la tarjeta en sus establecimientos genera confianza no por medio de la instrumentalización de un sistema estatal, sino porque un Comité de Arbitraje Visa, por fax y en pocos días, resuelve cualquier controversia a bajo costo. Allí, la confianza la genera un sistema ideado con creatividad antes que un monopolio estatal.¹¹ Cabría preguntarse cuánto de la formación recibida en nuestras Escuelas de Derecho es útil para poder diseñar sistemas parecidos.

En ese contexto, la formación jurídica “confrontacional”, basada en la idea de un abogado capaz de instrumentalizar la coerción del Estado en un sentido o en el otro, entra en crisis porque su base de acción se debilita. El retroceso de las capacidades del Estado a hacer muchas cosas es un tema más práctico que ideológico, y esa practicidad afecta lo que pensamos y buscamos de los abogados.

4. ¿QUÉ OFRECE LA ENSEÑANZA TRADICIONAL DEL DERECHO FRENTE A ESTA PERSPECTIVA? DESCENDIENDO AL PANTANO

A la luz del análisis efectuado en los puntos anteriores, para poder realmente hablar de la enseñanza tradicional del derecho debemos detenernos un momento en los dos factores que tienen una influencia muy importante en la estructura de ésta. Hablamos de la concepción del derecho y del rol que el abogado cumple en la sociedad.

Como ya de alguna manera hemos analizado, la concepción más tradicional (por tradicional nos referimos a los positivistas) del derecho es que éste es un conjunto de normas generales emanadas de un órgano

¹¹ Para mayor detalle ver COOTER, Robert y Thomas ULEN, *Derecho y Economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 515.

del Estado que deben ser cumplidas, y el estudio del derecho se debe dedicar exclusivamente al estudio de estas normas.¹²

Asimismo, como también hemos visto, tradicionalmente se ha considerado que el único rol del abogado es resolver conflictos. Es una suerte de superhéroe con “poderes sobrenaturales” únicos y poseedor de conocimiento, que aparece para ayudar a los desvalidos a solucionar sus conflictos. Esos poderes son su capacidad para moverse en la “dimensión desconocida” de los conceptos y de canalizar el poder coercitivo del Estado para alcanzar los fines de su cliente.

Teniendo en cuenta estas dos concepciones tan enraizadas en la idiosincrasia de la sociedad en general, y de los abogados especialmente, no es de sorprender que la enseñanza del derecho guarde relación estrecha con ellos.



Como se puede ver en la caricatura,¹³ esta imagen muestra cómo se percibe al alumno recién graduado de una facultad de Derecho con enseñanza tradicional. La preparación académica y el conocimiento están

¹² FISS, Owen, “El Derecho según Yale”, en *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 15.

¹³ MAUGHAN, Caroline y Julian WEBB, *Lawyering Skills and the Legal Process*, London, Butterworths, 1995, p. 1.

muy elevados y al momento de graduarse el alumno desciende a un pantano para el que no se encuentra preparado. Ese fenómeno se ha agudizado cuando asumimos que el conceptualismo ha ido aislando aún más lo que se recibe en las aulas de la realidad (es decir, del “pantano”), simplemente porque la realidad ha cambiado y la enseñanza del derecho no lo ha hecho al mismo nivel.

La enseñanza del derecho ha desarrollado bastante bien el conocimiento tanto de la ley como de las interpretaciones que algunos juristas le dan a ésta. Ello es consistente con la idea de “jurisprudencia de conceptos”. Saber es poder, y el alumno deberá recibir de cada profesor toda la sabiduría que éstos le puedan transferir durante el corto período de clases a lo largo de su carrera.

Sin embargo, debemos tener claro que la función del profesor, y de la enseñanza en general, es informativa y formativa. Por la primera, el profesor transmite información al alumno. Por la segunda, forma competencias y capacidades. La visión conceptualista lleva a privilegiar la función informativa, y focaliza la formativa más en el desarrollo (ni siquiera muy bien logrado) de una capacidad de confrontación por medio del manejo de conceptos.

La metodología usada en este tipo de enseñanza es una principalmente expositiva, en la que el profesor llega al aula y “derrama” en los alumnos, ávidos de conocimientos, toda su sabiduría. El alumno no sabe cómo adquirió el profesor tal sabiduría ni si hay otros profesores que tienen conocimientos que opongan la posición de su profesor. Muchas veces no entiende los conceptos tratados hasta años más tarde, en su práctica profesional. Se enseña a saber más que enseñar a aprender.

Otro punto importante es que en la enseñanza del derecho, los profesores se han limitado, especialmente en Latinoamérica, a ver los problemas sólo desde un método de razonamiento deductivo. Esta visión es consistente con la visión del derecho como un paraíso de conceptos de Iering, donde se encuentran todas las soluciones a todos los problemas. Casi todo conflicto jurídico se resuelve encontrando la correcta “naturaleza jurídica” más que creando una solución nueva. El abogado más que un creador, es un descubridor de conceptos.

Ello es consistente con la visión del derecho como una unidad, es decir, como la existencia de un solo derecho. No hay mucho que crear porque el derecho ya está dado por las naturalezas jurídicas que lo conforman. Esto choca frontalmente con la idea de la existencia de varios sistemas jurídicos compitiendo entre sí por lograr legitimidad, e incluso con la capacidad del abogado de crear regímenes diferentes. La enseñanza suele eliminar el concepto de diversidad de la mente de los hombres de derecho.

¿Qué pasará cuando este abogado se encuentre con una situación que se sale de la rutina? La consecuencia será su incapacidad de actuar ante una situación para la cual no tiene una norma o concepto general que se adecue fácilmente. Será incapaz de conceptualizar de una manera diferente, encontrando en los conceptos un sentido instrumental antes que axiológico. Su formación le dificultará encontrar sus propias ideas para encontrar una solución.

Como dijimos en la visión descrita, este abogado “superhéroe” deriva sus poderes de la conjunción de un manejo conceptual y de su capacidad de instrumentalizar la coacción estatal. Pero la realidad lo va desfasando. Sus conceptos comienzan a no encontrar la solución de todos los problemas. Y su poder fuente, el del Estado que le da la fuerza a sus actos, se debilita. Se lo entrena en poderes y capacidades que, sin ser inútiles, no le permiten enfrentar muchos de los problemas que el mundo plantea hoy.

5. ¿QUÉ DEBERÍA OFRECER LA ENSEÑANZA DEL DERECHO?

Hemos visto cómo la concepción tradicional del derecho ha forjado la enseñanza del derecho hacia el desarrollo del conocimiento de los conceptos. Esto trae como consecuencia que, una vez graduado, el abogado se encuentra que el mundo del derecho no era un paraíso como pensaba sino más bien un pantano que no conocía. Se da cuenta de que existe un divorcio entre lo que le enseñaron en la universidad y lo que ve en la práctica.

Si en lugar de percibir el derecho como un conjunto de normas emanadas de un órgano del Estado lo vemos como un conjunto de normas creadas, tanto por un órgano del Estado como por los mismos individuos, esta concepción debería cambiar. Debe entenderse el derecho no

como una unidad, sino como una diversidad de sistemas, y que el respaldo por la coerción estatal es sólo uno de ellos.

El rol del abogado es generar confianza, y ésta no se genera sólo por las normas estatales, sino por la capacidad del abogado de generar esquemas que sustituyan incluso la falta de capacidad de acción estatal.

Se debe buscar un derecho para poder vivir en armonía en una sociedad, es decir, prevenir el conflicto además de solucionarlo. Así nos damos cuenta de que debemos desarrollar la enseñanza del derecho desde una perspectiva holística. Esto significa mirar el derecho desde tres dimensiones: los conocimientos, la práctica y la personal.

Esta nueva visión ya no se confía en que el alumno de derecho aprenderá la dimensión práctica a través de su ejercicio tanto preprofesional como profesional, sino que ahora sistematiza y presenta casos para que el alumno pueda vivir de cerca esta experiencia.

Claro está que nunca se podrá homologar exactamente la realidad, pero esto disminuye en gran cantidad esta brecha que hay entre aquella y la preparación académica.

Asimismo, se desarrolla la dimensión personal que implica el considerar la idiosincrasia, cultura, intereses y actitudes de todas las personas involucradas, y no sólo conceptos jurídicos que nos llevan a una comprensión incompleta de los problemas.

El abogado debe dejar de ser el “superhéroe”, porque sus “superpoderes” son cada vez menos confiables. Por el contrario, debe asumir su tarea de dar un servicio a su cliente y a la sociedad, asesorándolo o defendiendo sus intereses y velando por que las normas establecidas, no sólo estatales sino privadas, promuevan realmente la armonía en la sociedad.

6. FORMACIÓN POR COMPETENCIAS

La enseñanza del derecho, antes que limitarse a dar conocimientos conceptuales, debe formar competencias en los abogados.

¿Qué es una competencia? Es simplemente la suma de conocimientos y habilidades o destrezas adquiridas, sumado a una actitud adecuada nos producirá el desempeño deseado.¹⁴

¹⁴ CLARK, Donald, *Introduction to Competencies*, [en línea] <<http://www.nwlink.com/don-clark/hrd/case/compet1.html>> [consulta: septiembre de 1999].

Como podemos ver, la anterior no es sino otra forma de hablar sobre el enfoque holístico al que nos referimos anteriormente.

¿De qué se trata toda esta cuestión? Se trata de aprender a vivir en el pantano, muy distinto al mundo de conceptos que nos enseñan en las aulas. Se trata de darle al alumno una formación que lo haga capaz de crear estrategias que le permitan manejarse en el pantano, anticipando y enfrentando de la mejor manera posible los problemas que se presenten. Y entender que los conceptos tienen un valor instrumental y que las armas a usarse no se limitan a la habilidad de conseguir que la coerción estatal nos ampare.

¿Cuáles son las razones existentes detrás de esta corriente de la formación por competencias? Básicamente se trata de una razón económica y de desarrollo personal. Lo que sucede es lo siguiente: la globalización y la revolución tecnológica, además de los efectos ya señalados, han ocasionado el cambio en la estructuración de las empresas que ahora es más plana ya que ha cambiado la noción de puesto de trabajo por la de área de ocupación. El individuo ahora debe preocuparse por mantenerse empleable, es decir que tenga la posibilidad de ubicarse y permanecer empleado hasta que decida moverse a otro empleo que le permitirá desarrollar nuevas competencias. En otras palabras, debemos cambiar una visión estática de la formación (un *stock* de conocimientos) por una visión dinámica (un flujo de competencias).

La Organización Internacional del Trabajo ha preparado un manual en el que desarrolla el tema de competencias laborales y la formación basada en competencias, para que sirva de guía para los empleadores del mundo.

Existen tres modelos básicos de formación por competencias:¹⁵

a) MODELO CONDUCTISTA

Este modelo se concentra en una tarea específica que debe realizar el individuo. Ignora la conexión entre las diferentes tareas que se realizan en la misma empresa, conocimientos y actitudes. El desempeño que se

¹⁵ KERKA, Sandra, *Competency-Based Education and Training*, Office of Educational Research and Improvement, U. S. Department of Education, [en línea] <<http://www.ericacve.org/docs/cbetmr.htm>>.

requiere del empleado es el mínimo indispensable por lo que se le considera simplista y desmotivador.

Para ejemplificar este modelo tenemos a un individuo empleado en una fábrica embotelladora para concentrarse en colocar las chapitas en las botellas. Esta tarea sólo requiere que el individuo ponga las chapitas en las botellas cuando éstas pasan por su sitio. No requiere de mayor conocimiento ni dedicación y mucho menos interés en cómo está contribuyendo con la empresa. El trabajo se torna simple y aburrido.

b) *MODELO FUNCIONAL*

Este modelo analiza la función del individuo como trabajador. Busca detectar los elementos que llevan a un desempeño superior. Es decir, cuáles son las funciones en las que el trabajador debe comprobar su capacidad de desempeño.

Continuando con el ejemplo puesto anteriormente, bajo este modelo el individuo se encarga no sólo de colocar las chapitas a las botellas, sino que tiene información de que el contenido de las botellas es una bebida gaseosa y se preocupa por colocar las chapitas de manera tal que no deje escapar el gas. Dejó ya de ser un autómatas que puede ser reemplazado fácilmente por una máquina.

c) *MODELO CONSTRUCTIVISTA*

En este modelo cada individuo desarrolla su propio aprendizaje, construyendo sus propias capacidades. El individuo es capaz de incorporar y aportar al análisis y solución de los problemas que enfrente él y/o la empresa, asegurando de esta forma un aprendizaje continuo.

Bajo este modelo, el individuo encargado de colocar las chapitas en las botellas no sólo tiene información de su contenido, sino también de la línea de proceso completo, y usa sus propios conocimientos y habilidades para buscar nueva información o tecnología para hacer el proceso lo más eficiente posible. Aquí hay un valor agregado para él y para la empresa.

Es este último modelo de formación por competencias el que tiene mayor aceptación, ya que asegura una formación continua del individuo, y permite que éste mismo decida qué competencias quiere desarrollar

y así mantenerse empleable. Además en este modelo intervienen todos en el proceso formativo, nunca se termina de aprender, y lo que es más importante, el alumno sabe desde el inicio de su carrera qué será capaz de hacer al final de la misma.

Esto es consistente con romper la idea de un “paraíso” conceptual en el que todo está preestablecido. Y además implica desarrollar la capacidad de encontrar soluciones cuando el sistema estatal de coerción no funciona. El abogado no es un autómata aplicador de herramientas conceptuales. Hace más que saber y entender cómo funcionan los procedimientos de razonamiento legal. El abogado está en capacidad de crear procesos nuevos aplicando tanto las herramientas existentes como las que él mismo pueda desarrollar.

¿Cómo logramos incorporar este último modelo al diseño curricular? Definir el perfil profesional que se quiere alcanzar, es decir, establecer qué será capaz de hacer el estudiante una vez graduado. Por ejemplo, que el alumno será capaz de trabajar en una empresa comunicándose con profesionales de otras disciplinas; estructurar los contenidos formativos en módulos o temas profesionales que deberán aprender, y establecer en qué manera estos módulos contribuyen al perfil profesional. Por ejemplo, separar el área de Derecho Tributario del Derecho Civil o Penal y buscar en qué medida esta área contribuye de alguna manera a lograr parte del perfil profesional establecido.

Los retos que se presentarán en el camino serán:

- Estar siempre al tanto de hacia dónde va el mercado laboral, es decir, ajustar la oferta de enseñanza a la demanda existente. En otras palabras, diseñar la enseñanza no en función del paraíso de conceptos, sino en función del “pantano”.
- Mejorar la relevancia de lo que se enseña, es decir, enseñar contenidos útiles para resolver problemas concretos.
- Facilitar la integración de los contenidos aplicables al trabajo, no enseñar el derecho como un comportamiento estanco y aislado, sino que interactúa con otras ramas del conocimiento.
- Favorecer la autonomía de los alumnos, de manera que no sean “profesordependientes” y puedan desarrollar sus propias posiciones, incluso contrarias a las del profesor.

- Que el docente asuma un rol de facilitador y ya no de simple expositor. Su función es enseñar a aprender antes que enseñar conocimientos.

Dos aspectos críticos para el éxito de la incorporación de este modelo de formación por competencias en la enseñanza del derecho es la atención prestada al desarrollo de la interdisciplinariedad y las destrezas legales en la currícula:

INTERDISCIPLINARIEDAD

Como ya dijimos, la demanda de la sociedad en estos tiempos por abogados que tengan un conocimiento más amplio e interdisciplinario es tal que para poder responder a ella las facultades de Derecho deberán incluir en sus currículas análisis técnicos y científicos. Éste es el caso del Análisis Económico del Derecho, Finanzas, Contabilidad, técnicas modernas de Administración de Empresas, Gerencia y Tecnología de la Información, entre otras.¹⁶

De hecho, en los Estados Unidos de Norteamérica esta práctica de incluir otras disciplinas en las currículas de las escuelas de Derecho es algo que viene dándose desde hace décadas.

La naturaleza de la práctica legal ha cambiado tanto que nos lleva a la desprofesionalización de ésta. Un abogado necesita conocer nociones de competencia para poder tomar decisiones empresariales, poder financiar su estudio de abogados, poder definir el costo/beneficio de entrar en un juicio o en una negociación, entre otros. Es este enfoque del derecho el que le dará la capacidad al abogado para actuar de manera comprensible, relevante y confiable para sus clientes, en un mundo en el que el mero conocimiento legal no alcanza para ser realista.

DESTREZAS LEGALES¹⁷

La enseñanza del derecho se mueve hacia el desarrollo de destrezas legales que incluyen temas como: investigación, redacción, capacidad

¹⁶ SHERR, AVRON, *Legal Education, Legal Competence and Little Bo Peep, Wolf Chair Inaugural lecture*, Institute of Advanced Legal Studies, University of London, 2001.

¹⁷ Este tema ha sido desarrollado anteriormente en el artículo de MAC LEAN, Ana Cecilia, *Toma el atajo Joe*, publicado en el Newsletter de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas en noviembre de 2000.

para entrevistar, defensa y negociación. El desarrollo de estas destrezas implica presentar al alumno con situaciones casi reales en las cuales éste aprenda haciendo y no escuchando:¹⁸

INVESTIGACIÓN

La investigación y el razonamiento legal necesario para llevarla a cabo es la columna vertebral del trabajo de un abogado. Esta destreza legal va a determinar si el abogado hará un buen trabajo y si el cliente estará satisfecho con su servicio.

El derecho requiere de un razonamiento lógico. Por ello, es importante que el alumno lo conozca y sepa aplicarlo desde el inicio de sus estudios. Por ello, no se debe dejar al azar tan importante tarea, como se hace en la enseñanza tradicional del derecho, en la que existe la creencia de que el alumno lo aprenderá solo a lo largo de la carrera.

El desarrollo de esta habilidad para investigar, que incluye la de saber recopilar información haciendo uso apropiado de la tecnología de información, debe invitar al alumno, a través de diversas dinámicas, a descubrir que el razonamiento legal es una adaptación del razonamiento normal de cualquier ser humano.

REDACCIÓN

Una vez que se ha logrado una investigación y análisis exhaustivo, el siguiente paso es comunicarlo a quien corresponda. Esta comunicación, en ciertas ocasiones, debe ser escrita.

Tradicionalmente, el abogado ha aprendido a redactar empleando modelos que encontraba en algún archivo. Esto no hace sino perpetuar los errores clásicos de redacción y comunicación por los que son tan famosos los abogados.

En el desarrollo de esta destreza legal, se debe analizar la importancia de la comunicación escrita para el ejercicio profesional del derecho. Se debe estudiar las diferencias básicas entre el lenguaje escrito y el

¹⁸ CNOSSEN, Christine y Verónica M. SMITH, *New technology - Implications for legal Research Methodology*, 12th BILETA Conference, The Future of Legal Education, University of Durham, marzo de 1997.

oral. Se debe trabajar también otro aspecto sumamente importante en la labor de un abogado: la organización.

Al redactar un documento, el abogado debe tener en cuenta su objetivo y el público al que va dirigido, de modo que utilice la variedad y estilo apropiados para transmitir el mensaje.

Como el abogado asume diversos roles, sus escritos también deben hacerlo. Existen documentos legales que informan, otros que defienden los intereses de sus clientes y otros que proponen nuevas normas. Todos estos documentos buscan transmitir un mensaje y aclarar ideas. Para ello es necesario que el abogado sepa comunicar lo que ha investigado e interpretado en cada caso.

ENTREVISTA

Adicionalmente a la comunicación escrita, un abogado necesita desarrollar la destreza legal de la comunicación oral.

La entrevista implica un proceso de comunicación entre el abogado y un interlocutor, ya sea un cliente, un juez, un testigo, el abogado de la otra parte o cualquier persona con la cual necesite hablar en el proceso de la investigación e implementación de un caso.

Tradicionalmente, el abogado ha informado a su cliente de sus acciones sin preocuparse de si el cliente entiende lo que le dicen o está satisfecho con el servicio. Esta barrera se extiende también a los otros interlocutores y evita así que el abogado cumpla con sus objetivos y su rol.

Para romper con esta realidad, esta destreza legal implica desarrollar una toma de conciencia de los factores que establecen barreras o tienden puentes en la comunicación. Para ello se debe poner especial énfasis en lograr que el abogado entienda la importancia de la comunicación no verbal, es decir, aquella de los gestos y el lenguaje corporal.

DEFENSA

La defensa abarca tanto la comunicación oral como la escrita, pero en ambos casos lo primordial es la capacidad que debe tener el abogado para argumentar de manera clara, concisa, directa, razonable y lógica su posición. Y aprender a probar, esto es, a persuadir con hechos, cosa que normalmente no se enseña en las Escuelas de Derecho. Así podrá

convencer a la autoridad ante quien se presenta de que su razonamiento es el adecuado.

El abogado tradicional emplea argumentos que sólo él entiende; sus argumentos son básicamente “esgrima” conceptual. Su defensa consiste en una repetición interminable de fuentes legislativas y doctrinarias sin una explicación clara de su aplicabilidad al caso puntual, y suele dar vueltas alrededor del punto que quiere establecer. Se limita a ofrecer un “tour” por el paraíso de los conceptos. La consecuencia natural de este comportamiento es el desinterés de los oyentes o lectores, según sea el caso, cuyo resultado puede ser negativo para su cliente.

Así, por ejemplo, en el campo de la teoría de la prueba, en ella se le explica al alumno las bases teórico-conceptuales de la prueba desde el punto de vista procesal, en lugar de entrenar al alumno en cómo organizar la actividad probatoria para ser persuasivo y entender el impacto en la psicología del juzgador.

Para desarrollar su destreza legal, el alumno debe vivir la experiencia completa de analizar casos, redactar cartas, solicitudes, denuncias, demandas e informes, y hacer una presentación oral de su caso frente a un jurado, asumiendo los roles que le son asignados.

NEGOCIACIÓN

Un abogado debe estar en aptitud de conocer y emplear eficientemente los diversos medios de solución de conflictos, entre los cuales se favorece la negociación. A fin de alcanzar este objetivo, debe familiarizarse no sólo con la estructura de cada uno de los medios de solución de conflictos, sino también con las técnicas que se emplean en cada uno de ellos para llegar a una solución que satisfaga plenamente los intereses de las partes.

El desarrollo de esta destreza legal debe enfatizar el entrenamiento vivencial y promover la asimilación de las diferentes técnicas a través de la práctica constante. Esta práctica se debe desarrollar a través de ejercicios que serán filmados y discutidos posteriormente, con el objeto de analizar errores y aciertos, para así, reflexionar y aprender de éstos.

Asimismo, con el desarrollo de esta destreza legal se debe lograr analizar el proceso de negociación y su implicancia ética. Se debe incre-

mentar la capacidad para examinar estrategias creativas de negociación y discernir qué estrategia es apropiada para cada situación. En síntesis, se debe desarrollar como una competencia la capacidad de generar confianza no por la habilidad para manipular la coerción del Estado en beneficio de sus clientes, sino por la capacidad de convencer a las partes de que una solución es adecuada para ambas.

Es claro para nosotros que lo que busca el mercado es un profesional crítico, creativo, con desenvolvimiento múltiple y versátil. En nuestra visión es la formación por competencias, bajo el modelo constructivista, la que garantiza esto al reducir la brecha entre la preparación académica y el mercado laboral, entre el “paraíso de los conceptos” y el “pantano de la realidad”.

7. CONCLUSIÓN

Una cofradía es una congregación o hermandad religiosa que forman algunos devotos, con autorización competente, para ejercitarse en obras de piedad.¹⁹ Por el contrario, una archicofradía es una cofradía más antigua o que tiene mayores privilegios que otras.²⁰

Cuando el alumno no pudo contestar qué era una cofradía era más que evidente para su examinador que no podría contestar qué era una archicofradía. Y era aún más evidente que era imposible que supiera la diferencia entre ambas. En la estrategia del jurado del examen, bastaba encontrar un concepto sin contenido para simplemente formular una secuencia de preguntas que resultaban de por sí imposibles de contestar.

¿Por qué el presidente del jurado escogió a las cofradías y archicofradías para probar la ignorancia del graduando? Quizás fue una simple coincidencia. Pero quizás la pregunta escondía algo más sofisticado. La cofradía es una organización religiosa en la que el factor aglutinante es un conjunto de misterios no explicables por la razón, sino por la fe. Pertenecer a una cofradía es ser cómplice del misterio religioso que la

¹⁹ Definición tomada del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Existen otras acepciones de la palabra tales como gremio, compañía o unión de gentes para un fin determinado; en un vecindario, unión de personas o pueblos congregados entre sí para participar de ciertos privilegios; o junta de ladrones o rufianes. Pero a efectos de este trabajo, nos interesa la primera señalada en el texto.

²⁰ Definición tomada del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

inspira, aunque no necesariamente comprenderlo. Es saber seguir los ritos sin que ello signifique comprender su utilidad. Una archicofradía es una hermandad más antigua, con más privilegios, y quizás con misterios más profundos.

Pero de pronto las preguntas del profesor guardaban tras de sí un significado más simbólico. Quizás implicaba decirle al graduando si sabía a qué tipo de organización iba a pertenecer si aprobaba el examen. Significaba decirle si quería pertenecer a la cofradía (o archicofradía) de los abogados, de la cual la enseñanza del derecho no es sino una suerte de rito de iniciación, en la que los misterios no dejan nunca de ser tales. Finalmente, es el secreto del misterio lo que mantiene a los miembros unidos. Descifrarlos sería el fin de todo. Por ello, el rito debe alejarse de la realidad para mantener su carácter misterioso. Debe ser oscuro y lejano. Pero debe parecer real para inspirar temor.

El reto es liberarnos de la cofradía y de las eternas discusiones para descifrar misterios indescifrables. Es mejor usar la misma energía para resolver problemas a la gente.

Finalmente es para esto último para lo que sirve el derecho.

La enseñanza del Derecho Aeronáutico

GRISELDA CAPALDO*

The empires of the future will
be the empires of the mind.

WINSTON CHURCHILL

RESUMEN

El presente artículo está dividido en cuatro partes. Comienza con una breve reseña histórica y contextual de aquellos desarrollos científicos que condujeron al nacimiento de la Ingeniería Aeronáutica y por ende del derecho aeronáutico, para luego pasar revista de la ubicación curricular del Derecho Aeronáutico en el plan de estudios de las universidades argentinas y de algunas otras sudamericanas y europeas.

El abordaje de las estrategias didácticas empleadas para la enseñanza de esta asignatura es desarrollado en la tercera parte, en tanto que la cuarta y última muestra los resultados de una encuesta permanente, realizada al final de cada curso, entre los alumnos que tomaron la materia durante los años 2000 a 2009.

1. INTRODUCCIÓN

Hace poco más de una década leí un trabajo de investigación publicado en Estados Unidos, del que lamentablemente perdí la cita bibliográfica, cuyos resultados me sorprendieron tanto entonces como ahora. En él se concluyó que el desarrollo del proceso cognitivo/educativo está basado en cuatro disciplinas: las matemáticas, la lingüística, la geografía y la historia. La primera porque nos entrena en el pensamiento abstracto, la segunda porque nos provee de las herramientas para pensar y luego

* Profesora adjunta regular de Derecho de la Navegación, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

explicar esos pensamientos complejos, la tercera porque nos ubica en un contexto tridimensional, la última porque ayuda a construir una identidad sociocultural y a razonar en función de las lecciones aprendidas en el pasado.

No tengo noticias de que esa investigación haya sido falseada o replicada. Aun así, sus conclusiones resultan *-mutatis mutandis-* muy apropiadas para discurrir acerca de la enseñanza del Derecho Aeronáutico, pues se trata de una disciplina jurídica nacida de un hecho técnico –la aeronavegación– que supuso la consumación de complejas teorías matemáticas y leyes físicas que aún hoy son de evocación obligatoria para comprender temas tan sensibles al derecho como la responsabilidad, la distribución de culpas o las causales de exoneración, entre otras. Ella misma desarrolló un lenguaje específico, ante la necesidad de tener palabras nombradoras de cosas, actividades o acciones nuevas que sirviesen para denotar procesos –jurídicos o no– complejos. La aviación además colocó al hombre en el dominio de la tercera dimensión, es decir, el espacio aéreo, cuyas dos principales consecuencias jurídicas fueron, por un lado, introducir la noción de frontera-volumen (por oposición a la noción de frontera-lineal que era la única que podía ser “pensada” por el hombre antes de la aviación) y, por el otro, la noción de soberanía sobre el espacio aéreo en tanto ámbito natural donde se desarrolla esta actividad e introduce a la geografía como escenario tridimensional del derecho. La historia, por último, es el factor clave de la aeronavegación para evitar futuros accidentes a partir de las “lecciones aprendidas” de la investigación técnica minuciosa de aquellos que ya ocurrieron. Diríase que es la didáctica de la tragedia. Es la forma de recoger datos primarios relevantes mediante una escrupulosa y compleja investigación técnica que coloca nuevamente al intérprete ante el rigor del pensamiento matemático abstracto.

1.1. UN POCO DE HISTORIA

Consumar exitosamente el primer vuelo mecánico fue una tarea que demandó al hombre unos 2.200 años, con los primeros intentos hechos por Arquitas de Tarento hacia el 360 a. C.; los logros medievales de Leonardo Da Vinci, Fray Terci Lana, Antonio Fuente de la Peña y el

jesuita Bartholomeu Lourenzo de Guzman; las pruebas empíricas de Otto Lilienthal, M. Tatin y Ferdinand Ferber (sin olvidar que Clement Ader –allá por 1888– acuñó los vocablos *aviación*, *aviador* y *avión* en la necesidad de crear palabras nuevas para un desarrollo técnico nuevo); hasta llegar a la conocida historia de los hermanos Wright en 1903.

No sería atinado cerrar esta brevísima introducción histórica sin antes aclarar que, dado que la ingeniería aeronáutica es tenida como la primera tecnología de punta en la historia de la humanidad, no me cabe duda de que no es tanto la máquina a vapor de Watts sino el invento de los hermanos Wright lo que permitió al hombre entrar verdaderamente en la modernidad tecnológica, puesto que de ella descendió un linaje científico y técnico como nunca antes se había visto.

Gracias a la aviación fue posible el perfeccionamiento de la radio, las comunicaciones inalámbricas, el laringófono y el radar, así como las investigaciones sobre las ondas de choque, la termo-aerodinámica y las teorías sobre flujos laminares y capas límite, que generaron tal acumulación logarítmica de conocimiento que le permitieron dar a la humanidad un formidable salto técnico y científico. La medicina también se benefició con el estudio de los efectos de la aceleración sobre el organismo humano y la relación hombre-máquina, que condujeron no sólo a la presurización de las cabinas de las aeronaves, sino también a nuevas investigaciones en medicina aplicada que desembocaron en el desarrollo de terapias alternativas, como las que se valen del uso de cámaras hiperbáricas, por ejemplo. La física de los materiales se vio favorecida por las nuevas aleaciones aportadas desde la industria aeronáutica para mejorar la resistencia de los metales a la fricción del aire y disminuir el peso de las aeronaves con un doble objetivo: incrementar la seguridad y mejorar la relación costo-beneficio. Las fibras sintéticas, los materiales compuestos, las telas y revestimientos ignífugos, los sistemas desengelatantes y antiengelatantes son sólo algunos ejemplos de los variados desarrollos concebidos desde la industria aeronáutica. Por último, la investigación sistemática de los accidentes de aviación permite fijar pautas sobre prevención y seguridad de las cosas que son tomadas luego por otras disciplinas o quehaceres humanos, adecuándolas a sus propias necesidades. Esta “didáctica del desastre aéreo” ha contribuido enormemente a aumentar los índices de seguridad, pues cada informe técnico elaborado por la res-

pectiva Junta de Investigación del accidente se transforma en un catálogo de “lecciones aprendidas” sobre aquellos aspectos que no deben volver a repetirse, y cuya última *ratio* es evitar que nuevos accidentes o incidentes vuelvan a ocurrir por causas similares.

Toda esta maravillosa ciencia aplicada hizo rendir frutos a postulados matemáticos teorizados hace casi tres siglos por Bernoulli (1700-1782) y Euler (1707-1783), que recién ahora adquieren enorme importancia práctica gracias al uso de los ordenadores.

Entonces, retomando la alusión del primer párrafo, la circunstancia de que el Derecho Aeronáutico tenga por objeto jurídico un hecho técnico (la aeronavegación) hace que su contenido esté impregnado por esa particularidad. De ahí que el tratamiento de sus instituciones ofrezca una generosa invitación al estudio interdisciplinario. Esta nota interdisciplinaria necesariamente debe impregnar el “cómo” de la enseñanza del Derecho Aeronáutico, a riesgo de que su omisión torne indigente su aprendizaje.

Por estas razones, y otras que serán descritas más adelante, entiendo que los aspectos técnicos y su correcto conocimiento y apreciación son la única manera de arribar a conclusiones jurídicas realistas en el campo del derecho aeronáutico.

En otras palabras, lo normativo es necesario pero no es suficiente para comprender la complejidad del fenómeno aeronáutico.

2. UBICACIÓN DE LA MATERIA DENTRO DEL PLAN DE ESTUDIOS

Todos los currículos universitarios están diseñados para formar y conducir al educando hacia la obtención de un título de grado. La elección de un currículo en particular es una decisión compleja pero clave (Martin and Russel, 2006:3). Idealmente, debiera insertarse en y ser funcional al modelo de país que se aspira a construir.

Los historiadores del Derecho Aeronáutico indican que la introducción de esta asignatura dentro del universo jurídico argentino tuvo lugar a mediados del siglo pasado a través de la controvertida figura de Antonio Ambrosini (1888-1983). Apasionado defensor de la autonomía científica de esta materia, su prédica tuvo singular éxito en nuestro país, en Brasil y en México. La Argentina lo incorporó como docente al primer

curso de Especialización de Postgrado en Derecho Aeronáutico y Espacial que se dictó en toda América, ofrecido por el INDAE (Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial), cursos que luego adquirieron naturaleza universitaria por decreto 10.525/59. Entre 1950 y 1953, Ambrosini colaboró con el Centro Permanente de Investigaciones de Derecho Aeronáutico y Política del Transporte Aéreo y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Antes de regresar a Italia estuvo en Río de Janeiro, donde inauguró la cátedra de Derecho Aeronáutico en la Universidad Nacional.

Es famosa la discusión que mantuvo por años con Antonio Scialoja, de la escuela napolitana, en defensa de la autonomía científica del derecho aeronáutico frente a la postura scialojiana a favor de un “derecho de la navegación” que subsumía al Marítimo, al Aéreo y al Fluvial y Lacustre. La escuela napolitana tuvo fieles cultores en la Universidad Nacional de Litoral, con el liderazgo indiscutido de Federico Ortiz de Guinea.

Curricularmente, al menos en la Argentina, la visión del maestro napolitano se impuso a la ambrosiana, salvo entre 1985 y 2004 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, como veremos en breve. Curiosamente, si bien los cursos se ofrecen como “Derecho de la Navegación”, didácticamente se los enseña en el mismo curso pero por separado, es decir, respetando su respectiva autonomía.

En nuestra Casa de Estudios, en el currículo del año 1966, esta disciplina se enseñaba, junto a otras dos, bajo el copete de “Derecho de la Navegación”. Las otras dos eran el Derecho Marítimo y el Espacial. Era una materia obligatoria, como debieran serlo todas las codificadas. La carga horaria era un 50% mayor a la actual, como también el número de clases al año durante las que era dictada.

Luego del currículo del año 1985, su enseñanza se escindió en dos materias autónomas, Derecho Aeronáutico y Derecho Marítimo. El Derecho Espacial quedó eliminado. De obligatoria, pasó a ser una materia optativa dentro del Ciclo Profesional Orientado respecto de aquellos que escogían la especialidad en Derecho Económico-Empresarial, a la sazón, el Departamento del cual pasaron a depender esas asignaturas.

La primera cátedra autónoma de Derecho Aeronáutico fue inaugurada a mediados de 1988 por el Dr. Oscar Fernández Brital, con una memorable *laudatio* del Dr. Federico Videla Escalada, uno de los inolvidables maestros del Derecho Aeronáutico en la Argentina junto con Agustín Rodríguez Jurado y Héctor A. Perucchi.

Con algunas diferencias, el nuevo currículum de 2004 retrotrae las cosas a 1966, pues la asignatura vuelve a dictarse junto con Derecho Marítimo bajo el nombre de "Institutos de Derecho de la Navegación por Agua y por Aire". Sigue siendo, como en el plan anterior, una materia cuatrimestral, pero ahora es de cursada obligatoria para los que escogen especializarse en Derecho Económico-Empresarial.

Curricularmente, entonces, el Derecho Aeronáutico sólo tuvo autonomía didáctica en nuestra Facultad entre 1985 y 2004. Si bien al día de hoy se ofrecen cursos autónomos para cubrir la demanda de alumnos que aún cursan la carrera de acuerdo con el plan de 1985, esa situación debiera quedar concluida para fines de 2010.

En el resto de las universidades públicas del país, se enseñó siempre al estilo scialojano, es decir, como Derecho de la Navegación, junto con Derecho Marítimo.

En las universidades de Ecuador y Brasil esta materia no integra la oferta curricular de grado. Su enseñanza está desmembrada entre varias otras, como, por ejemplo, dentro de Contratos Civiles (para la parte de transporte aéreo), de Derecho Internacional Público (para la parte de espacio aéreo y convenios de tráfico aerocomercial) y de Derecho Internacional Privado (cuando se explica el Tratado de Montevideo de 1940).

En Paraguay, en cambio, tanto el Derecho Aeronáutico como el Marítimo son materias autónomas e integran el plan de estudios obligatorio para acceder al título de Licenciado en Derecho.

En España, los contenidos de la materia están dispersos principalmente entre las asignaturas Derecho del Transporte, Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Privado, Contratos Civiles y Contratos Comerciales.

En Alemania, finalmente, tampoco integra la oferta curricular de cursos de grado. Es tan sólo una materia optativa que -al menos en la

Universidad de Colonia- se ofrece bajo la modalidad de un seminario de tres meses de duración.

3. DE LAS ESTRATEGIAS DE ENSEÑANZA DEL DERECHO AERONÁUTICO

Sin olvidar jamás que, como decía Albert Schweitzer, el profesor no es más que un alumno aventajado (cuya inmediata consecuencia, agrega, es que el que enseña aprende), no es menos cierto que la enseñanza del Derecho Aeronáutico -con varias estructuras lógicas heredadas del Derecho Marítimo- supone el esfuerzo volitivo de apartarse de la mochila paradigmática del Derecho Civil. Este paso, esta pascua paradigmática, quizá sea el salto al vacío de la inteligencia, diría Nietzsche, de los alumnos de derecho que llegan a nuestras Comisiones para tomar el curso de Derecho Aeronáutico.

Este salto es sociológicamente muy interesante, porque en muchos casos veo a los alumnos enfrentarse a una suerte de dificultad lógica que al principio perciben como insuperable, justamente porque están entrenados en la estructura del razonamiento y conclusiones de estricto cuño civilista más allá de cuyas fronteras, creen, no hay otras formas posibles de problematizar y pensar el derecho.

Parte del “arnés” que ayuda a los alumnos a no caer en ese vacío es, justamente, la explicación de cuestiones técnicas o la demostración -sencilla, por cierto- de algunas leyes de la termodinámica o de la físico-química de la atmósfera, que son el soporte de la aeronavegación y del ámbito en el cual se desenvuelve.

Estas estrategias son parte del “cómo” abordo la enseñanza del Derecho Aeronáutico. Un “cómo” que, si bien no olvido que estoy en una facultad profesional, me permite transitar por otras veredas distintas a la del abogado, pues mi condición de investigadora del Conicet me permite mostrar “en vivo” a los estudiantes que hay otras salidas laborales y profesionales posibles distintas al abogar. Es por eso que en mis cursos, la investigación de un par de temas específicos, sugeridos desde la cátedra, forma parte de un modesto entrenamiento que quizá, a una ínfima minoría, los induzca a tomar el camino de la ciencia. Ca-

mino que la universidad pública transita como ámbito natural de la investigación básica y aplicada.

El curso lo organizo en torno a clases teórico-prácticas, con mucho diálogo, reflexión y buen humor (que, por lo que al final del curso me cuentan los alumnos, no parece ser la clase de humor que impera entre los profesores de esta Casa). El método coloquial convive con el expositivo, las preguntas disparadoras y las preguntas espejo.

Debido a que, desde agosto de 2008, soy la única Adjunta de la cátedra del Dr. Cosentino que dicta la materia conforme al nuevo plan de estudios de 2004, es decir, Derecho Marítimo y Aeronáutico simultáneamente, al comienzo de cada clase hago un brevísimo repaso de lo analizado hasta ese día para recolocar al alumno dentro de uno u otro contexto jurídico. La abogada Giovanna Blangiardi es la otra profesora a quien también se le encomendó dictar la nueva materia dentro de la cátedra del Dr. Chami.

El primer día de clases, además de darme a conocer junto a mis ayudantes, y de conocerlos, hago circular un formulario para que anoten allí sus e-mails. Éste será nuestro canal de comunicación fuera de los días de clase. Durante algunos años (1993-1995), cuando además dictaba Derecho Internacional Público, fijé un día y horario por semana para evacuar dudas y consultas de los estudiantes. Generalmente los recibía en el Instituto de Investigaciones A. L. Gioja, una hora y media antes o bien después de clase, según lo decidido por votación de la mayoría. Teniendo comisiones de hasta 130 alumnos en Internacional Público y de apenas 25 en Aeronáutico, sólo recuerdo la visita de 5 alumnos, más que nada con curiosidad por ver “cómo era” un instituto de investigación. Sin embargo, al completar la encuesta que pongo a su disposición luego de firmar las notas en sus libretas, muchos de ellos ponderaban la iniciativa, que calificaban como única dentro de nuestra facultad.

Ante el fracaso de las consultas personales, eliminé esa instancia hasta la llegada de la revolución electrónica. Afortunadamente, desde que empleo el correo electrónico, las consultas son moderadamente frecuentes.

Desde la primera clase les hago llegar por e-mail el cronograma de la materia, con el detalle de lo que se verá clase a clase, indicaciones

sobre la dinámica de los exámenes parciales, una suerte de manual de instrucciones sobre los juegos de rol que se hacen casi al final del curso, y la bibliografía.

Por este mismo medio, a lo largo del cuatrimestre, les envío documentación complementaria, como artículos publicados aquí o en el extranjero, cuadros sinópticos y mapas conceptuales de algunos capítulos clave de esta materia.

Al decir de Aldaz Herrera (Aldaz Herrera, 2009: 4), "El Modelo Constructivista está centrado en la persona, en sus experiencias previas de las que realiza nuevas construcciones mentales". Tomando estas afirmaciones como punto de partida, diremos que la construcción se produce:

- a) Cuando el sujeto interactúa con el objeto del conocimiento (Piaget).
- b) Cuando esto lo realiza en interacción con otros (Vigotsky).
- c) Cuando es significativo para el sujeto (Ausubel).

Las estrategias de construcción cognitiva que empleo son variadas y se orientan a la estimulación de destrezas para que el estudiante de derecho reflexione, comprenda, analice, investigue y critique, con el fin de resignificar el "stock" de conocimientos que ya posee, relacionarlos con los nuevos adquiridos desde el Derecho Aeronáutico y así "degustar" las relaciones e interrelaciones que se tejen y destejen entre unos y otros.

Además de las "visitas" interdisciplinarias, otra herramienta que utilizo a menudo es la identificación del problema en torno al cual girará una discusión, entre estudiantes y el profesor, acerca de cuáles son los caminos teóricos y empíricos que ayudan o mejor conducen a resolverlo. Es una estrategia excelente, creo, para entrenar el potencial reflexivo de los estudiantes y construir juntos el conocimiento de la materia.

En algunas ocasiones esa problematización viene de la mano de historias reales complejas, ya resueltas por la jurisprudencia, pero que someto al análisis de los estudiantes invitándolos a que hagan una vuelta de tuerca, repiensen lo que ya fue decidido por un juez, y postulen fundamentadamente su propia solución. Creo que ello ayuda a desdogmatizar el derecho y a comprender que ni los jueces ni los abogados ni los profesores se expresan *ad divinis*.

En ese proceso de desdogmatizar al derecho son de gran auxilio las preguntas espejo. Originadas en la pregunta concreta formulada por el estudiante, la respuesta no la da el profesor, sino que la devuelve al colectivo estudiantil para que entre todos, incluido el rol de orientador del profesor, construyan el conocimiento de lo que fue objeto de consulta.

Además de la bibliografía recomendada, otros recursos didácticos que empleo son: los documentos electrónicos que les envío por e-mail, las retroproyecciones, los mapas conceptuales, las síntesis sinópticas en el pizarrón, en algunas clases he llevado aeronaves en escala para mostrar determinados aspectos técnicos de las mismas, y artículos de diarios o revistas. Entre estos últimos, prefiero aquellos que incluyen datos o descripciones erróneos, justamente porque son ideales para ejercitar a los estudiantes en la lectura crítica. O los que describen innovaciones tecnológicas que generan dudas respecto a su posible inclusión como objeto de estudio del Derecho Aeronáutico (por ejemplo, los *flying boats*).

Como instancias formales, utilizo tres técnicas de evaluación: los exámenes parciales (uno escrito y otro oral) y los juegos de rol. A ellos añado algún trabajo práctico para resolver en forma domiciliaria; la resolución de problemas mediante la utilización de técnicas grupales, sobre todo con el método de discusión en pequeños grupos; y por supuesto, la evaluación silenciosa y discreta clase a clase.

Los exámenes escritos de ningún modo están diseñados para verificar cuántos Funes memoriosos hay en el curso, sino para evaluar su capacidad reflexiva, deductiva, inductiva, analógica y creativa (Kagan and Kagan, 1998:105). Por ello son a libro y código abiertos y sin límite de tiempo. Nos vamos cuando entrega su examen el último alumno. Como la materia se dicta durante 3 horas los días miércoles, el tiempo promedio de resolución -luego de años de emplear esta técnica- es de alrededor de cuatro horas.

El examen se compone de tres planteos problemáticos a ser respondidos en no más de tres o cuatro renglones pues me interesa sobremanera evaluar cómo emplean su inteligencia sintetizadora (Gardner, 2007; Gardner, 1993), un tema a desarrollar (presentado de modo tal que la respuesta no está formulada en ningún libro ni apunte, sino en las inferencias

lógicas y creativas que obtenga y desarrolle el estudiante) y un caso a resolver como juez de cámara, o como magistrado de la Corte Suprema (en ambos supuestos, como instancias revisoras de lo decidido por el *a quo*), o como abogado de una de las partes.

El método de discusión en pequeños grupos lo utilizo, en cierta medida, como ejercicio de entrenamiento para los juegos de rol pues, luego de dividir a la clase en cuatro grupos, distribuyo alternativamente entre ellos dos casos de resolución compleja, para al cabo de 15 minutos redistribuir lo resuelto por cada uno pero cruzando los casos entre ellos, de modo que las soluciones a las que arribaron los grupos A y C sean revisadas y criticadas por los grupos B y D. Al final, desde la cátedra, se hace una puesta en común.

Los juegos de rol tienen por objeto recrear un proceso contradictorio, en sede civil y comercial federal, en torno a un caso real indicado al comienzo del curso, cuando se distribuye el cronograma. Supone la confección de una demanda, su traslado y contestación, la sustanciación (abreviada, por cierto) del proceso, y la sentencia dictada por el resto de los estudiantes que no integran los dos grupos que representan a la parte actora y a la demanda.

Las consignas para el desarrollo de los juegos de rol comienzan la clase previa, cuando los alumnos proceden a elegir a dos moderadores independientes. Su desempeño también es evaluado por la cátedra. En las fechas predeterminadas en el cronograma, el grupo actor presenta a la accionada el escrito de su demanda y en la clase siguiente el grupo demandado hace entrega de su contestación a fin de que quede claramente trabada la litis. Ambos escritos deben explayarse sobre los aspectos técnicos, políticos e históricos que están involucrados en el caso. La demanda y su contestación deben ir acompañadas por anexos con la principal documentación respaldatoria de los hechos, y no podrán tener menos de 20 fojas. A fin de que haya una auténtica traba de la litis, no se admiten las siguientes estrategias: allanarse, basar la contestación de la demanda en la negación por la negación misma, no se aceptan libelos que no citen doctrina y jurisprudencia (al menos 3 de cada una), o que carezcan de desarrollo y fundamentos jurídicos, o que sólo giren en torno a hechos técnicos.

Según se explicita claramente en esa suerte de manual de instrucciones que acompaña al cronograma, para la calificación de cada alumno se tendrá especialmente en cuenta:

- La solidez y lógica jurídica de las presentaciones;
- los fundamentos legales y jurisprudenciales invocados;
- la aplicación práctica de las normas e institutos conocidos en el curso;
- la argumentación empleada durante el debate *in voce*;
- la resolución del problema planteado en la litis.

Cada juego de rol insume los 180 minutos de clase, divididos en tres bloques de 60 minutos cada uno. Los dos primeros están destinados a la exposición de cada grupo representativo de las partes actora y demandada. El bloque final se destina a un debate abierto entre ambos grupos, donde cada uno argumenta respecto de las pretensiones y fundamentos expuestos por el otro.

Para no interferir en el desarrollo de los “juegos de rol”, durante todo el proceso el resto de los alumnos cumple el rol de espectador no participante. Esto incluye a los docentes.

Concluido el último bloque, el resto de los alumnos (que cumplen el rol de jueces de un tribunal colegiado) pueden formular preguntas a los miembros de los equipos.

Toda la clase práctica se funda en mecanismos de autogestión. De ahí la importancia de que los propios alumnos designen a dos moderadores para que asuman la responsabilidad de controlar que las reglas de juego sean cumplidas, sobre todo en lo atinente a: 1) el control del tiempo; 2) que todos los integrantes de los grupos expongan, y 3) para moderar el debate final.

Concluido el proceso, el resto de la clase emitirá sentencia por votación fundada.

Como observadores no participantes, los docentes evaluamos el desempeño de los grupos sobre la base de las siguientes pautas: lógica jurídica, fundamentos fácticos, material visual y documental aportado, claridad conceptual en la exposición y en la argumentación.

Para facilitar la evaluación por pares, se debe traer una copia extra de la demanda y su contestación para los miembros de la clase que asumen el rol de tribunal colegiado.

4. ENCUESTANDO A LOS ALUMNOS

Desde hace unos 15 años, al final del curso y luego de que los estudiantes conocen su nota final, los invito a responder anónimamente una encuesta.

Quien inspiró en mí este método fue la Dra. Susana Talavera, ex titular de Derecho de la Navegación, quien ya la empleaba cuando ingresé a su cátedra allá por 1989. Ciertamente, era mucho más sencilla, pero aun así muy estimulante para el profesor. Es el momento en que los calificadores pasan a ser calificados.

En un principio la diseñé sobre la base de siete preguntas. Con el andar de los años agregué dos, la última en 2004. De las nueve preguntas, sólo una tiene respuesta cerrada, aunque al final incluyo una opción semiabierta. El resto son abiertas, justamente para no perder la riqueza de las respuestas, aunque ello dificulte la interpretación de los datos.

En este capítulo me explayaré sobre los resultados de las encuestas realizadas entre el año 2000 y el primer cuatrimestre de 2009. Durante ese período tomaron la materia 276 alumnos, de los cuales exactamente 200 accedieron a responderla. Es decir, un 72,46% de los estudiantes. De los 200, un 27% (54 alumnos) prefirió revelar su identidad.

La encuesta tiene la siguiente estructura:

1) Califique al curso dentro de alguna de las siguientes opciones:

Malo	<input type="checkbox"/>	Bueno	<input type="checkbox"/>	Otro (especificar).....
Regular	<input type="checkbox"/>	Muy bueno	<input type="checkbox"/>	

2) ¿Qué aspectos positivos rescata del curso?

3) ¿Qué aspectos negativos señalaría a fin de no incurrir en ellos nuevamente?

4) ¿Cree que se logró el objetivo de “construir el conocimiento de la materia” entre docentes y alumnos? Si así fuere, ¿en qué medida se logró y cómo podríamos mejorarlo?

5) Los conocimientos adquiridos, ¿han sido relevantes para usted?
¿Por qué?

6) ¿Qué temas hubiera preferido analizar con mayor profundidad?

7) ¿Cómo calificaría su rendimiento a lo largo del curso y qué factores contribuyeron positiva y/o negativamente en su desempeño?

8) Defina en tres palabras su impresión del curso.

9) Espacio libre para volcar otras opiniones personales.

Un 11,5% calificó al curso como “Bueno” (23 alumnos), un 73,5% como “Muy bueno” (147), un 14% como “Excelente” (28) y un 0,5% como “Magistral” (1) en ambos casos dentro de la opción “Otro (especificar)”. Sólo un 0,5% no respondió a esa pregunta (1 alumno).

Las respuestas a la segunda pregunta han sido muy variadas, como puede verse a continuación.

2. ¿Qué aspectos positivos rescata del curso?:

– Clases didácticas, claridad para exponer los temas: 46,5% (93 alumnos).

– Buena predisposición de los profesores, dedicación y compromiso docente: 31% (62 alumnos).

– Amabilidad, buen trato, respeto: 27,5% (55 alumnos).

– Las explicaciones: 20% (40 alumnos).

– Aplicación práctica de los conocimientos teóricos: 17% (34 alumnos).

– Metodología de la enseñanza, su variedad, trabajos en grupo, juegos de rol: 14,5% (29 alumnos).

– Formas de evaluación: 13% (26 alumnos).

– Paciencia para responder preguntas y resolver dudas: 7,5% (15 alumnos).

– Presentismo de los profesores, puntualidad: 6% (12 alumnos).

– Hacer razonar al alumno: 5,5% (11 alumnos).

– Buena empatía de los alumnos con los temas: 5% (10 alumnos).

– Participación activa en clase: 5% (10 alumnos).

– Buen humor de los docentes: 4,5% (9 alumnos).

- Muy buena organización del curso: 4,5% (9 alumnos).
- Material didáctico brindado: 3,5% (7 alumnos).
- Actividades de investigación: 2,5% (5 alumnos).
- El desarrollo teórico: 1% (2 alumnos).
- Tópicos extracurriculares tratados en clase: 1% (2 alumnos).
- Ambiente de debate generado en las clases: 0,5% (1 alumno).

A la tercera pregunta respondieron:

3. ¿Qué aspectos negativos señalaría a fin de no incurrir en ellos nuevamente?:

- Ninguno: 46,5% (93 alumnos)
- Los juegos de rol necesitan más coordinación/más *coaching*/ser más aprovechados: 6,5% (13 alumnos).
- Hubiéramos preferido tener más casos prácticos: 5,5% (11 alumnos).
- Algunas consignas no fueron claras: 5% (10 alumnos).
- Falta de tiempo para ver los temas (la materia requiere más horas de clase): 4,5% (9 alumnos).
- Excesiva cantidad de notas a promediar: 4% (8 alumnos).
- Trabajos grupales con un número menor de alumnos: 3,5% (7 alumnos).
- El modo de evaluar: 3% (6 alumnos).
- Demasiados trabajos prácticos: 2,5% (5 alumnos).
- Las clases a cargo de los Ayudantes y Jefes de trabajos prácticos: 2% (4 alumnos).
- El parcial escrito es un poco complicado: 2% (4 alumnos).
- Tres horas de clase por día son excesivas: 2% (4 alumnos).
- Coordinar mejor la entrega de trabajos prácticos: 2% (4 alumnos).
- Se le dedica demasiado tiempo al análisis de casos: 2% (4 alumnos).
- Las explicaciones técnicas: 1% (2 alumnos).
- Las clases a cargo de la Adjunta de cátedra: 0,5% (1 alumno).
- Excesivos datos técnicos: 0,5% (1 alumno).
- El examen oral: 0,5% (1 alumno).
- Poca utilización del Código Aeronáutico: 0,5% (1 alumno).

- Muy orientado al transporte de pasajeros en lugar de al de mercaderías: 0,5% (1 alumno).
- Tomar lista: 0,5% (1 alumno).

Desde que en agosto de 2009 desde la comisión a mi cargo se comenzó a dictar nuevamente Derecho Aeronáutico y Marítimo juntos (“Institutos de la Navegación por Agua y por Aire”), a esta tercera pregunta se ha sumado un nuevo aspecto negativo señalado por los alumnos. Es relevante aclarar, para el caso, que desde entonces han tomado la materia 56 alumnos, de los cuales 41 respondieron la encuesta. La queja es:

- Derecho Marítimo y Aeronáutico debieran enseñarse por separado: 24,39 % (10 alumnos sobre 41).

La cuarta pregunta motivó las siguientes respuestas:

4) ¿Cree que se logró el objetivo de “construir el conocimiento de la materia” entre docentes y alumnos? Si así fuere, ¿en qué medida se logró y cómo podríamos mejorarlo?

- Sí: 99% (198 alumnos).
- No: 0%.
- No contesta: 1% (2 alumnos).

A la segunda parte de la pregunta, respecto de los “aspectos que podrían ser mejorados”, responden:

- Se necesitan más horas de clase: 3% (6 alumnos).
- Se necesitan más clases prácticas: 1,5% (3 alumnos).
- Se necesita más trabajo de campo: 1,5% (3 alumnos).
- Se necesita analizar más casos jurisprudenciales: 1% (2 alumnos).
- Incluir videos: 0,5% (1 alumno).

A su vez, hay otras respuestas a esa segunda parte de la pregunta (¿en qué medida se logró y cómo podríamos mejorarlo?), que los alumnos responden señalando aspectos que correspondería indizarlos como “aspectos positivos”. Así pues, el objetivo se logró porque:

- Los conocimientos adquiridos se aplican en la práctica: 15% (30 alumnos).

- La relación o la interacción docentes/alumnos es muy buena: 14,5% (29 alumnos).
- Hacen razonar al alumno: 8,5% (17 alumnos).
- Las clases son didácticas: 5,5% (11 alumnos).
- Gracias a los trabajos grupales y las clases prácticas: 4,5% (9 alumnos).
- Hubo participación de los alumnos: 3,5% (7 alumnos).
- Se relacionan distintos institutos del derecho entre sí: 3% (6 alumnos).

La quinta pregunta dio lugar a las siguientes respuestas:

5) Los conocimientos adquiridos, ¿han sido relevantes para usted?
¿Por qué?

- Sí: 92,5% (185 alumnos).
- Muy relevantes: 3,5% (7 alumnos).
- No son relevantes, pero sí interesantes: 1,5% (3 alumnos).
- No: 0,5% (1 alumno).
- No contesta: 2% (4 alumnos).

¿Por qué?

- Se aplican los conocimientos a la vida diaria/laboral: 24,5% (49 alumnos).
- Por la novedad de la materia: 17,5% (35 alumnos).
- Por un interés especial/personal en el tema: 10% (20 alumnos).
- Comprenden mejor el contrato de transporte aéreo cuando viajan: 8% (16 alumnos).
- Porque se relaciona la materia con otras ramas del derecho: 5% (10 alumnos).
- Por la manera de motivar al alumno, o de conducir las clases: 3,5% (7 alumnos).
- Incentiva la investigación, a profundizar, a informarse: 2% (4 alumnos).
- Terminó el curso con más conocimientos que con los que llegó: 1,5% (3 alumnos).
- Ayuda a comprender y razonar: 1% (2 alumnos).

A la pregunta 6) ¿Qué temas hubiera preferido analizar con mayor profundidad?, respondieron:

- Responsabilidad: 14,5% (29 alumnos).
- Delitos aeronáuticos: 6,5% (13 alumnos).
- Investigación de accidentes aeronáuticos: 5,5% (11 alumnos).
- Seguros: 4,5% (9 alumnos).
- Derecho Espacial: 3,5% (7 alumnos).
- Aeronáutica comercial: 3,5% (7 alumnos).
- Abordaje: 3% (6 alumnos).
- Aeropuertos: 2% (4 alumnos).
- Jurisprudencia: 2% (4 alumnos).
- *Overbooking*: 2% (4 alumnos).
- Daños a terceros en la superficie: 2% (4 alumnos).
- Privatización de Aerolíneas Argentinas: 1,5% (3 alumnos).
- Transporte aéreo de mercaderías: 1,5% (3 alumnos).
- Convenios de tráfico aéreo: 1,5% (3 alumnos).
- Retraso: 1,5% (3 alumnos).
- Medio ambiente y aviación: 1,5% (3 alumnos).
- Transporte sucesivo: 1% (2 alumnos).
- Cielos abiertos: 1% (2 alumnos).
- Personal aeronáutico/comandante: 1% (2 alumnos).
- Circulación aérea: 1% (2 alumnos).
- Privilegios: 0,5% (1 alumno).
- Transporte aéreo postal: 0,5% (1 alumno).
- Los juegos de rol: 0,5% (1 alumno).
- Aspectos técnicos: 0,5% (1 alumno).
- *Code-sharing*: 0,5% (1 alumno).
- *Leasing* de aeronaves: 0,5% (1 alumno).

Desde que además dictamos Derecho Marítimo, se agregan las siguientes respuestas (de 41 alumnos encuestados):

- Agente marítimo: 2,40% (1 alumno).
- Avería gruesa: 2,40% (1 alumno).

A la pregunta 7) ¿Cómo calificaría su rendimiento a lo largo del curso y qué factores contribuyeron positiva y/o negativamente en su desempeño?, se obtuvieron las siguientes respuestas:

- Bueno: 54,5% (109 alumnos).
- Muy bueno: 15% (30 alumnos).
- Regular: 15% (30 alumnos).
- No contesta: 11,5% (23 alumnos).
- Irregular: 4% (8 alumnos).

Factores que contribuyeron positivamente a su desempeño:

- Buena predisposición de los profesores: 15,5% (31 alumnos).
- Los juegos de rol, trabajos prácticos, trabajos en grupo: 12,5% (25 alumnos).
- Los conocimientos técnicos adquiridos: 7% (14 alumnos).
- Nivel de conocimiento de los profesores: 2,5% (5 alumnos).
- Búsqueda de información/investigación: 2% (4 alumnos).
- Buen humor de los profesores: 1% (2 alumnos).

Factores que contribuyeron negativamente a su desempeño:

- Problemas personales: 10% (20 alumnos).
- Problemas laborales: 9% (18 alumnos).
- Falta de tiempo: 6% (12 alumnos).
- Cursar muchas materias simultáneamente: 4,5% (9 alumnos).
- Dificultades bibliográficas: 1% (2 alumnos).
- El grupo de trabajo no era homogéneo: 0,5% (1 alumno).
- Examen oral: 0,5% (1 alumno).
- No haber asistido a todas las clases: 0,5% (1 alumno).

La pregunta “8) Defina en tres palabras su impresión del curso” dio lugar a las siguientes respuestas:

- Muy interesante: 23,5% (47 alumnos).
- Didáctico/Calidad: 16,5% (33 alumnos).
- Interactivo/Participativo/Dinámico: 11,5% (23 alumnos).
- Ameno/Divertido: 11% (22 alumnos).

- Complejo/Integral/Completo: 9% (18 alumnos).
- Excelente calidad docente: 8,5% (17 alumnos).
- Práctico: 8,5% (17 alumnos).
- Novedoso/Original: 4% (8 alumnos).
- Respeto: 3,5% (7 alumnos).
- Ordenado: 3% (6 alumnos).
- Exigente: 2,5% (5 alumnos).
- Conocimiento: 2,5% (5 alumnos).
- Útil: 2,5% (5 alumnos).
- Transparencia/Lealtad/Justicia: 2,5% (5 alumnos).
- Recomendable: 2% (4 alumnos).
- Instructivo: 2% (4 alumnos).
- Razonamiento/Espíritu crítico: 1,5% (3 alumnos).
- Experiencia: 1% (2 alumnos).
- Solidaridad: 0,5% (1 alumno).

Finalmente, la pregunta “9) Espacio libre para volcar otras opiniones personales” motivó las siguientes respuestas:

- Muy conforme con el curso: 20% (40 alumnos).
- Alto nivel de conocimientos de los docentes: 10% (20 alumnos).
- Alto nivel moral/humildad de los docentes: 9% (18 alumnos).
- Profunda vocación docente/muy buena predisposición para aclarar dudas: 7% (14 alumnos).
- Es muy positivo traer invitados especiales al curso: 6,5% (13 alumnos).
- Agradece calidez/calidad humana: 6% (12 alumnos).
- Respeto hacia los alumnos: 5% (10 alumnos).
- Muy buen *feed-back* alumno/profesor: 4,5% (9 alumnos).
- Desean colaborar con la cátedra como ayudantes: 4% (8 alumnos).
- Buen humor: 3% (6 alumnos).
- Mentalidad abierta de los profesores para aceptar opiniones contrarias a la propia: 2,5% (5 alumnos).
- Rescata los debates: 1,5% (3 alumnos).
- Se exige mucho pero se da más de lo que se exige: 1,5% (3 alumnos).

- Solicitan mantener a los alumnos al tanto de conferencias: 0,5% (1 alumno).

4.1. BREVÍSIMA INTERPRETACIÓN DE LA ENCUESTA

No hay dudas respecto a la percepción de los alumnos en cuanto al logro del objetivo de construir, juntamente con los docentes, el conocimiento de la materia.

Sin embargo, la organización de los juegos de rol es señalada con más frecuencia como uno de los aspectos negativos del curso. Si bien casi un 15% señaló estar muy de acuerdo con ellos y un 12,5% subrayó que contribuyeron a su desempeño estudiantil, otros demandaron más apoyo por parte de los docentes, consignas más claras y menos alumnos por grupo. Pero ninguno demandó su eliminación como estrategia didáctica.

Es evidente, también, cómo la formación profesional impartida desde nuestra facultad incide al momento de valorar la relevancia de los conocimientos adquiridos, pues una cuarta parte de los alumnos vieron que el curso satisfacía su demanda de aplicar los conocimientos a la vida laboral o diaria, en tanto que tan sólo un 2% señaló la incentivación a la investigación y la profundización de los temas, y un 1,5% valoró el conocimiento por el conocimiento mismo.

Esta conclusión está refrendada por el tipo de asuntos que les hubiese interesado ver con mayor profundidad, pues un 35,5% escogió “responsabilidad” y/o temas de vinculados con ella (v. gr., investigación de accidentes aeronáuticos, seguros, abordaje, *overbooking*, retraso, privilegios, daños a terceros en la superficie, jurisprudencia).

Los problemas personales, laborales y la falta de tiempo (por causas diferentes a las dos anteriores) son los factores negativos que más inciden en el desempeño de los alumnos (29,5%). Un 2% serían atribuibles a la cátedra.

Entre los vocablos o frases escogidos para definir la impresión del curso, no hay uno solo con connotación negativa. Ello es coherente con las otras opiniones volcadas al final de la encuesta, en el punto 9. Al cruzar estos datos con las respuestas a la tercera pregunta, se infiere que los aspectos negativos individualizados por los alumnos no interfieren ni neutralizan las cualidades positivas de los métodos y estrategias de enseñanza para el conocimiento del Derecho Aeronáutico.

El “diálogo” de las fuentes: fragmentación y coherencia en el derecho internacional contemporáneo*

ALBERTO DO AMARAL JÚNIOR**

INTRODUCCIÓN

En el comienzo del siglo XXI los efectos de la mundialización causados sobre todo por la revolución en las comunicaciones, se extienden indistintamente a todos los dominios de la vida contemporánea. La cooperación, a su vez, se expande a sectores tan variados como el comercio internacional, los derechos humanos, la explotación de los recursos marinos y la preservación del medio ambiente. La combinación de estos factores influenciará fuertemente al derecho internacional.

Es aún un hecho incuestionable el que las últimas décadas han conocido una extraordinaria expansión de las normas jurídicas internacionales acompañadas de la formación de la jerarquía normativa en el derecho internacional gracias al reconocimiento del *jus cogens* por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Esa impresionante proliferación normativa entreabrió la probabilidad de conflictos normativos y profundizó la tendencia a la fragmentación del derecho internacional en múltiples subsistemas dotados de lógica propia y fines específicos. Esos hechos suscitan la preocupación por la

* Publicado originalmente en portugués como DO AMARAL JÚNIOR, Alberto, “O diálogo das fontes: fragmentação e coerência no direito internacional contemporâneo”, en *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, 2008, vol. 2, pp. 11-33. Los editores agradecen al autor el permiso para traducirlo y publicarlo en esta Revista. Traducción al español realizada por Luciane Klein Vieira, abogada, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS. Maestranda en Derecho Internacional Privado, Universidad de Buenos Aires, Argentina.

** Doctor en Derecho por la Universidad de São Paulo, USP. Profesor asociado de Derecho Internacional de la USP.

coherencia del derecho internacional, ya que la presencia de antinomias es indeseable no solamente por poner al intérprete delante de alternativas inconciliables, sino también porque impiden la realización de la justicia.

Considero, en la línea de Norberto Bobbio, que la coherencia no es condición de validez, pero es siempre una condición para el ordenamiento justo. Las exigencias de certeza (que corresponde al valor de paz o de orden) y justicia (que corresponde al valor de igualdad) desaparecen si el intérprete puede, indistintamente, aplicar reglas contradictorias. Si dos normas antinómicas coexistieren, el ordenamiento jurídico no conseguiría garantizar ni la certeza, entendida como posibilidad de prever con exactitud las consecuencias de una conducta dada, ni la justicia, entendida como igual tratamiento entre aquellos que pertenecen a la misma categoría.

En el intento de formular criterios que contemplen las múltiples interacciones normativas, impugno, además, el punto de vista de que el derecho internacional es un conglomerado de subsistemas desvinculados entre sí. Propongo, al contrario, un nuevo método, llamado “diálogo” de las fuentes, bajo la inspiración del trabajo pionero desarrollado por Eric Jayme en el ámbito del derecho internacional privado. Lejos de ignorar el desmedido trabajo de los juristas para resolver las antinomias, que la doctrina consolidó en principios comúnmente aceptados, indico la necesidad de un segundo método, que coexista con las soluciones tradicionales. Se trata de aplicar, simultánea, coherente y coordinadamente, las diversas fuentes del derecho internacional de modo de eliminar la norma incompatible solamente cuando se verifica que la contradicción que ella causa es insuperable. La coordinación flexible de las fuentes restablece la coherencia al identificar complementariedades, convergencias y armonías. En esta tarea, la presunción contra el conflicto, enfatizada por Wilfred Jenks hace más de medio siglo, cumple función esencial. El “diálogo” de las fuentes vislumbra la totalidad de las normas internacionales sin olvidar las especificidades que marcan los subsistemas particulares. De esta manera se intenta percibir el derecho internacional como un sistema en el cual la búsqueda de unidad no hace desaparecer la singularidad de las partes que lo constituyen, y que él se sujeta a principios que organizan los elementos individualmente considerados. Este artículo discute, pues, tres cuestiones:

- 1) el riesgo de fragmentación de las normas internacionales causado por la existencia de variados subsistemas;

- 2) la reconstrucción de la coherencia del ordenamiento jurídico internacional por intermedio del “diálogo” de las fuentes, y
- 3) el vínculo entre los diversos tipos de “diálogo” de las fuentes y el tema de la justicia en el derecho internacional contemporáneo.

EL RIESGO DE FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

La aceleración de la interdependencia engendrada por el advenimiento de la mundialización alargó el campo regulatorio del derecho internacional a dominios que otrora pertenecían exclusivamente a las relaciones diplomáticas. Ese proceso, que se inició antes de que la globalización se profundizase, ganó vigor delante del imperativo de la búsqueda de solución para los múltiples problemas propuestos por las interacciones económicas, sociales y políticas. Hubo, en prácticamente todos los sectores de la vida internacional, la producción de normas obligatorias, dotadas de precisión, que delegan a un tercero la tarea de solucionar los conflictos a través de la aplicación de reglas jurídicas.¹

Normas cada vez más numerosas son necesarias para regular áreas que van desde las telecomunicaciones a la protección del medio ambiente, de la cooperación judicial a la institución de cortes jurisdiccionales, del aprovechamiento de los recursos marinos a la protección de los derechos humanos, de la lucha contra el terrorismo a la no proliferación de las armas nucleares, del comercio multilateral a los acuerdos económicos regionales. Las reglas de alcance universal conviven con la tendencia de diferenciación con base en el dominio de normas, en la especificidad que poseen y en el grado de desarrollo de los Estados.

La intensa regulación jurídica de las relaciones internacionales contribuyó para elevar, de forma inusitada, la probabilidad de conflictos normativos. Joost Pauwelyn, al examinar los factores responsables por la proliferación de los conflictos entre las normas internacionales en la actualidad, discrimina un total de ocho factores, de los cuales cuatro son inherentes a la formación de las reglas internacionales y cuatro son re-

¹ GOLDSTEIN, Judith *et al.*, “Introduction: legalization and world politics”, en *Legalization in world politics*, Cambridge, MIT Press, 2001, p. 3. Cf. KAHLER, Miles, “Conclusion: the causes and consequences of legalization”, en GOLDSTEIN, Judith, *op. cit.*, pp. 271-299. Cf. LEJBOWICZ, Agnès, *Philosophie du droit international: l'impossible capture de l'humanité*, París, PUF, 1999, pp. 277-398.

sultantes de las transformaciones del derecho internacional contemporáneo. En el primer grupo² merecen destacarse:

a) *La descentralización de la producción normativa*. No es raro que en la esfera internacional, marcada por la descentralización del poder, los conflictos normativos sean, hasta cierto punto, naturales en función del creciente número de Estados. Los obstáculos para la obtención del consenso estimulan la elaboración de normas vacías, pasibles de múltiples interpretaciones, conforme a la naturaleza de los intereses en juego. La probabilidad de consenso disminuye en la proporción en que un gran número de Estados participa de las negociaciones de nuevos tratados, como sucede en la OMC, circunstancia que favorece el apareamiento de normas conflictivas en el interior del mismo régimen o entre regímenes jurídicos distintos.

b) *El tiempo*. El hecho de que las normas internacionales tienen, fundamentalmente, el mismo valor normativo hace del tiempo una variable de gran relevancia. La variedad y diversidad de los intereses estatales tornan el surgimiento de las normas una consecuencia natural del pasaje del tiempo.

c) *El proceso de formación de las normas internacionales*. Afuera de las particularidades de la vida internacional, la realidad interna de los Estados puede dar origen a los conflictos normativos.

En el plan nacional, las negociaciones para la conclusión de tratados internacionales son acompañadas de discusiones que reúnen diplomáticos, especialistas y representantes de los sectores sociales interesados. Esos debates amplían extraordinariamente el grado de especialización de las cuestiones y desarrollan un estilo específico para abordar los problemas. Organizaciones no gubernamentales, defensoras del libre comercio o de la preservación del medio ambiente, presionan para que sean acogidos los intereses que defienden.

Las presiones se abultan, también, cuando el parlamento aprecia un tratado ya concluido a fin de insertarlo en el ordenamiento jurídico doméstico. La diseminación de los grupos organizados, que privilegian una visión segmentada de la realidad, fomenta los conflictos entre tra-

² PAUWELYN, Joost, *Conflict of norms in public international law*, op. cit., pp. 13-17.

tados. Este fenómeno contagia al derecho internacional basado en la costumbre, que depende de la amplia aceptación de los destinatarios.

d) *La ausencia de una corte con jurisdicción general y obligatoria encargada de celar por la aplicación de las normas internacionales.* La carencia de un órgano centralizado imposibilita, en muchos casos, la gestión adecuada de las relaciones internacionales por intermedio de la solución pacífica de las controversias. La pluralidad de instancias jurisdiccionales crea el riesgo de que los conflictos sean resueltos de forma diversa y aun contradictoria.

Más allá de estos factores, Joost Pauwelyn acrecienta las siguientes causas para los conflictos de normas internacionales:³

1) *El pasaje de las normas de coexistencia hacia las normas de cooperación.* Los enfoques tradicionales vinculados a la soberanía territorial, a las relaciones diplomáticas y a los dominios de guerra y de paz dieron lugar a la cooperación en las áreas del comercio, medio ambiente y derechos humanos. El vertiginoso aumento del número de tratados multilaterales precipitó no solamente los conflictos entre normas de diferentes subsistemas, a ejemplo de lo que ocurre con los acuerdos de la OMC y los tratados ambientales, sino también entre normas de un mismo subsistema, como se verifica en las reglas de la OMC.

2) *La globalización.* La aceleración de la interdependencia, efecto inmediato del proceso de globalización, potencializó la perspectiva de nuevos conflictos entre tratados internacionales, que obedecen a los más variados motivos. Acuerdos de liberalización comercial coliden con normas internacionales instituidas para garantizar objetivos de carácter social.

3) *La jerarquía de valores.* El concepto de *jus cogens*, previsto en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, expresa la convicción de que las normas internacionales no se encuentran en el mismo nivel. El reconocimiento de que ciertas normas son superiores a las demás es causa potencial de conflictos.

4) *La ampliación de la solución jurídica de las controversias.* La generalización de los medios jurídicos de solución de los litigios repercute en los conflictos entre las normas de derecho internacional. Juzgamientos

³ PAUWELYN, Joost, *Conflict of norms in public international law*, op. cit., pp. 17-23.

proferidos en determinadas instancias, como la OMC, tienden a afectar sectores que exceden el comercio propiamente dicho.

Otras razones militan, todavía, en pro de la intensificación de los conflictos entre tratados. El regionalismo comandó la formación, en todos los continentes, de múltiples acuerdos sobre una gama rica y compleja de temas. La cooperación regional posibilita, muchas veces, la adopción de medidas que no serían factibles en escala más amplia. Jenks⁴ apunta las posibles ventajas de los acuerdos regionales: tratar problemas respecto de los cuales es prematuro o poco significativo establecer reglas de alcance mundial; prescribir *standards* más elevados y medidas de mayor alcance, más allá de profundizar el grado de unificación del derecho; fortalecer la uniformidad del derecho en una región y posibilitar la acción concertada teniendo en cuenta la ejecución de un instrumento internacional que imponga ciertas obligaciones. El regionalismo trajo a la evidencia la perspectiva de conflicto entre los tratados regionales y los tratados universales que tratan materias idénticas. No siempre es fácil compatibilizar los acuerdos suscriptos por los componentes de una subregión y los acuerdos regionales con los cuales ellos se relacionan.

En el derecho internacional, la antinomia se caracteriza por la existencia de normas incompatibles, de manera que el intérprete no puede aplicar las dos reglas al mismo tiempo. Las incompatibilidades son de tres tipos:

- 1) entre una norma que ordena un comportamiento y una norma que prohíbe el mismo comportamiento;
- 2) entre una norma que ordena hacer algo y otra que no permite hacerlo;
- 3) entre una norma que prohíbe hacer algo y otra que permite hacerlo.

Las antinomias aparentes son aquellas resolubles por la aplicación de los criterios cronológico, jerárquico y de especialidad. Ya las antinomias insolubles son aquellas que se identifican por la falta de criterios para su resolución o por el conflicto entre los criterios jerárquico y de especialidad, concebidos como criterios fuertes en relación con el criterio

⁴ JENKS, Wilfred, “Conflict of law-making treaties”, en *British Yearbook of International Law*, vol. 30, London, 1953, p. 401.

cronológico. A título ilustrativo, se expone la hipótesis de conflicto entre una norma superior general (norma de *jus cogens*) y una norma inferior especial. En principio, debe prevalecer la norma *jus cogens*, que integra el orden público internacional y es la expresión de los valores esenciales para la convivencia colectiva, pero no se descarta que, en la práctica, la exigencia de adaptar los principios generales de derecho internacional a las nuevas situaciones culmine con la preponderancia de la norma especial.

Una de las más graves dificultades que las antinomias ocasionan está relacionada al carácter del contencioso internacional. Éste es, en palabras del Rousseau, un contencioso de interpretación o de indemnización, jamás, directamente, un contencioso de anulación. Esto quiere decir que habrá siempre un cierto margen de incompatibilidad casi insuperable, en conformidad con los procedimientos técnicos del derecho positivo.

El derecho internacional experimentó en la segunda mitad del siglo XX un intenso proceso de fragmentación, responsable por el surgimiento de múltiples regímenes normativos, muchos de los cuales son incompatibles entre sí. Varios factores concurrieron para potencializar la fuerza irradiadora de este fenómeno, a saber: la proliferación de las reglas internacionales, el aumento de la fragmentación política (yuxtapuesta a la creciente interdependencia global y regional en áreas como la economía, el medio ambiente, la energía, la salud y la expansión de las armas de destrucción masiva), la regionalización del derecho internacional en virtud del aumento de instancias regionales de producción normativa, la emancipación de los individuos en razón de los Estados nacionales y la especialización de la actividad regulatoria internacional.⁵

La fragmentación alcanza, indistintamente, las normas primarias y las normas secundarias del derecho internacional. La probabilidad de conflictos normativos se acentúa con el avance del regionalismo, pues el sistema normativo creado en el plan regional es, muchas veces, más específico que los regímenes globales y más abarcador que los regímenes domésticos. Diversas reglas internacionales pueden, de esta manera, ser aplicadas a la misma situación, hecho que entreabre la perspectiva de

⁵ HAFNER, Gerhard, "Pros and cons: ensuing from fragmentation of international law", en *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, nro. 4, Ann Arbor, 2004, pp. 849-850.

colisión entre las obligaciones que incumben a los Estados. Esta circunstancia exige argumentos complejos para identificar cuál norma deberá prevalecer, y amenaza provocar más conflictos que aquellos resueltos por la creación de regímenes particulares.

Concomitantemente, la fragmentación alcanza las normas procedimentales en la medida que el foco del derecho internacional se desplaza de la producción de normas substantivas de naturaleza general para el desarrollo de mecanismos destinados a la solución de disputas. La multiplicación de las reglas secundarias da lugar a la posibilidad de soluciones divergentes capaces de corroer la autoridad y la credibilidad de las instituciones y del propio derecho internacional. Hafner menciona que la fragmentación tiene efectos positivos al elevar el grado de obediencia a las normas internacionales. En este sentido, los Estados estarían más inclinados a obedecer las reglas particulares que mejor reflejen las especificidades de determinado sector. Los efectos negativos de la fragmentación, por otro lado, se hacen sentir en la visibilidad de las contradicciones que el proceso regulatorio expresa, sobre todo en la previsión de obligaciones incompatibles.

En incitante reflexión sobre el tema, Günther Teubner y Andrés Fischer-Lescano parten de la hipótesis formulada en 1971 por Niklas Luhmann, para quien el derecho global se fragmentaría a lo largo de las líneas sociales y sectoriales y no a lo largo de las líneas territoriales. El motivo sería la transformación de las expectativas normativas (como las expectativas políticas, morales y religiosas) en expectativas cognitivas, en los campos de la tecnología, de la ciencia y de la economía; esa transformación ocurre en la transición de las sociedades nacionalmente organizadas para la sociedad global. Según Teubner y Fischer-Lescano, la fragmentación del derecho global es más profunda que cualquier perspectiva reduccionista de naturaleza jurídica, política, económica o cultural. Ella es, para los autores citados, el reflejo efímero de la fragmentación multidimensional de la sociedad global de nuestros días.⁶ La

⁶ TEUBNER, Günther y Andreas FISCHER-LESCANO, “Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law”, en *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, nro. 4, Ann Arbor, 2004, pp. 999-1046. Cf. TEUBNER, Günther, “Global Bukowina: legal pluralism in the world society”, en *Global law without a state*, Aldershot: Dartmouth, 1997, pp. 3-28.

aspiración de unidad normativa estaría, en principio, condenada al fracaso, ya que no existe un metanivel que solucione los conflictos jurídicos en la sociedad global. En opinión de Teubner y Fischer-Lescano, no se puede combatir la fragmentación ora existente, solamente buscar una débil compatibilidad normativa de los diferentes fragmentos. Este hecho depende, sin embargo, de la habilidad de las reglas de conflicto para establecer una red específica que reduzca los efectos de las unidades que coliden.⁷ Sea como fuere, el riesgo de fragmentación obliga al investigador a examinar si existe, efectivamente, la posibilidad de coherencia en el derecho internacional contemporáneo.

EL "DIÁLOGO" DE LAS FUENTES

En el Curso General que se brindó en 1995 en la Academia de La Haya, Erik Jayme enfatizó que la pluralidad de las fuentes, propia del derecho posmoderno, requiere la coordinación de las leyes en el interior del sistema jurídico. Ésta es una condición para la eficiencia y la justicia en una época marcada por la tendencia de legislarse sobre las más variadas materias, muchas veces convergentes, tanto en el derecho interno como en el derecho internacional.⁸

La doctrina más reciente no esconde la intención de buscar la armonía entre las normas, solución que se prefiere a la mera exclusión de una de ellas por los criterios tradicionales para la resolución de las antinomias. Se trata, pues, de la "coherencia derivada o restaurada", necesaria para la eficiencia funcional del sistema plural y complejo de nuestros días. Erik Jayme no abdica de la labor de siglos de los juristas para resolver las antinomias, pero sugiere un segundo método, la coordinación de las fuentes, que debe coexistir con las soluciones tradicionales.⁹

La coherencia se restablece por la coordinación flexible y útil de las fuentes: el descubrimiento de la finalidad de las normas se da por medio de la convivencia y del "diálogo" entre ellas. Jayme bautizó como "diálogo" de las fuentes la aplicación simultánea, coherente y coordinada de

⁷ TEUBNER, Günther y Andreas FISCHER-LESCANO, op. cit., pp. 999-1046.

⁸ JAYME, Erik, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", en *Recueil des Cours*, vol. 251, Leiden, 1995, p. 60, p. 251.

⁹ JAYME, Erik, op. cit., p. 60.

fuentes legislativas convergentes.¹⁰ Esa expresión, más allá de su tono casi poético, apunta hacia un nuevo modo de encarar la coexistencia de las normas. La eliminación de la norma incompatible no es abandonada pero es una vía extrema a ser usada cuando todos los otros recursos fallaren. En artículo pionero, Cláudia Lima Marques,¹¹ de forma magistral, transpuso la concepción de Jayme a la realidad brasileña para analizar la relación entre el Código de Defensa del Consumidor y el Nuevo Código Civil de 2002.

Las ideas seminales del gran maestro de Heidelberg, concebidas en el ámbito del derecho internacional privado, son adecuadas para explicar las interacciones de las reglas que componen un subsistema específico y la totalidad de las normas del derecho internacional público. En los últimos tiempos, tratados en los más distintos dominios se multiplicaron en escala vertiginosa y dieron origen a subsistemas normativos que reclaman coordinación, bajo pena de causarse la fragmentación y la pérdida de unidad del derecho internacional. La pluralidad, la complejidad, la fluidez y el dinamismo se tornaron característicos de las normas internacionales. En este ambiente, el “diálogo” de las fuentes es un instrumento de gran valía porque facilita la comunicación de los subsistemas entre sí y con las reglas generales del derecho internacional.

La utilidad que proporciona reside en captar el modo de relación entre normas pertenecientes a subsistemas diversos según el principio de coherencia, que, en una era de proliferación normativa, busca conferir armonía al proceso de aplicación del derecho internacional. Consiste en un recurso hermenéutico valioso para comprender la complejidad y el alcance de las relaciones normativas surgidas a partir de la expansión reguladora del derecho internacional en la última mitad del siglo XX y comienzo del siglo XXI.

El “diálogo” de las fuentes tiene lugar entre reglas horizontales, que se encuentran en el mismo nivel jerárquico. Difiere, así, de la relación normativa jerárquica, que pasó a dominar el derecho internacional con el reconocimiento del *jus cogens* por la Convención de Viena sobre De-

¹⁰ *Ibíd.*, p. 259.

¹¹ LIMA MARQUES, Cláudia, “Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do ‘diálogo’ das fontes no combate às cláusulas abusivas”, en *Revista de Direito do Consumidor*, nro. 45, São Paulo, 2003, pp. 71-99.

recho de los Tratados. En este caso no hay, en rigor, un “diálogo”, pero sí un “monólogo”, porque las reglas superiores preponderan necesariamente sobre aquellas que se sitúan en un nivel inferior. Se concluye, por eso, que los tratados de un subsistema particular se sujetan a las normas de *jus cogens* en razón de la superioridad que preside el relacionamiento entre tales reglas.

En efecto, el “diálogo” de las fuentes no es extraño a la tradición del derecho internacional público, hecho que la presunción contra el conflicto, formulada hace más de medio siglo por Wilfred Jenks, tan bien señaló. La presunción contra el conflicto radica en la suposición de que la nueva norma es compatible con el derecho internacional que regía antes de su creación. Se presupone que los Estados, cuando la producción normativa se consuma, llevan en cuenta las reglas en vigor en la esperanza de buscar armonía entre el viejo y el nuevo derechos.

La consecuencia inmediata que surge de ese raciocinio es la necesidad de referencia expresa por parte de la nueva norma del deseo de regular de modo distinto la materia en cuestión. La falta de mención clara en este sentido no autoriza a presumir la intención de los Estados de alejarse de la disciplina jurídica que regía. En estas condiciones, por ser la coherencia la situación de normalidad, compete a la parte que alega el conflicto la carga de probarlo. El intérprete debe preferir la interpretación capaz de armonizar el significado de dos normas si estuviere delante de otras alternativas que tornen inevitable la colisión normativa.

Esa presunción comprende, al mismo tiempo, las cláusulas pertenecientes a un compromiso dado y la relación entre distintos tratados. Parece legítimo presumir que, en principio, las disposiciones de un tratado, elaboradas a menudo al final de exhaustivas negociaciones, sean armónicas entre sí y no contraríen los tratados previamente celebrados. Obligaciones contradictorias dificultan la inteligibilidad de lo que fue acordado y amenazan, casi de forma irremediable, el cumplimiento integral de las finalidades originariamente perseguidas.¹²

Se presume que los gobiernos no pretenden involucrarse en enlaces incompatibles con los tratados existentes, salvo si, de alguna forma, dejen evidente esa intención. Escapa a la razonabilidad creer que los

¹² JENKS, Wilfred, op. cit., pp. 401-453.

Estados, voluntariamente, empeñen demasiados esfuerzos para producir reglas incompatibles que, en la práctica, echen por tierra todo lo que los entendimientos diplomáticos consiguieron proyectar. No se imagina, por igual, que los Estados, al comprometerse en múltiples vínculos convencionales, vengan a establecer obligaciones que se entrechoquen y que puedan desgastar la unidad final de la política exterior. La presunción que evita el conflicto sería una aplicación detallada de los principios fundamentales de la interpretación de los tratados, como el principio de la razonabilidad, el principio de la buena fe y la presunción de compatibilidad en el derecho internacional.¹³ Al contrario de la posición defendida por Jenks, no vinculo la presunción contra el conflicto a la definición restrictiva de antinomia. Es plausible enfatizar el relevo de la presunción contra el conflicto y defender un concepto amplio de antinomia, más apto para abarcar las distintas hipótesis de colisión normativa.

La jurisprudencia de la CIJ acogió, de forma amplia, la presunción contra el conflicto en la interpretación del derecho internacional. En el caso Derecho de Paso, la CIJ estimó que: “It is a rule of interpretation that a text emanating from a Government must, in principle, be interpreted as producing and as intended to produce effects in accordance with existing law and not in violation of it”.¹⁴ La Corte reiteró ese entendimiento en el caso Ciertos Gastos en relación con los actos provenientes de las organizaciones internacionales. “When the organization takes action which warrants the assertion that it was appropriate for the fulfillment of one of the stated purpose of the United Nations the presumption such action is not *ultra vires* the Organization”.¹⁵

En el plan de la OMC en el panel del caso Indonesia-Autos¹⁶ y el Órgano de Apelación en los casos Canadá-Periodicals, EC-Bananas III y Guatemala-Cement I¹⁷ hicieron uso de la presunción contra el conflicto para subrayar la coherencia interna de los acuerdos que integran el sistema multilateral de comercio. En el caso Argentina-Textiles and Apparel,

¹³ JENKS, Wilfred, op. cit., pp. 401-453.

¹⁴ Caso Derecho de Paso, p. 142.

¹⁵ Caso Ciertos Gastos, p. 168.

¹⁶ Panel Report, Indonesia-Autos, par. 14.29-14.36, 14.97-14.99.

¹⁷ Appellate Body Report, Guatemala-Cement I, par. 65.

el Órgano de Apelación afirmó existir conflicto entre los tratados de la OMC y las obligaciones que la Argentina asumió frente al FMI.

Pese a la manifiesta utilidad, la presunción contra el conflicto no se aplica indistintamente en todas las circunstancias. Ella sufre limitaciones que le restringen la amplitud, pero que no le disminuyen el valor hermenéutico para la interpretación de las normas internacionales. La presunción contra el conflicto, al postular la continuidad, no puede dificultar el cambio por medio de la interpretación restrictiva de las obligaciones violadas. Se trata de buscar equilibrio entre la estabilidad y la evolución, dos exigencias que acompañan inexorablemente el desarrollo de cualquier sistema normativo.

Más allá de eso, la presunción contra el conflicto no es absoluta, pues no se aplica a toda y cualquier situación. No prevalece, recuerda Jenks, contra el lenguaje claro o la clarividencia de la intención de las partes. No será, tampoco, suficiente para reconciliar dispositivos claramente irreconciliables. Si dos normas colidieren no es posible, por la interpretación de cualquiera de los dispositivos, superar el conflicto que se anunciaba. El intérprete, muchas veces, fracasa en la consecución de ese intento. La presencia de normas irreconciliables reclama la existencia de un criterio que sirva, efectivamente, de orientación al juzgador. El criterio puede encontrarse en la cláusula de conflicto inserta en un tratado o en una regla de derecho internacional general, como el art. 30 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Es fácil percibir que la presunción contra el conflicto es ineficaz para resolver las situaciones en las cuales no hay una verdadera incompatibilidad y la interpretación es hábil para conciliar las normas antagónicas. No elimina, no obstante, los conflictos reales que postulan criterios distintos para su resolución.

Esa deseabilidad intrínseca se confronta con la pluralidad de demandas formuladas por grupos sociales domésticos que acaban por resultar en la conclusión de tratados con cláusulas contradictorias, cuya conciliación es imposible.

El “diálogo” de las fuentes, que la presunción contra el conflicto favorece, presupone comprender el derecho internacional como un sistema, dotado de un repertorio y de una estructura. El repertorio es compuesto

por las normas internacionales: tratados, costumbres y principios generales de derecho; más allá de las definiciones y del orden en que los elementos aparecen en una norma, ya la estructura es un conjunto de reglas que determinan la relación entre los elementos del repertorio. Tales reglas tienen origen empírico, lógico y valorativo, pues se basan, respectivamente, en la soberanía, vertiente del orden internacional de Westfalia, en el postulado lógico de no contradicción y en el valor de la jerarquía, que recomienda la obediencia a las normas superiores. La presunción contra el conflicto es una regla estructural, ya que deriva del principio de no contradicción, presupuesto para la coherencia de las normas internacionales.

El “diálogo” de las fuentes es condición necesaria para el orden y la justicia del derecho internacional al enfatizar la coherencia de las normas que lo integran. Es sabido que la paz, la estabilidad y la previsión de los comportamientos están asociadas al valor del orden en la vida social; tales objetivos no se realizan si normas contradictorias suministraren a los hombres orientaciones opuestas, dejándolos en situación de permanente incertidumbre. La justicia, por otro lado, en el pensamiento filosófico occidental, mantiene estrecha relación con la igualdad: todos están de acuerdo que ser justo es tratar de la misma forma los seres que poseen la misma característica, razón por la cual es posible agrupar los detentores de esta característica en una única clase o categoría. La justicia consistirá, pues, en la atribución de igual tratamiento a los sujetos que pertenecieren a esta clase o categoría. Esa es una acepción formal o abstracta de justicia porque se contenta en prohibir las distinciones sin decir, por ejemplo, cuándo dos seres hacen parte de la misma clase ni cómo es preciso tratarlos. La incoherencia entre las normas jurídicas es fuente de injusticia al dispensar consideración desigual a aquellos que pertenecen a la misma clase o categoría. El “diálogo” de las fuentes restablece la coherencia, requisito de la justicia formal, no al eliminar la norma incompatible, como ocurre con los criterios tradicionales para la solución de las antinomias, pero en la importancia dada a la compatibilidad entre los elementos que componen el sistema normativo.

El “diálogo” de las fuentes es útil, también, para la realización de la justicia concreta, entendida como la estipulación del valor que organiza las relaciones sociales y define lo que es legítimo en determinado mo-

mento histórico. Este hecho se verifica, especialmente, cuando una de las normas que dialoga presenta contenido variable, vago o indeterminado, siendo necesario, por eso, recurrir a las valoraciones internacionales predominantes para garantizar su aplicación. Expresiones como moralidad pública, protección a la vida o a la salud humana, vegetal o animal y recursos naturales, entre otras, reclaman apelar a valores, experiencias y conceptos que trascienden el ordenamiento jurídico propiamente dicho y lo ponen en contacto directo con el sistema social en el cual él se inserta. La elucidación del significado de tales normas obliga al intérprete a analizar el sentido de las normas posteriormente creadas y de los valores que se cristalizaron en la vida internacional para saber lo que debe ser aceptado o rehusado. Se amplía, en consecuencia, la legitimidad del derecho internacional en la medida en que al proceso de interpretación se incorporan expectativas, conocimientos y valores surgidos después de la aparición de la norma. No es difícil percibir en este procedimiento la naturaleza abierta, flexible y dinámica del derecho internacional manifiesta en la capacidad de adaptación a los cambios posteriormente ocurridos. La justicia concreta se realiza, en este caso, por la acción directa del intérprete y no como fruto del proceso creador de nuevas normas jurídicas. Sin ninguna pretensión de agotar el asunto, distingo, en el derecho internacional, tres “diálogos”, pero reconozco que, conforme el ángulo adoptado, otros “diálogos” podrán ocurrir.

EL “DIÁLOGO” SISTEMÁTICO DE LA COHERENCIA

Este “diálogo” surge cuando un tratado, por revestir carácter general, suministra los conceptos básicos para la aplicación de un tratado específico constitutivo de un subsistema de normas que no es materialmente completo, por ejemplo la aplicación de reglas sobre validez, retroactividad, interpretación y conflictos entre tratados. Es irrecusable, bajo este aspecto, el rol que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados cumple en la solución de los litigios que involucran la violación de los compromisos firmados en el ámbito de la OMC. La vitalidad del “diálogo” sistemático de coherencia deriva de los propios instrumentos constitutivos del sistema multilateral de comercio cuando éstos invocan otras normas internacionales, en una confesión explícita de lo incompleto que son.

EL “DIÁLOGO” DE LAS FUENTES: FRAGMENTACIÓN Y COHERENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

ALBERTO DO AMARAL JÚNIOR

El preámbulo del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias estimuló la adopción de providencias por los gobiernos con base en normas, directrices y recomendaciones elaboradas por las organizaciones internacionales competentes, tales como la Comisión del Codex Alimentarius, la Oficina Internacional de Epizootias y las organizaciones internacionales y regionales que operan en el contexto de la Convención Internacional sobre Protección Vegetal. “Se considerará que las medidas sanitarias o fitosanitarias que estén en conformidad con normas, directrices o recomendaciones internacionales son necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales y se presumirá que son compatibles con las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo y del GATT de 1994” (art. 3.2). Los miembros pueden introducir o mantener medidas sanitarias o fitosanitarias que tengan un nivel más elevado de protección sanitaria o fitosanitaria de lo que se alcanzaría con medidas basadas en normas, directrices o recomendaciones internacionales competentes, si hubiere una justificación científica, o como consecuencia de padrones más rigurosos de los que las autoridades domésticas vengan a instituir (art. 3.3). El art. 2º del Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual Relacionados al Comercio, a su vez, dispone: “1. En lo que respecta a las Partes II, III y IV del presente Acuerdo, los Miembros cumplirán los arts. 1º a 12 y el art. 19 del Convenio de París (1967).

”2. Ninguna disposición de las Partes I a IV del presente Acuerdo irá en detrimento de las obligaciones que los Miembros puedan tener entre sí en virtud del Convenio de París, el Convenio de Berna, la Convención de Roma y el Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados”.

EL “DIÁLOGO” DE COORDINACIÓN Y ADAPTACIÓN

El referido “diálogo” deviene de la necesidad de coordinar tratados aislados y subsistemas normativos de modo de constituirse un todo dotado de sentido.

Si la eclosión de conflictos entre tratados no puede ser totalmente suprimida, algunas providencias tienen la virtud de disminuir su incidencia. La realización de consultas mutuas auxilia a descubrir posibles

contradicciones entre instrumentos internacionales que versan sobre materias análogas.¹⁸ Ese expediente no es, por cierto, un atributo exclusivo de diplomáticos y funcionarios gubernamentales que negocian en nombre y de acuerdo al interés de Estados determinados. Las organizaciones internacionales lo usan con una frecuencia cada vez mayor en las últimas décadas. En el pasado, la OIT lo utilizó en la preparación de convenciones sobre temas pertenecientes al área de actuación de la FAO, la Unesco y la OMS.

La colaboración interorganizacional estimulada por múltiples acuerdos de cooperación favorece la circulación de informaciones, eleva el grado de transparencia y facilita el conocimiento de las actividades de otras instituciones. Consecuentemente, es mucho más fácil saber qué instrumentos se encuentran en vigencia en la esfera en que actúan a fin de atenuar el riesgo de conflictos futuros. Es sabido que la cooperación interorganizacional trae beneficios para la gobernabilidad internacional al incentivar la armonía decisoria, factor esencial para aliviar el efecto de las disonancias cognitivas en el campo de las relaciones internacionales.

La OMC celebró a ese respecto acuerdos de cooperación con el FMI, el Banco Mundial y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. La amplia divulgación de informaciones sobre el tenor de los acuerdos que los Estados firmaron puede prevenir conflictos que fatalmente ocurrirían con la intensa producción de normas internacionales. Medida importante en esta dirección consta en el art. 102 de la Carta de la ONU, que impone el registro y la publicación por el Secretariado de los tratados y acuerdos internacionales de que sean partes los miembros de la Organización de las Naciones Unidas.

Salmón comenta que las declaraciones de compatibilidad desean tornar compatible el nuevo tratado con los acuerdos anteriores o futuros que cuiden de la misma materia. Es hasta cierto punto común la inserción en el texto convencional de criterios jerárquicos indicativos del orden de prioridad entre los tratados. Las cláusulas así redactadas priman por declarar que los tratados no son incompatibles, de modo que la interpretación de uno de los instrumentos no afectará los derechos y obliga-

¹⁸ PAUWELYN, Joost, *Conflict of norms in public international law*, op. cit., pp. 237-240.

ciones que el otro establezca. Si uno de los compromisos contiene semejante declaración que le da, en la hipótesis, una condición de inferioridad, el art. 30, párr. 2º, de la Convención de Viena, exige que él sea interpretado con el propósito de buscarse la compatibilidad con el tratado superior. Si ese esfuerzo interpretativo fracasara, la preponderancia del tratado superior es la solución que naturalmente se impone en conformidad con el art. 30, párr. 2º. Elaborado para contornar eventuales antagonismos normativos, el art. 21 del Pacto de la Sociedad de las Naciones indicó: “Nada en este pacto debe considerarse que afecte la validez de los compromisos internacionales destinados a asegurar el mantenimiento de la paz, tales como los tratados de arbitraje o las inteligencias regionales como la doctrina de Monroe”.

La Carta de la ONU afirmó, más de una vez, que los artículos en ella no afectan otros acuerdos existentes. El art. 51 dejó claro: “Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.

En la esfera de las declaraciones de compatibilidad entre los tratados se halla, muchas veces, el problema de la preservación de los derechos de terceros. El art. 22 de la Convención sobre Diversidad Biológica dice que “1. Las disposiciones de este Convenio no afectarán los derechos y obligaciones de toda Parte Contratante derivados de cualquier acuerdo internacional existente, excepto cuando el ejercicio de esos derechos y el cumplimiento de esas obligaciones pueda causar graves daños a la diversidad biológica o ponerla en peligro”.

En el mismo sentido, el art. 311, § 3º de la Convención Montego Bay sobre el Derecho del Mar, afirma: “Dos o más Estados Partes podrán celebrar acuerdos, aplicables únicamente en sus relaciones mutuas, por los que se modifiquen disposiciones de esta Convención o se suspenda

su aplicación, siempre que tales acuerdos no se refieran a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva de su objeto y de su fin, y siempre que tales acuerdos no afecten la aplicación de los principios básicos enunciados en la Convención y que las disposiciones de tales acuerdos no afecten el disfrute de los derechos ni el cumplimiento de las obligaciones que a los demás Estados Partes correspondan en virtud de la Convención”.

El art. XXIV del GATT previó, como excepción al art. I relativo a la cláusula de la nación más favorecida, la formación de áreas de libre comercio y uniones aduaneras.

Los acuerdos concluidos deberían ser notificados al GATT, a quien incumbía examinar la compatibilidad con el art. XXIV y sugerir los ajustes que se hiciesen necesarios. Aquí lo que se busca es compatibilizar el derecho definido en el plan mundial y las reglas establecidas por los subconjuntos y atribuir a la OMC la supervisión de esa compatibilidad.¹⁹ Hay, en esa perspectiva, una coherencia lógica en la medida que el derecho mundial es concebido como superior, y una coherencia económica, pues el regionalismo abierto aparece como etapa intermediaria del proceso de globalización.

En el plan de las normas secundarias es posible reconocer la existencia de coordinación entre los medios de solución de disputas previstos por los tratados multilaterales ambientales y las reglas sobre solución de controversias en la Organización Mundial del Comercio. Así, por ejemplo, las decisiones tomadas en el ámbito de los procedimientos de control de no ejecución de las obligaciones de los tratados ambientales, desde que sean vinculantes para los miembros de la OMC, serán llevadas en cuenta por los paneles y por el Órgano de Apelación de acuerdo con el art. 31.3 (c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Consideraciones acerca del cumplimiento de los tratados ambientales, bien como las conclusiones obtenidas por los órganos creados para ese fin, serán útiles para el juzgamiento de casos en la OMC. La ausencia de consulta previa en el contexto de un acuerdo ambiental no sólo comprueba la mala fe del Estado que acciona de forma unilateral,

¹⁹ FABRI, Hélène Ruiz, “La contribution de l’Organisation Mondiale du Commerce à la gestion de l’espace juridique mondial”, op. cit., pp. 363-364.

sino también viola el principio del debido proceso, en contradicción con el *caput* del art. XX del GATT.

Conviene acordarse de que el art. 13 del ESC habilita a los paneles a solicitar a las partes o a alguna otra instancia informaciones relevantes, como las evidencias recogidas por los órganos que se ocupan de la solución de controversias en jurisdicciones distintas. El examen a ser proferido debe ponderar sobre los hechos producidos para que se tenga la noción exacta del comportamiento de las partes en razón de las restricciones comerciales decretadas en virtud de la violación de las obligaciones contenidas en los tratados ambientales. El respeto al procedimiento que comprueba la no ejecución de las obligaciones de los tratados ambientales es un símbolo indicativo de la práctica estatal, útil para estimar el cumplimiento de las obligaciones contraídas. La eventual imposición de restricciones comerciales, en los términos del tratado ambiental, sería un importante argumento para legitimar la aplicación del art. XX del GATT.

La participación de un miembro de la OMC en el mecanismo que verifica el cumplimiento de los tratados ambientales asigna la buena fe para negociar una solución que puede evitar la disputa y la consecuente imposición de sanciones por el órgano institucional creado para tal finalidad. Los paneles de la OMC pueden, igualmente, requerir informaciones al Secretariado sobre un acuerdo ambiental o usar los análisis y los datos recogidos durante el control de la no ejecución de las obligaciones. Nada impide que los paneles se refieran a las afirmaciones de testigos o a otros elementos producidos gracias a la actuación de los procedimientos contemplados por los tratados ambientales y sujetos a la obligación de confidencialidad. El art. 13.2 y el Anexo 4 del ESC disponen que los paneles pueden valerse de las opiniones y consejos de grupos de especialistas sobre las materias de hecho, científicas o técnicas abordadas en cualquier disputa propuesta ante la OMC. Este artículo es un importante instrumento a ser empleado por los paneles para la obtención de informaciones recogidas por los órganos de los tratados ambientales.

No obstante el pronunciamiento de otras instancias jurisdiccionales sobre el caso, se derrumba cualquier posibilidad de alegarse cosa juzgada por ocasión de una controversia suscitada en la OMC, porque, a pesar

de la identidad de las partes y de la conexión de las materias discutidas, las obligaciones, el procedimiento y las sanciones aplicables son diferentes, hecho que inutiliza el intento de argüir cosa juzgada por el simple motivo de que los mecanismos de solución de controversias son disciplinados por diversos tratados.

En virtud de lo dispuesto en el art. 23 del ESC, es poco probable que los paneles de la OMC rechacen la jurisdicción que les fue concedida o acojan las decisiones proferidas por otros tribunales. Tales decisiones confirman la existencia de reglas relevantes de derecho internacional público aplicables entre las partes que deberían ser consideradas en el momento de la interpretación de los dispositivos de los tratados de la OMC. Es legítimo buscar los órganos jurisdiccionales de la OMC antes o después de que una instancia específica haya abordado los aspectos ambientales de la cuestión.

EL "DIÁLOGO" SISTEMÁTICO DE LA COMPLEMENTARIEDAD

Lo que se verifica, en este caso, es la aplicación complementaria de las normas y de los principios que las informan, siempre que esto tenga cabida. Se observa, con frecuencia, en los tratados de derechos humanos, el uso de cláusulas, insertas en instrumentos más antiguos, para la interpretación de dispositivos semejantes de acuerdos posteriormente celebrados. El primer dictamen de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que salió en 1982, enfatizó la interacción entre los instrumentos universales y regionales que dan vigor en este dominio. El décimo dictamen de la Corte, emitido en 1989, retoma el asunto al mencionar que las reglas sobre derechos humanos de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) deben ser integradas a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948. Ese procedimiento acentúa la uniformidad interpretativa y la precisión de las obligaciones convencionales, efectos que destacan la preocupación con la unidad final de las normas existentes. El principio de la interpretación teleológica repudia, igualmente, que se circunscriba el alcance del dispositivo, constante en un tratado en vigor, a los términos de las cláusulas de limitación de derechos que figuren en otra convención sobre derechos humanos firmada por el mismo Estado. La complementariedad, así per-

cibida, desea ofrecer a los seres humanos protegidos la más amplia tutela de sus intereses y se fundamenta en la interpretación restrictiva de las cláusulas que limiten los derechos ya instituidos.

La unidad entre los tratados de derechos humanos es perceptible, igualmente, en la aplicación del criterio de la norma más favorable a las víctimas de alguna violación eventualmente perpetrada. La polémica entre monistas y dualistas sobre la primacía del derecho internacional o del derecho interno no parece, en este plan, tener relevancia, ya que prevalece la norma más favorable a las víctimas, a pesar de su origen. Surge así una nueva permeabilidad normativa para diluir la separación absoluta entre el derecho internacional y el derecho doméstico, motivo de previsión expresa en varios tratados recientes. El art. 5º (2) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos impide la restricción o la derogación de los derechos humanos reconocidos o vigentes en cualquier Estado Parte, en razón de otras convenciones, leyes, reglamentos o costumbres, “so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”. La Convención Relativa al Estatuto de los Refugiados (art. 5º) y la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (art. 5º) determinan que sus disposiciones no perjudicarán los derechos y las ventajas conferidos a los refugiados y a los apátridas por otras normas.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño declaran, en el mismo sentido, respectivamente, en los arts. 23 y 41, que las estipulaciones en ellas contenidas no restringirán las disposiciones tendientes a favorecer la igualdad entre hombres y mujeres y la realización de los derechos del niño consagrados en las leyes de un Estado Parte o en cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en este Estado. El mismo espíritu orientó, a nivel regional, la elaboración de los arts. 17 (1) de la Convención Europea para Prevención de la Tortura y Tratamiento o Punición Deshumano o Degradante y del art. 60 de la Convención Europea de Derechos Humanos, así como del art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del art. 4º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominado Protocolo de San Salvador. Al atenuar la perspectiva de

conflicto, el criterio de aplicación de la norma más favorable coordina los tratados que se inspiran en los mismos propósitos. Referida coordinación tiene lugar, tanto a nivel vertical, entre tratados y leyes domésticas, cuanto a nivel horizontal, entre dos o más tratados. El objetivo principal es, en todos los casos, verificar cuál es la norma que dispensa mayor protección a las víctimas de violaciones de los derechos humanos.

El “diálogo” sistemático de complementariedad exhibe enorme relevancia cuando se trata de relacionar las normas sobre el comercio internacional, la preservación del medio ambiente y la preservación de los derechos humanos. El art. XX del GATT de 1994 favorece el “diálogo” con los demás subsistemas del derecho internacional, es decir, con los tratados multilaterales ambientales y con las convenciones que protegen los derechos humanos.

Muchos tratados ambientales afectan, directa o indirectamente, la actividad económica, pero pocos osaron estatuir sanciones comerciales para punir los comportamientos no deseados. Despuntan, entre esas convenciones, el Protocolo de Montreal sobre las Substancias que Agotan la Capa de Ozono (Protocolo de Montreal), la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES) y la Convención de Basilea sobre el Control del Movimiento Transfronterizo de Desechos Peligrosos (Convención de Basilea). Tales pactos procuraron asegurar la fiel ejecución de las obligaciones, por intermedio de la punición a los Estados que no cumplen las decisiones tomadas por los medios de solución de controversias. El Protocolo de Montreal trajo una lista indicadora de medidas que la Reunión de las Partes podrá adoptar para contestar las violaciones perpetradas. A esta altura, se impone el problema de saber si tales sanciones no coliden con las normas de la OMC, interesadas en salvaguardar el más amplio acceso al mercado interno del miembro importador.

Gabrielle Marceau procura conciliar la interpretación del art. XX con los instrumentos multilaterales sobre la protección del medio ambiente. Ante la falta de iniciativas diplomáticas para compatibilizar comercio y medio ambiente, la jurisprudencia de la OMC, en cierto sentido, está apta para cumplir esta función, al efectuar el juzgamiento de los casos concretos. Las medidas de cuño comercial impuestas o autorizadas por los tratados multilaterales ambientales son compatibles con la OMC, en

virtud de la naturaleza permisiva del art. XX.²⁰ La invocación, por un miembro, de un compromiso ambiental sugiere la necesidad de interpretarse el art. XX para alejar el conflicto y garantizar la efectividad del acuerdo en cuestión. El art. XX faculta la adopción de medidas unilaterales para proteger el medio ambiente, aunque en ausencia de convenciones específicas en este sector. No sería lógico si un miembro de la OMC, que es también parte de una convención multilateral sobre medio ambiente, al planear y ejecutar la política gubernamental, se encuentre en una posición más desventajosa que la que resultaría si ningún acuerdo ambiental existiese.

Gabrielle Marceau examina seis situaciones que, potencialmente, darían lugar a un conflicto entre las normas de la OMC y los tratados multilaterales ambientales.²¹ Las tres primeras forman el grupo que abarca los acuerdos ambientales celebrados por todas las partes de la disputa y comprenden los casos en que:

- 1) la medida es exigida por un acuerdo multilateral ambiental;
- 2) la medida no es exigida, pero está expresamente autorizada, y
- 3) la medida es adoptada para promover los objetivos del acuerdo multilateral ambiental.

Las tres últimas forman el grupo que abarca los acuerdos ambientales que no cuentan con la adhesión de todas las partes que litigan. Esas situaciones engloban:

- 4) la medida exigida por un acuerdo multilateral ambiental;
- 5) la medida no exigida, pero explícitamente autorizada;
- 6) la medida adoptada para promover los objetivos de un acuerdo multilateral ambiental.

La probabilidad de ocurrencia de daño ambiental estimula la reflexión alrededor de los medios hábiles para combatirlo. En este contexto, las restricciones comerciales están entre las opciones que los Estados cogitan siempre que deciden negociar una nueva convención. Si un tratado mul-

²⁰ MARCEAU, Gabrielle, “Conflicts of norms and conflicts of jurisdictions”, op. cit., p. 1096. Cf. también MARCEAU, Gabrielle, “A call for coherence in international law: praises for the prohibition against ‘clinical isolation’”, en WTO dispute settlement *Journal of World Trade*, vol. 33, nro. 5, Geneva, 1999, pp. 106-152.

²¹ MARCEAU, Gabrielle, “Conflicts of norms and conflicts of jurisdictions”, op. cit., pp. 1096-1100.

tilateral ambiental requiere, en determinadas circunstancias, la imposición de sanciones comerciales, es necesario averiguar, inicialmente, si las partes también son miembros de la OMC. En caso positivo, se presume que la medida comercial exigida por el tratado sobre medio ambiente satisface, plenamente, los requisitos del art. XX. El acuerdo multilateral ambiental puede, todavía, ser relevante cuando, al contrario de ser exigida, la medida sea simplemente autorizada. Sería posible concluir que el art. XX autorizó las restricciones al comercio especificadas por el acuerdo multilateral ambiental. Marceau reconoce que la dificultad se agrava si la medida no es exigida o autorizada, pero busca, simplemente, promover los objetivos del acuerdo multilateral ambiental. No obstante eso, el acuerdo multilateral ambiental podrá ser una regla relevante del derecho internacional a ser considerada en la interpretación del art. XX reivindicada por un miembro de la OMC.

En las situaciones 4), 5) y 6) enunciadas arriba, en que los Estados litigantes no son partes de ambos tratados, el acuerdo multilateral ambiental no es una regla relevante en la relación entre las partes. La participación en tales acuerdos puede, sin embargo, evidenciar que los intereses protegidos por la medida son vitales para un miembro de la OMC. En este caso, la existencia de un acuerdo multilateral ambiental sirve como parte del análisis de las verdaderas circunstancias de una disputa y de las razones que llevaron a un miembro a adoptar la medida en cuestión. La referencia a un acuerdo multilateral ambiental sería uno de los factores en la consideración de que la aplicación de la medida no es injustificable o que ella no se caracteriza por ser una restricción disfrazada al comercio internacional para los propósitos del *caput* del art. XX.²² Por último, es necesario acordarse que las convenciones multilaterales ambientales son directamente aplicables en la OMC si no aumentaren los derechos y obligaciones de los miembros.

En el caso *Gabcikovo-Nagymaros*, que concierne a los riesgos ecológicos derivados de la construcción de represas en el río Danubio, previstas por el tratado bilateral firmado por Hungría y Checoslovaquia, en 1977, la CIJ estimó que, cuando el tratado incluye obligaciones continuas, el in-

²² MARCEAU, Gabrielle, "Conflicts of norms and conflicts of jurisdictions", op. cit., p. 1098.

térprete debe atender para las normas surgidas posteriormente. De modo similar, el Órgano de Apelación, en el caso *US-Shrimp*,²³ interpretó de forma evolutiva el sentido de la expresión “recursos naturales agotables”, que se encuentra en el art. XX (g) del GATT de 1994.

El informe hizo referencia a la Convención sobre la Diversidad Biológica, al Acuerdo CITES y a la Convención sobre el Derecho del Mar. Lo dispuesto en el preámbulo del Tratado Constitutivo de la OMC de que el uso de los recursos mundiales respetará el principio del desarrollo sostenible desempeñó un rol significativo para formar la convicción de los juzgadores de que el art. XX (g) del GATT de 1994 no protege únicamente a los recursos naturales no agotables.

El GATT se mantuvo aislado de las instituciones internacionales de posguerra. No obstante ese aislamiento institucional, el art. XX representó una vía de comunicación con los demás subsistemas del Derecho Internacional, que no fue debidamente utilizada.

El final de la Ronda Uruguay fue testigo de la celebración de tratados que, implícitamente, se ocuparon de los derechos humanos, a ejemplo de lo que pasa con el Acuerdo sobre los Derechos de la Propiedad Intelectual Relacionados al Comercio. El referido acuerdo es emblemático, entre otras razones, porque repercute en la efectividad de los derechos humanos, especialmente del derecho a la salud. Los países en desarrollo resistieron a la celebración de un tratado en esta materia, hasta el momento en que las naciones desarrolladas concordaron en negociar compromisos que importaban la reducción de las barreras a las exportaciones provenientes de tales países. El TRIPs creó reglas básicas de protección a la propiedad intelectual garantizadas por el sistema de solución de controversias de la OMC.

Se acentúa, entre los cambios que el TRIPs introdujo, el compromiso asumido por los miembros de conceder patentes a los productos y procesos que representen una innovación y sean susceptibles de aplicación industrial. Hasta fines de la década del 80, cerca de 40% de los países en desarrollo, incluyendo los más populosos, no poseían sistemas de patente para los medicamentos, en general.

²³ Appellate Body Report, *US-Shrimp*, par. 129-130.

Este hecho causó, en el campo de la industria farmacéutica, la súbita elevación del precio de los medicamentos, con consecuencias ruinosas para la población de las naciones en desarrollo. La dificultad de acceso a los medicamentos comprometió, gravemente, el derecho a la salud, pues impidió el tratamiento adecuado de innumerables molestias en varias partes del mundo. El problema asume proporciones alarmantes cuando se considera que más del 90% de los portadores del virus del sida no disponen de los recursos suficientes para la adquisición de los medicamentos antirretrovirales que necesitan.²⁴ Es importante destacar que en los países en desarrollo, más allá de la expansión vertiginosa del virus del sida, diversos tipos de enfermedades infecciosas acometen a la población más pobre, como por ejemplo: la tuberculosis, la malaria, las infecciones respiratorias, la diarrea y el mal de Chagas.²⁵ A esta enumeración se junta la diabetes, el asma, las enfermedades cardíacas y mentales, cuya peligrosidad se amplía por el acceso restringido a los medicamentos que las combaten.²⁶

Esa situación podría ser minorada si se empleasen adecuadamente las excepciones contenidas en el Acuerdo TRIPs para conformar políticas públicas que aseguren la eficacia del derecho a la salud. El art. 7º preconiza que el régimen de los derechos de propiedad intelectual debe contribuir para promover la innovación, la transferencia y la diseminación de la tecnología capaces de conducir al bienestar económico y social. Ya el art. 8º indica que los Estados pueden adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición, así como para promover el interés público en sectores vitales para el desarrollo social, económico y tecnológico.

Siguiendo la línea de estos dispositivos, el art. 27.2 autoriza a los miembros a restringir la concesión de patentes si las invenciones causaren un riesgo a la vida humana o a la salud. La lectura conjunta de los arts. 7º y 30 lleva a la conclusión de que cabe a los Estados compatibilizar

²⁴ BAKER, Brook K., "Arthritic flexibilities for accessing medicines: analysis of WTO action regarding paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS agreement and public health", en *Indiana International and Comparative Law Review*, vol. 14, Indianapolis, 2004, p. 613.

²⁵ *Ibid.*, p. 614.

²⁶ *Ibid.*, p. 614.

la protección de los derechos del detentor de la patente y la necesidad de considerar el interés legítimo de terceros.²⁷ Manifestación elocuente de la flexibilidad que el Acuerdo TRIPS proporciona para la ejecución de políticas públicas en el área de la salud, la licencia obligatoria es un medio poderoso para ampliar la oferta de medicamentos a precios reducidos.

Se trata de la autorización dada a un tercero para fabricar, usar o vender una invención patentada sin el consentimiento del titular de la patente, en circunstancias claramente establecidas, ante una remuneración previamente fijada.²⁸ Ella no será exclusiva y tendrá la finalidad precipua de abastecer el mercado doméstico en situaciones excepcionales. La licencia obligatoria será concedida, en los términos del art. 31, si ocurriese abuso del poder de monopolio otorgado por la patente, o cuando lo exija el interés público. En este caso, la tarea de la legislación interna es definir lo que es interés público y las situaciones de emergencia nacional que reclaman la emisión de la licencia obligatoria.²⁹

Gracias a la iniciativa pionera de Brasil, la Declaración de Doha de 2001, al mantener esa flexibilidad, así se expresó³⁰: “We stress the importance we attach to implementation and interpretation of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs Agreement) in a Manner supportive of public health, by promoting both access to existing medicines and research and development into new medicines and, in this connection, are adopting a separate declaration”.

De modo análogo, se observó que los miembros de la OMC pueden definir lo que constituye la emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia. La falta de capacitación tecnológica de la industria local crea obstáculos muchas veces insuperables para que la licencia obli-

²⁷ CULLET, Philippe, *Patents and health in developing countries in law and development: facing complexity in the 21st century*, London, Cavendish, 2003, p. 83.

²⁸ SCHERER, F. M. y Jayashree WATAL, “Post-TRIPS options for access to patented medicines in developing nations”, en *Journal of International Economic Law*, vol. 5, nro. 4, Washington, December 2002, pp. 913-919.

²⁹ CORREA, Carlos M., *Integrating public health concerns into patent legislation in developing countries*, Geneva, South Centre, 2000, [en línea] <http://www.southcentre.org/publications/publichealth/publichealth-12.htm#P1449_146569> [Consulta: 8 de agosto de 2006].

³⁰ Declaration on the TRIPS agreement and public health, adopted on 14 November 2001, WT/MIN(01)/DEC/2, par. 17.

gatoria sirva a la finalidad que la determinó. Para tanto, el Consejo General de la OMC, en decisión del 30 de agosto de 2003, permitió a los miembros de la OMC la importación de medicamentos producidos bajo licencia compulsoria si la industria doméstica no dispone de condiciones para abastecer las necesidades del mercado interno. Con miedo de abusos, la Decisión del Consejo General fijó las exigencias a ser cumplidas por los países que pleiteen esa autorización.

La Declaración de Doha se convirtió en un instrumento privilegiado para interpretar el Acuerdo TRIPs, fundamentalmente las ambigüedades que cercan la aplicación de los arts. 30 y 31. La meta es, por lo tanto, conceder a los Estados la libertad necesaria para la adopción de iniciativas que favorezcan el acceso a los medicamentos a las extensas camadas de la población pobre. Con esto, se evitaría el conflicto entre el Acuerdo TRIPs y el art. 12 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Una vía interesante para armonizar comercio y derechos humanos es efectuar la interpretación de los arts. XX y XXI del GATT a la luz de lo dispuesto en el art. 31.3 (c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que alude a cualquier regla relevante de derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes. Las normas de derechos humanos que vinculan a todos los miembros de la OMC o que reflejan su intención constituyen parte valiosa de este material interpretativo. Ya las convenciones sobre derechos humanos que no cuentan con la adhesión de todos los miembros de la OMC son útiles como información de hecho o evidencia en apoyo a la reivindicación de que una medida es necesaria para proteger la moralidad pública.

Por este motivo, el intérprete debe buscar comprender el sentido de la expresión “moralidad pública”, contenida en el art. XX (a) del GATT de 1994 con apoyo en los parámetros brindados por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

La lección a extraerse del caso US-Shrimp es que las expresiones de contenido variable e indefinido, como “recursos naturales agotables”, no pueden ser interpretadas teniendo en cuenta, exclusivamente, el sentido que los redactores pretendieron conferir al tratado en el momento de su elaboración.

Tales expresiones reflejan los cambios axiológicos que se procesan a lo largo del tiempo de modo de facilitar la interacción entre el ordenamiento jurídico y la realidad social. Más allá de eso, la línea de equilibrio cambia en función de las características y peculiaridades del caso. Las conclusiones del Órgano de Apelación vienen justo para la interpretación del art. XX (a) al demostrar gran sensibilidad en relación con las demás normas del derecho internacional.

El art. XX (a) exhibe potencialidad inequívoca para lidiar con graves violaciones a los derechos humanos. Restricciones comerciales que, ordinariamente, no son aceptadas por contrariar la letra y el espíritu del GATT, ganan legitimidad en la medida en que atentan contra la moralidad pública.

Janelle Diller y David Levy incluyeron en el mínimo ético recubierto por la moralidad pública a las normas de *jus cogens* que prohíben la esclavitud, la venta o el tráfico de niño y el trabajo realizado bajo tortura.³¹ La expresión *moralidad pública* debe ser interpretada bajo la influencia de las normas que adquirieron el carácter de *jus cogens* y de las reglas internacionales consuetudinarias, que cuentan con la adhesión generalizada de la comunidad internacional.

CONCLUSIÓN

El conflicto de normas tema conocido en el derecho interno desde hace mucho, despierta en la actualidad un creciente interés de los internacionalistas. Ese hecho está asociado a la intensa producción normativa verificada en las últimas décadas, que amplió de forma inusitada el campo regulatorio del derecho internacional. El avance de la globalización, en la segunda mitad del siglo XX, imprimió fuerza y vigor a la regulación jurídica internacional, debido al aumento de la interdependencia de los países y a la necesidad de encontrar solución para las cuestiones de naturaleza común. Temas globales que afectan el género humano, originaron convenciones en áreas distintas, dotadas de indiscutible singularidad por las técnicas que emplean y por los objetivos que persi-

³¹ DILLER, Janelle M. y David A. LEVY, “Child labor, trade and investment: toward the harmonization of international law”, en *The American Journal of International Law*, vol. 91, nro. 4, Washington, October 1997, p. 694.

guen. El volumen de tratados, en expansión vertiginosa, trae a colación la probabilidad de conflicto entre normas incompatibles, cuya coexistencia es motivo de recelo y preocupaciones. La multiplicación de subsistemas con lógicas propias y finalidades aparentemente contradictorias, como son los casos del sistema multilateral de comercio y de los tratados sobre la preservación del medio ambiente y la protección de los derechos humanos, agravó aún más el problema.

Debido al riesgo de fragmentación que la doctrina más reciente anuncia, busqué por intermedio de un nuevo método, denominado "diálogo de las fuentes", traer subsidios para reconstruir la coherencia del derecho internacional contemporáneo. Fundamenta la tesis aquí defendida la concepción de que el derecho internacional constituye un sistema que no se confunde con un conglomerado de reglas, dispuestas aleatoriamente, sin criterios que las organicen en un todo coherente. Ese sistema comprende no solamente normas, sino también reglas estructurales, de variada procedencia, que definen el modo y relación de las normas en el interior de un conjunto más amplio.

En este contexto, la regla lógica de no contradicción permitió al jurista, en el curso de los siglos, desarrollar principios para la resolución de las antinomias. Los criterios cronológico, jerárquico y de especialidad corresponden al esfuerzo empleado para mantener el sistema cohesivo por la eliminación de una de las normas incompatibles. No obstante la utilidad intrínseca de estos criterios, la regulación jurídica de la vida internacional y la perspectiva de fragmentación en ella implícita sugieren una metodología alternativa, con vistas a la identificación de la convergencia entre las normas, de tal modo que los principios tradicionales para solucionar las antinomias sean un recurso extremo a ser usado cuando otras vías fallaren. El "diálogo" de las fuentes concibe el derecho internacional como un sistema en el cual las partes componentes están íntimamente relacionadas. La presunción contra el conflicto, decurrente de la regla de no contradicción, facilita la convergencia normativa en las situaciones en que, muchas veces, el conflicto se muestra inevitable.

La coordinación solidaria y el no antagonismo disfuncional pasan a ser la nota dominante en la relación entre normas aisladas y tratados que pertenecen al mismo subsistema o a subsistemas distintos. Es común, igualmente, que ciertos compromisos, por revestir carácter general, brin-

den los conceptos para la aplicación de un tratado específico constitutivo de un subsistema de normas que no es materialmente completo. El “diálogo” de las fuentes posibilita, así, la aplicación de normas particulares, coordina compromisos que obedecen a la misma directriz y descubre la complementariedad final entre instrumentos que, en principio, se muestran incompatibles. El término “diálogo”, aquí empleado, describe la relación recíproca entre normas diversas en la cual cada una de ellas comunica la solución del caso concreto. El descubrimiento del fin a que sirven es una guía valiosa para identificar la existencia de propósitos comunes que las acercan. Al revés de optar por una única regla gracias a los principios clásicos para la superación de las antinomias, el intérprete aplica, simultáneamente, dos o más normas. El “diálogo” de las fuentes restaura la coherencia del ordenamiento, condición necesaria para el orden y la justicia, al garantizar tanto la previsibilidad de las conductas cuanto el igual tratamiento a aquellos que pertenecen a la misma categoría. El orden y la justicia, dos valores caros al sistema jurídico internacional, dependen de la coherencia interna de las normas que lo integran. Un sistema incoherente es injusto y no proporciona la paz y la estabilidad, que están siempre asociadas al establecimiento del orden. Por último, el “diálogo” de las fuentes asegura la realización de la justicia concreta al permitir la actualización del derecho internacional.

El papel de los abogados en la interacción: la influencia de la práctica de la resolución alternativa de conflictos (ADR) sobre la educación y el pensamiento jurídicos*

FRANK FLEERACKERS**

RESUMEN

Este artículo se inspira en una disposición clave de la nueva directiva europea sobre mediación: la obligación de los Estados miembro de promover la formación de mediadores. Esta formación, que implica revisar la educación jurídica, puede resultar necesaria para el futuro del pensamiento jurídico. A propósito de Deleuze y Derrida, así como de Rawls y Habermas, el Prof. Fleerackers argumenta en contra de las visiones racionalizadas del derecho como comunicación, y propone un enfoque interactivo, orientado-al-caso e interdisciplinar (ICI) para superar el declive del pensamiento jurídico liberal. El autor comparte la perspectiva de Derrida, a quien toma como compañero de ruta, y aborda los aspectos afectivos/efectivos del derecho con el fin de actualizar el discurso jurídico para un mundo de diferencia que exige un concepto dinámico de seguridad y certeza jurídica. En esencia, la teoría jurídica es práctica jurídica. Y la jurídica, en todas sus formas, es una práctica orientada al caso, que

* Publicado originalmente como FLEERACKERS, Frank, "Effective Law through Legal Education", en *ARSP*, Beiheft 106, 2007, pp. 211-220. En la versión traducida el título del artículo es: "The Role of Lawyers in Interaction: Influences of ADR practice on Legal Thinking and Legal Education". Los editores agradecen al autor el permiso para traducirlo y publicarlo en esta Revista. Traducción realizada al español por Daniel Oliver-Lalana, Universidad de Bruselas (HUB). Esta traducción se realizó en el marco de una investigación financiada por el Ministerio español de Ciencia e Innovación a través del Plan Nacional I+D+I 2008-2011.

** Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bruselas (HUB/KUB) y presidente de la Asociación Flamenca de Académicos.

procura lograr la cohabitación efectiva dentro de una sociedad multicultural, multi-moral y multi-individual lastrada aún por la racionalización. En vista del fracaso del iusnaturalismo y del positivismo jurídico, así como del comunitarismo y del liberalismo, muchos han abandonado los bastiones de la moralidad o de la racionalidad que subyacen al campo jurídico. Aunque no todos los casos son difíciles, éstos seguramente revisten un interés crucial para cualquier filósofo o teórico del derecho. Si es cierto que la moralidad o la racionalidad pueden mantener aún la eficacia y efectividad jurídica en la mayoría de los casos fáciles, entonces éstos son menos importantes, dadas las enormes dificultades que encuentran las sociedades cuando las normas jurídicas no pueden ser mantenidas sino por la fuerza o la violencia. Epitomizada como la aceptación consciente por una minoría de una decisión tomada por una mayoría, o como la conciencia jurídica de una parte condenada en relación con la decisión de un juez que aplica el derecho, la efectividad jurídica ha mudado en consecuencia su piel tradicional, y las estructuras que antes le subyacían se han difuminado dramáticamente. Por tanto, la supervivencia del pragmatismo jurídico como un instrumento efectivo para mantener las aspiraciones comunitarias de una sociedad depende principalmente de la actitud del abogado. Los abogados bien entrenados hacen posible la interacción social para descubrir diferencias, así como verdades nacidas de la interacción, que sean de hecho compartidas por todas las partes de un conflicto. Como tal, la educación jurídica se encuentra inequívocamente en el centro de la teoría y la práctica jurídicas. La necesidad de un cambio en el pensamiento jurídico, anclado todavía en el pensamiento decimonónico, a fin de adaptarlo a la globalización contemporánea, depende sobre todo de la manera en que la educación jurídica sea reformada en los años venideros. Para concluir, el Prof. Fleerackers argumenta a favor de una educación jurídica que enseñe a los abogados a dominar los procesos interactivos y convierta éstos en marcos de cohesión social, y conserva así la capacidad de convicción del discurso jurídico, desde dentro, mediante una actitud jurídica interactiva, orientada al caso e interdisciplinar (ICI).

1. En este artículo se analiza la posición del derecho y de la teoría jurídica sobre el trasfondo de un contexto social muy evolucionado al que le falta tanto uniformidad como estabilidad. Este análisis, complejo

pero crucial, habrá de ser implementado necesariamente por científicos del derecho y en referencia directa a la práctica jurídica. Praxis y experiencia práctica sirven como criterios fundamentales de investigación: ni existe derecho fuera de la práctica jurídica ni existe derecho más allá del caso concreto. La investigación jurídica al margen de la práctica jurídica carece de sentido, ya que todo lo jurídico se origina en y a través de la práctica jurídica. La perspectiva de un analista externo, si bien puede revestir un interés meta-jurídico, sirve de poco a quien practica el derecho. La posición externa sostenida por muchos filósofos y teóricos del derecho se refiere al derecho y a los abogados del mismo modo en que un ornitólogo se refiere a los pájaros: lo que les interesa no suele preocupar a los prácticos, salvo que la teoría se abra hacia la praxis y sus particularidades. Por supuesto, ningún teórico o filósofo del derecho mantiene exclusivamente una posición externa con relación al derecho. Cada uno de nosotros es un sujeto de derecho. Pero esta pertenencia a una comunidad jurídica no nos descarga de la obligación de sostener una posición orientada al caso si queremos que nuestro análisis y nuestras perspectivas tengan alguna repercusión sobre el núcleo de nuestra investigación: la práctica jurídica.¹

2. Tanto la singularidad como la multiplicidad de la realidad se expresan casi literalmente en el caso concreto. Deleuze usa el concepto de *l'événement* o acontecimiento para mostrar que la realidad se resiste a la categorización, pues se epitomiza en la *différence* o diferencia.² La clásica

¹ Habría que notar que un cambio estratégico desde la posición de participante a la de observador, y por tanto desde la perspectiva interna a la externa, será necesariamente percibido como inútil si no se integra con un examen relativo a la actitud. Cuando el 21 de septiembre de 2005 un avión de la compañía JetBlue efectuó un aterrizaje de emergencia en Los Ángeles, los participantes pudieron ver en vivo las noticias sobre su terrible situación por las pantallas de televisión que había en la cabina, y compartieron en tiempo real la experiencia paradójica de una perspectiva tanto interna como externa. Uno puede cuestionar incluso que en este caso haya separación entre ambas perspectivas, sobre todo en vista del cambio desde la posición interna a la externa y de la fusión de posiciones resultante, máxime si esas perspectivas se intentan aplicar a participantes desprevenidos como los pasajeros de este avión. Véase: [en línea] <www.msnbc.msn.com/id/9440519>.

² DELEUZE, G., *Différence et répétition*, París, Seuil, 1969 (reed. PUF, 1997). Según Deleuze, la tarea principal de la filosofía es *dégager l'événement*, develar o liberar el acontecimiento; véase también DELEUZE, G. y F. GUATTARI, *Qu'est-ce que la philosophie?*, París, Minuit, 1991.

mirada política y científica, que categoriza la realidad en entidades reconocibles y reconocidas, refuta esta postura basada en la diferencia. Uno entiende seguramente el ansia de la humanidad por atrapar o capturar la realidad –o sea, apoderarse de ella– por medio de la clasificación y la cualificación, a fin de hacer que su entorno sea utilizable, funcional y operativo. Sin embargo, si la realidad permanece intacta ante esos intentos de categorización, la postura en que se apoyan debería cuestionarse. Esta postura, posición o actitud, aun cuando sea comprensible en sus objetivos de gestionar la realidad y hacerla transparente y explotable, motiva y está en la base de un marco perverso para la mente y la acción, que conduce al punto opuesto a sus aspiraciones. La obsesión por conseguir seguridad o certeza (*certainty*) con la cualificación y clasificación de lo que no puede ser clasificado o cualificado ha de fracasar necesariamente. La creación artificial de seguridad y manejabilidad a través de una categorización racionalizada conduce al mito de un mundo ideal, cualificado y clasificado, y origina una esfera paralela de veneración que se institucionaliza en mundos profesionales paralelos con sus correspondientes especialistas, como abogados y gestores, unos y otros con sus propios vocabularios y rituales paralelos. Aquí, las instituciones y los mundos paralelos se definen con arreglo a similares patrones de dominación, a fin de limitar –o eso se espera– la incertidumbre estructural de una realidad dinámica.³ Bien mirado, es una búsqueda valiosa. Si fuera en absoluto realista.

Con esta obsesión por la seguridad se incurre en un doble error. De una parte, resulta palmario que una apología de la cualificación como filtro asegurador es fútil, en vista de su falta de impacto sobre un mundo que en sí mismo es indeterminado, aunque uno seguramente pueda mostrar cierta consideración por semejante empeño. De otra parte, y esto es más importante, resulta esencial darse cuenta de que este intento, en su forma más absolutista, siempre hace a la gente más dependiente de su búsqueda de seguridad y certeza; y ésta es una que no sólo hay que considerar irrealizable y carente de sentido, sino que también es incompatible con la realidad como tal y, por tanto, profundamente alienante. A

³ FOUCAULT, M., *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines* [1966], París, Gallimard, 1990. Véase también FOUCAULT, M., *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, París, Gallimard, 1975, pp. 261-299.

lo sumo, uno podría sostener que sigue siendo defendible proporcionar a la humanidad, en su persecución de seguridad y certeza, un instrumento para alcanzarlas; pero al mismo tiempo habría que desconfiar de la esencia de ese instrumento, el cual habría de vincularse siempre a la aspiración de arreglárselas con la dinámica de la realidad sin tener que cualificar, clasificar y categorizar. Los instrumentos de cualificación, clasificación y categorización sólo resultarían admisibles cuando no son perjudiciales para nuestra visión de la disposición diferencial de la realidad.

3. Y esto, sencillamente, no es viable en el contexto de la educación y del pensamiento jurídico contemporáneo. Éste, reproducido y propagado por aquella, se queda corto en su esfuerzo por reflejar o emular efectivamente una realidad cambiada y cambiante.⁴ Las idiosincrasias de esta realidad dinámica han sido imaginativamente descritas por Derrida con el concepto de *différance*.⁵ Descritas, digo bien, pues al sustituir una letra surge una de(s)cripción más adecuada de la realidad que ilustra tanto su dinámica como su multiplicidad. La fusión de aplazamiento y diferencia muestra cómo la interrelación de ambos conceptos refleja la dinámica de la realidad. Aunque es una conexión intrincada y multifacética, los juristas tendrán que reconocer la relación entre estos conceptos y convenir en que la realidad de un caso particular nunca puede llevarse a una situación de parálisis, ni puede tampoco ser delineada, definida o definitiva. Habrán de conceder que cualquier análisis de un caso necesariamente incluye tanto la dinámica como la diversidad, si es que quieren alcanzar un entendimiento efectivo, necesariamente dinámico, de los casos.

En su ansia de cualificación, por otra parte, los juristas contemporáneos tienden a asilar y localizar los casos, e intentan asegurar e inmovilizar lo que no puede quedar fijado. Con la fijación del caso, en consecuencia, bloquean y obstruyen el camino hacia la esencia de su búsqueda: la verdad del caso. Siendo sin duda dinámica, esa verdad sólo se revelará en la medida en que se garanticen el tiempo y el espacio para un contexto en evolución. Tal verdad es inevitablemente dinámica,

⁴ Sobre el problema de la congruencia, véase FLEERACKERS, F., *Affective Legal Analysis. On the Resolution of Conflict*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000.

⁵ DERRIDA, J., *Marges de la philosophie*, París, Minuit, 1972.

y cualquier concepto de certeza o seguridad relativo a ella lo será también. Y esto nos aboca a una implacable transmutación o “re-valoración” (*Umwertung*) del discurso jurídico. Saber que, en el pensamiento jurídico contemporáneo, la búsqueda de una seguridad estática entra en inevitable conflicto con la volatilidad esencial de la realidad y de los casos concretos conducirá a tomar una postura, posición o actitud distinta que, asumiendo el carácter dinámico y evolutivo de la realidad, haga posible un discurso jurídico más efectivo.

4. De nuevo, Derrida resulta ser más que interesante, cuando conecta *différent* (diferente) con *différend* (conflicto). Si el concepto de diferencia puede verse como un reflejo de la disposición estructuralmente dinámica de la realidad, entonces el concepto de conflicto puede ayudarnos a entender esa dinámica más apropiadamente. La relación entre *différance* y *différend*, además, demuestra cómo tanto el conflicto como la diferencia están asociados con el aplazamiento y la suspensión, y promueven una percepción neutral y no negativa de los conflictos como componentes indispensables de una realidad dinámica. Y si las diferencias no pueden anularse ni los conflictos ser descartados o racionalizados, entonces nuestros juristas deberán reconocer que disfrazan de cualificación su *découpage* de la realidad. Tendrán que admitir que la realidad está en continua realización: siempre desarrollándose, siempre evolucionando, siempre dinámica, nunca estática.⁶ De ahí que los conflictos no necesiten ser solucionados. La resolución de conflictos, entendida como sinónimo de solución de conflictos, es un exponente del pensamiento jurídico clásico. La resolución de conflictos no debería nunca entenderse simplemente como encaminada a la solución. De hecho, la resolución de un conflicto se asemeja a la resolución de la pantalla de una computadora. Cuanto más alta sea ésta, más detalles tendrá una pantalla. Asimismo, dicha resolución no debería ser vista como una imagen estática, sino como una imagen dinámica de la situación presente de un conflicto. Los conflictos son expresión de diferencias no racionalizables, que aguardan ser dirigidas o conducidas por directores de conflictos, esto es, por una decisiva nueva raza u hornada de abogados que son heraldos de una

⁶ Véase DELEUZE, G. Y F. GUATTARI, op. cit., que proclaman la dinámica de lo que evoluciona (*evolving*) frente a la discontinuidad del momento estático.

actitud jurídica “relativa-a-la-diferencia” llamada a ocupar el lugar de la postura racionalizadora de los viejos juristas.

Indudablemente, no se puede pasar por alto ni tomar a la ligera el obvio deseo humano de seguridad, de verdad y de soluciones. Hacerlo conduce a una forma de radicalismo de la que Deleuze y Derrida han sido acusados.⁷ La naturaleza humana, en su entera complejidad, ha de ser examinada, no racionalizada. Y el anhelo de la humanidad por la seguridad está presente en todos los ámbitos de la vida, ya sea con relación al derecho, al trabajo, al amor, etc. Aceptar esta paradoja (“paradoxa”) puede proporcionar por tanto una clave para el problema. La clave pasa, no por la negación, sino por la aceptación de la tensión irreductible entre diferencias: de una parte, reconociendo la propia ansia del hombre por la seguridad y, de otra, reconociendo nuestra impotencia y el fracaso de la racionalización. Y entonces, la búsqueda de seguridad o certeza y la asunción de la incertidumbre se unen como “significadores”, como una pareja dinámica de significación o incluso de sentido. Se convierten así en la clave para entender la dinámica de la verdad en una sociedad donde conceptos como seguridad, verdad y sentido se conciben y se ejercitan como no-estáticos. El concepto de seguridad o verdad dinámica puede parecer en primera instancia desesperadamente postmoderno y sin duda muy problemático. Pero es la única escapatoria posible de las tierras yermas de la fijación estática, sembradas por una racionalización infinita, y que finalmente conducen a un concepto postmoderno de verdad –reconocidamente– infértil: un “cada cual a lo suyo” (*chacun pour soi*), donde todas las verdades y convicciones son intercambiables y donde la verdad ha adquirido el status de mercancía. La verdad como penúltima expresión del “yo”. Este concepto de verdad es evidentemente auto-destructivo: un concepto postmoderno que no resulta identificable como verdad, en la misma medida en que el correspondiente concepto postmoderno de certeza o seguridad nunca será realmente reconocido como algo cierto o seguro.

5. Ahora bien, ¿cómo pueden entonces la verdad y la certeza ser salvadas de las garras de este –aparentemente nihilista– desconcierto

⁷ FERRY, L. y A. RENAUT, *La pensée 68. Essai sur l'anti-humanisme contemporain*, Paris, Gallimard, 1985, p. 266.

postmoderno? ¿Queda todavía lugar para un concepto de verdad o de seguridad en una sociedad multicultural, multi-moral y multi-individual? ¿No deberíamos sencillamente renunciar a la idea de los valores, verdades o certezas compartidos? O incluso, si desde un punto de vista racional pudiésemos legalizar esos valores y verdades en el marco de los tratados internacionales y las constituciones, ¿tendrían entonces estos textos alguna correlación con los llamados valores y verdades reales que la gente comparte? ¿O simplemente podríamos remitirnos a los efectos de la razón pública,⁸ o de los mejores argumentos,⁹ y por tanto a la razón humana, para encarnar la efectividad de aquello que hemos escrito? ¿Nos atrevemos de veras a definir la humanidad, en su esencia o en su evolución, como una especie racional, y a pensar sólo sobre esta base que dichos textos cobrarán efectividad?

Derrida tiene razón al criticar nuestra manera de pensar como logocéntrica. El énfasis en la razón y en el lenguaje (desde los griegos, la palabra *logos* apunta a ambos) es incluso peligroso, ya que construye una capacidad humana que conduce a la deshumanización. No se trata aquí, desde luego, de cuestionar los logros de la Ilustración, pero seguramente sí se necesita corregir sus excesos. Una crítica del pensamiento logocéntrico nos ayudará a comprender por qué los ejemplos de racionalización que encontramos en los escritos de Rawls, así como de Habermas, a pesar de tener sus raíces en la idea de progreso social, acaban siendo inhumanos debido a su (falsa) representación y distorsión metafísica de la naturaleza humana. Es evidente que la capacidad de la razón parece permitir a la humanidad superar la propia individualidad de cada uno y tender puentes hacia las demás personas. Y de hecho, esa misma capacidad –apoyada en el lenguaje como medio de comunicación– proporciona seguramente, para la mayoría de los conflictos y casos en un contexto social dado, una solución en apariencia eficaz, un consenso por superposición.¹⁰ Sin embar-

⁸ RAWLS, J., *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, pp. 172-179.

⁹ HABERMAS, J., *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt, Suhrkamp, 1981; así como *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1992.

¹⁰ Este concepto (véase RAWLS, J. J., *A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1972) puede considerarse un paradigma del pensamiento jurídico contemporáneo, aunque, como se dijo antes, sirve también como paradigma conceptual de la racionalización y el logocentrismo.

go, no hay duda de que el *logos* y la razón no sirven cuando estamos en presencia de los llamados *hard cases* (tales como el aborto, la eutanasia o la libertad de expresión), en los que la gente no renuncia sin más a sus convicciones incompatibles y contrapuestas. Además, si uno analiza los llamados casos “ordinarios” e investiga los ejemplos reales de aceptación o entendimiento alcanzados mediante la razón o a través de la argumentación, las promesas de la razón y el *logos* resultan ser a menudo promesas vacías: por debajo de la superficie racionalizada de la solución a un conflicto, la mayoría de las convicciones incompatibles siguen hirviendo y se intensifican, y es entonces cuando despliegan sus efectos devastadores. De ahí que la razón, racionalizada hasta ese extremo, sea poco más que un barniz sobre el lienzo, con colores todavía líquidos bajo la superficie, preparados para confundirse al más leve movimiento.

En consecuencia, es posible criticar a Habermas y Rawls por haber desfigurado a través de la racionalización un instrumento prometedor, aunque delicado. O, en palabras de Derrida: “ce sont les soi-disant philosophes, théoriciens et idéologues de la communication, du dialogue, du consensus, de l’univocité ou de la transparence, (...) de la discussion et de l’échange, ce sont ceux qui le plus souvent se dispensent de lire et d’écouter attentivement l’autre, qui font preuve de précipitation et de dogmatisme”.¹¹ Ésos son, en efecto, los dogmáticos de la racionalización, que llenan sus escritos con referencias a la comunicación y la razón sin articular una verdadera conexión con la práctica jurídica o política. Son culpables de una “contradicción performativa”; crítica que es aplicable también a los muchos teóricos del derecho que profesan la ciega idolatría del paradigma comunicativo. La comunicación y la razón son el esqueleto y la médula del pensamiento jurídico dogmático. Los peligros de que se instituyan de manera ficticia, así como la contradicción performativa subsiguiente, se deben denunciar de inmediato. Por más que se persigan objetivos loables como la seguridad o certeza jurídica, racionalizar lo que no es razonable (*reasonable*) fijando o sublimando la razón es incluso

¹¹ DERRIDA, J., *Limited Inc.*, Paris, Galilée, 1990, pp. 246-247 [“son los llamados filósofos, teóricos e ideólogos de la comunicación, del diálogo, del consenso, de la univocidad o de la transparencia (...), de la discusión y del intercambio, los que a menudo se abstienen de leer y escuchar con atención al otro, los que dan prueba de precipitación y de dogmatismo”].

más destructivo que reconocer la incertidumbre. Este reconocimiento no es una mera aquiescencia, sino que exige un cambio de actitud ante la realidad: “le problème n’est pas celui de dépasser les frontières de la raison, c’est de traverser vainqueur celles de la déraison: alors on peut parler de bonne santé mentale, même si tout finit mal”.¹² No existe alternativa. La multiplicidad y la dinámica de nuestro entorno se reflejan necesariamente en nuestra actitud, postura o posición frente a la realidad. Luego la fijación racionalizadora del pensamiento logocéntrico sólo engendra sinsentido.

6. En cuanto al derecho, se precisa una completa transformación para adoptar una actitud que siga empleando razón como instrumento, aunque dándole un giro complejo y paradójico. La razón clásica, tal y como hemos aprendido a conocerla y usarla, tiende a distorsionar y petrificar la relación entre el hombre y la realidad, entre el sujeto y el hecho jurídico. Sin duda, concluir que la razón ha llegado ya a su desmoronamiento sería fútil. Pero, sin dejar de apreciar los logros de la Ilustración, uno debería reconocer los límites de su instrumento y aprender que una perspectiva racionalizada y racionalizadora sobre el derecho, la realidad y la sociedad conduce a una mayor locura en lugar de a una mayor certeza o seguridad (jurídica). Uno habría de asumir, en consecuencia, que sólo una percepción paradójica de la seguridad que se amolde a la dinámica de la realidad puede aprehender eficazmente el discurso jurídico y social. Y dicha perspectiva lleva aparejada, por último, una imagen paradójica del Yo, una imagen que priorice la dinámica sobre la estabilidad, la multiplicidad sobre la unicidad, la diferencia sobre la identidad. Y no ya como expresión de una preferencia personal, sino por pura necesidad ante la disposición de la realidad. Conectar con la realidad tal como es, o llega a ser, o está evolucionando, requiere por tanto una actitud capaz de darse cuenta de esa conexión.

¹² DELEUZE, G., *Critique et Clinique*, París, Minuit, 1993 [“El problema no es que uno exceda las fronteras de la razón, sino que traspase victorioso las de la sinrazón: pues entonces se puede hablar de una buena salud mental, incluso aun cuando todo termine mal”]. Los conceptos de *multiplicité* y *devenir* se describen como maneras de aprehender con mayor eficacia la realidad o acontecimiento (*événement*). Véase también DELEUZE, G., *Différence et répétition*, op. cit. (nota 3).

El mismo argumento demanda de los teóricos del derecho no dedicarse meramente a las generalizaciones, que es la vía por la que muchos filósofos se aferran al pensamiento representacional. Generalizando la representación, los filósofos y teóricos del derecho intentan –en vano– escapar de la dinámica de la realidad. Ahora bien, aun cuando los filósofos causen pocas víctimas al conducir ese tipo de pensamiento, a los teóricos del derecho y a los abogados se les ha de impedir incluso considerarlo, puesto que su actitud está directamente relacionada con la eficacia y la efectividad de su campo. Dado que la efectividad jurídica se proclama como aspiración central de cualquier teórico o práctico del derecho, los abogados tendrán que adaptar su actitud profesional a la realidad que los circunda, esto es, a una realidad dinámica, en movimiento, cambiante, compleja, múltiple y plural que no puede ser simplificada, generalizada o racionalizada.

7. Esta intrincada perspectiva sobre la realidad conduce señaladamente a una actitud muy inusual y renovadora. Si un abogado todavía persigue –como se diría con un vocabulario clásico– aprehender o capturar la realidad, habrá de ajustar su actitud profesional, tanto como sea posible, a las características de esa realidad. Y así, en primer lugar, su educación deberá llevarle hasta el borde de las complejidades de la realidad, a fin de que pueda experimentar y apreciar la multiplicidad y las dinámicas de los conflictos y casos de los que se ocupe. Este tipo de actitud se libera de la representación clásica, de la fijación y la generalización, para abrirse a un entendimiento dinámico del modo en que se desarrolla y evoluciona la interacción humana. De tal suerte, aunque los abogados quisieran todavía categorizar los ejemplos de interacción humana mediante la racionalización dogmática, no se produciría daño alguno en la medida en que tal dogmatismo se reconozca como una estrategia profesional y se le asigne su lugar procedimental. Si se aplica dentro de sus confines técnicos, el dogmatismo no es peligroso. Posiblemente pueda servir incluso como paradigma de pensamiento representacional y, por tanto, reforzar estructuralmente el discurso jurídico, pero siempre que los abogados sean conscientes de los peligros de la racionalización y reconozcan que el dogmatismo deforma la realidad. En consecuencia, el abogado habrá de considerar sus constructos dogmáticos como simplificaciones temporales y artificiales de la realidad. Y esto con-

trasta con el retrato que el discurso jurídico contemporáneo hace de la dogmática jurídica como un modelo representacional descriptivo que refleja la realidad: los abogados contemporáneos omiten el contexto así como el subtexto, cegados por el *découpage* del dogmatismo, y se adhieren ostensiblemente a un entorno estático, homogéneo y racionalizado.

8. En este punto pasa de nuevo al primer plano el ansia o el afán de la humanidad por un concepto eficaz de verdad o de certeza. Como vimos antes, la sola existencia de este afán valida nuestra constante preocupación. Pero, ¿queda todavía lugar para un concepto semejante tras la experiencia de la postmodernidad? ¿No tendríamos que considerar la equiparación de la verdad con la convicción de cada uno como una forma de suicidio conceptual? No necesariamente. El discurso jurídico y social puede abrirse a un concepto interactivo y afectivo de verdad o certeza que vaya en la línea de una clase diferente de razón: la razón afectiva. Es la única alternativa practicable frente a un logocentrismo racionalizado y racionalizador.¹³ Aunque la verdad y la convicción tienen en común su efecto afectivo, lo que las distingue es que este efecto, en el caso de la verdad, trasciende necesariamente al individuo. En relación con la incertidumbre, la certeza o seguridad afectiva comparte la dinámica de lo no resuelto, de lo ambivalente, de lo que aún está *evolucionado* (Deleuze). Esta adhesión a la paradoja es una oportunidad excepcional para conservar el concepto de verdad, seguridad o certeza en un mundo cambiante y proteico. Implementar la seguridad como un concepto dinámico sólo será viable si la persona que emprenda esta aproximación es capaz de incorporar en ella la paradoja entre el movimiento y el reposo, permitiendo al movimiento generar reposo y al reposo generar movimiento. La tensión entre ambos nunca se descarga ni se trasciende, pues las diferencias y conflictos interpersonales nunca pueden resolverse. No obstante, sí pueden ser temporalmente gestionados en espera de su constante cambio o transformación. De forma similar, en el pensamiento jurídico el carácter dinámico de la realidad se empareja paradójicamente con su contraparte estática para abarcar las complejidades del derecho. El derecho, el derecho eficaz y efectivo, nace por la tensión paradójica

¹³ Véase también TOULMIN, S., *Return to Reason*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

entre reposo y movimiento, entre estabilidad y dinamismo, entre verdad y convicción, entre certeza y duda. Las precondiciones de esta postura o actitud contradictoria son considerables: una práctica interactiva y un lugar o ubicación (*locus*) para que dicha práctica se realice, y una cuadrícula o matriz dinámica (*processus*), asumida como un marco centrado en el cambio.¹⁴ Ahora bien, lo que se necesita sobre todo es un sujeto cuya subjetividad no haya sido objetivizada. Los sujetos jurídicos siempre son inquisitivos, y son también conscientes de ello debido a su existencia esencialmente paradójica: anhelan una seguridad que saben bien que nunca conseguirán. Y se dan cuenta además de que la única seguridad que podrán valorar será inevitablemente dinámica.

9. En consecuencia, lo que necesita el género humano es adoptar una actitud afectiva –e incrustada en la práctica– hacia la realidad. Una postura o posición que afronte la realidad tal como es. O mejor: tal y como deviene, ya que siempre está evolucionando. Tal actitud se resiste a la obsesión contemporánea por la representación. Una actitud afectiva es una actitud que valora la manera en que las personas se ven afectadas por sus convicciones, por sus instituciones, y por otros condicionantes o “factores de afección” (*affectors*) que contribuyen a que asuman o abandonen sus posiciones particulares en un conflicto.

Parecidamente a la asociación que hace Derrida entre *différence* y *différance*,¹⁵ los aspectos efectivos y afectivos del derecho y de la teoría jurídica están entretrejididos. La efectividad en el derecho coincide con la afectividad interactiva. Y a la inversa, el conocimiento de los patrones afectivos en el derecho refuerza la efectividad jurídica. Por tanto, al combinar ambas tendencias constitutivas del análisis jurídico, el entrelazamiento de lo afectivo y lo efectivo puede materializarse como “*æfectividad*” (*æffectivity*), donde la *a* y la *e* se contraen (“*æ*”) para subrayar

¹⁴ Ese *processus* permitirá que el género humano se acerque a la multiplicidad de la realidad. Véase *le texte-rhizome* (Deleuze): “Nous écrivons ce livre comme un rhizome. Nous l’avons composé de plateaux. (...) Chaque plateau peut être lu à n’importe quelle place et mis en rapport avec n’importe quel autre” [“Escribimos este libro como un rizoma. Lo hemos compuesto de niveles o capas (...). Cada nivel puede ser leído desde cualquier lugar y ser puesto en relación con cualquiera de los otros”]; DELEUZE, G. y F. GUATTARI, *Mille Plateaux*, Paris, Minuit, 1997.

¹⁵ DERRIDA, J., *Marges de la philosophie*, op. cit. (nota 6).

cómo ambas nociones se hallan estrecha aunque paradójicamente relacionadas. La paradoja de la “æfectividad”, como es obvio, está conectada a su vez con el mencionado concepto de razón afectiva, o de razón “æfectiva”, para ser exactos.¹⁶ Seguramente, las nociones de afectividad o “æfectividad” resultan de interés para el análisis jurídico sólo si se tienen en cuenta los efectos afectivos de la razón, y por tanto los de la argumentación. La idea habermasiana del mejor argumento, pues, precisa imperiosamente de la incorporación del efecto afectivo. La realización de la razón pública, si es en absoluto viable, depende de un análisis afectivo, es decir, de la “æfectividad”. Hasta Deleuze sostiene que afectar y estar afectado es lo que caracteriza la esencia de la existencia humana.

Asimismo, en el campo jurídico, los supuestos de aplazamiento de la adjudicación o del juicio son vitales para comprender las diferencias y los conflictos interpersonales. En el ámbito del derecho, tanto la *différence* y la *répétition* (Deleuze) como la *différence* y la *différance* (Derrida) están ostensiblemente presentes. Y resultan bastante útiles para el análisis jurídico, para un análisis “æfectivo” centrado en el papel dinámico de una actitud jurídica “æfectiva” acuñada con el mismo molde. Esta actitud, por su parte, refleja la manera que tiene Derrida de considerar la deconstrucción, no ya como un método, sino como una postura, una posición, una actitud. Una postura o posición subversiva, pero, pese a todo, una actitud que él atribuye definitivamente y de modo muy explícito a los abogados en cuanto “filósofos del futuro”.¹⁷

En el derecho, el concepto de aplazamiento (entendido como la situación o el proceso que consiste en aplazar algo, en especial un juicio o una audiencia del tribunal, hasta una fecha posterior) es una noción paradójica que los abogados pueden implementar a través del análisis “æfectivo”, lo cual les permitiría lograr una seguridad dinámica. El aplazamiento sirve en este sentido como un paradigma contradictorio para un tipo volátil de seguridad o certeza, nunca fija, siempre en movimiento. En esta línea, los filósofos del derecho críticos, como Roberto Unger, no describirían su análisis como una contribución a una escuela o corriente de pensamiento, sino a un movimiento.

¹⁶ FLEERACKERS, F., *Affective Legal Analysis*, op. cit. (nota 5).

¹⁷ Cfr. [en línea] <www.indymedia.be/news/2004/04/83119.php>.

10. Finalmente, el eterno retorno de la diferencia y el conflicto se confirma como parte esencial de la condición humana y de nuestra comprensión del derecho como un medio para dirigir “æfectivamente” la sociedad.

La estabilidad racionalizada permanece ficticia inevitablemente; la realidad compleja de los casos no se puede reducir a un sistema generalizado de reglas o normas. Cada caso no sólo es único, sino que al mismo tiempo es múltiple y se encuentra además en constante evolución. Incluso en la recurrencia o repetición reconocemos diferencias por encima de los parecidos, ya que distinguimos y reconocemos lo que diverge, lo que es diferente. Así pues, los abogados, príncipes de la diferencia y la interacción, en su análisis “æfectivo” de los conflictos, examinan la “æfectividad” legal de los casos y analizan las diferencias y los condicionantes o *affectors* que subyacen a las posiciones de conflicto, ya que éstos influyen (*afectan*) a las partes implicadas para que asuman o abandonen posiciones de conflicto particulares. Luego las potenciales intervenciones jurídicas se analizan a la luz de su calidad “æfectiva”, examinando interactivamente cómo estas intervenciones pueden proporcionar respuestas o efectos afectivos en relación con los condicionantes o *affectors* analizados.

Esta actitud “æfectiva” en el análisis jurídico sólo puede ponerse en marcha a través de la práctica interactiva. Si la diferencia y el conflicto son en verdad irreductibles, entonces una actitud, un pensamiento o un análisis sólo pueden ser efectivos cuando dan cuenta de la dinámica de la interacción. La interacción resulta ser, en definitiva, el foro escogido para la creación de verdad. A través de la interacción, la humanidad parece ser capaz de generar un concepto de sentido o significado (*meaning*) que, a pesar del postmodernismo, está a la altura de una noción dinámica pero defendible de verdad. Seguramente, la clásica noción arqueológica de verdad ha desaparecido hace mucho y su sucesor postmoderno ha fallado en todos los aspectos. Pero ahora la interacción nos permite generar instancias de verdad y seguridad por medio de la yuxtaposición y la concurrencia, dirigidas por moderadores o conductores del conflicto. Pues es la misma interacción lo que está en el corazón del derecho “æfectivo”, un derecho moderado por abogados que actúan como directores del conflicto asumiendo su recientemente adquirida actitud “æfectiva”. Los abogados dirigen la interacción entre las partes en

conflicto analizando “afectivamente” los efectos de los condicionantes o *affectors* dinámicos del conflicto, así como los efectos de las distintas interacciones sobre estos *affectors* y sobre las correspondientes posiciones en conflicto. Por medio de esa interacción se genera un concepto “afectivo” de verdad y seguridad que sobrepasa lo individual debido a su efecto afectivo sobre las partes implicadas. Por esa razón, este concepto de verdad y de seguridad es altamente efectivo o eficaz, ya que ejerce su efecto indispensable al mismo tiempo que permanece interactivo y dinámico. O, como lo expresa Deleuze: “il n’y a que des mots inexacts pour désigner des choses exactement”.¹⁸ Finalmente, las normas o reglas no son conceptualmente compatibles con los casos. La aplicación de una norma jurídica a un caso no sólo es algo complejo, sino imposible. Sólo en y a través de la interacción entre las partes podrán los abogados lograr dirigir la dinámica de los *affectors* del conflicto por la vía de una actitud “afectiva” que les permita generar sentido, verdad e incluso seguridad jurídicos. Como tales, ni el sentido jurídico ni la seguridad jurídica se refieren siquiera remotamente a los “constructos” racionalizados del pensamiento jurídico tradicional. La educación jurídica, por lo tanto, es lo que abre el camino para una nueva definición del análisis jurídico que cobre sentido como reflejo de la interacción humana.

11. En cuanto a la educación jurídica, la actitud propuesta aquí se construye sobre un enfoque interactivo, orientado al caso e interdisciplinar (ICI). Tal actitud, dirigida a abordar la irreductible complejidad de la realidad, se sirve de la interacción como formato para la generación de sentido y la creación de un marco dinámico. Este formato está guiado por una realidad multifacética de casos, y no por una superestructura de reglas o normas. Por consiguiente, no pueden admitirse las rígidas particiones disciplinares de la realidad. El enfoque ICI ha sido ya implementado en cursos como “Derecho y análisis de conflictos” (en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bruselas). Los estudiantes aprenden a analizar los actores y los *affectors* de un caso particular, así como a interactuar entre sí con ayuda de un programa informático específico, lo cual facilita la experiencia virtual de cara a evaluar conclu-

¹⁸ DELEUZE, G. y C. PARNET, *Dialogues*, Paris, Flammarion, 1977 [“no hay sino palabras inexactas para designar las cosas exactamente”].

yentamente los posibles beneficios de las soluciones jurídicas concretas en relación con la “æfectividad”.

Cabría argumentar que esta actitud interactiva debe ser enseñada a todos los académicos o incluso a todos los ciudadanos,¹⁹ para familiarizarles con la diferencia y el conflicto. Y por otra parte, los abogados pueden ser educados como negociadores y mediadores paradigmáticos, puesto que idealmente combinan el conocimiento del derecho con una actitud y una experiencia muy ligadas al conflicto. El derecho como paradigma de la diferencia y la interacción. Si Derrida está en lo cierto, los abogados podrían ser los filósofos (“æfectivos”) del siglo XXI. Así pues, la formación en negociación y mediación puede proporcionar al pensamiento jurídico contemporáneo, como medio de perseguir y mantener la efectividad jurídica, el necesario formato interactivo para la educación y la práctica jurídicas.

¹⁹ UNGER, R., *The Self Awakened: Pragmatism Unbound*, Cambridge, Harvard University Press, 2007.

La enseñanza del caso “Marbury vs. Madison”

ALBERTO F. GARAY*

1. INTRODUCCIÓN

En un ensayo presentado en la Facultad de Derecho de la Wake Forest University, con motivo del simposio organizado para celebrar los doscientos años del afamado caso “Marbury vs. Madison”,¹ el profesor Sanford Levinson arremetió provocativamente contra la sentencia dictada en esa causa. Levinson propuso desplazar ese caso del lugar de privilegio que ocupa en la enseñanza del Derecho Constitucional. Basó su crítica en cuatro razones que juzgaba determinantes, a saber: (i) comprender la importancia del caso exige un conocimiento histórico profundo que los alumnos no poseen y que los profesores no tienen tiempo de transmitir; (ii) la cuestión jurídica directamente involucrada en “Marbury” (v. gr., si el Congreso podía añadir casos no enumerados en la Constitución a la jurisdicción originaria de la Corte Suprema) era de escasa importancia, a diferencia de las tratadas en casos como “Stuart vs. Laird”,² “Prigg vs. Pennsylvania”³ o “Plessy vs. Ferguson”,⁴ o, inclusive, la referida a la compra de Louisiana; (iii) el razonamiento falaz empleado por Marshall es modelo, si lo es de algo, de lo que no se debe hacer cuando se interpreta una ley o una cláusula de la Constitución; (iv) la enseñanza de “Marbury” refuerza la idea de la supremacía judicial en vez de la supremacía de la Constitución.

Con encomiable honestidad intelectual y espíritu docente, Levinson adosó a su ensayo los correos electrónicos que –relacionados con el trabajo en cuestión y antes de que se publicara– le enviaron otros dos pro-

* Abogado, Universidad de Buenos Aires. Profesor de la Escuela de Derecho, Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires, Argentina.

¹ 5 U. S. 137 (1803).

² 5 U. S. 299 (1803).

³ 41 U. S. 539 (1842).

⁴ 106 U. S. 629 (1883).

fesores. Ambos, con diferentes enfoques, no dudaron en cuestionar el propósito perseguido por Levinson. Los profesores consultados coincidían en la importancia política de “Marbury” y en su utilidad didáctica. A los ojos de Jack Balkin, el caso es lo que los críticos literarios denominan un “clásico”. A los de Caminker, un diez por ciento de su importancia como material didáctico es atribuible a la tradición, pero un noventa por ciento lo es al hecho de que, al estar tan alejado de los intereses que un alumno puede tener hoy, les permite razonar los diversos problemas contruidos a partir de él, sin que su respuesta esté directamente influenciada por su ideología o por los conflictos del presente.

En mi opinión, la breve defensa que Balkin y Caminker ensayan es más persuasiva que el ataque que Levinson propone. Creo que en su crítica, Levinson incurre en exageraciones y omisiones inexcusables. No obstante, la inclinación de éste en favor de enseñar el caso en los países que atraviesan transiciones políticas fundacionales (por ejemplo, algunos países del Este europeo), y la ubicación de ese precedente en un período semejante en la historia política y constitucional norteamericana, tienen un atractivo indudable. Algo me inquietó de esta idea.

Estas observaciones y los breves intercambios habidos entre los mencionados profesores son una buena ocasión para hablar del asunto aquí también.

2. CÓMO SE PRESENTABA EL CASO “MARBURY” EN LA ARGENTINA

Cuando en la carrera de Abogacía me tocó estudiar Derecho Constitucional (allá por la década del setenta), el caso era generalmente presentado como el antecedente inmediato del control judicial de constitucionalidad tenido en cuenta por nuestros constituyentes y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por lo general, a la opinión del ocasional profesor se agregaban algunos razonamientos de la sentencia considerados relevantes. Esos razonamientos jamás se cuestionaban y nadie se hacía cargo de los embates que, en su suelo, ese precedente había tenido a lo largo del siglo XX. Se lo presentaba como el *leading case* incuestionable en la materia.⁵ Grande fue mi sorpresa cuando, años después, tomé contacto con

⁵ Ver, por ejemplo, LINARES QUINTANA, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, 3ª ed., Plus Ultra, 1981, pp. 500 y ss.; BIDART CAMPOS, Germán J., *El Derecho Consti-*

libros y artículos norteamericanos (que citaban otros libros y artículos) dedicados exclusivamente a analizar críticamente cada uno de los argumentos, razonamientos y conclusiones del fallo. Descubrí entonces un nuevo “Marbury vs. Madison”. Las afirmaciones que contiene la sentencia ya no aparecían tan incuestionables sino, por el contrario, eran sometidas a críticas de diversa intensidad y tono, al tiempo que ciertos razonamientos –algunos de los cuales eran bienvenidos por nuestros profesores– se denunciaban como falaces. Estudié cómo, a partir de lo dicho en él, los profesores norteamericanos veían el establecimiento de las bases de doctrinas constitucionales que adquirirían mayor desarrollo en años posteriores. En fin, encontré un *leading case* bastante distinto de aquel que, bajo el mismo título, me habían enseñado los mayores.

3. ASPECTOS RELEVANTES DEL CASO Y DE LA SENTENCIA PRONUNCIADA EN “MARBURY VS. MADISON”

Una de las razones que Levinson esgrime en contra de la enseñanza de este caso, como se sintetizó más arriba, es el menguado conocimiento del contexto histórico que los alumnos norteamericanos poseerían. Más allá de la verdad o falsedad de esta generalización, creo que, sin necesidad de incurrir en reduccionismos deformantes, se pueden proporcionar algunos datos relevantes que sirvan al propósito de ilustrar, esquemáticamente, acerca de cuál era el marco histórico-político en el que había surgido el conflicto cuya solución se pedía a la Corte. A mi modo de ver, la transmisión de los hechos siguientes –proporcionados por diversos autores norteamericanos– es suficiente para comprender el contexto histórico dentro del cual surgió el conflicto y se dictó la sentencia.

El 17 de febrero de 1801, a veinticuatro años de la declaración de la Independencia y a once años de la sanción de la Judiciary Act, luego de una reñida elección presidencial que había culminado en un empate virtual, la Cámara de Representantes eligió a Thomas Jefferson como presidente de los Estados Unidos. Unos pocos días antes, el 4 de febrero de ese año, John Marshall juraba a los cuarenta y cinco años como presidente de

tucional del poder, Ediar, 1967, pp. 326, 990; GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso de Derecho Constitucional*, 6ª ed., Depalma, 1988, p. 85; RAMELLA, Pablo A., ed. actualizada 1986, Depalma, p. 213.

LA ENSEÑANZA DEL CASO “MARBURY VS. MADISON”

ALBERTO F. GARAY

la Corte Suprema de los Estados Unidos.⁶ Marshall era, hasta entonces, el secretario de Estado de la administración saliente, encabezada por John Quincy Adams. Desde la elección de Jefferson hasta su asunción como presidente, el 4 de marzo, ocurrirían hechos trascendentes. En ese breve interregno, el presidente saliente –aparte de la designación de Marshall en la Corte– dispuso tres medidas que originarían un fuerte enfrentamiento con el presidente entrante. Por un lado, propuso la modificación de la Judiciary Act, y redujo el número de jueces de la Corte Suprema de seis a cinco. La razón ofrecida públicamente fue que el sexto juez del alto tribunal, Cushing, estaba enfermo y no podía desempeñar su función. Pero era obvio que esa reducción le quitaba a Jefferson la posibilidad de, una vez asumido su cargo, designar un reemplazante. En el proyecto también se creaban dieciséis cargos de jueces de circuito. Esta propuesta fue aprobada por el Congreso el 13 de febrero.⁷ Por otro lado, unos días después, Adams envió un nuevo proyecto de ley referido a la Carta Orgánica del Distrito de Columbia (hoy Washington D. C.). En dicho proyecto se proponía, entre otras cosas, la creación de juzgados de paz para el distrito, unidades que estarían a cargo de jueces que se desempeñarían 5 años en el puesto. El Congreso aprobó la ley el 27 de febrero y autorizó al presidente a designar los magistrados para ocupar esos tribunales. El 2 de marzo, es decir, un día antes de que Jefferson jurara como presidente, Adams propuso 42 personas para cubrir esos puestos y, al día siguiente, el Senado prestó su acuerdo. Rápidamente, Adams firmó todas las designaciones y se comenzó una febril carrera contra reloj, a fin de notificar a cuantos jueces se pudiera. Se trabajó durante toda la noche corriendo con esas diligencias pero, a causa de la cantidad de nombramientos, los correspondientes a Marbury y a sus tres litisconsortes quedaron sin ser formalmente comunicados a sus destinatarios. El oficial notificador era James Marshall, herma-

⁶ CLINTON, Robert Lowry, “*Marbury vs. Madison*” and judicial review, University Press of Kansas, 1989, p. 85; GUNTHER, Gerald y M. KATHLEEN SULLIVAN, *Constitutional Law*, Foundation Press, 1997, p. 11; VAN ALSTYNE, William W., “A Critical Guide to Marbury vs. Madison”, en *Duke Law Journal* 1, 1969.

⁷ Meses después, el Congreso federal, formado con los nuevos integrantes surgidos de la misma elección, derogaría esta ley (CHEMERINSKY, Edwin, “Constitutional Law. Principles and Policies”, en *Aspen Law & Business*, 1997, p. 37). A su vez, la Corte Suprema, pocos días después de resolver “Marbury”, convalidó aquella derogación en “Stuart vs. Laird”, 5 U. S. 299 (1803).

no de quien, como se dijo, era, simultáneamente, presidente de la Corte Suprema y secretario de Estado.

Una vez que Jefferson asumió la primera magistratura, ordenó a su secretario de Estado, William Madison, que retuviera las designaciones pendientes.⁸ Marbury y otros tres postulados, que también contaban con acuerdo del Senado, solicitaron al secretario de Estado que les notificara sus designaciones. Pero Madison nunca los notificó. Ante su silencio, en diciembre de 1801, los cuatro perjudicados, con el patrocinio letrado del ex Attorney General de Adams, Charles Lee, iniciaron demanda ante la Corte Suprema, invocando su competencia originaria y solicitándole a ésta que ordenara a Madison, a través del denominado *writ of mandamus*, que los pusiera en funciones.⁹ El tribunal solicitó al demandado que informara sobre la exactitud del reclamo y, eventualmente, las causas por las cuales se habrían retenido esas cédulas. Madison, sin embargo, nunca respondió. El estado de la causa parecía indicar que ella se encontraba ya en condiciones de ser resuelta. No obstante, el fallo se haría esperar. A principios de 1802 el Congreso, por ley, impidió que la Corte Suprema sesionara, aboliendo el inicio de los períodos de reuniones que debían principiar en junio y en diciembre.¹⁰ De allí que la decisión recién se conociera dos años después de iniciada la causa, esto es, en 1803. Como se sabe, en su sentencia la Corte se extendió largamente sobre el derecho de los actores y la obligación en la que se hallaba Madison, a la luz del derecho vigente. A pesar de ello, la Corte consideró que la ley invocada por Marbury y sus litisconsortes para surtir la competencia originaria del Tribunal en materia de *writs of mandamus* era inconstitucional, lo que la privaba de jurisdicción en el caso. Hasta aquí los hechos más relevantes de este acontecimiento.

4. UN CAMBIO TRASCENDENTE

Los párrafos más salientes de la resolución son bastante conocidos hoy día y en su repetición no encuentro atractivo.¹¹ Sin embargo, sí puede

⁸ VAN ALSTYNE, W. W., op. cit. *supra* nota 6, p. 4.

⁹ *Idem ante*.

¹⁰ CHEMERINSKY, E., op. cit. *supra* nota 1, p. 37.

¹¹ EN MILLER, J., M. A. GELLI y S. CAYUSO, Astrea, 1988, el lector encontrará una traducción de porciones importantes del fallo.

desempolvarse un aspecto relevante relacionado con esa decisión, que, generalmente, no ha sido atendido. Me refiero a que, en oportunidad de preparar la sentencia del caso, John Marshall modificó radicalmente el estilo judicial imperante hasta entonces. En efecto, al igual que en Inglaterra, en la Corte Suprema norteamericana una sentencia se descomponía en tantos votos (u opiniones) como jueces había en el tribunal. Cada juez emitía un voto fundado, expresando las razones que lo inclinaban en tal o cual sentido. Es lo que se conoce en esas jurisdicciones como decisiones *seriatim*. Así redactaba sus decisiones la Corte Suprema norteamericana, hasta la llegada de Marshall.¹² A instancia suya, el tribunal abandonó dicha práctica y optó por delegar en uno de sus integrantes la responsabilidad de proyectar la sentencia del caso, decisión que, a partir de entonces y hasta hoy, estaría precedida de la frase “Opinión de la Corte” (*Opinion of the Court*).¹³ Consecuentemente, el designado -Marshall, en los casos más importantes, según refiere su historiador-redactaba un voto, y aquellos que coincidían con él, adherían. A quienes no coincidieran con la decisión o con sus justificaciones, por otro lado, les estaba permitido redactar votos concurrentes o disidentes. Esta modalidad permitía que el juez preopinante tuviera el control del texto del proyecto, el que podía recibir añadidos o enmiendas propuestas por los restantes, a cambio de firmar todos un solo documento y presentarse ante la sociedad, conforme anhelaba Marshall, como un tribunal unido y con una sola voz.¹⁴ Así fue cómo, en definitiva, la sentencia dictada en este caso consiste en un texto único tal cual la conocemos.¹⁵

5. PRINCIPIOS QUE EMANAN DEL PRONUNCIAMIENTO

Cinco principios importantes relacionados con el Poder Judicial federal emanan de esta decisión.¹⁶

¹² SCHWARTZ, Bernard, *A history of the Supreme Court*, Oxford University Press, 1993, p. 39.

¹³ SNOWISS, Sylvia, “Judicial review and the law of the Constitution”, en *Yale University Press* 1990, p. 123.

¹⁴ SCHWARTZ, B., *idem ante*.

¹⁵ Al mismo tiempo, esta nueva modalidad dificultaba la redacción de votos disidentes o concurrentes, práctica contra la que había bregado Marshall insistentemente. SNOWISS, S., *idem supra* nota 13.

¹⁶ CHERMERINSKY, Erwin, “Federal jurisdiction”, en *Aspen Law & Business*, 3ª ed., p. 14.

Primero, “Marbury” afirmó la competencia de los tribunales federales para revisar los actos de gobierno, más específicamente, los de un secretario de Estado que actuaba bajo órdenes directas del presidente. Para fundar esa atribución judicial, el tribunal expresó que “cuando el Congreso impone a ese funcionario otras obligaciones; cuando se le encomienda por ley llevar a cabo ciertos actos; cuando los derechos de los individuos dependen del cumplimiento perentorio de tales actos, él pasa a ser funcionario de la ley; es responsable ante las leyes por su conducta y no puede despojar a otros discrecionalmente de sus derechos adquiridos”.¹⁷

Segundo, para deslindar qué casos podían ser revisados por los tribunales y cuáles no, habló de la existencia de una categoría de cuestiones, llamadas cuestiones políticas. Estos asuntos versarían sobre atribuciones que la Constitución confía al Ejecutivo y que, por tanto, no eran cuestionables judicialmente. Concretamente, dijo: “Por la Constitución de los Estados Unidos, el Presidente es investido de ciertos poderes políticos importantes, cuyo ejercicio depende de su exclusiva discreción, y sólo responde políticamente ante su país (...) las materias son políticas. Ellas atañen a la Nación, no a derechos individuales”.¹⁸

Tercero, la Constitución norteamericana (art. III, sección 2) dispone que la Corte Suprema ejerce competencia originaria en los casos de embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros y en aquellos en los que un vecino de un Estado demanda a otro Estado o se trata de un juicio entre Estados de la Unión.¹⁹ Sin embargo, el presente caso no tenía ninguna de esas características. En realidad, los actores invocaban la competencia originaria, no en base a ese artículo constitucional sino con sustento en el art. 13 de la Judiciary Act. Según la interpretación que ellos le otorgaban –interpretación que desarrolló la Corte– ese artículo confería

¹⁷ 5 U. S. 163, 166; MILLER, J. *et al.*, op. cit. *supra*, p. 7.

¹⁸ *Idem ante*, pp. 165-166; p. 6 *in fine*/7.

¹⁹ El art. III, sección 2, es prácticamente idéntico a los arts. 116 y 117 de la Constitución argentina, con la única excepción de que nuestro texto establece que la competencia originaria es exclusiva, característica que no está en la disposición norteamericana. Al no disponerse esa exclusividad en la Constitución norteamericana, la ley ha podido facultar a la Corte a elegir con qué casos quedarse y cuáles re-enviarlos a los jueces federales de primera instancia.

al tribunal jurisdicción originaria para expedir *writs of mandamus*. Sin embargo, cuando se lee el mencionado precepto es difícil coincidir con la interpretación defendida por Marshall. Esa norma, luego de referirse a la competencia originaria de la Corte, disponía que “[E]n los casos que seguidamente se consideran de modo especial, la Corte Suprema también tendrá competencia apelada de las cortes de circuito y de aquellas con asiento en los diferentes Estados; y tendrá poder para expedir *writs of prohibition* dirigidos a las cortes de distrito, cuando procede como tribunal de almirantazgo y jurisdicción marítima, y *writs of mandamus* en aquellos casos basados en los usos y principios de derecho, respecto de cualquier tribunal o funcionario que actúe bajo la autoridad del gobierno de los Estados Unidos”.²⁰

En general, los autores norteamericanos están contestes en que existían otras interpretaciones posibles e inclusive que la elegida por Marshall fue la más controvertible. Dado que la referencia al *writ of mandamus* se hallaba dentro de un párrafo referido a la competencia apelada de la Corte, lo razonable hubiera sido colegir que el tribunal podía expedir ese *mandamus*, siempre que correspondiera, dentro de su competencia en grado de apelación. Inclusive, como sostiene Van Alstyne, el tribunal podría haber interpretado que la Corte poseía el poder de expedir ese tipo de *writ*, tanto en su competencia originaria como en la apelada, según que correspondiere en cada caso.²¹ Tal inteligencia hubiera evitado entrometerse con la constitucionalidad de la norma, y la demanda habría sido rechazada por no versar sobre ninguno de los supuestos de competencia originaria contemplados por el art. III, sección 2 de la Constitución. Lo cierto es que, definido el sentido mencionado en la sentencia, Marshall dio un paso más. Sostuvo que el art. III, sección 2 de la Cons-

²⁰ Ver MILLER, J. *et al.*, op. cit. *supra*, p. 9, nota de pie de página nro. 3. El texto original del párrafo en cuestión dice: “The Supreme Court shall also have appellate jurisdiction from the circuits courts and the courts of the several states, in the cases herein after specially provided for; and shall have power to issue writs of prohibition to the district courts, when proceeding as courts of admiralty and maritime jurisdiction, and writs of mandamus, in cases warranted by the principles and usages of the law, to any courts appointed, or persons holding offices, under the authority of the United States”.

²¹ VAN ALSTYNE, W., op. cit. *supra* nota 6, p. 15; CHEMERINSKY, E., op. cit. *supra* nota 7, pp. 15-16.

titución ya enumeraba los casos de competencia originaria y que éstos no podían ser ampliados por el legislador federal, algo que tampoco se infiere necesariamente del texto constitucional. Visto de este modo, el caso “Marbury” contribuyó a sentar las bases para establecer el principio, vigente al día de hoy, que dice que los tribunales federales son cortes de competencia limitada. De allí se sigue que el Congreso no puede expandir la jurisdicción federal establecida en el art. III.

Cuarto. Si bien el *holding* del caso es bastante más estrecho, en el fallo se reflexiona en torno al poder de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las leyes federales. Uno de los párrafos donde se anticipa la posición que adoptará dice: “La cuestión relativa a si una ley repugnante a la Constitución, puede transformarse en la ley vigente es una cuestión profundamente interesante para los Estados Unidos; pero, felizmente, no posee una complejidad proporcionada a su interés”.²² También se vincula ello, a la competencia limitada del Congreso. Tomando palabras del Federalista nro. 78, expresa: “Los poderes de la legislatura son definidos, y limitados, y para que esos límites no sean confundidos u olvidados, es que la Constitución es escrita”.²³

Quinto. Muestra a la Corte como el intérprete decisivo de la Constitución. Dice Marshall: “Por cierto que es competencia y deber de los tribunales decir lo que es la ley (...) Si dos leyes entran en conflicto, los tribunales deben decidir cómo opera cada una de ellas. Así, si una ley estuviera en contradicción con la Constitución; si ambas, la ley y la Constitución se aplicaran a un caso particular, la Corte o debería decidir el caso de conformidad con la ley, desechando la Constitución; o de acuerdo a la Constitución, desechando la ley; la Corte debe resolver cuál de estas reglas en conflicto gobierna el caso. Esto hace a la esencia misma de la función judicial”.²⁴ Este párrafo es interpretado no sólo como que se reconoce a la Corte voz en un conflicto de esas características sino también como que esa voz es decisiva. Pero sus derivaciones no se limitan a ese punto. En estas cuestiones, como se dice textualmente, tendrán voz los demás tribunales del país, dado que interpretar la ley y resolver los

²² 5 U. S. 163, 176.

²³ *Idem ante*.

²⁴ *Id.*, p. 177.

conflictos normativos, inclusive el que se pudiera presentar entre una ley y la Constitución, “hace a la esencia misma de la función judicial”.

6. SOBRE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES FEDERALES

Una vez que se ha explicitado el contexto histórico, el tipo de cuestiones que se abordan, el modo en que se las resuelve y los principios que de la sentencia emanan, es que comprendemos de modo más preciso el significado de “Marbury” y su trascendencia para el Derecho Constitucional norteamericano y el argentino.

Como se ha visto, uno de los puntos centrales de la sentencia del caso bajo comentario es que en ella la Corte declaró, por primera vez, la inconstitucionalidad de una ley sancionada por el Congreso federal. No obstante, no es vano recordar que esta atribución judicial está ausente del texto constitucional norteamericano. Cualquiera que recorra la Constitución federal de los Estados Unidos advertirá que ella no menciona textualmente la atribución del Poder Judicial de declarar la inconstitucionalidad de las leyes. El segundo párrafo del art. IV dispone: “Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que en su consecuencia se dicten y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad del gobierno de los Estados Unidos serán la ley suprema de esta tierra; y los jueces de cada Estado estarán obligados por ellos, no obstante lo que establezca en contrario cualquier Constitución o leyes de cualquier Estado”.²⁵ Con soporte en ese párrafo –fuente inocultable del art. 31 de nuestra Ley Fundamental– se puede construir esa potestad judicial revisora, con relación a las normas estatales. Pero de ahí a las federales, hay un trecho; y ese camino fue precisamente el recorrido por Marshall para declarar la inconstitucionalidad de la sección 13 de la Judiciary Act.

Para apreciar la excepcionalidad de la construcción ensayada en el caso, téngase presente la referencia hecha por Schwartz, en el sentido de

²⁵ “Article VI [...] This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding”.

que, más allá de los antecedentes históricos, políticos y judiciales locales²⁶ que reconocían la existencia del control de constitucionalidad, hasta el año 1803, la Corte Suprema norteamericana, instalada en febrero de 1890, sólo había intervenido en dos casos estatales relacionados con la interpretación de la Constitución. En el primero hizo prevalecer un tratado por sobre lo establecido en una ley del Estado de Virginia, y en el segundo sostuvo que no se estaba ante una ley retroactiva prohibida por la Constitución federal.²⁷ En un tercer caso había resuelto la constitucionalidad de una ley federal.²⁸ Pero fue recién en “Marbury” que, por primera vez, se declaró la inconstitucionalidad de una norma de ese rango.

Si uno retiene todo lo dicho hasta ahora es evidente que, más allá de los reproches que pueda formularsele, sea a Marshall, sea a la Corte, este caso se ha ganado en buena ley el lugar que ocupa en materia de control de constitucionalidad. La trascendencia de esta decisión ha sido tan grande y el predicamento de Marshall sobre sus pares tan fuerte que, usualmente, la decisión adoptada ensombrece otros dos aspectos presentes en ella y que poseen relevancia institucional. El primero de ellos versa sobre la declaración de inconstitucionalidad misma. Por un lado, adviértase que, en el caso, nadie había solicitado que se analizara y declarara la inconstitucionalidad de la ley. Recuérdesse que Madison nunca había dado respuesta a los requerimientos del tribunal. Por tanto, el primer caso donde se determina la inconstitucionalidad de una ley federal es, a la vez, uno donde esa sanción fue dispuesta de oficio, posibilidad ésta que, en lo sucesivo, se limitará estrictamente a supuestos donde esté en juego la propia competencia de la Corte. Por el otro lado, el *holding* de la sentencia es verdaderamente estrecho. Como reflexiona Van Alstyne, el *holding* del caso puede ser descrito del siguiente

²⁶ SCHWARTZ, Bernard, *A history of the Supreme Court*, Oxford University Press, 1993, p. 22 (“Entre la Revolución y ‘Marbury vs. Madison’, tribunales estatales afirmaron o ejercieron el poder en al menos 20 casos”).

²⁷ “Ware vs. Hylton”, 3 Dall. 199 (1796), “Calder vs. Bull”, 3 Dall. 386 (1798). En el primero de los casos mencionados el abogado del recurrente era, justamente, John Marshall. Curiosamente, en esa oportunidad, defendiendo la ley de Virginia había alegado que “el poder judicial no tenía autoridad para cuestionar una ley, a menos que tal poder le fuera concedido expresamente por la Constitución”. SCHWARTZ, B., op. cit. *supra*, p. 22.

²⁸ 3 “Hylton vs. United States”, 3 Dall. 171 (1796).

modo: “En los litigios ante la Corte Suprema, la Corte puede rehusarse a reconocer efectos a una ley del Congreso en tanto ella pertenezca al propio poder judicial. En tren de decidir si reconocerle efectos a tal ley, la Corte puede tomar su decisión de acuerdo a su propia interpretación de las disposiciones constitucionales que describen la competencia del poder judicial”. Vista de este modo, continúa el autor, la sentencia se erige como una herramienta defensiva del tribunal frente a una ley del Congreso que, a su criterio, le otorga más competencia de la que la propia Constitución autoriza. E interpretar la decisión en ese sentido es fundamental, desde que sería el modo de poner coto a la legislatura cuando ésta pretende llevar a sus estrados supuestos en que la Constitución misma no la autoriza a intervenir. Sin embargo, el profesor aludido se apresura a corregir que esa estrechez no refleja cuál es la doctrina del caso, según como, mayoritariamente, se ha interpretado la sentencia. Esta doctrina podría formularse del siguiente modo: “En los litigios ante la Corte Suprema, la Corte puede rehusarse a reconocer efectos a una ley del Congreso, en tanto, a los ojos de la propia Corte, esa ley sea contraria a la Constitución”.²⁹ Así, con esa extensión, es como generalmente se suele interpretar este precedente. Es decir que, a pesar de su excepcionalidad original, el caso llevaba consigo un impulso expansionista que los años venideros se encargarían de desplegar.

Por último, no creo, como disputa Levinson, que el caso refuerce la idea de “supremacía judicial” por sobre la noción de supremacía constitucional. El precedente, bien comprendido, no elimina del escenario federal o local a las legislaturas ni al ejecutivo o a los gobernadores. Son todos ellos –y nada en “Marbury” propone lo contrario– los primeros que tienen la obligación de examinar si los proyectos o las normas propuestas o sancionadas lo han sido de conformidad con lo que la Constitución establece. Ellos pueden impedir que disposiciones juzgadas inconstitucionales sean convertidas en ley, así como pueden votar leyes consideradas constitucionales. Muchas de ellas ni siquiera llegarán a los estrados judiciales. Pero, en todos los casos, lo prevalente es siempre la Constitución.

²⁹ VAN ALSTYNE, op. cit. *supra* nota 6, pp. 34-36.

7. ¿ES RECOMENDABLE LA ENSEÑANZA DE “MARBURY VS. MADISON” EN NUESTRAS UNIVERSIDADES?

En mi opinión, el caso debe ser estudiado y analizado críticamente siempre que se deba principiar con la enseñanza del control judicial de constitucionalidad de las leyes. Mis razones son las siguientes.

En primer lugar, es conocida la fuerte impronta que los arts. III y VI de la Constitución norteamericana tuvieron en nuestro texto fundacional. Basta interrogar el texto norteamericano y los arts. 116, 117 y 31 de la Constitución Nacional para recordar esa influencia. De igual manera, la lectura de los arts. 14 a 16 de la ley 48 revelan su inocultable parentesco con el art. 25 de la Judiciary Act. No podemos olvidar que nuestros constituyentes, al momento de diseñar la Constitución no sólo tuvieron en cuenta, entre otras, a la Constitución federal norteamericana.³⁰ Ellos y las generaciones que los sucedieron se apoyaron firmemente en numerosos precedentes de la Corte Suprema de ese país para explicar el origen o las consecuencias que se seguían de interpretar tal o cual artículo de nuestra Constitución que se había moldeado en aquella.³¹ Y tan definida estaba la corriente política en ese sentido que, por sucesivas leyes, se dispuso la traducción y publicación de obras de Derecho Constitucional pertenecientes a autores de ese origen.³²

³⁰ GARCÍA MANSILLA, Manuel J. y Ricardo RAMÍREZ CALVO, *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del Derecho Público argentino*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006.

³¹ Véase MILLER, Jonathan M., “The Authority of a Foreign Talisman: A Study of U. S. Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite’s Leap of Faith”, en *The American University Law Review*, vol. 46, 1997, p. 1483.

³² Ley 55 (1863), dispone la adquisición de la obra *Exposición de la Constitución de los Estados Unidos del Norte*, de Joseph STORY, traducida por José María Cantilo; Ley 109 (1864), adquisición de ejemplares de la traducción de Alejandro Carrasco Albano de trabajos del Chancellor KENT sobre el gobierno y la jurisprudencia constitucional norteamericana; Ley 375 (1870), traducción e impresión de las obras sobre derecho federal de CUSHING, POMEROY, PASCAL y LIEBER, de conformidad con lo ordenado por decreto del 2 de marzo de 1869; Ley 380 (1870), adquisición de ejemplares de *Historia de la Constitución de los Estados Unidos* de CURTIS y El Federalista, traducido por José María Cantilo; véase también EGÜES, Carlos A., “Facultades del Congreso: reflexiones sobre la influencia doctrinal norteamericana”, en *Atribuciones del Congreso*, Buenos Aires, Depalma 1986, p. 1.

Es decir que, en Argentina, desde los comienzos de la llamada Organización Nacional (año 1852 en adelante), tanto la Constitución norteamericana cuanto las decisiones de su Corte Suprema federal han ejercido una influencia enorme, no sólo en el pensamiento de nuestros hombres públicos, sino también en el diseño constitucional que ellos construyeron.

Esa influencia, por último, se ve con claridad también en las sentencias de la Corte Suprema argentina y en el modo de fundar sus decisiones en otras anteriores, tanto propias como del alto tribunal federal norteamericano. Esa práctica era ajena al mundo de tradición romanista y tenía, indudablemente, mayor parentesco con el *Common Law*. Todo alumno debe ser instruido en ello y en los particulares contextos históricos en los que esos textos se manifestaron.

En segundo término, y recordando los vínculos recién esbozados, el solo hecho de que la sentencia recaída en el caso “Marbury vs. Madison” sea la primera que declaró la inconstitucionalidad de una ley federal, justifica su tratamiento privilegiado.

En tercer lugar, existe un condimento especial que la relaciona con nuestra jurisprudencia. En efecto, esa misma decisión fue seguida, por momentos, casi al pie de la letra, por la Corte Suprema argentina en el caso “Sojo”, resuelto en el año 1887³³ y cuyos hechos relevantes se entrelazan cómplicemente a los del precedente norteamericano.

Aparte de lo anotado anteriormente, vale poner de relieve que la sentencia dictada en “Marbury” está redactada con gran maestría. La forma de presentar los problemas y el modo elegido para resolverlos permite un riquísimo análisis. Además, como adelantó el Prof. Caminker, el referirse a un supuesto lejano que no despierta pasiones particulares (en el caso, si la competencia originaria establecida en la Constitución podía ampliarse por ley) facilita que ese análisis no se vea interrumpido por debates ideológicos presentes que podrían desviar la atención del objeto de estudio.

En quinto término, este caso sentó las bases sobre las cuales se estructuró el control judicial de constitucionalidad de las leyes. Su influencia en la jurisprudencia norteamericana posterior fue decisiva y el predica-

³³ Fallos: 32:120, Eduardo Sojo.

mento que ese precedente y esa misma casuística tuvo en nuestra propia jurisprudencia fue y es muy grande. A mi ver, no existe otro país de Occidente que haya acumulado tanta experiencia en materia de control de constitucionalidad de las leyes. En consecuencia, pienso que sería empobrecedor para el alumnado ignorar construcciones básicas tan profeicas, sea desde lo histórico, sea desde lo analítico.

8. "MARBURY" Y LAS TRANSICIONES POLÍTICAS

Finalmente, merece una breve reflexión lo sostenido por el profesor Levinson con relación al momento de transición que se vivía en los Estados Unidos hacia comienzos del siglo XIX y su ubicación del caso "Marbury" como hija de ese interregno. Se interroga Levinson si "Marshall debería haberse comportado de un modo más principista, aun a riesgo de sacrificar su futuro político o el futuro institucional de la Corte. ¿Debió haber mantenido su boca cerrada sobre los usurpadores jeffersonianos y haber dicho, simplemente, 'carecemos de jurisdicción, fin del asunto'? ¿O hizo lo correcto, primero, al denunciar la usurpación, y luego, al rodar y hacerse el muerto?" Sostiene el profesor norteamericano que este tipo de dilemas puede ser comprendido y argumentado hoy más vívidamente por estudiantes de los países del Este europeo (y otros similarmente situados). Si bien sospecha que los Estados Unidos estarían viviendo actualmente una variante moderada de "estado policial", sostiene que "los estudiantes norteamericanos, felizmente, no están compenetrados existencialmente con los dilemas que enfrenta un régimen de transición y los líderes que éste engendra".

Anticipé al inicio que esta idea de "Marbury" y las transiciones políticas me inquietaba. Esos párrafos de algún modo conmovieron mi espíritu. Sentí que esas vivencias de los estudiantes del Este europeo a las que Levinson remitía no me eran ajenas. Tampoco distantes. Sentí que el "estado policial" a la norteamericana al que él aludía, un poco mezquinamente y casi cayéndose de la página, también rozaba tragedias rioplatenses no muy lejanas. Me estremeció la idea. Una sentencia del año 1803 de la jurisprudencia norteamericana venía a asaltarme luego de doscientos seis años. Llegaba así, luego de esta pronta recorrida, al lugar del que había partido y al que no hubiera querido llegar. Algunos

LA ENSEÑANZA DEL CASO “MARBURY VS. MADISON”

ALBERTO F. GARAY

matices del caso evocan nuestra realidad perturbadora. Se racionalizará y se supondrá que los dilemas que enfrentó Marshall fueron resueltos apropiadamente, convenientemente. Se hablará de su genio y de su visión para sentar las bases del control judicial de constitucionalidad. Quizá todo esto sea una conjetura. O quizá, “puede ser una ficción piadosa, si la única prueba es que las cosas salieron bien”.³⁴

³⁴ HART, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, trad. por Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, 1963, p. 190.

Por qué no enseño “Marbury” (excepto a europeos del Este) y por qué ustedes tampoco deberían*

SANFORD LEVINSON**

RESUMEN

...Generalmente no enseño “Marbury v. Madison” (...) Entiendo que todos están de acuerdo en que el tema legal sustantivo de Marbury -v. gr., la habilidad del Congreso de ampliar a la jurisdicción original de la Corte Suprema- no es de real importancia, especialmente si aplicamos el siguiente test: ¿le quitaría esta cuestión el sueño a alguien cuando, por ejemplo, la suerte de un cliente depende de una rápida respuesta? Muchos estudiantes desean cursar Derecho Constitucional debido a que creen que la materia en verdad involucra asuntos importantes; es muy extraño que la mayoría de los cursos (y libros de casos) empiezan con un caso sobre un asunto realmente trivial (a menos, por supuesto, que uno lo contextualice)...

Generalmente no enseño “Marbury v. Madison”.¹ Las excepciones, en los últimos diez años, han involucrado dictar un curso de cinco horas de Derecho Constitucional en la Universidad de Nueva York (NYU) y, más significativamente, una introducción de dos semanas al Derecho

* Este artículo fue originalmente escrito para generar una discusión en el Simposio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Wake Forest aunque también lo presenté en una reunión de la Facultad de Derecho de la Universidad de Minnesota, el 24 de febrero de 2003, en el 200º aniversario de “Marbury”. Un resultado de pensar lo que tenía que decir en el simposio por la celebración (o al menos conmemoración) del bicentenario de “Marbury” fue reforzar mi ánimo en contra del caso y, aún más, en contra de la centralidad que le asignamos en nuestros cursos (e imponemos en nuestros desafortunados alumnos). Traducción al español realizada por Leticia Vita, Abogada y Lic. en Ciencia Política, Universidad de Buenos Aires.

** Profesor, Universidad de Texas.

¹ 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803).

POR QUÉ NO ENSEÑO “MARBURY” (EXCEPTO A EUROPEOS DEL ESTE) Y POR QUÉ US-
TEDES TAMPOCO DEBERÍAN

SANFORD LEVINSON

Constitucional americano para un grupo de abogados de Europa del Este en la Universidad Central Europea en Budapest. En lo que respecta al curso en la NYU, decidí al terminarlo que regresaría a mi práctica habitual de borrar el caso del programa incluso si tuviera la oportunidad de dictar un curso de cinco unidades, lo que, por supuesto, sólo reforzó mi decisión de no enseñarlo en el curso introductorio de cuatro horas que dicto en la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas. Estaría, por lo tanto, extremadamente sorprendido si alguna vez vuelvo a enseñar “Marbury” en una facultad de Derecho americana, fuera de algún seminario especializado.

Supongo que debería mencionar que sí asigno a mis alumnos el clásico de Robert McCloskey, *The American Supreme Court*², que incluye lo que David Engdahl ha descrito como una “absurda [e] idealizada descripción de la opinión de Marshall como una ‘obra maestra del engaño’”.³ Ciertamente estoy de acuerdo en que es idealizada; no voy a admitir que sea absurda, especialmente después de leer el aún no publicado relato de Bruce Ackerman sobre la elección de 1800 y sus repercusiones⁴ o, respecto de eso, la excelente descripción de mi colega Scot Powe de la política de “Marbury” en su contribución a este simposio.⁵ De cualquier manera, ciertamente el libro de McCloskey da a los alumnos suficiente información sobre el caso para alfabetizarlos “culturalmente”, una de las funciones de lo “canónico” en el Derecho Constitucional,⁶ y así mi conciencia está limpia por no dedicarle tiempo al tema.

Explicaré luego por qué puedo imaginarme enseñándolo nuevamente a europeos del Este. El fuerte de la observación que sigue, sin embargo, apunta a por qué yo no enseño este caso a estudiantes americanos. Mi

² McCLOSKEY, Robert G., *The American Supreme Court*, revisado por Sanford Levinson, 3ª ed., 2000. Debería aclarar también que me he encargado de la responsabilidad de “actualizar” el libro de McCloskey, originalmente publicado en 1960, pero que he dejado el texto que él escribió, incluyendo el capítulo sobre “Marbury”, intacto.

³ ENGDahl, David E., “John Marshall’s, ‘Jeffersonian’”, en *Concept of Judicial Review*, 42 *Duke L. J.* 279, 1992, n. 146, 324.

⁴ ACKERMAN, Bruce, *America on the Brink* (manuscrito inédito, *on file with author*).

⁵ POWE, L. A. (Jr.), “The Politics of American Judicial Review: Reflections on the Marshall, Warren, and Rehnquist Courts”, en 38 *Wake Forest L. Rev.* 697, 2003.

⁶ Ver BALKIN, J. M. y Sanford LEVINSON, “The Canons of Constitutional Law”, en 111 *Harv. L. Rev.*, 1998, pp. 964, 975-76.

propósito no es solamente autobiográfico. Sería poco honesto negar que también espero convencer a los lectores de que ellos –¡o ustedes!– deberían dejar de enseñarlo también. O, si no están dispuestos a seguirme en este camino aparentemente herético, entonces al menos espero convencerlos de que no lo enseñen al comienzo del curso introductorio al Derecho Constitucional. Una de las singularidades del caso, sin embargo, es que el único otro momento en el que tiene sentido enseñarlo, si uno siente que debe, es sobre el final del curso.

Entonces, déjenme trazar mis instrucciones de por qué “Marbury” debería perder su puesto de honor en la actual concepción de cómo enseñar (y organizar libros de casos prácticos sobre) Derecho Constitucional americano:

I. Entender la importancia de “Marbury” requiere de un profundo conocimiento histórico que casi ninguno de nuestros estudiantes posee y que nosotros no tenemos tiempo de enseñar.

La importancia misma del caso “Marbury v. Madison”, a diferencia del ícono que enseñamos en nuestros cursos, obviamente proviene de su lugar en el remarcable drama de cuatro años alrededor de la elección de Thomas Jefferson y el desplazamiento de los federalistas hegemónicos que veían el liderazgo nacional como su prerrogativa.⁷ Esos cuatro años incluyen, más precisamente, el fiasco inicial del Colegio Electoral que resultó en un empate entre Jefferson y Aaron Burr; el estancamiento en la Casa de Representantes que siguió, como resultado de la regla de “un hombre-un voto” para superar los empates en el Colegio Electoral; las amenazas cruzadas tanto para privar a Jefferson de su victoria electoral de facto y, deberían los federalistas sucumbir a esas tentaciones, para llamar a las milicias del Estado en auxilio; la anulación de la ley de los federalistas, aprobada por un Congreso incapaz y firmada por un presidente incapaz, estableciendo tribunales intermedios de circuito para apelar (todos cuyos nombramientos terminaron siendo sorpresa, federalistas asignados y confirmados por estos muy atareados incapa-

⁷ Ver WEISBERGER, Bernard A., *America Afire: Jefferson, Adams, and the Revolutionary Election of 1800*, 2000; ver también FREEMAN, Joanne B., “The Election of 1800: A Study in the Logic of Political Change”, en 108 *Yale L. J.*, 1959, pp. 1961-68, 1999.

POR QUÉ NO ENSEÑO “MARBURY” (EXCEPTO A EUROPEOS DEL ESTE) Y POR QUÉ US-
TEDES TAMPOCO DEBERÍAN

SANFORD LEVINSON

ces); la cancelación por parte del Congreso del período de sesiones de la Corte en 1802, y la adquisición de Louisiana.⁸ Vale la pena también mencionar la proposición y ratificación de la Doceava Enmienda que, entre otras cosas, reconocía implícitamente la legitimidad del sistema de partidos que la generación fundacional (tal vez correctamente) pensó era simplemente otro nombre para gobierno de “facción” y “de conspiradores”.⁹

Si tratáramos este drama político como el equivalente de Hamlet, entonces tendríamos que reconocer que “Marbury” (y John Marshall por febrero de 1803) es el equivalente de Rosencrantz y Guildenstern o, tal vez, para ser un poco más generosos, de Polonio: el caso está lleno de máximas portentosas y que merecen citarse –tales como la noción de que toda negación de un derecho conlleva la asistencia de un remedio legal efectivo–, que son negadas no sólo por el caso en cuestión sino por gran parte de la historia constitucional posterior. Como sabemos, sin embargo, la deformación profesional de los profesores de Derecho americanos consiste en que ellos están determinados a hacer de los jueces las estrellas del drama constitucional, tanto para bien (v. gr., Marshall y, para la mayoría de nosotros, Earl Warren) como para mal (v. gr., Roger Taney o, para muchos de nosotros, William Rehnquist). Poco, si algún, interés tiene en el cuadro del desarrollo del Derecho Constitucional americano pintado por Bruce Ackerman,¹⁰ Steven Griffin,¹¹ Keith Whittington¹² y otros que desplazan a la Corte a jugar el

⁸ Ver O’FALLON, James M., *The Politics of Marbury*, in *Marbury v. Madison: Documents and Commentary* 17, 2002; ver también EPSTEIN, Lee y Jack KNIGHT, *The Strategic John Marshall (and Thomas Jefferson)*, in *id.* at 41. En efecto, *the Graber-Perhac reader* es una colección esencial de materiales para cualquiera que esté interesado en “Marbury”, su contexto circundante, y el debate, aún vigente, sobre su significado.

⁹ Ver LEVINSON, Sanford y Ernest A. YOUNG, “Who’s Afraid of the Twelfth Amendment?”, en *29 Fla. St. U. L.*, Rev. 925, 2001, pp. 926-32.

¹⁰ Ver, v. gr., ACKERMAN, Bruce, *Higher Lawmaking*, in *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment* 63, 1995.

¹¹ Ver GRIFFIN, Stephen M., *Constitutionalism in the United States: From Theory to Politics*, en *id.* at 37.

¹² WHITTINGTON, Keith E., *Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning*, 1999.

rol, como mucho, de un actor secundario del Congreso y del Ejecutivo (o, en efecto, del pueblo).

Es, creo yo, solamente esta deformación la que explica por qué nuestra reunión en Wake Forest es sólo la primera de un número de –en efecto, muchos– simposios sobre “Marbury” y la revisión judicial, mientras menos atención se da en la mayoría de las facultades de Derecho –¡obviando a la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas!– a lo que fue realmente el más importante suceso constitucional no sólo de 1803, sino, en efecto, de todo el período comprendido entre la ratificación constitucional y el estallido de la guerra en 1861. Estoy hablando, por supuesto, de la compra de Louisiana.¹³ La mayoría de los estudiantes no tienen literalmente idea del hecho de que los Estados Unidos en 1789 no se extendían más allá del río Mississippi y, por supuesto, no incluían ni a Florida ni a Nueva Orleans (en efecto, no comprenden el hecho –y potencial importancia [meta]constitucional– de que ni Carolina del Norte ni Rhode Island eran parte de los Estados Unidos de América cuando George Washington fue nombrado el primer presidente el 30 de abril de 1789).

Incluso si creemos que el período de 1803 de sesiones de la Corte fue especialmente importante, empero, he sido persuadido por Bruce Ackerman¹⁴ de que “Marbury” es por lejos menos significativo que el caso sustanciado sólo una semana más tarde, “Stuart v. Laird”,¹⁵ que involucró una mucho más importante capitulación de la mayoría federalista a la determinación de los jeffersonianos de escapar de las esposas judiciales tramadas por Adams y sus asociados en los últimos días de su desacreditada administración. Los argumentos constitucionales en contra de la revocación de la Ley de creación de los Tribunales de Circuito son apenas frívolos, especialmente si uno toma “Marbury” seriamente con relación a la importancia de mantener la independencia de la Corte

¹³ Ver LEVINSON, Sanford, “The Louisiana Purchase as Seminal Constitutional Event”, en KASTOR, Peter J., *The Louisiana Purchase: Emergence of an American Nation* 105, 2002.

¹⁴ Estoy muy agradecido al profesor Ackerman por compartir conmigo su manuscrito inédito sobre la elección de 1800 y sus repercusiones. Cuando sea publicado, ocupará merecidamente un lugar como el más destacado análisis de la elección en relación con sus implicaciones constitucionales. El capítulo cinco, *Marbury v. Stuart*, demuestra la enorme importancia de Stuart.

¹⁵ 5 U. S. (1 Cranch) 299, 299, 303, 306 (1803) (*upholding* Act of March 8, 1802).

POR QUÉ NO ENSEÑO “MARBURY” (EXCEPTO A EUROPEOS DEL ESTE) Y POR QUÉ US-
TEDES TAMPOCO DEBERÍAN

SANFORD LEVINSON

Suprema y sus miembros a partir de ceñirlos con agregados impropios al tipo de casos que ellos podían aceptar en jurisdicción originaria.¹⁶ Consideren las implicancias para la conveniencia de aceptar los nombramientos judiciales (y vivir hasta una edad madura) y ¡viajar por los Circuitos en los medios de transporte disponibles a principios del siglo XIX!

En el mejor de los casos, uno puede posiblemente entender “Marbury” sin situarlo en el contexto de “Laird”, lo que raramente sucede. Consideren sólo el tratamiento del precedente en los dos libros de casos editados por los participantes del Simposio de Wake Forest. Mark Tushnet y sus distinguidos colaboradores mencionan la revocación de la Ley de Tribunales de Circuito y luego agregan: “Una nota al pie: Seis días después de que se decidiera ‘Marbury’, la Corte confirmó la revocación. ‘Stuart v. Laird’...”¹⁷ Paul Brest *et al.* –yo soy uno de los “*et al.*”, debería confesar– dice: “En 1802, el Congreso republicano revocó la Ley de Tribunales de Circuito (...), por consiguiente eliminando los puestos de los llamados jueces de medianoche...”¹⁸ Ni siquiera citamos, me avergüenza decir, “Stuart v. Laird” (¡pueden estar seguros de que la próxima edición rectificará este error!). Nosotros dos, debería resaltar, damos más información que Dean Sullivan y el último Gerald Gunther, quienes no hacen ninguna mención de la Ley de Tribunales de Circuito (o de Laird) en su muy influyente libro de casos.¹⁹

Casi nunca se da el hecho de que nuestros alumnos no necesiten el apoyo que una mayor cobertura podría brindar. No tengo razón para creer que la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas es única, aun entre facultades “elite” de Derecho, en el número de sus estudiantes que llegan sin saber mucho de historia americana, especialmente la historia de la temprana república. Lo que esto necesariamente significa es

¹⁶ Como es vigorosamente defendido en el próximo artículo a publicar de mi colega Louise WEINBERG, “Our Marbury”, en 89 *Va. L. Rev.* (forthcoming 2003) (manuscript on file with the University of Virginia Law Review). El artículo de la profesora Weinberg, por cierto, es por lejos la defensa más hábil de “Marbury” que yo conozca, aunque debo decir que no me convencen sus valientes intentos por defender a Marshall y su decisión.

¹⁷ STONE, Geoffrey R. *et al.*, *Constitutional Law* 32, 3^a ed., 1996.

¹⁸ BREST, Paul *et al.*, *Processes of Constitutional Decisionmaking* 82, 4^a ed., 2000.

¹⁹ SULLIVAN, Dean y Gerald GUNTHER, *Constitutional Law*, 14^a ed., 2001.

que muy pocos tienen una idea mínima del contexto dentro del cual “Marbury” fue planteado y decidido. Por desgracia, dudo seriamente de que tengamos el tiempo para llenar todos los huecos relevantes. Sólo consideren el tiempo que tomaría poner al tanto a los alumnos de por qué exactamente los jeffersonianos desconfiaban tanto de John Marshall. Es sencillo señalar el visible conflicto de intereses creado por haber sido él el secretario de Estado que estropeó la entrega de la comisión de Marbury; pero ésa es sólo una parte de la historia. Es ciertamente interesante el hecho de que algunos federalistas en 1801 hayan jugado con tomar ventaja de la (aún hoy incorrecta) “estupidez constitucional”²⁰ existente en la manera en que la Casa de Representantes rompe con el empate en el Colegio Electoral –el anteriormente mencionado requisito de que una mayoría de delegaciones de estados, votando en base a “un estado/un voto”, acuerda con uno de los contendientes–, dilatándolo y así manipulando la Ley de sucesión presidencial para hacer al secretario de Estado John Marshall presidente.²¹

Para que esto no sea visto como una fantasía paranoide, aconsejo que sólo se examinen los argumentos dados en las repercusiones de la elección de noviembre del 2000. Muy distinguidos abogados –todos ellos identificados con el partido republicano– aprobaron la habilidad legal de la rabiosamente partidaria legislatura de Florida para dejar a un lado lo que podría ser considerado como el resultado inaceptable de un recuento en el que Al Gore efectivamente había ganado el estado “soleado”, y en su lugar los comprometidos electores republicanos nombraron al hermano favorito de Florida, George W. Bush. La posibilidad, por supuesto, fue anticipada por las acciones de la mayoría republicana de la Corte Suprema en el infame caso de “Bush v. Gore”²² que clausuró el recuento y, por lo tanto, dejó a Bush con un derecho presuntivo a los votos de Florida. Pregúntense ustedes si los jeffersonianos tenían menos razones para ser suspicaces de los federalistas (y de Marshall) que Al Gore para confiar en William Rehnquist y sus colegas republicanos en la Corte.

²⁰ Ver LEVINSON, Sanford, “Presidential Elections and Constitutional Stupidities”, en *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies* 61, 1998.

²¹ Ackerman se refiere a esta posibilidad en el capítulo dos, *The Legitimacy Gap*, de su manuscrito *America on the Brink*, nota 4 *supra*.

²² 531 U. S. 98, 100, 110-11, 2000.

POR QUÉ NO ENSEÑO “MARBURY” (EXCEPTO A EUROPEOS DEL ESTE) Y POR QUÉ US-
TEDES TAMPOCO DEBERÍAN

SANFORD LEVINSON

Estoy, por supuesto, asumiendo que uno debe estudiar el contexto histórico de “Marbury” (o de “Dred Scott”,²³ “Lochner”,²⁴ “Korematsu”²⁵ o “Bush v. Gore”, etc.) a fin de entender el caso. Otra forma de expresarlo sería decir que entiendo a los jueces como actores históricamente localizados en un proceso político complejo, o afirmar que uno no puede entender un caso de cualquier importancia o, en ese sentido, a su autor/juez, sin situar tanto el caso como al juez en contexto. Sería parecido a tratar de entender a Lincoln, Churchill o James Buchanan (quien tuvo tal vez el currículum más espectacular de todos los presidentes americanos al tiempo de su elección), sin prestar atención a las circunstancias que enfrentaron. Oliver Wendell Holmes una vez dijo estupendamente (o, para algunos, notoriamente) que mucho del porqué de la “grandeza” de John Marshall fue su suerte de haber estado en el lugar correcto en el momento adecuado.²⁶ Algunos, por supuesto, han sugerido que lo mismo se aplica con respecto a la exagerada reputación de Holmes.²⁷ En cualquier caso, uno no puede entender ni a Marshall ni a Holmes, ni a ningún otro, sin tener consciencia sobre el contexto en el cual actuaron, que es precisamente lo que queremos significar con historia.

II. Si uno va a invertir tiempo en enseñar a los alumnos historia americana, debe hacerlo sobre algo que sea realmente importante.

Entiendo que todos están de acuerdo en que el tema legal sustantivo de “Marbury” -v. gr., la habilidad del Congreso de ampliar la jurisdicción original de la Corte Suprema- no es de real importancia, especialmente si aplicamos el siguiente test: ¿le quitaría esta cuestión el sueño a alguien cuando, por ejemplo, la suerte de un cliente depende de una rápida respuesta? Muchos estudiantes desean cursar Derecho Constitucional debido a que creen que la materia en verdad involucra asuntos importantes; es muy extraño que la mayoría de los cursos (y libros de casos) empiezan con un caso sobre un asunto realmente trivial (a menos,

²³ “Dred Scott v. Sandford”, 60 U. S. (19 How.) 393 (1857).

²⁴ “Lochner v. New York”, 198 U. S. 45 (1905).

²⁵ “Korematsu v. United States”, 323 U. S. 214 (1944).

²⁶ HOLMES, Oliver Wendell y JOHN MARSHALL, “From the Bench, February 4, 1901”, en *Collected Legal Papers*, 1920, pp. 266, 267-68.

²⁷ Para una minuciosa crítica de Holmes, ver WEINBERG, Louise, “Holmes’ Failure”, en 96 *Mich. L. Rev.*, 1997, pp. 691, 691-723.

por supuesto, que uno lo contextualice). Un curso de Derecho Constitucional debería ser, primero y principal, sobre asuntos que realmente interesen, tanto a nuestros alumnos como a nosotros. Parte de lo que deberíamos estar haciendo como docentes es educar a nuestros alumnos sobre las maneras en que asuntos de importancia fundamental para personas comunes (y adultos serios) son tratados cuando son legalizados.

Ni siquiera William Marbury creyó que su nombramiento era de “importancia fundamental” como se evidencia por el hecho de que no hizo aparentemente ningún esfuerzo por llevar el litigio más allá. Tal vez esto se debió a que su nombramiento por cinco años podría casi seguramente haberse acabado para el tiempo en que el litigio hubiera sido terminado; tal vez, como han sugerido mis colegas Scot Powe y Ernest Young, quienes son mucho más entendidos sobre estos asuntos que lo que soy yo, es porque no había en efecto ningún tribunal en ese tiempo que fuera una sede atractiva para tal litigio.²⁸ El Tribunal Federal de Distrito no tenía cuestión federal en ese momento –eso no aparecería sino hasta 1871– y los tribunales de los estados bien podrían verse a sí mismos como sin jurisdicción para dictar mandamientos a los ministros federales. O, también podría Marbury haber aceptado el consejo de sus colegas federalistas de que ya habían obtenido todo lo que podían razonablemente esperar (más que desear) en la denuncia gratuita de Marshall a Jefferson y que era hora de regresar a su vida privada, junto con las demás víctimas de la Ley de Tribunales de Circuito, quienes de hecho perdieron mucho más (la estabilidad de por vida, para empezar) que lo que perdió Marbury, no fuera que tentara a los jeffersonianos a hacer más daños. Si él no dio ninguna prueba auténtica de estar preocupado por convertirse en juez de paz, ¿por qué nosotros deberíamos? La respuesta es que no lo hacemos, y tampoco lo harán (o deberían hacer) ninguno de nuestros alumnos.

Como ya he sugerido, el hecho de que demasiados estudiantes son deplorablemente ignorantes de la historia americana, no me lleva a enseñar ahistóricamente o a rendirme y focalizarme sólo en causas recientes,

²⁸ Este punto de vista fue compartido por Scot Powe y Ernest Young en una conversación con el autor.

POR QUÉ NO ENSEÑO “MARBURY” (EXCEPTO A EUROPEOS DEL ESTE) Y POR QUÉ US-
TEDES TAMPOCO DEBERÍAN

SANFORD LEVINSON

aunque ellos preferirían pasar su tiempo estudiando detenidamente causas recientes en vez de las viejas causas que yo tiendo a asignarles. En efecto, invierto bastante tiempo en casos como “Prigg v. Pennsylvania”²⁹ y “Dred Scott”, que son apenas menos complicados que “Marbury” o que llevan menos tiempo para ubicarlos en contexto. Pero la diferencia entre estos primeros dos casos y “Marbury” debería ser obvia. Es difícil pensar en una sola cuestión que sea más importante para el constitucionalismo americano que la esclavitud. Y, aún más, si contribuimos a la ignorancia de nuestros alumnos acerca de la esclavitud y de cómo fue completamente enredada dentro de las doctrinas operantes del Derecho Constitucional, nos arriesgamos a consecuencias que son completamente distintas de las consecuencias de ser igualmente ignorantes de la importancia de la elección de 1800 y sus repercusiones.

Me focalizo en dos consecuencias: Dado que la mayoría de los alumnos, al igual que muchos otros americanos, de hecho nunca han sido alentados a pensar qué es lo que constituye exactamente el complejo social y fenómeno legal de la “esclavitud”, ellos (y, me temo, muchos de sus docentes) son, en el mejor de los casos, incapaces de pensar qué es necesario para vencerla. Esta ineptitud se refleja en la vergonzosa disposición de la mayoría de la Corte Suprema de los Estados Unidos para seguir citando casos tales como “United States v. Harris”³⁰ y los casos de derechos civiles³¹ como buen derecho,³² no prestando atención para nada al hecho de que estas construcciones de la Decimocuarta Enmienda –agregadas a la Constitución, con cualquier procedencia, como parte de la reconstrucción de la Unión que recién se había comprometido en una guerra épica y brutal que mató al dos por ciento de la población americana total por la esclavitud– traicionaban la promesa de proteger realmente a los afro-americanos como parte de la ciudadanía americana. No tengo problema, por ejemplo, en sostener que los casos de derechos civiles son de hecho peores que “Dred Scott”, una decisión con la que tengo cada vez menos problema “defendiendo” como un posible y meticuloso análisis de la Constitución (“no reformada”) anterior

²⁹ 41 U. S. (16 Pet.) 539 (1842).

³⁰ 106 U. S. 629 (1883).

³¹ 109 U. S. 3 (1883).

³² Ver “United States v. Morrison”, 529 U. S. 598, 599, 2000.

a 1868.³³ Encuentro desagradablemente fascinante que “Dred Scott” y, en cuanto a eso, “Lochner”, sigan siendo “no citables” al mismo tiempo que esos espantosos casos como “Harris” y los casos de derechos civiles retienen su vitalidad.

Sin embargo, entender mis argumentos en este punto requiere impregnarse de la historia de la esclavitud (y también del significado de la guerra de 1861-1865 y sus repercusiones). Creo que la actual mayoría de la Corte tiene conocimientos inadecuados de historia americana –por su pretensión de ser “originalista” en sus interpretaciones– y esto al menos ayuda a explicar muchas de sus decisiones recientes que están basadas en una visión antibélica de la ontología constitucional. ¡Tenemos el deber de educar a nuestros alumnos mejor que lo que estos jueces fueron educados en las facultades de Derecho de Harvard, Stanford, y Yale!

Una segunda consecuencia de invertir el escaso tiempo de clase para enseñar “Marbury” y, por lo tanto, ignorar los casos de esclavitud, es que se promueve un optimismo injustificado en los estudiantes de que el sistema constitucional americano –incluyendo las decisiones judiciales– tiene finales felices, que nunca sirve como mecanismo para legitimar el mal. Después de todo, una de las razones por las que ningún adulto serio podría preocuparse por William Marbury y su nombramiento, o su habilidad para recibir un mandamiento de la Corte, es que ninguna cuestión moral de gravedad se relaciona con nada de esto, a menos, supongo, que uno asemeje el reclamo de Marbury a un fuerte derecho de propiedad sobre su nombramiento y luego acuse a Madison de ser comunista por rechazar la entrega de su propiedad (Y lo que sigue ya lo sabemos, ¡él estará confiscando la granja de Marbury sin pagar indemnización! Pero me voy por las ramas).

Considero que la significación moral de la esclavitud es obvia. Encuentro pedagógicamente útil preguntar a los estudiantes, en relación con “Prigg”, si ellos hubieran apoyado la “ley de libertad” de Pennsyl-

³³ Ver GRABER, Mark A., “Dred Scott and the Problem of Constitutional Evil” (manuscrito inédito, *on file with author*), que convincentemente demuestra que “Dred Scott” es defendible en términos de cualquiera de los actuales enfoques del análisis constitucional. Ver también GRABER, Mark A., *Desperately Ducking Slavery: Dred Scott and Contemporary Constitutional Theory*, 14 *Const. Comment.* 271, 280-82, 1997.

POR QUÉ NO ENSEÑO “MARBURY” (EXCEPTO A EUROPEOS DEL ESTE) Y POR QUÉ US-
TEDES TAMPOCO DEBERÍAN

SANFORD LEVINSON

vanía aun si eso implicara una amenaza al mantenimiento de la Unión, cosa que Story aparentemente pensó que se daba en ese caso. ¿O hubiesen apoyado un resultado contrario en “Dred Scott” significando eso que la secesión hubiera llegado dos años antes, durante la administración de James Buchanan, con la probable consecuencia de que el sur hubiera sido dejado libre de separarse en paz, sin importar las lamentaciones que Buchanan expresara sobre la disolución de la Unión? ¿O qué debería hacer una persona “honrada” si se la obligara a obedecer la Ley del Esclavo Fugitivo? ¿Estuvo tal vez en lo correcto Garrison en creer que ninguna persona moral podría aceptar servir como juez, tal como recientemente sugirió Antonin Scalia diciendo que cualquier juez que verdaderamente crea que la pena de muerte es inmoral debería renunciar antes de, o convertirse en parte de la maquinaria de muerte, o, desde el punto de vista de Scalia, mentir sobre lo que la Constitución quiere decir (v. gr., sostener falsamente que la Constitución prohíbe la pena capital)?³⁴

El derecho a veces sirve como vehículo para hacer el mundo mejor. Eso es, probablemente, lo que mantiene a la mayoría de nosotros funcionando como miembros de una institución verdaderamente peculiar dedicada a formar abogados y a otros actores legales. De hecho, nuestra necesidad de creer en la bondad del derecho (y de la abogacía) hace aún más imperativo que nos recordemos –y enseñemos a nuestros alumnos– que el derecho, incluyendo esa rama llamada Derecho Constitucional americano, también sirve como vehículo para racionalizar el mal. “Marbury” no enseña absolutamente nada acerca de la capacidad del derecho de incrementar tanto el bien como el mal, a menos, por supuesto, que uno trate el caso desde el punto de vista político y demuestre por qué Thomas Jefferson en efecto fue tanto una figura benigna como maligna en la vida pública americana. No me opongo a hacer esto, pero incluso eso puede llevar una cantidad sorprendente de tiempo. Consideren las implicaciones, por ejemplo, del hecho de que Jefferson debía su elección al desproporcionado poder electoral dado a los estados esclavistas por la cláusula de los tres quintos.³⁵ Es bastante posible que la

³⁴ Ver SCALIA, Antonin, *God's Justice and Ours, First Things*, mayo de 2002, pp. 17-18.

³⁵ Ver, v. gr., FINKELMAN, Paul, “The Proslavery Origins of the Electoral College”, en *23 Cardozo L. Rev.*, nro. 5, 2002, pp. 1145, 1146.

población negra hubiera logrado con facilidad que el neoyorquino Aaron Burr se convirtiera en presidente, aunque, por supuesto, el país podría no haber sobrevivido, lo cual es o no algo bueno según uno esté interesado en la suerte de los esclavos americanos. Resulta entonces que un razonamiento “prudente” no es ciertamente más sencillo, ni consume menos tiempo de clase, que otras modalidades de análisis legal.

III. ¿Por qué enseñar un caso que es tan mezquino en su razonamiento a menos que uno quiera desacreditar la tarea misma del análisis legal? E incluso si uno quiere lograr eso, ¿no hay mejores casos que “Marbury” para realizarlo?

Confieso que una de las razones por las que dejé de enseñar “Marbury” es que me ponía furioso, cada año, cuando leía la mutilación hecha por Marshall de la sección 13 de la Ley de Organización de la Justicia³⁶ y luego el art. III de la Constitución.³⁷ Empecemos por el hecho de que su cita de la sección 13 es, en el mejor de los casos, limitada; en el peor, un completo intento por engañar al lector. Marshall escribe, “la ley por la que se establecen los tribunales judiciales en los EE. UU. autoriza a la Corte Suprema a emitir mandamientos, en casos en que fuesen comprendidos según los principios y las costumbres del derecho, a cualquier tribunal o persona designado en su oficio bajo la autoridad de los EE. UU.”,³⁸ y continúa, sorprendentemente, para decir que la concesión de la jurisdicción originaria para emitir tales mandamientos es inconstitucional por el art. III. El texto real de la sección 13, por supuesto, es considerablemente más turbio:

La Corte Suprema tendrá jurisdicción exclusiva en todas las controversias de naturaleza civil en las que un estado fuere parte, salvo entre un estado y sus ciudadanos; y salvo también entre un estado y ciudadanos de otros estados o extranjeros, en cuyo caso tendrá jurisdicción originaria pero no exclusiva. Ejercerá también jurisdicción exclusiva en todo juicio o procedimiento contra embajadores, u otros ministros públicos, miembros de su familia o sus empleados domésticos, siempre que pueda intervenir como tribunal de justicia conforme al derecho internacional; y

³⁶ Judiciary Act of 1789, 13, 1 Stat. 73 (1994).

³⁷ U. S. Const. art. III.

³⁸ “Marbury v. Madison”, 5 U. S. (1 Cranch) 137, 173 (1803).

POR QUÉ NO ENSEÑO “MARBURY” (EXCEPTO A EUROPEOS DEL ESTE) Y POR QUÉ US-
TEDES TAMPOCO DEBERÍAN

SANFORD LEVINSON

tendrá jurisdicción originaria pero no exclusiva en todas aquellas causas, u otros ministros públicos, o aquellas en las que un cónsul, o vicescónsul, fuere parte. El juzgamiento de cuestiones de hecho ante la Corte Suprema en todas las causas contra ciudadanos de los EE. UU. se llevará a cabo por jurados. La Corte Suprema también tendrá jurisdicción por apelación de los tribunales de circuito y las cortes de los estados, y en los casos específicamente mencionados aquí; y tendrá el poder de mandar órdenes a los tribunales de almirantazgo, y mandamientos, en casos en que fuesen comprendidos según los principios y las costumbres del derecho, a cualquier tribunal o persona designado en su oficio bajo la autoridad de los EE. UU.³⁹

No hay, por supuesto, razones convincentes para interpretar esto como autorizando a la Corte para ejercitar la jurisdicción originaria para emitir mandamientos y hay al menos una buena razón –en efecto, primordial– para leerlo en relación con lo que la Corte puede hacer en casos de apelación: la norma que hace ambiguos estatutos no debería ser interpretada de manera que los vuelva inconstitucionales (asumiendo, por supuesto, que uno acepta esa parte de los argumentos de Marshall, la cual, como debo señalar ahora, es igualmente dudosa).

La cita que hace Marshall del art. III es incluso tal vez más confusa: “La Corte Suprema ejercerá jurisdicción originaria en todos los casos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que algún estado fuese parte. En todos los demás casos antes mencionados, la Corte Suprema ejercerá jurisdicción por apelación”.⁴⁰ Algunos abogados, por supuesto, podrían creer que es relevante seguir el texto hasta que concluya: “con las excepciones y bajo la reglamentación que el Congreso estableciere”.⁴¹ Es, de seguro, más fácil prevalecer en argumentos si uno puede reescribir los textos según su propia conveniencia. En todo caso, confío que si un alumno de primer año en un trabajo escrito cita los textos de la manera en que Marshall cita la sección 13 y el art. III, pacientemente le explicaríamos que ésta no es la manera honesta de practicar la abogacía. Si un estudiante de tercer año hiciera eso en un trabajo de seminario, dudo de que seríamos tan caritativos. E imaginen

³⁹ Judiciary Act of 1789, 13, 1 Stat. 73.

⁴⁰ “Marbury”, 5 U. S. at 174.

⁴¹ Ver U. S. Const. art. III, 2.

escribir una crítica para un artículo en el cual un joven inteligente profesor auxiliar siguiera las normas “marshallianas” de citación. Es posible, por supuesto, que el criterio de honestidad intelectual haya cambiado durante los años, una cuestión interesante por sí sola, pero si eso “justifica” a Marshall, entonces, al final, deberíamos explicar a nuestros estudiantes que no deberían ciertamente verlo como un modelo para la defensa judicial, no sea que se encuentren a ellos mismos enfrentando cargos disciplinarios o perdiendo brillantes oportunidades de éxito académico.

Pero esto explica sólo parte de mi enojo. El artilugio interpretativo más “brillante” de Marshall en “Marbury” es pretender que las interpretaciones de la sección 13 y el art. III pueden hacerse por entero sin referirse mutuamente. Es como si uno tratara de analizar el Acto V de *King Lear* sin prestar atención a los eventos del Acto I, por ejemplo, la “Kordelia” que reaparece al final de la obra es vista como una persona totalmente diferente de la “Cordelia” cuya enfermiza y predestinada tenacidad hace estallar la tragedia que sigue. Esto probablemente podría llevar a extrañas hermenéuticas, especialmente si uno llega a tan radicalmente contradictorias interpretaciones del Acto I y Acto V que hagan imposible creer que son realmente parte de una misma obra. “Marbury” es sólo un ejemplo de una extraña, incluso extravagante, práctica hermenéutica.

Déjenme ofrecer los siguientes sencillos –espero no simplistas– principios hermenéuticos para alguien que se enfrente a la tarea de tener que interpretar dos textos:

Primero, determinar si cada uno, aisladamente, es “claro” (de acuerdo a cualquiera que sea nuestra metodología de interpretación preferida). Si ambos son “claros” y no están en tensión entre sí, se supone que no hay problema. Si están en tensión y, especialmente, si parecen contradecirse entre sí, entonces uno debe moverse a una etapa posterior en la cual se ofrecen reglas de prioridad para preferir un texto sobre el otro. El preferir la Constitución sobre una ley no es una mala regla de prioridad; notarán que no llego a criticar “Marbury” por su afirmación de la supremacía constitucional. El problema, por supuesto, es que ninguna persona honesta podría sostener que tanto la sección 13 como el art. III son “claros” en su significado, por eso debemos continuar.

POR QUÉ NO ENSEÑO “MARBURY” (EXCEPTO A EUROPEOS DEL ESTE) Y POR QUÉ US-
TEDES TAMPOCO DEBERÍAN

SANFORD LEVINSON

Si un texto es “claro” y el otro “oscuro”, entonces se debe interpretar el último para coincidir con el primero. Entonces, si alguno cree que es la sección 13 la que es “clara” (y que quería decir lo que Marshall dijo que quería decir) y que el art. III es ambiguo, entonces, obviamente, asume que los miembros del alardeado primer Congreso, incluyendo los muchos Padres Fundadores que estaban allí para apoyar el trámite de la Ley de Organización de la Justicia, creían que la cláusula de reglamentaciones y excepciones del art. III respaldaba el otorgamiento de jurisdicción originaria para emitir mandamientos en casos como el de “Marbury”. Evidentemente, si uno cree que Marshall estuvo en lo cierto en considerar claro el significado del art. III y no la sección 13, entonces se debe interpretar que permite mandamientos sólo en casos apelados adecuadamente ante la Corte y no, por consiguiente, al caso en realidad ante ella. Uno podría sencillamente asumir que el primer Congreso colocó la cláusula del mandamiento al final de la oración de jurisdicción por apelación porque reconocía que sería constitucionalmente inapropiado incluirla como parte de la jurisdicción originaria. No puedo entender que se interprete el pasaje ambiguo de manera tal que entre en conflicto con el “claro”.

Si los dos pasajes no son claros, entonces, evidentemente, se debe interpretar ambos de manera que se los haga consistentes entre ellos. Una vez más, no puedo concebir bases que permitan interpretarlos como si fueran totalmente independientes uno del otro, aún más, se corre el riesgo (realizado en “Marbury”) de que se contradigan entre sí.

Debo confesar que es el empeño de Marshall en no seguir estas simples normas lo que me hace imposible tomar con alguna seriedad las versiones “internalistas” de “Marbury”. Uno podría incluso reconocer que William Nelson está en lo cierto en su insistencia de que Marshall vivió en un mundo que tomaba más seriamente que nosotros la distinción entre “política” y “derecho”⁴² sin aceptar que “Marbury” es, en cualquier otro nivel que el retórico superestructural, un ejemplo de esta distinción. La única explicación que puedo dar para su literalmente increíble desempeño al concluir que el mal escrito y poco claro texto de la sección 13

⁴² NELSON, William E., *Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review*, 2000.

y el art. III se contradicen entre sí es “externalista”, basado en su deseo político de ser capaz de: (1) castigar a Thomas Jefferson; (2) demostrar que el poder judicial de invalidar la sección 13 fue pensado para la Corte, y (3) evitar cualquier riesgo de una crisis constitucional, incluyendo el juicio político, requiriendo una acción de Madison, el apoderado de Jefferson, que él sin duda rechazaría.

Incluso si uno quiere tomarse el tiempo para desarrollar el argumento hermenéutico bosquejado arriba, que tomaría casi seguro más de una clase para alumnos novatos en la tarea del análisis del derecho, e incluso si uno quiere invertir tiempo en contextualizar “Marbury” a fin de entender por qué Marshall hizo todo lo necesario para evitar ordenar a Madison que entregara los nombramientos, ¿por qué hacerlo?, ¿por qué debería ser la primera experiencia de los alumnos con el análisis constitucional un caso que podría ser comprendido con tan sólo aplicar una versión bastante vulgar del Realismo Jurídico demostrando que un juez hará todo lo necesario para lograr sus objetivos políticos?

Una respuesta, por supuesto, es que el Realismo Jurídico vulgar es correcto, una visión que a veces yo utilizo, especialmente en la era de “Bush v. Gore” y del fanatismo de la mayoría de la actual Corte Suprema para proteger a los estados de la posibilidad de ser demandados por ciudadanos agraviados.⁴³ Pero incluso el deseo de demostrar esto ciertamente no justifica el énfasis que se le da a “Marbury”. Hay muchísimos casos más importantes que podrían ser utilizados para demostrar la interacción entre derecho y política. De los casos más “viejos”, mi “favorito” es el ya mencionado “Prigg v. Pennsylvania” en el cual el juez Story, que fue también Dane Professor de Derecho Constitucional en Harvard y autor en 1833 del tratado de Derecho más influyente de su tiempo, admitió en efecto que no hay mejor manera de defender los notables resultados de ese caso que apuntando a la posible amenaza de la Unión que se podría haber dado si la Corte reconocía a los esclavos fugitivos como titulares de derecho, esto es, no volver a la esclavitud sin la garantía de una audiencia judicial que reconociera que ellos eran los fugitivos que se decía que eran.⁴⁴ Así, los propietarios de esclavos logran un de-

⁴³ Ver, v. gr., “Univ. of Ala. v. Garrett”, 531 U. S. 356, 360, 373-74 (2001); “Alden v. Maine”, 527 U. S. 706, 730, 755-57 (1999).

⁴⁴ Ver “Prigg v. Pennsylvania”, 41 U. S. (16 Pet.) 539, 608-09, 625-26, 673-74 (1842).

POR QUÉ NO ENSEÑO “MARBURY” (EXCEPTO A EUROPEOS DEL ESTE) Y POR QUÉ US-
TEDES TAMPOCO DEBERÍAN

SANFORD LEVINSON

recho constitucional a contratar “servicios particulares” para recuperar a sus esclavos.⁴⁵ O un más reciente caso que ciertamente es el foco de muchas de las discusiones contemporáneas, “Ex parte Quirin”⁴⁶ en el que la Corte Suprema se sometió a las presiones del presidente de los Estados Unidos para dar el visto bueno al proceso sumario y ejecución de saboteadores alemanes.⁴⁷ Y se podría seguir citando casos que demuestran la interacción entre derecho y política. Por qué alguien podría preferir “Marbury” a cualquiera de los otros casos si sólo se quiere enseñar a los alumnos una manera realista de analizar el derecho, no lo entiendo. Personas con miradas más conservadoras que la mía podrían tener sus propios candidatos, incluyendo, tal vez, “Blaisdell”,⁴⁸ “Baker v. Carr”⁴⁹ o “Casey”,⁵⁰ pero la objeción todavía subsiste. Todos éstos, por más que podemos imaginar, son mucho más significativos que “Marbury”.

Incluso si uno utiliza a “Marbury” para plantear el caso del control judicial, por cierto un asunto importante, basta con dar a leer a nuestros alumnos el *Federalista* nro. 78 y luego explicar que los argumentos de Hamilton fueron substancialmente aceptados en un muy oscuro caso de 1803.⁵¹ Además, los argumentos importantes a partir de entonces fueron sobre las ocasiones reales para, y el alcance para, la revisión más que la existencia teórica del poder en tales casos inexistentes como, por ejemplo, el Congreso que declara que un testigo era suficiente para condenar por traición.

No se necesita ser un realista jurídico hecho y derecho para creer que los tribunales son especialmente “políticos” durante tiempos de transformación política (esto es, después de todo, la distinción entre ciencia “normal” y lo que ocurre durante los cambios de paradigma). Entonces,

⁴⁵ Ver *id. at* 613.

⁴⁶ 317 U. S. 1 (1942)

⁴⁷ Ver FALLON, Richard H. Jr., “Marbury and the Constitutional Mind: A Bicentennial Essay on the Wages of Doctrinal Tension”, en 91 *Cal. L. Rev.* 1, 30-31 & nro. 150, 2003.

⁴⁸ “Home Bldg. & Loan Ass’n v. Blaisdell”, 290 U. S. 398 (1934).

⁴⁹ 369 U. S. 186 (1962); ver PUSHAW, Robert J. (Jr.), “Bush v. Gore: Looking at Baker v. Carr in a Conservative Mirror”, en 18 *Const. Comment.* 359, 2001.

⁵⁰ “Planned Parenthood v. Casey”, 505 U. S. 833 (1992).

⁵¹ “Marbury v. Madison”, 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803).

si uno comparte mi interés en ver cómo los tribunales responden a las “transiciones” políticas o a los “momentos constitucionales”, entonces, por supuesto, debo sostener que los acontecimientos entre 1860 y 1877 son de infinita mayor importancia que aquellos entre 1800 y 1804 en términos de las consecuencias duraderas para nuestro presente político. Otros podrían elegir la revolución del New Deal o, de hecho, el mismo momento constitucional presente, que llama la atención sobre aspectos importantes de lo que ha sido hasta este momento percibido como el New Deal “settlement”, para no mencionar, en días más recientes, el potencial viraje hacia una versión parecida a 1984 del “constitucionalismo” en la cual la rama ejecutiva puede restringir derechos a su voluntad mientras etiqueta a alguien como “terrorista” o un “combatiente enemigo”, sin la necesidad de presentar evidencia probatoria.

Si uno es un realista hecho y derecho, no obstante, otras cuestiones aparecen en el centro de la escena. Para empezar, ¿por qué invertir el tiempo de los alumnos en cuarenta y dos horas de “estudio” de análisis constitucional? Más bien, sencillamente decir (algo como) que lo que se aprende de “Marbury” es que los jueces harán cualquier cosa que sea necesaria, incluso manipular textos y crear dudosos argumentos, a fin de alcanzar sus fines políticos (incluyendo apoyar los objetivos políticos de aquellos a quienes deben sus nombramientos). Pasaremos el resto del semestre estudiando diversas opiniones logrando lo mismo, y concluyendo con “Bush v. Gore”, un caso que cuadra completamente en la tradición de “Marbury”.⁵²

Tengo la firme sospecha de que muchos de mis lectores se opondrían a que esto es el mensaje de “Marbury”, precisamente porque ellos se ven a sí mismos como quienes toman el análisis del derecho muy seriamente y pretenden rechazar las enseñanzas del Realismo Jurídico o de los Critical Legal Studies.

Pero si éste es el caso, entonces encuentro aún más misterioso el porqué ellos (o ustedes) empiezan con “Marbury” (o por qué lo enseñan), tal como ustedes podrían sorprenderse de que alguien con mi parecer no se entusiasme con la oportunidad de usar “Marbury” simplemente para

⁵² Ver LEVINSON, Sanford, “Bush v. Gore and the French Revolution: A Tentative List of Some Early Lessons”, en 65 *Law & Contemp. Probs.* 7, pp. 20-23, 2002.

POR QUÉ NO ENSEÑO “MARBURY” (EXCEPTO A EUROPEOS DEL ESTE) Y POR QUÉ US-
TEDES TAMPOCO DEBERÍAN

SANFORD LEVINSON

mostrar las semillas de una minuciosa hermenéutica de la sospecha. Por eso, permítanme hacer una confesión embarazosa: a pesar de mi interés personal –en efecto, compromiso intelectual– con el Realismo Jurídico, sin embargo creo que hay opiniones de la Corte Suprema (o de otros intérpretes constitucionales a quienes también otorgo autoridad) que son sinceramente inspiradoras y que podrían alguna vez, al menos en parte, justificar que enseñemos a nuestros alumnos cómo ser abogados constitucionalistas, (y, algunos de ellos, jueces). Esto es sólo una opinión, desde luego, que autoriza a los realistas en realidad a expresar más que escándalo político con respecto a las decisiones que ellos desprecian.⁵³

He hablado en otras ocasiones del hecho de que la opinión del juez Jackson en el caso “Steel Seizure”⁵⁴ nunca deja de inspirarme.⁵⁵ Aunque me he vuelto bastante “sofisticado” para ver muchos de los problemas que hay con la opinión de Jackson en “West Virginia State Board of Education v. Barnette”,⁵⁶ puedo no obstante entender por qué Charles Alan Wright lo eligió como su caso favorito.⁵⁷ No estoy de acuerdo con el argumento de Paul Carrington de que uno debe “creer en” el derecho para enseñarlo,⁵⁸ pero sí creo que es en sumo grado deprimente pasarse la vida enseñando a nuestros alumnos cómo ser abogados si uno cree que “Marbury” es el caso paradigmático de “análisis”.

Es posible, por supuesto, como Jack Balkin y yo hemos sostenido en otra ocasión,⁵⁹ que podríamos sencillamente aceptar el hecho de que nuestra tarea es nada más (ni nada menos) que enseñar a nuestros alumnos

⁵³ Para una discusión sobre el tema, ver BALKIN, Jack M. y Sanford LEVINSON, “Legal Historicism and Legal Academics: The Roles of Law Professors in the Wake of Bush v. Gore”, en 90 *Geo. L. J.* 173, 193-96, 2001.

⁵⁴ “Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer”, 343 U. S. 579, 634-55 (1952) (Jackson, J., *concurring*).

⁵⁵ Ver LEVINSON, Sanford, “Introduction: Why Select a Favorite Case?”, en 74 *Tex. L. Rev.*, 1195, 1195-2000, 1996.

⁵⁶ 319 U. S. 624, 625-42 (1943).

⁵⁷ Ver WRIGHT, Charles Alan, “My Favorite Opinion. The Second Flag-Salute Case”, en 74 *Tex. L. Rev.*, 1297, 1297, 1996.

⁵⁸ CARRINGTON, Paul D., “Of Law and the River”, en 34 *J. Legal Educ.*, 222, 226-28, 1984.

⁵⁹ BALKIN, J. M. y Sanford LEVINSON, “Constitutional Grammar”, en 72 *Tex. L. Rev.*, 1771, 1994; ver también BALKIN, J. M. y Sanford LEVINSON, “Getting Serious About ‘Taking Legal Reasoning Seriously’”, en 74 *Chi. Kent L. Rev.* 543, 1999.

la gramática retórica de la “jerga jurídica”. Aquellos estudiantes que luego vivan éticamente argumentarán sirviendo a causas y clientes buenos aun cuando nos demos cuenta de que otros alumnos utilizan las habilidades retóricas enseñadas para servir a causas y clientes que despreciamos. Es como estudiar inglés o francés. Ningún profesor de lenguas se deprime profesionalmente porque algunos de sus alumnos aprendan cómo escribir propaganda nazi, mientras otros escriben mensajes más aceptables. Así que, tal vez, pasa eso con la enseñanza del derecho.

Tal vez deberíamos compartir estas preocupaciones con nuestros alumnos y decirles que sus almas están en juego al convertirse en abogados. De hecho, enseño responsabilidad profesional, y pienso que es importante para los alumnos leer el *Gorgias* de Platón y sus ataques a la “mera” retórica divorciada del conocimiento de la justicia.⁶⁰ Pero “Marbury”, como ya se ha sugerido, es poco útil para estos propósitos dado que no tiene nada que ver con la justicia, sin mencionar que tales búsquedas nos introducen dentro del más complicado terreno jurisprudencial (empezando, por supuesto, con qué queremos decir con “justicia”). Si queremos desandar ese camino, como de hecho yo lo hago, es mucho mejor para estos propósitos la opinión de Marshall en “The Antelope”,⁶¹ en donde cuidadosamente distingue entre los deberes del “jurista” y del “moralista” antes de enarbolar, en gran medida, los derechos de los propietarios de esclavos.⁶²

IV. Enseñar “Marbury” refuerza la noción de supremacía judicial en vez de la de supremacía constitucional.

Finalmente, creo que dar énfasis a “Marbury” refuerza el único aspecto más pernicioso de la educación legal americana que es el de infundir en nuestros desafortunados alumnos la más vulgar de todas las nociones del Realismo Jurídico resumida en la identificación de Charles Evans Hughes de “la Constitución” con lo que “los jueces dicen que es”.⁶³ Esto

⁶⁰ PLATÓN, *Gorgias* 52-54 (Terence Irwin trans., 1979).

⁶¹ 23 U. S. (10 Wheat.) 66 (1825).

⁶² *Id.* at 121-22, 131-32.

⁶³ *The Oxford Dictionary of American Legal Quotations* 216, Fred R. Shapiro ed., 1993 (quoting Charles Evans HUGHES, “Speech Before the Elmira Chamber of Commerce” [May 3, 1903], en *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes: Governor of New York 1906-1908*, at 133, 139 [1908]).

POR QUÉ NO ENSEÑO “MARBURY” (EXCEPTO A EUROPEOS DEL ESTE) Y POR QUÉ US-
TEDES TAMPOCO DEBERÍAN

SANFORD LEVINSON

es inaceptable desde una mirada tanto normativa como descriptiva del constitucionalismo americano. Normativamente, convierte a la Constitución en el terreno exclusivo de una muy estrecha elite profesional y aniquila el sentido de lo que he llamado en otro lugar “protestantismo constitucional”⁶⁴ y lo que Larry Kramer ha poderosamente defendido como “constitucionalismo popular”.⁶⁵ Pero también me opongo a Hughes cuando me pongo mi sombrero de politólogo: una forma mucho más convincente de realismo es el reconocimiento de que “la Constitución” es, al menos –esto es, incluso si uno rechaza el “constitucionalismo popular”–, lo que una variedad de actores institucionales dice que es, incluyendo legisladores, presidentes, burócratas y policía local.

Felizmente concederé que la adhesión a la supremacía judicial y no meramente constitucional puede no ser el resultado de las características intrínsecas de “Marbury”; un número de atentos análisis han descrito convincentemente a “Marbury” como mucho más modesto en sus pretensiones que, por decir alguno, “Cooper v. Aaron”.⁶⁶ Atribuyo la influencia de “Marbury” más al hecho de que la mayoría de las personas que enseñan el caso le dan preeminencia al presentarlo al principio de sus cursos, tal como muchos libros de casos, incluso si esperan algunas

⁶⁴ LEVINSON, Sanford, *Constitutional Faith*, 27-52, 1988.

⁶⁵ Ver KRAMER, Larry D., “Foreword: We the Court”, en 115 *Harv. L. Rev.* 4, 16-74, 2001. Kramer desarrolla más a fondo su noción de “constitucionalismo popular” en su libro próximo a publicarse, KRAMER, Larry, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* (forthcoming 2004) (manuscript on file with author).

⁶⁶ 358 U. S. 1 (1958). Fue allí donde la Corte citó “Marbury” por el “principio básico de que el Poder Judicial federal es el supremo intérprete de la Constitución, y ese principio ha sido respetado desde entonces por esta Corte y el país como una característica permanente e indispensable de nuestro sistema constitucional”. *Id.* at 18. Como he escrito en otra parte, la afirmación de la Corte es realmente algo absurda en su descripción de la historia americana. Si un alumno escribiera tal afirmación en un examen final, recibiría una D como mucho, en cuanto que para su validez requiere que uno ignore, para empezar, el pensamiento de Madison, Jefferson, Andrew Jackson, John Calhoun, Lincoln y Franklin Roosevelt, para nombrar sólo a los más conocidos críticos de la sobre-exagerada reivindicación de la supremacía McCloskey, nota 2 *supra*, at 241. Algunos libros que articulan una modesta noción del significado de “Marbury”: CLINTON, Robert, *Lowry Marbury v. Madison and Judicial*, review 1989; SNOWISS, Sylvia, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, 1990. Ver también ENGAHL, nota 3 *supra*.

páginas antes de introducirlo, se refieren a él como el que provee un “marco básico” del análisis constitucional.⁶⁷

Como he dicho en muchas ocasiones previas, la característica más importante del libro de casos con el que estoy asociado es que empieza, siguiendo un breve capítulo introductorio, con el discurso que dio James Madison ante el Congreso de 1791 sobre por qué el proyecto de ley propuesto para crear el Banco de los Estados Unidos era inconstitucional,⁶⁸ y a continuación se encuentra el memorando enviado a George Washington por los tres miembros de su gabinete, Thomas Jefferson, Alexander Hamilton y Edmund Randolph,⁶⁹ seguido por la opinión de Marshall en “McCulloch v. Maryland”⁷⁰ y luego el veto de Andrew Jackson en 1832 del proyecto de renovación del Banco Nacional.⁷¹ El punto, evidentemente, es que todos estos dirigentes (sin mencionar a quienes participaron, como John Marshall y otros, en vigorosos debates periódicos después de “McCulloch”)⁷² son intérpretes constitucionales de envergadura. Sólo John Marshall se tomó en serio la idea de que “por este tribunal solamente”⁷³ podían ser resueltos los asuntos vitales presentados por la incorporación federal de bancos. ¡Probablemente valga la pena mencionar que Marshall ni se molesta en citar “Marbury” aun cuando hace esa extraordinaria afirmación!

Sin duda, uno puede usar “Marbury” para criticar “McCulloch”, pero ¿para qué molestarse?, ¿podrá, por ejemplo, la actual Corte Suprema, adicta a una teoría de supremacía judicial que podría incluso hacer ruborizar a Marshall, ser persuadida de que ha malinterpretado “Marbury” y, por consiguiente, que no es la función del Poder Judicial ofrecer “interpretaciones finales” de la Constitución?, ¿o nos tomarán seriamente

⁶⁷ STONE, Geoffrey R. *et al.*, *Constitutional Law* 23, 3ª ed., 1996.

⁶⁸ Ver BREST *et al.*, nota 18 *supra*, at 8.

⁶⁹ *Id.* at 11-16.

⁷⁰ *Id.* at 17-30, 44-49.

⁷¹ *Id.* at 51-55. En efecto, el veto de Jackson es seguido de un memorando de Walter Dellinger, en aquel entonces la cabeza de Office of Legal Counsel in the Department of Justice, a Abner Mikva, Counsel to President Clinton, on “Presidential Authority to Decline to Execute Unconstitutional Statutes”, *id.* at 56-58.

⁷² Ver *id.* at 50-53.

⁷³ “McCulloch v. Maryland”, 17 U. S. (4 Wheat.) 316, 401 (1819).

POR QUÉ NO ENSEÑO “MARBURY” (EXCEPTO A EUROPEOS DEL ESTE) Y POR QUÉ US-
TEDES TAMPOCO DEBERÍAN

SANFORD LEVINSON

nuestros alumnos si decimos que es “McCulloch” el que es extravagante en sus análisis y no “Marbury”?, ¿no procesarán eso (correctamente) como una verdad “escolástica” y creerán que estamos atacando molinos de viento?, ¿o tal vez la Corte simplemente empezará a citar “McCulloch” en lugar de “Marbury”?

En cualquier caso, confío en que todo asunto importante de interpretación constitucional y poder institucional es ejemplificado en el debate de casi cuarenta años sobre la constitucionalidad del Banco. En tanto que uno de estos asuntos es el rol a ser jugado por la Corte misma como intérprete constitucional, “McCulloch” ofrece más que suficiente molien-da para cualquiera de nuestros molinos. “Marbury” no ofrece nada de real importancia.

V. Entonces, ¿por qué enseñar “Marbury” a europeos del Este?

Tal vez debo comenzar mi respuesta a esta pregunta diciendo que no estoy seguro del todo de que valga la pena enseñar “Marbury” a alguien, incluyendo a europeos del Este. Pero, si alguna vez lo enseño de nuevo como parte de un curso introductorio, puedo imaginarme que lo enseñaría por una simple razón: aunque saben incluso menos historia americana que la que saben nuestros alumnos, están mucho más directamente familiarizados con los problemas que enfrentan los regímenes “de transición”.⁷⁴

Una manera de concebir la historia americana entre 1775 y 1803 es como sigue: de 1775 a 1783 se libra una lucha por la liberación, en la cual una variedad de movimientos políticos, todos ellos, siguiendo la memorable frase de Benedict Anderson⁷⁵ capaces de “imaginarse” a ellos mismos como americanos en vez de como súbditos del rey que vivían en diversas colonias norteamericanas, se unen a fin de desterrar a los que ahora son concebidos como opresores coloniales. Las diferencias políticas entre Jefferson, Adams, Hamilton y muchos otros son dejadas de lado y atacan al enemigo común, los soldados británicos y sus partidarios, incluyendo a “traidores” como Benedict Arnold. El país recientemente

⁷⁴ Ver LEVINSON, Sanford, “Transitions”, en 108 *Yale L. J.* 2215, 1999.

⁷⁵ ANDERSON, Benedict, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, 1991.

creado establece una constitución, llamada Artículos de la Confederación, en 1781,⁷⁶ aunque para 1787 hay suficiente acuerdo entre las elites políticas y éste ya no es más suficiente, especialmente ante la preocupación por crear un gobierno nacional suficientemente fuerte para proteger a los nuevos Estados Unidos de un número de potenciales (y probables) enemigos, desde los británicos, que desean revertir su derrota humillante, a tribus indígenas que comparten el territorio, pero nada más, con los Estados Unidos. Evidentemente hay una fuerte polémica sobre la prudencia de esta nueva Constitución, pero la “coalición del ’76” continúa sosteniendo a Madison y Hamilton aunando fuerzas para hacer propaganda para el nuevo documento y a Jefferson y Adams, desde su posición ventajosa externa, acordando en su total conveniencia. El primer presidente es, por supuesto, el líder del movimiento de liberación nacional, el “padre de nuestro país”, y es capaz de reunir a Jefferson y a Hamilton en su primer gabinete. Cada uno, sin embargo, representa a una parte característicamente distinta del orden político y social. Para adoptar una terminología europea (del Este), Hamilton es el líder de la facción “nacionalista”, dominada por el equivalente americano del comercio mundial, interesada en convertirse en parte de lo que podríamos llamar hoy la “economía global”. Thomas Jefferson, por su parte, es el líder del movimiento “country” o “liberal”, desconfiado del fenómeno de la globalización, incluso de atraer inmigración de ciudades extranjeras, como Seattle o Génova.

Para 1800, la anterior coalición entre nacionalistas y localistas, forjada por el objetivo común de derrocar la hegemonía colonizadora, se rompe. El “padre” simbólico del país ha muerto y sus hijos ahora pelean por su herencia, incluyendo el derecho de reclamar el máximo “título de nobleza”, el ser “verdaderos americanos”. Los localistas jeffersonianos evidentemente derrocaron a los nacionalistas para la total consternación de éste, quien promete hacer todo lo que pueda, excepto una revolución armada, para frenar el triunfo de los bárbaros. Esto es, ellos ven a los vencedores jeffersonianos de 1800 precisamente como (elijan el que quieran) los anti-comunistas ven a los partidos comunistas reorganizados que están siendo restablecidos en el poder en varios países de Eu-

⁷⁶ Articles of Confederation, I U. S. C., p. XLVII, n. 1 (U. S. 1781).

POR QUÉ NO ENSEÑO “MARBURY” (EXCEPTO A EUROPEOS DEL ESTE) Y POR QUÉ US-
TEDES TAMPOCO DEBERÍAN

SANFORD LEVINSON

ropa del Este, o como aquellos favorables a al menos algunos aspectos del viejo orden (tales como el Estado de Bienestar) ven a los “modernizadores” thatcherianos que dejarían a los más pobres con casi nada con tal de conformar los dictados del FMI. Resulta que la última vez que enseñé “Marbury” en Budapest, el entonces presidente del cuasi-estado serbio que había sido formado en Bosnia, relativamente moderado (v. gr., menos fascista que su predecesor), se había enfrentado con una orden de la Corte Suprema entonces dominada por hombres del realmente furioso líder fascista Radan Karadic. La respuesta del presidente fue la de ignorar lo que la Corte había dicho, tal como Jefferson podría (¿apropiadamente?) haber ignorado un mandamiento de una rabiosa Corte federalista determinada a ejercer un control total sobre el Poder Judicial (uno supone que “Stuart v. Laird” podría haberse perfilado de otra manera, haber sido igualmente ignorado y Marshall amenazado con un juicio político). Así, Marshall se enfrentó a un verdadero dilema: ¿cómo denunciar a los nuevos bárbaros sin, al mismo tiempo, correr el riesgo de su propia salida vía juicio político? La respuesta, como todos saben, es “Marbury”.

Así que el tema de discusión es si en efecto “Marbury” presenta un modelo deseable para el funcionamiento judicial en regímenes de transición.⁷⁷ ¿Debería Marshall haberse comportado de una manera más “basada en principios”, incluso a riesgo de su propio futuro político o de la supervivencia institucional de la Corte Suprema? ¿Debería haber mantenido su boca cerrada acerca de los usurpadores jeffersonianos y simplemente decir, “No tenemos jurisdicción, fin de la discusión”? ¿O hizo lo correcto al denunciar primero la usurpación y luego no hacer nada? Los abogados europeos del Este (y, sin duda, algunos otros igualmente situados) fácilmente pueden entender estos dilemas y ofrecer jugosos argumentos. Los estudiantes americanos, por el otro lado, son por fortuna existencialmente ignorantes de los problemas que se presentan al

⁷⁷ El excelente artículo de Richard Fallon trata las “tres caras” de “Marbury”, una de ellas el decoro del ejercicio de prudencia de la Corte en decidir en qué luchas comprometerse. Ver FALLON, nota 47 *supra*, at 27-33. Como Fallon señala, esta cara está en tensión con las otras dos, el rol de la Corte en adjudicar derechos individuales y un rol bastante diferente como responsable de la articulación de valores públicos.

enfrentar a un régimen de transición y a aquellos que pretenden liderarlo.⁷⁸ Esta falta de consciencia, para ser franco, vuelve la mayoría de sus comentarios de muy poco interés, lo que significa, una vez más, que no hay razón para abarrotar el programa -y el valioso tiempo de clase- con “Marbury v. Madison”.

VI. Conclusión. Consideren el hecho de que muy pocos profesores de Derecho Constitucional se molestan por enseñar el tema de las inmunidades fiscales intergubernamentales, aunque, como Robert Post ha demostrado recientemente en su análisis de la Corte Taft,⁷⁹ el tema es de interés fundamental para cualquiera interesado en la lógica del federalismo y el rol de los tribunales federales. Para mejor y, tal vez, para peor, muchos de nosotros hemos llegado a la conclusión de que el tema es ahora de un interés fundamentalmente esotérico; aún más, sospecho que creemos que hay cosas simplemente más importantes que enseñar a nuestros alumnos que las complejidades de “Collector v. Day”⁸⁰ y “Graves v. New York ex. rel. O’Keefe”.⁸¹ Al menos en lo que respecta a los cursos introductorios al Derecho Constitucional, han sido candidatos adecuados para lo que Leon Trotsky tan memorablemente llamó el “tacho de la historia”;⁸² “Marbury” debería unirse a ellos en una bien merecida oscuridad. El tiempo es demasiado corto y otras cuestiones son demasiado importantes. Es momento de seguir adelante.

⁷⁸ Me pregunto, sin embargo, si no estamos actualmente en una situación “de transición” a una “leve” clase de Estado policial bajo los auspicios de la “guerra contra el terrorismo”. No está ciertamente claro hasta qué punto la Corte Suprema confirmará lo que se ha convertido en libertades civiles “tradicionales” en contra del ataque conducido (e, incluso, previsto) por la Administración Bush y el Departamento de Justicia.

⁷⁹ POST, Robert, “Federalism in the Taft Court Era: Can It Be ‘Revived’?”, en 51 *Duke L. J.*, 1513, 2002.

⁸⁰ 78 U. S. (11 Wall.) 113, 128 (1870) (limitando la capacidad del gobierno nacional para gravar a los empleados estatales), anulado por “Graves v. New York”, 306 U. S. 466 (1939).

⁸¹ 306 U. S. 466, 486 (1939) (anulando Collector v. Day, 78 U. S. [11 Wall.] 113 (1870)).

⁸² MARCUS, Greil, *The Dustbin of History 4* (1995) (quoting Leon Trotsky, *Address at the Second All-Russian Congress of the Soviets* [Oct. 25, 1917]).

POR QUÉ NO ENSEÑO “MARBURY” (EXCEPTO A EUROPEOS DEL ESTE) Y POR QUÉ US-
TEDES TAMPOCO DEBERÍAN

SANFORD LEVINSON

Lo que sigue son dos textos ligeramente editados de correos electrónicos recibidos de dos profesores eminentes de Derecho Constitucional en respuesta a los argumentos propuestos arriba:

Jack Balkin,⁸³ asintiendo y discrepando:

Debo confesar que cuando leí los argumentos de por qué vale la pena enseñar “Marbury” a europeos del Este, me encontré a mí mismo sumamente tentado de incluirlos en nuestro libro de casos para que los estudiantes comprendan la naturaleza del contexto político de transición en el cual “Marbury” fue decidido. Es por esa razón difícil para mí aceptar que uno debe renunciar a enseñar el caso. Desde mi punto de vista, no se deben tomar sus artilugios doctrinarios seriamente como argumentos jurídicos sino que en su lugar se debe mostrar cómo se ve en ellos la cuestión política del acuerdo constitucional presentado por la Revolución de 1800.

Tal vez podemos evidenciar el desacuerdo entre nuestras visiones como sigue: pienso que uno no debería enseñar “Marbury” por lo que dice sino por lo que hace políticamente: es decir, es importante enseñar “Marbury” por la forma en que (y tal vez de manera más trascendente “Stuart v. Laird”) logra el arreglo constitucional de un problema que no había sido adecuadamente previsto por la generación fundacional. Podemos pensar a la Constitución como una serie de sucesivos acuerdos (o regímenes), añadiendo continuamente cosas nuevas a la Constitución bajo la ficción de que estuvieron siempre allí. Si es así, entonces los sucesos de 1800 necesitan ser enseñados, por ser ellos el ejemplo de un acuerdo que tenía que ser hecho cuando la tinta estaba apenas seca en las páginas de la Constitución. Este acuerdo, hecho muy pronto después de la convención de Philadelphia, desmiente uno de los mitos intelectualmente más autodestructivos sobre la Constitución, el mito de que los Padres Fundadores habían previsto sabiamente todos los problemas políticos del futuro y creado soluciones impecables cuya sabiduría sólo podemos descubrir si nos arrojamamos servilmente a la tarea de analizar sus palabras y actos cada vez más literalmente.

También debo confesar que encuentro un cierto tipo de justicia poética en el hecho de que el momento justo en el que la Corte Suprema anuncia

⁸³ Correo electrónico de Jack Balkin, Professor of Law, Yale Law School, a Sanford Levinson (*on file with author*).

por primera vez la doctrina de la revisión judicial, el momento preciso en que, para nuestras mentes contemporáneas, simboliza las virtudes de un Poder Judicial independiente devoto al Imperio de la Ley, es un momento político que demuestra la falta de independencia que tiene la Corte de la política. Es totalmente conveniente que en "Marbury", la Corte hable con un lenguaje de completa independencia judicial de la política, todo el tiempo jugando este rol como un actor político, una ficción y dualidad que la Corte habría de demostrar una y otra vez en nuestra historia nacional. Como hizo en el principio, como ha hecho desde siempre. Para tomar prestada una frase de Freud, "Marbury v. Madison", la escena fundamental de la revisión judicial americana, es una mixtura de mal gusto entre política y derecho que no se atreve a decir su nombre, y que debe ser siempre negada por los jueces, pero que siempre forjó la práctica de la interpretación constitucional en nuestro país.

Estoy completamente de acuerdo con el motivo de por qué la gente que ha enseñado "Marbury" de formas tradicionales en el pasado ha estado perdiendo su tiempo. Pero encuentro que estos argumentos dan también una razón convincente para enseñarlo de nuevas maneras. Creo que esto es característico de lo que los críticos literarios llamarían un "clásico", v. gr., algo que nos puede hablar siempre de nuevas maneras no importa cuáles sean nuestras preocupaciones teóricas del momento. Una manera de reinterpretar sus argumentos es que las preocupaciones teóricas de la enseñanza del Derecho Constitucional han cambiado o deberían cambiar, y que el caso clásico "Marbury v. Madison", que, en su mente, representa la manera antigua de pensar, debe ser descartado. Todavía, yo insistiría en enseñarlo precisamente porque "Marbury" es un clásico, y puede ser reconfigurado para servir a los fines de una nueva manera de pensar el Derecho Constitucional. Esto es, "Marbury" puede ser visto en nuestros días como un ejemplar del constitucionalismo protestantista, o del constitucionalismo popular, o del afianzamiento partidario a un momento constitucional, o un acuerdo constitucional o lo que sea. Esa flexibilidad, esa habilidad para reconceptualizar y teorizar siempre de nuevas maneras y direcciones a medida que cambian los tiempos, es precisamente lo que es más característico de un clásico y de la función que tiene el texto como clásico.

POR QUÉ NO ENSEÑO “MARBURY” (EXCEPTO A EUROPEOS DEL ESTE) Y POR QUÉ US-
TEDES TAMPOCO DEBERÍAN

SANFORD LEVINSON

Evan Caminker,⁸⁴ discrepando:

He enseñado siempre “Marbury”, y no creo que sea simplemente para respetar el canon tradicional. Lo utilizo para tratar de enseñarles a mis alumnos algunas pocas cosas como iniciación:

- (1) Cómo utilizar el análisis textual. Pongo a mis alumnos a trabajar tanto con la sección 13 de la Ley y el OJ/AJ Allocation Clause para ver las distintas posibles lecturas de ambos, y luego introducir el punto que usted discute sobre si en materia de roles, los tribunales deben tratar de leer textos ambiguos para cumplir más que para discrepar.
- (2) Aprender a cuestionar la validez del “razonamiento jurídico”. He comprobado (como muchos de nosotros) que los estudiantes de primer año están predispuestos a asumir que todo lo que un juez dice es correcto. Este caso es perfecto porque permite mostrar cómo un juez resuelve ciertas dificultades, trata con desatención el texto, etc.
- (3) Aprender a “cuestionar lo obvio”. Sí recorro algo de la historia previa al caso, principalmente para indicar que normas bien establecidas sobre la independencia judicial fueron aparentemente ya sea (a) no establecidas o (b) no consideradas. No sólo el rechazo de la Ley de los jueces de medianoche, sino también la suspensión del período de sesiones de la Corte, y la manipulación del número de los jueces de la Corte para privar al próximo presidente de un nombramiento [Hago mucho menos de esto en Derecho Constitucional más que en tribunales federales].

Entonces la gran pregunta que usted hace es: dado que uno puede aprender cada una de estas lecciones a través de otros casos en los cuales el derecho sustantivo o las consecuencias pesan más (ya sea “Prigg” o “McCulloch” o cualquiera), ¿por qué enseñarlos a través de “Marbury”? Y mi respuesta es 10% tradición (entonces ellos pueden hablar el canon con otros abogados) y 90% precisamente porque ¡los estudiantes rara vez apuestan a ninguna de las doctrinas o interpretaciones de “Marbury”! Por ejemplo, preferiría ponerlos a pensar sobre su habilidad para analizar

⁸⁴ Correo electrónico de Evan Caminker, Professor of Law, University of Michigan Law School, a Sanford Levinson (*on file with author*).

textos de manera diferente (o mejor que) un juez, donde sus visiones no van a ser orientadas por sus valores, como puede pasar con casos sobre esclavitud o sobre aborto, etc. Mi experiencia es que, si la primera vez ellos enfrentan un problema de interpretación textual o *stare decisis*, etc., un contexto que realmente les interese, frecuentemente se dejan llevar por sus intuiciones y no pueden pensar la pregunta interpretativa en abstracto. Es por esto que durante mis días en UCLA Julián Eule solía exhortarme a enseñar la *dormant commerce clause* antes de la *equal protection clause* para que uno pudiera recorrer todas las cuestiones concernientes, cómo se calculan resoluciones o efectos medidos, etc., cuando los alumnos no se preocupan por las ventajas (v. gr., un subsidio para los productores de leche, etc.), antes de que enfrenten los mismos asuntos en el mismo contexto de protección donde las ventajas tienden a llevarlos a querer dar respuestas metodológicas certeras.

Diré que dedico mucho menos tiempo a “Marbury” de lo que hacía cuando empecé a enseñar pero no estoy todavía preparado para abandonarlo del todo.

La enseñanza del Derecho Procesal Constitucional. Experiencias y perspectivas

ADELINA LOIANNO*

INTRODUCCIÓN

El Derecho Procesal Constitucional tiene un lugar propio en el ámbito del conocimiento e interpretación del derecho como disciplina que regula la coexistencia de los individuos y sus derechos en una sociedad democrática, pero todavía es incierta su autonomía científica.

Coincide la doctrina en que la disciplina breva tanto del derecho constitucional como del procesal, pero las opiniones se dividen entre quienes consideran que se trata de una especie dentro del derecho constitucional y los que afirman que la rama es del derecho procesal.

En la primera opinión, la correspondencia con la ciencia del derecho constitucional, caracteriza los contenidos con la actividad de los Tribunales Constitucionales con una perspectiva constitucional de las garantías procesales, a partir de su interpretación desde el marco normativo constitucional.¹ Predomina este concepto en la doctrina europea y la apoya en el orden nacional Néstor Pedro Sagüés, si bien establece diferencias frente a las denominaciones como Procesal Constitucional y Constitucional Procesal, caracterizándose éste por una sobrevaloración de las garantías constitucionales que aseguran una recta administración de justicia,

* Profesora regular adjunta de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos, Facultad Derecho, Universidad de Buenos Aires.

¹ En el origen de esta posición se ubica González Pérez, quien diferencia los procesos constitucionales de otros, siéndolo únicamente aquellos que desarrolla el Tribunal Constitucional, *Derecho Procesal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1980, p. 25. Sobre la misma idea NOSETE, José Almagro, *Constitución y proceso*, Barcelona, Bosch, 1984, y FAVOREAU, Louis, *Los Tribunales Constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1994, entre otros.

por encima de los dispositivos estrictamente procesales destinados a asegurar la supremacía constitucional.²

Otros constitucionalistas, como García Belaúnde, analizan el emplazamiento del derecho procesal constitucional desde la perspectiva del derecho de la Constitución y considera que es una rama del derecho procesal, identificando al proceso como género entre los cuales los procesos constitucionales tienen una configuración particular.³ Aquí se estudia específicamente la materia, que debe ser constitucional, y se identifica el objeto en las instituciones procesales cuyo destino es la preservación de las normas que constituyen la ley suprema frente al conflicto con otras claramente infraconstitucionales.⁴

En nuestra opinión, este criterio se focaliza en el control de constitucionalidad como procedimiento genérico de preservación de jerarquías dentro del sistema jurídico de un país, opción que permite vislumbrar la especialidad de la disciplina más allá de si contiene sólo procesos o reglas y principios de índole constitucional.

Otros, como Gozaíni, se animan a concederle autonomía, sin detenerse en el origen ni en la proyección que se deriva de las ciencias mencionadas; el autor acentúa la consagración de principios propios que aunque asentados en la jurisdicción, acción y proceso –bases de la teoría general del derecho procesal–, revisten singularidades que la identifican.⁵

² SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 4 y ss.

³ GARCÍA BELÁUNDE, Domingo, *El Derecho Procesal Constitucional y su configuración jurídica*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, nro. 2, México, Porrúa, 2004, p. 48.

⁴ En la República Argentina y a partir de la Reforma Constitucional de 1994, el bloque de constitucionalidad que regula el inciso 22 del art. 75 impone una interpretación que favorece los tratados por encima de las leyes, de modo que el análisis de la materia constitucional destinado a identificar los denominados “procesos constitucionales” requiere de una mayor amplitud temática elaborada desde los contenidos de los tratados internacionales sobre derechos humanos (tengan o no jerarquía constitucional) e incluso por la interpretación que de ellos haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cfr. “Gioldi, Horacio D. y otro”, CSJN, LL 1995-D-463).

⁵ En este sentido, GOZAÍNI, Osvaldo A., *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 23. Para el autor, algunas de esas características diferenciadas serían las siguientes: en la *acción*, libertad en el acceso a la justicia y postergación de las cuestiones de legitimación; en la *jurisdicción*, la actuación diversa o distinta

De todos modos, para abordar los problemas de la enseñanza del Derecho Procesal Constitucional consideramos que la posición intermedia del maestro Héctor Fix Zamudio aporta los parámetros necesarios para establecer cuáles serían las mejores opciones pedagógicas.

Fix advierte sobre la estrecha vinculación entre los derechos procesal y constitucional, si bien mantiene ciertas formas de delimitación en cada uno de ellos. Así, destaca que el constitucional procesal estudia las instituciones procesales desde la perspectiva constitucional, y el procesal constitucional lo hace a partir del análisis de las garantías constitucionales volcadas en tipos específicos de proceso identificados por formas y modos distintos al proceso genérico.⁶

A partir de allí, es necesario desarrollar las pautas pedagógicas que, desde el derecho procesal y desde el derecho constitucional, confluyen a la enseñanza del Derecho Procesal Constitucional, denominación que, por otra parte, nos parece la más adecuada atento a la impronta esencialmente “procesal” de la materia objeto de estudio de la disciplina.

2. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

La enseñanza del Derecho Procesal Constitucional depende del sitio donde se instale. Si es ciencia autónoma responde a programas y metodologías singulares; si es parte de una ciencia u otra, deberá adaptarse a los moldes donde se la ubique.

Para nosotros, ambas disciplinas confluyen no sólo en sus respectivos contenidos, sino en la definición de los modos de abordar el conocimiento de la nueva materia. Para ello sostenemos que son cuatro los pilares sobre los que puede construirse la línea pedagógica en la enseñanza del Derecho Procesal Constitucional. Dos de ellos se ubican en las aptitudes generales que se esperan del ejercicio de la docencia; otro,

del juez constitucional, y en el *proceso* las particularidades de la prueba, las modalidades de sentencia, el alcance y los límites objetivos de la cosa juzgada.

⁶ FIX ZAMUDIO, Héctor, “Breves Reflexiones sobre el concepto y contenido del Derecho Procesal Constitucional”, en *Derecho Procesal Constitucional*, t. I, Porrúa, 1993, pp. 269 y ss.

en esta línea, define las necesidades especiales de la disciplina, y finalmente, la elaboración del programa:

- a) La apreciación de las capacidades del docente en derecho en general.
- b) Las aptitudes del docente en esta materia en especial.
- c) Las características definitorias de una adecuada pedagogía para esta disciplina.
- d) Los contenidos necesarios.

3. LA APRECIACIÓN GENÉRICA DE LAS CAPACIDADES DEL DOCENTE EN DERECHO

Una de las críticas más fuertes referidas a los formadores en derecho es su escasa capacitación pedagógica. Es cierto que este reproche puede aplicarse a casi toda la educación universitaria, con excepción obviamente de las carreras dirigidas precisamente a la capacitación docente como objetivo esencial.

Pero en las demás especialidades académicas, la selección docente prioriza antecedentes orientados hacia la especialización en contenidos, producción científica, participación en jornadas y congresos, aportes originales y desarrollo profesional.

Queda así un pequeño espacio para los antecedentes pedagógicos, generalmente descalificados a la hora de definir el éxito en una selección docente.⁷ Así, las universidades argentinas, con escasas excepciones, definen su prestigio académico sobre aspectos ajenos al modo de abordar el aprendizaje.

No obstante la escasa valoración de la capacitación pedagógica y su subordinación a otros aspectos de la formación al momento de la postulación para un cargo como profesor, es indudable que el modo en que

⁷ Para Gozaíni, "La clase de oposición es la única vía de reconocimiento de [las] aptitudes pedagógicas y, no siempre, determina la designación". Del mismo modo se refiere a la investigación, generalmente relegada en función de la dedicación a tareas docentes. Indica que "si bien el modelo resulta ideal (el docente que investiga y enseña) también es criticado por no tener vínculos con la vida real, hecho que debe tenerse en cuenta" (GOZAÍNI, Osvaldo A., *La enseñanza del derecho en la Argentina*, Ediar, 2001, p. 23).

ha sido abordado el conocimiento durante la carrera influirá necesariamente en las habilidades del futuro profesional.

Una formación asentada principalmente en aspectos prácticos seguramente favorecerá las habilidades funcionales del futuro abogado. Del mismo modo, de la capacitación esencialmente doctrinaria seguramente resultará un profesional mejor dotado para desarrollar nociones conceptuales. Sin embargo, ni una ni otra asegurarán los mejores resultados si no se complementan mutuamente, de modo que lo aprendido en los textos de doctrina signifique la justificación de la solución asumida en el caso concreto.

No dudamos de que integrando en el proceso de aprendizaje los contenidos teóricos y una adecuada aplicación del método de discusión y crítica en cada caso (método socrático) resultará un profesional suficientemente adiestrado para la resolución del conflicto, capaz de abarcar tanto las circunstancias sobre las que debe resolver como las implicancias sociales de su decisión.

Pero en la selección del camino pedagógico, el docente no siempre posee una preparación técnica apropiada y, salvo las unidades académicas en las que se prioriza la capacitación en tal sentido, la experiencia en general nos muestra un abordaje de las distintas técnicas principalmente desde la improvisación.

Otro aspecto condicionante de la calidad docente es la escasa posibilidad de desempeñarse con exclusividad en la actividad, dato que se exagera en la profesión del abogado, donde la docencia universitaria se comparte, bien con el ejercicio liberal de la profesión, bien con la judicatura.

Los profesores raramente dedican todo su tiempo a la labor de enseñar, y como ello depende de la institución en la que cumplen esa tarea, es necesario revisar la realidad de las universidades argentinas para comprobar que son muy pocas aquellas que ofrecen a sus docentes la posibilidad de dedicar todo su tiempo en forma exclusiva a la enseñanza. Se trata de una situación que se manifiesta tanto en las universidades públicas como en las privadas.

Ahora bien, las objeciones que en principio pueden realizarse a la docencia *part time* tienen como contrapartida el aporte de las vivencias

personales a los contenidos teóricos e incluso a los modos de analizar un caso judicial. Desde algún sector se ha llegado incluso a criticar la aptitud del docente que, en materia jurídica, no posee una práctica concreta y permanente de aquello que enseña.

Para nosotros, aun cuando miremos con cierta envidia las posibilidades que las universidades europeas y norteamericanas otorgan a sus docentes de capacitarse e impartir enseñanza dentro del marco único de las unidades académicas, sigue siendo un *plus* para la formación del alumno el compartir las experiencias de sus profesores en la elaboración y aplicación del derecho a partir de sus respectivas actividades como abogados, jueces o legisladores.

Resumiendo, el perfil del docente universitario en materias jurídicas nos muestra un profesor generalmente autodidacta en técnicas pedagógicas, lo que contrasta con su alta capacitación académica, su permanente trabajo de formación y actualización de conocimientos y una evidente vocación por superar las sucesivas etapas de calificación a partir de la labor como auxiliar docente hasta la más alta distinción académica como titular de una cátedra.

4. LAS APTITUDES DEL DOCENTE EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

El Derecho Procesal Constitucional tributario resulta de los derechos constitucional y procesal, las técnicas pedagógicas más apropiadas para la enseñanza de cada una de las disciplinas originarias deberán actuar por adición para lograr los mejores resultados.

Sobre la enseñanza del derecho constitucional mucho se habla y discute. La confrontación entre la Constitución formal y la Constitución material ha tenido su reflejo en los modos de impartir los conocimientos mínimos propios de esta rama del derecho.

La interpretación de la Constitución formal ha sido objeto de diversos enfoques. Desde aquella frase de Marshall según la cual "la Constitución es lo que los jueces dicen que es", el trabajo de desentrañar en sentido de los términos contenidos en la Constitución y su finalidad originaria para adaptarlos a la dinámica de la vida social y política del Estado ha sido una constante.

Los diferentes modos de interpretación, más allá de las preferencias de estudiosos y operadores del derecho constitucional, requieren de distintos y variados métodos y enfoques.⁸ Cada uno de ellos necesita de una técnica y estrategia determinada: análisis de texto, debate, tormenta de ideas (*brainstorming*), trabajos de campo, construcción de redes conceptuales, método de casos, etc.

A su vez, el desarrollo de las instituciones políticas que integran la Constitución material más allá de su texto formal (partidos políticos, sindicatos, organizaciones no gubernamentales, grupos de presión, etc.) introdujo en el conocimiento del derecho constitucional técnicas emparentadas con la sociología y la antropología, que requieren de otras habilidades interpretativas antes desconocidas para el derecho. Encuestas, estadísticas, análisis de discursos, pasaron a ser moneda frecuente para el análisis de los sucesos constitucionales y su proyección futura.

Pero tal vez lo más significativo haya sido la reinterpretación de los contenidos axiológicos de la Constitución y la ponderación de su “valor moral” a la hora de resolver un caso.⁹

El derecho procesal, por su parte, generalmente se ha nutrido más de las técnicas de interpretación propias del positivismo: la norma procesal se inserta más claramente en la definición de pasos instrumentales para el desarrollo del juicio, la determinación de las condiciones formales que habilitan la apertura del proceso, su continuidad y finalización con la sentencia.

En los orígenes, cuando fue necesario explicar en Europa el funcionamiento de los Tribunales Constitucionales, son de referencia ineludible las obras de Kelsen y Calamandrei. El primero, como bien dice García Belaúnde, ni se imaginó que su idea sobre el control concentrado de la constitucionalidad iba a tener el impacto científico que tuvo; el otro, en cambio, se anima a sostener que el estudio del tribunal llevaba a explicar un derecho procesal constitucional. En América, el impacto

⁸ Ver SAGÜÉS, Néstor, *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, 1998; PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1993.

⁹ Ver DWORKIN, Ronald, “La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria”, en *Revista Cuestiones*, nro. 7, México, UNAM, p. 3.

de las garantías constitucionales en el proceso civil fue advertido por Couture,¹⁰ en lo que puede decirse constituye el primer gran estudio sistémico.

Después de Calamandrei¹¹ fue su discípulo Mauro Cappelletti¹² quien comienza a transitar caminos más próximos al derecho constitucional y visualiza el proceso como el único camino apto para hacer efectivo el ideario constitucional; idea que la recibe Latinoamérica, que la expone en varios referentes.¹³ De este modo, cuando se produce una violación a la Constitución, la función reparadora de los derechos lesionados toma rumbo con las garantías que consiguen el afectivo acceso a la jurisdicción.

En nuestro país, el aporte más riguroso desde ambas disciplinas estuvo a cargo de dos maestros: Germán Bidart Campos¹⁴ en el ámbito del derecho constitucional y Augusto Mario Morello¹⁵ en lo procesal.

Y llegamos así al Derecho Procesal Constitucional, que a partir del análisis de las instituciones procesales, desde la perspectiva constitucional, y de las garantías constitucionales, a través de tipos específicos de proceso identificados por formas y modos distintos al proceso genérico, impone la utilización de los métodos adquiridos modernamente por las disciplinas que lo nutren originariamente.

Es por ello que el docente que enfrente la enseñanza del DPC deberá tener aptitud e idoneidad pedagógica suficiente para utilizar en el aula las herramientas mencionadas antes, sincronizando las necesidades metodológicas del Procesal y el Constitucional.

¹⁰ COUTURE, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1987.

¹¹ CALAMANDREI, Piero, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, t. I, Buenos Aires, Ejea, 1986.

¹² CAPPELLETTI, Mario, *Jurisdicción constitucional de la libertad*, 1955.

¹³ El uruguayo Adolfo Gelsi Bidart fue pionero en señalar el proceso como "la única garantía" al punto que toda violación de la Constitución sólo tiene un camino de reparación, que es a través del "proceso judicial" cualquiera sea su especie (*De derechos, deberes y garantías del hombre común*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1986, pp. 175 y ss.).

¹⁴ BIDART CAMPOS, Germán, *La Corte Suprema. El Tribunal de Garantías Constitucionales*, Buenos Aires, Ediar.

¹⁵ MORELLO, Mario A., *Proceso y Constitución*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.

docente que enfrente la enseñanza del DPC deberá tener aptitud e idoneidad pedagógica suficiente para utilizar en el aula las herramientas mencionadas antes, sincronizando las necesidades metodológicas del Procesal y el Constitucional.

5. LAS CARACTERÍSTICAS DEFINITORIAS DE UNA ADECUADA PEDAGOGÍA PARA EL DPC

A partir de las pautas antes descriptas, con fundamento en la realidad universitaria argentina y sus particularidades y teniendo en especial consideración los contenidos y objetivos de las dos disciplinas que nutren al DPC, podemos intentar un esquema de cuáles son las características para una adecuada síntesis pedagógica, a saber:

a) *Multiplicidad de métodos de enseñanza, coordinando los tradicionales métodos expositivos con aportes de los métodos propios de la sociología y la antropología*

Necesariamente deben integrarse técnicas y estrategias propias del derecho procesal y del constitucional.

Con el objeto de favorecer la capacidad de análisis y crítica necesarias para lograr paulatinamente la rigurosidad científica, y a la vez posibilitar el desarrollo de las capacidades de argumentación, de expresar claramente las ideas, trabajar en grupo y ampliar el pensamiento flexible, se destacan técnicas como: a) debate sobre distintas opiniones de la doctrina; b) estudio dirigido individual o en grupo; c) elaboración de tesis o monografías sobre temas específicos; d) análisis e interpretación de la doctrina que deriva de las decisiones judiciales con identificación de criterios mayoritarios y minoritarios, así como su influencia en futuros procesos y su impacto en el contexto social y político.

A su vez, con la finalidad de aplicar el conocimiento y criterio crítico afianzado mediante los mecanismos antes descritos, cabe detenerse en los aportes del derecho procesal a través de técnicas esencialmente dinámicas, como: a) análisis de casos (con las mismas características indicadas para los contenidos constitucionales); b) trabajo de campo (estadísticas, encuestas, observaciones sobre resultados a nivel político y jurisdiccional); c) debate sobre políticas procesales y su identificación en

la normativa procesal vigente; d) identificación del efecto útil de las sentencias constitucionales; e) simulación o dramatización de procesos; f) especial análisis del impacto político de las decisiones de los tribunales superiores en los sistemas de control de constitucionalidad difuso y de los tribunales constitucionales en los sistemas de control de constitucionalidad concentrado o político centralizado.

b) *Determinación de objetivos relativos a la inserción del profesional en su entorno social y en la construcción de la democracia*

Como dice María Angélica Gelli, “los objetivos y los métodos de enseñanza (...) jamás resultan neutros para la democracia”.¹⁶ Agrega que “el modo de enseñar y de aprender supone unos hábitos mentales y de comportamiento individual y social, que favorecen o dificultan el desarrollo de la república democrática”.

Nada más apropiado cuando hablamos de DPC, donde la Constitución logra su más perfecta concreción en la realización de las garantías de los derechos fundamentales a través de la judicialización del conflicto constitucional.

Compartimos con la autora la importancia que la libre discusión y crítica a las distintas posiciones de la doctrina o de los pronunciamientos judiciales tiene para el desarrollo de conductas democráticas, así como para la evolución de la autonomía personal y de la responsabilidad.

Observamos también que es mayoritaria la participación de los egresados de las escuelas de Derecho en la formación y decisión política, sea como abogados, jueces o legisladores. Recordemos que muchos de los presidentes de la Nación fueron abogados.¹⁷ Este dato nos obliga a repensar si la educación jurídica en general ha sido funcional o no a la

¹⁶ GELLI, María Angélica, “La enseñanza del Derecho Constitucional en la república democrática”, en *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 2, nro. 3, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2004, p. 67.

¹⁷ Desde su conformación política institucional, en 1826, hasta la actualidad, la Argentina ha tenido, incluido el actual Gobierno, 41 presidentes con una curiosa coincidencia en cuanto a las profesiones: hay un empate entre militares y abogados. Incluido Juan Domingo Perón, aunque fue elegido en forma democrática, hubo 17 militares así como 17 abogados al frente del Poder Ejecutivo.

preservación de la vida democrática en nuestro país, el respeto de las instituciones y el desarrollo de las autonomías regionales.

El DPC tiene en este sentido un mayor compromiso si pensamos que en la disciplina se configura la aplicación procesal de las principales garantías constitucionales.

Asimismo, las decisiones en los procesos constitucionales (amparo, *habeas data*, *habeas corpus*, acción declarativa de inconstitucionalidad, recurso extraordinario federal, peticiones individuales ante los organismos internacionales de protección de los derechos humanos) van construyendo paulatinamente la arquitectura de sostén de las instituciones democráticas frente a las crisis y estados de emergencia.

Así, se configura como un objetivo especial para la enseñanza del DPC la formación de recursos humanos aptos para la interpretación de los problemas constitucionales y su encuadre procesal en función de la vigencia de los valores democráticos.

c) *Imprescindible coordinación de aspectos doctrinarios y prácticos en el proceso de aprendizaje*

Por las mismas razones, en la enseñanza del DPC se hace necesaria la coordinación de estrategias que priorizan la integración de los aspectos teóricos con los prácticos. Ninguno de ellos aparece como subordinado al otro, siendo necesario que el docente complemente la enseñanza de habilidades discursivas y analíticas con el abordaje crítico de la opinión doctrinaria en sus diversas variantes.

Nada aparece como primordial en esta integración, sino por el contrario producen un efecto multiplicador de las mejores características de los métodos de análisis teórico y los de esencia práctica, todo ello con la finalidad de estimular en los alumnos la correspondencia entre los fines de la universidad, su capacitación profesional y laboral y los valores primarios que definen la sociedad democrática en la que van a desarrollar su futura tarea.

d) *Originalidad en los sistemas de evaluación*

La evaluación constituye, a nuestro modo de ver, sólo una parte de la constatación posible del nivel de conocimiento y aptitud alcanzados por el alumno. Necesariamente es un procedimiento parcial y subjetivo por par-

te de alumno y docente y sólo permite parcialmente reconocer si se ha alcanzado el objetivo principal de la enseñanza de la disciplina evaluada.

Tangencialmente cabe recordar que en la actualidad la evaluación comprende no sólo a los alumnos, sino a sus docentes, los contenidos curriculares, la metodología, las instituciones educativas e incluso el sistema educativo en general.¹⁸

Como inevitable consecuencia del enfoque descripto para la metodología de la enseñanza del DPC, será necesario utilizar modalidades variadas de evaluación que comprendan tanto los conocimientos teóricos adquiridos como las habilidades y aptitudes para resolver problemas concretos.

No será objeto de análisis en este trabajo la variedad de técnicas de evaluación que admite la enseñanza del derecho. Por el contrario, sólo nos detendremos en decir que una disciplina tan especial como el DPC requiere, a nuestro modo de ver, de la utilización de técnicas modernas como la resolución de casos, las pruebas a libro abierto y la elaboración de ensayos sobre temas previamente indicados y de específico contenido.

Por el contrario, resulta inapropiado a los contenidos y finalidades de la materia, la utilización de exámenes orales o escritos orientados a la exposición de temas teóricos sin apoyatura práctica, en tanto significan parcializar lo aprendido hacia uno solo de los aspectos pedagógicos empleados durante el proceso de aprendizaje. Si bien la adquisición de conceptos ha debido ser incorporada durante el aprendizaje, así como las distintas orientaciones de la doctrina, entendemos que lo que corresponde evaluar es la capacidad de comprender un problema y resolverlo a través de fundamentos sólidos y valiosos.¹⁹

6. LOS CONTENIDOS NECESARIOS

Antes de exponer cuáles serían a nuestro entender los contenidos mínimos de la asignatura, es necesario recordar que se trata de un aspecto que merecerá diversos enfoques según los objetivos que persiga el docente.

Entendemos que dichos objetivos exceden la mera comprensión de textos procesales, plazos, requisitos de admisibilidad, efectos de la sen-

¹⁸ Ver GOZAÍNI, Osvaldo A., *La enseñanza del Derecho en Argentina*, ob. cit., p. 35.

¹⁹ Ver GELLI, María A., ob. cit., p. 73.

tencia, medidas cautelares o de instituciones y órganos relativos a los modos de control de constitucionalidad.

La comprensión del DPC como realización de los contenidos constitucionales a través de procesos judiciales requiere necesariamente de una introducción relativa a la interpretación jurídica y en especial a la constitucional. Métodos, técnicas, enfoques iusfilosóficos, constituyen a nuestro entender el basamento imprescindible para un adecuado abordaje de la disciplina, que combina las inquietudes teóricas sobre el control de constitucionalidad con la “efectivización” de ese control a través de los distintos procesos constitucionales destinados a desarrollarse ante los tribunales de justicia.

En esta primera etapa de la enseñanza, es primordial el desarrollo de la capacidad de reconocer las distintas posiciones iusfilosóficas en la doctrina así como las consecuencias de su aplicación por los tribunales.

Inevitablemente, la identificación de los valores que nutren la Constitución y su trascendencia en la interpretación y aplicación del texto a la solución del caso constituyen pasos esenciales en el abordaje pedagógico de la disciplina.²⁰

El estudio de la jurisdicción constitucional, su evolución, las distintas formas de manifestarse y la proyección de cada sistema en la eficacia de la supremacía constitucional constituyen la siguiente y necesaria etapa en la labor docente.

El tercer y último módulo desplegará los procesos constitucionales desde su perspectiva eminentemente procesal, lo que algunos autores llaman la verdadera “justicia constitucional”:²¹ recurso extraordinario federal, *habeas corpus*, amparo, *habeas data*, acción declarativa de inconstitucionalidad y procedimientos ante los organismos internacionales de protección de los derechos humanos (en especial, Corte y Comisión Interamericanas de Derechos Humanos).

Consideramos que el esquema de contenidos propuesto reconoce el marco de la asignatura en su complejidad y completitud, permitiendo la permanente actualización a partir de la integración de los avances contemporáneos tanto de la doctrina como de la jurisprudencia.

²⁰ Ver GORDILLO, Agustín A., *El método en Derecho*, Madrid, Civitas, 1997.

²¹ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, pp. 71 y ss.

En consecuencia, sobre la base de lo expresado antes, nuestra propuesta de contenidos sería la siguiente:

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Primera Parte

1. Interpretación jurídica.
Métodos, técnicas, enfoques. Proceso de interpretación. Identificación y aplicación de valores en la creación de la ley y en la decisión judicial.
2. Jurisdicción constitucional. Control de constitucionalidad.
Clasificaciones, modos, sistemas procesales. Derecho comparado.

Segunda parte: Procesos constitucionales

1. Derecho Procesal Constitucional.
 - 1.1. Recurso extraordinario federal.
 - 1.2. Amparo y sus variantes.
 - 1.3. *Habeas data*.
 - 1.4. *Habeas corpus*.
 - 1.5. Acción declarativa de inconstitucionalidad.
 - 1.6. Procedimiento de denuncias individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
 - 1.7. Procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

7. EXPERIENCIAS Y PERSPECTIVAS

La enseñanza del Derecho Procesal Constitucional lleva ya muchos años en la currícula de las escuelas de derecho en la República Argentina, lo que permite exponer algunas experiencias y delinear ciertas perspectivas.

En lo que hace a lo vivenciado en la docencia en la materia, los resultados muestran una superación cualitativa de la etapa introductoria previa en el conocimiento del derecho constitucional.

El abordaje de la materia constitucional inevitablemente se canaliza hacia la comprensión de los mecanismos de control del poder y el examen de las instituciones que lo ejercen. Abarca también la definición de los derechos, el alcance de sus límites y la enunciación de las garantías.

El Procesal Constitucional, al incorporar los contenidos propios del derecho procesal, sus elementos constitutivos, sus instituciones y mecánicas, introduce aspectos funcionales a la definición estática de las nociones constitucionales, especialmente en relación con la ejecución de los derechos fundamentales y los modos de resolver las frecuentes violaciones.

A su vez, el derecho procesal cobra una nueva perspectiva como estructura viabilizadora de la eficacia de las instituciones constitucionales, superando la caracterización más común como medio para resolver los conflictos intersubjetivos.

El balance muestra una potenciación de ambas disciplinas que se concreta en otra distinta y particular, caracterizada por problemáticas específicas más relacionadas con la funcionalidad de las instituciones democráticas y su misión realizadora del Estado de Derecho.

La proyección es superadora tanto para el derecho procesal como para el constitucional y permite especular sobre la evolución desde los aspectos formales del derecho hacia la elaboración de nuevos y originales mecanismos jurídicos para la efectiva protección y promoción de los derechos humanos.

Clásicos

Nota sobre la entrevista de Alf Ross*

GENARO R. CARRIÓ**

I. INTRODUCCIÓN

Durante la primera quincena de diciembre la Facultad de Derecho se vio honrada con la visita de Alf Ross. El jurista dinamarqués es hoy uno de los primeros filósofos del derecho del mundo. Lo atestiguan libros tan ricos y profundos como *Towards a Realistic Jurisprudence* (1946) y *On Law and Justice* (1985), así como una impresionante lista de artículos sobre temas de filosofía general, ética, teoría jurídica y teoría política.¹

Ross viajó a nuestro país para dar dos conferencias y participar, además, en una discusión de “mesa redonda” sobre cuestiones sugeridas por aquéllas. Fue invitado por la Comisión Organizadora de las Jornadas de Ética y Filosofía del Derecho; éstas formaron parte de los actos de homenaje al Sesquicentenario de Mayo.

* Publicado originalmente en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, nro. IV, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 1960, p. 205.

** 1922-1997. Profesor Titular de Introducción al Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 1956-1966. Miembro y coordinador alterno del Consejo para la consolidación de la democracia, 1985-1989.

¹ A pesar del enorme prestigio y de la profunda influencia de este autor, no sabemos que se haya publicado aún ninguna traducción al español de obras suyas. Este injustificable vacío habrá de ser colmado muy pronto. Está por aparecer una traducción de *Towards a Realistic Jurisprudence* hecha por Julio Barboza (editorial Abeledo-Perrot). Este mismo sello tiene en prensa una traducción mía del sustancioso artículo “Tu-Tu”, aparecido en la *Harvard Law Review*. Este artículo ha inspirado en parte la valiosa monografía de Eugenio Bulygin, “La naturaleza de la obligación cambiaria. Ensayo de análisis lógico de conceptos jurídicos” (Colección de monografías de Abeledo-Perrot). Es posible, además, que se edite en Buenos Aires la traducción española de *On Law and Justice*. El interés que Ross ha despertado entre nosotros tiene como precursor a Cossio, quien en su *Teoría de la verdad jurídica* (Losada, 1954) fue el primero en difundir aquí el pensamiento de nuestro ilustre visitante.

El tema de las conferencias fue “El positivismo jurídico vs. el derecho natural”. Es obvio que el mismo era demasiado amplio para permitir un desarrollo adecuado en un ciclo de conferencias tan breve.

Ello dificulta una presentación de lo que Ross dijo, pues éste tuvo que dejar muchos cabos sueltos. Algunas de sus afirmaciones, faltas de una demostración convincente, quizás resultaron un tanto sorprendidas.

En esta nota propongo resumir la ya sucinta exposición del jurista danés,² e insinuar –con todas las limitaciones impuestas por las dificultades aludidas– ciertas críticas.

II. LO QUE DIJO ROSS

A. CARACTERIZACIÓN DEL POSITIVISMO JURÍDICO

El primer objetivo de Ross fue dar alguna precisión a lo que ha de entenderse por “positivismo jurídico”. Ésta es, sin duda, una expresión altamente ambigua; algo así como un rótulo común que, sin mayor cautela, se aplica a una serie de posiciones teóricas que divergen entre sí considerablemente. Siguiendo de algún modo la técnica de presentación empleada, a los mismos fines, por el jurista inglés H. L. A. Hart,³ Ross resumió las principales tesis o doctrinas sostenidas por pensadores identificados como positivistas. Es decir, las tesis centrales, aquellas que han merecido las mayores adhesiones. Esto no significa, claro está, que todas estas tesis hayan sido sostenidas por todos los positivistas. Algunas de ellas, que parecen ser básicas, han merecido adhesión general; a las restantes han adherido algunos pensadores por no los otros.⁴

² Ross dio sus conferencias en inglés; las mismas fueron acompañadas por una traducción al español casi simultánea, hecha con notable precisión y fidelidad por Pedro David. El jurista dinamarqués envió por anticipado una “ayuda-memoria” de ambas conferencias, que me ha servido de guía para el resumen que va en el texto.

³ “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en *Harvard Law Review*, nro. 4, vol. 71, febrero de 1958, p. 593. Hay traducción española preparada por el autor de esta nota, bajo el título de *El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral*, para uso exclusivo de los estudiantes de esta Facultad. Dicho artículo –junto con otros del jusfilosófico inglés– aparecerá próximamente en un volumen que publicará la editorial Depalma.

⁴ En el artículo citado en la nota anterior Hart sostiene que puede ser útil identificar cinco significados de “positivismo”, barajados en la teoría jurídica contemporánea: (1) la pretensión de que las normas jurídicas son órdenes de seres humanos; (2) la

Las tesis o doctrinas que Ross mencionó son las siguientes:

- (1) La separación entre el derecho y la moral o, más precisamente, la distinción entre dos modos de hablar acerca del derecho: lo que el derecho es y lo que debe ser. En otros términos, una de las tesis –que parece ser central– puede resumirse en la afirmación simultánea de estas dos proposiciones: (a) es legítimo –y necesario para evitar confusiones– distinguir entre el derecho que es y el que debe ser; (b) no existe conexión necesaria entre ambos; expresar que algo es derecho no significa sostener que eso deba ser derecho, ni postular que algo debe ser derecho importa afirmar que lo es.
- (2) La concepción imperativa de las normas jurídicas: el derecho consiste en órdenes impartidas por seres humanos (los legisladores, en sentido lato), a otros seres humanos (los súbditos).
- (3) La idea de que el derecho es un conjunto de normas que se aplican por la fuerza o, más claramente, cuyo incumplimiento es repri-

pretensión de que no existe conexión necesaria entre el derecho y la moral, o entre el derecho que es y el que debe ser; (3) la pretensión de que el análisis (o estudio del significado) de los conceptos jurídicos es (a) algo que vale la pena hacer; y (b) algo que no debe confundirse con las indagaciones históricas sobre causas u orígenes de las normas, con las indagaciones sociológicas sobre la relación entre el derecho y los otros fenómenos sociales, ni con la crítica o evaluación del derecho, ya sea en términos de moral, objetivos sociales, “funciones” u otros; (4) la pretensión de que un sistema jurídico es un sistema “lógicamente cerrado”, en el que las decisiones jurídicas correctas pueden ser deducidas por medios lógicos de normas jurídicas pre-determinadas, sin referencias a propósitos sociales, líneas de orientación y *standards* morales; (5) la pretensión de que los juicios morales no pueden ser establecidos o defendidos, como lo son los juicios de hecho, por argumentos, pruebas o demostraciones racionales (teorías “no cognoscitivas” en ética). Lo que antecede es una reproducción casi textual de la nota 25 del trabajo de Hart aludido. Tras esa enumeración dice este autor: “Bentham y Austin sostuvieron los puntos de vista descriptos en (1), (2) y (3), pero no los descriptos en (4) y (5). La opinión indicada en (4) es atribuida, a menudo, a los juristas analíticos (...) pero no como a ningún ‘analista’ que la haya sostenido”. No creo que sea incorrecto decir que otros, positivistas, tal como Kelsen, han adherido a las tesis (2), (3), (4) y (5) y rechazado expresamente (1). La afirmación de que Kelsen adhiere a la tesis (4) tendría que ser objeto de ciertas salvedades de importancia, que no puedo desarrollar aquí. Me permito sostener que la caracterización que hace Hart de las doctrinas positivistas es más rica en sugerencias que la de Ross.

mido mediante actos de fuerza. Se trata de la concepción que Ross, siguiendo a Kelsen,⁵ refuta en *On Law and Justice* (pp. 52-53).

- (4) La concepción mecanicista de la función judicial. Esto es, la idea de que sólo las normas generales –leyes y costumbres– son fuentes de derecho. No sólo es la actividad judicial; los jueces no crean derecho, sólo aplican el preexistente, contenido en leyes y costumbres. Dicha tarea de aplicación es mecánica: una simple deducción a partir de premisas claramente dadas al juez.
- (5) La idea de que todo orden jurídico vigente está dotado de validez, la que no proviene de la concordancia entre el contenido del mismo y ciertos principios supremos de justicia, sino de la efectividad del orden. Decir que tiene validez significa que posee “fuerza obligatoria”, que debe ser obedecido.
- (6) Por último, la negación de que haya un derecho natural. Ross se resistió a considerar a esta tesis como parte del positivismo jurídico, porque nada dice sobre el derecho positivo.

Éstas son las principales tesis. Acerca de ellas Ross expresó o sugirió: (a) que Austin y en general los positivistas de la *Analytical Jurisprudence* han adherido a las tesis (1), (2) y (3), pero no a la (4); (b) que Kelsen y en general los positivistas que siguen las líneas de la Teoría Pura del Derecho sostienen las tesis (1), (5) y (6), pero rechazan (2), (3) y (4); (c) que su propia posición –la de Ross– consiste en adherir a las tesis (1) y (6) y rechazar las restantes.

B. EL PASO SIGUIENTE

Siempre con miras a mostrar en qué consiste la médula de la disputa entre el positivismo jurídico y el jusnaturalismo, Ross ensayó seguidamente un rápido análisis crítico de las cinco primeras tesis. Es decir, de aquellas que a su juicio se ocupan de cuestiones específicas jurídicas.

- (a) La tesis (1) –señaló– se limita a recoger la distinción, aceptada generalmente, entre el lenguaje descriptivo y lenguaje prescriptivo. Si se la entendiera correctamente, tendría que ser aceptada por los jusnaturalistas; aquí la disputa no versa sobre hechos sino que es puramente terminológica. Es sabido que en los desacuerdos

⁵ Ross cita expresamente la *Allgemeine Staatslehre*, 1925, p. 17.

de este tipo, la discrepancia versa exclusivamente sobre el nombre que ha de darse a cierto fenómeno, respecto de cuya descripción y –en su caso– evaluación hay completo acuerdo entre los disputantes. Ross cree que todo el desacuerdo radica aquí en esto: los jusnaturalistas simplemente se rehúsan a dar el nombre “derecho” a ciertos órdenes coactivos que reputan demasiado injustos; los positivistas, por su parte, entienden que no ocurren razones atendibles para adoptar esa actitud y que, por el contrario, resulta conveniente, a los fines científicos, no hacer depender la aplicación de la palabra de consideraciones de justicia. De esto último se sigue que al usar la palabra “derecho” para designar cierto orden coactivo los positivistas no significan ni sugieren que el mismo es justo o merecedor de las gentes.

- (b) En cuanto a las doctrinas (2), (3) y (4), Ross las declaró insostenibles. En eso coincide con Kelsen. Con relación, en particular, a la doctrina (4), dijo que la concepción mecanicista del proceso judicial es falsa en tanto que versión de lo que efectivamente acaece, y poco sensata en tanto que principio de interpretación de las normas jurídicas.
- (c) Queda por ver la tesis (5), que se refiere al concepto de validez en el derecho. A juicio de Ross, la disputa entre positivismo y jusnaturalismo, en la medida en que no se reduce a la mera cuestión terminológica que mencioné al hablar de la doctrina (1), se centra en el concepto de validez, ya que una versión depurada de la concepción positivista tiene que eliminar de su seno las doctrinas (2), (3) y (4). Si apartamos por trivial la disputa terminológica, sólo queda en pie la que versa sobre el concepto de validez.

Ésta puede ser resumida así: mientras que un jusnaturalista sólo afirma que un orden jurídico es válido o que tiene fuerza obligatoria si su contenido concuerda con el de ciertos principios de justicia, a los que atribuye carácter supremo, para un positivista no es tal concordancia la que confiere al orden jurídico esa validez o fuerza obligatoria, sino simplemente el hecho de su vigencia, la circunstancia de que el mismo es generalmente obedecido o atacado. En otras palabras: para un jusnaturalista un orden positivo es válido porque concuerda con el derecho natural; para un positivista lo es porque es positivo, es decir, vigente. En

una y otra posición “válido” significa lo mismo: “revestido de fuerza obligatoria”. La palabra “validez” tendría para positivistas y jusnaturalistas el mismo significado, aunque distintos criterios de aplicación, y en esto último estribaría el desacuerdo.⁶

Ross –ya lo dije– rechazó esta tesis (5). Adherir a la misma es, para él, profesar el término “cuasipositivismo” para aludir a aquellas concepciones que operan con un concepto de validez como el indicado. En contraposición al “cuasipositivismo” Ross habló de un “positivismo genuino” –el del propio jurista dinamarqués y de quienes piensan como él– que no admite tal significado de “validez”.

C. EL NUDO DE LA DISCREPANCIA

El punto fundamental de las conferencias fue en definitiva esta doble afirmación: (a) no existe oposición real entre el jusnaturalismo y el “positivismo jurídico genuino”, pues el único desacuerdo entre ambas corrientes es meramente terminológico (respecto del uso de derecho y palabras derivadas); (b) la discrepancia se da entre el jusnaturalismo y el “cuasipositivismo”, o sea, entre dos formas de jusnaturalismo, uno desembozado y el otro encubierto.

Como entre los “cuasipositivistas” o jusnaturalistas encubiertos Ross situó a Kelsen, aquella doble afirmación tiene que haber causado estupor entre los cultivadores argentinos de la Teoría Pura. Aquí se ha visto siempre en Kelsen al más encarnizado exorcista de ideologías encubiertas. Acusar a Kelsen de haber andado ocupándose toda la vida de descubrir

⁶ Ross no usó esta terminología, que distingue entre el “significado” y el “criterio de aplicación” de ciertos términos. Pienso que con ella no se distorsiona el pensamiento del jurista dinamarqués. He tomado esa terminología de HARE, “The Language of Moral”, en *Oxford at the Clarendon Press*, cap. IV, 1957; “Meaning and Criteria”, y VII, “Description and Evaluation” (véase en particular pp. 102, 105, 108, 109, 116, 118, 119 y 129). En el capítulo VII, Hare trabaja con la distinción paralela entre “significado valorativo” y “significado descriptivo”. Sobre esto véase también STEVENSON, “Second Pattern of Analysis: Persuasive Definitions”, en *Ethics and Language*, Universidad Press, Yale, 1944. La utilización del lenguaje de Hare y de Stevenson, y, en particular, de la distinción entre “significado” y “criterio de aplicación” respecto de los términos éticos, se hace aquí plausible para exponer el pensamiento de Ross toda vez que éste considera que “validez” es, para los jusnaturalistas y para ciertos titulados positivistas, un término ético. Véase, además, las razones expuestas en la nota 9, *in fine*.

la paja en el ojo ajeno sin haber advertido la viga en el propio, y sugerir además que su oposición con el jusnaturalismo radica “precisamente” en el hecho de que la teoría pura es jusnaturalista, es decir algo en cierto modo sensacional.

¿Qué razones dio aquí Ross para justificar tan tremenda acusación? Para contestar esta pregunta tenemos que volver a la distinción entre el significado de “validez” y el criterio de aplicación de dicho término, más arriba aludida. Vimos que según resulta de lo que –con otra terminología– dijo Ross, aunque jusnaturalistas y “cuasipositivistas” difieren respecto del último, coinciden en cuanto al primero. Dicho significado en común es el siguiente: la palabra validez no se refiere a ninguna entidad observable, sino a un nexo o ligamen “moral”, al “deber moral” de obedecer el derecho, esto es, de cumplir con los deberes jurídicos. Para Ross esto significa buscar apoyo en una idea “trascendente” de tipo metafísico, no verificable en términos empíricos. Cuando un jurista atribuye validez al orden jurídico –con este significado de “validez”–, incurre en una forma oculta de jusnaturalismo, de la que no se libera por el hecho de que la aplicación del término no se haga depender de las concordancias entre el sistema y principios últimos de justicia, sino de la vigencia o efectividad del orden. Con la introducción de este concepto de validez el derecho positivo queda revestido de una calidad adicional –su título al acatamiento o respeto moral– que no es verificable y que resulta innecesaria para la descripción del sistema como cuerpo de preceptos vigentes.

La idea de validez tal como aparece en el “cuasipositivismo” se origina, a juicio de Ross, en Hegel. Conduce a una especie de absolutización reverencial del derecho vigente *qua* vigente, en cuanto le atribuye la calidad de ser moralmente bueno por ser vigente. El modo más típico de expresar este punto de vista es el *slogan* “*Gesetz ist Gebetz*” (La ley es la ley). Como otros enunciados análogos que en la forma son trivialmente tautológicos –añadiría yo–, éste encierra un juicio de valor, oculto bajo el hecho de que la primera palabra repetida no conserva las mismas connotaciones. En su primera aparición la palabra tiene un significado puramente descriptivo; en la segunda, se le asigna un significado predominantemente emotivo, dirigido a influir sobre el comportamiento o la actitud del prójimo (análogamente, v. gr.: “Los negocios son los negocios”, “La guerra es la guerra”, etc.).

III. DISCUSIÓN

Ross destacó correctamente –me parece– que hay una línea de pensamiento jurídico que exhibe una clara tendencia a justificar el Estado, el derecho puesto, por el mero hecho de serlo. Parece acertado, también, llamar a esta corriente “cuasipositivismo”, por lo que esta palabra sugiere, y ver en ella una forma encubierta, y menos digna, de jusnaturalismo, y sería faena de considerable utilidad mostrar en qué medida tal actitud influye sobre juristas que parecerían muy alejados de la misma. Quizá buena parte del pensamiento jurídico dogmático –nuestro pensamiento jurídico– está gravemente atacada por ese virus.⁷

También puede ser correcto que la pasividad general con que los juristas alemanes enfrentaron el pavoroso régimen nazi se debió parcialmente a que su capacidad de resistencia estaba minada por el virus ideológico del “cuasipositivismo”.⁸ Pero lo que no parece correcto –ni justo– es colocar a Kelsen en esa línea de pensamiento que, según Ross, incluye los nombres de Hegel y de Hitler; y si se lo coloca se hace menester formular una serie tan considerable de reservas o salvedades que puede parecer muy cuestionable la conveniencia de incluirlo en la lista. Quiero decir aquí algunas cosas acerca de esto porque pienso que

⁷ Ross habló de seis corrientes principales dentro de lo que tradicionalmente se llama “positivismo jurídico”. A saber: (1) La escuela inglesa de jurisprudencia analítica (Bentham, Austin, etc.); (2) La escuela de la exégesis, de origen francés; (3) La jurisprudencia conceptual (Begriffsjurisprudenz) alemana (Windscheid, Merkel; Laband, Binding, etc.); (4) La Teoría Pura del Derecho (Kelsen y sus epígonos); (5) El realismo jurídico norteamericano (Holmes, Frank, Llewellyn, etc.); (6) El realismo jurídico escandinavo Lunstedt (Olivecrona, Hagerstrom, el propio Ross, etc.). Pues bien, nuestra ciencia del derecho acusa el decidido impacto de las corrientes (2) y (3). En ambas, aunque por motivos distintos, se advierte, en forma paralela, con la firme adherencia a la concepción mecanicista del proceso, una especie de actitud reverencial frente a las normas generales de factura legislativa. Es de hacer notar, en relación con esto, que la concepción mecanicista del proceso, tal como fue caracterizada por Ross, no ha sido sostenida por las corrientes (1), (4), (5) y (6). La corriente (5) consiste casi exclusivamente en un devastador ataque a dicha concepción. Sólo las corrientes (1), (4) y (6) pueden ser consideradas “filosóficas”, habida cuenta de sus fundamentos y pretensiones.

⁸ Ésta es la tesis sostenida en la 4ª edición de la *Rechtsphilosophie* de Radbruch, aparecida en 1950, donde se reproducen las consideraciones que el jurista alemán había vertido en un artículo publicado en 1946. Véase la respuesta de Hart en el apartado IV del artículo mencionado en la nota 3 del presente trabajo.

por este lado será menos difícil el acceso a ciertos flancos que Ross ha dejado desguarnecidos frente a la crítica.

A. POSIBLE CONTESTACIÓN DE UN KELSENIANO

Un hipotético kelseniano –de cuya ortodoxia no me animaría a dar fe– podría quizá defender a Kelsen de la siguiente manera:

La palabra “validez” tiene diversos usos dentro de la Teoría Pura del Derecho. No viene al caso precisarlos aquí. En ninguno de ellos, sin embargo, significa que aquello a que se atribuye validez posee jerarquía moral o es digno de respeto o acatamiento por razones morales. Tal cosa no está significada ni sugerida por el término. Cualquier referencia de tipo emotivo que “validez” pueda tener en contextos no jurídicos, o en contextos jurídicos cuando la palabra es empleada por otros autores, queda claramente cancelada en Kelsen por lo que resulta de las expresas advertencias de éste y del sentido todo de la Teoría Pura del Derecho.

Kelsen ha subrayado con insistencia que cuando los juristas, a sabiendas o inadvertidamente, usan ciertos términos jurídicos con el significado que las mismas palabras reciben en contextos morales, traicionan los postulados positivistas que dicen profesar e incurrir en un jusnaturalismo encubierto. Uno de los principales objetivos de la Teoría Pura del Derecho ha sido precisamente redefinir los principales términos jurídicos de modo de neutralizar sus referencias o connotaciones de tipo moral. Esto vale también para la palabra validez.

Cuando Kelsen sostiene que decir que una norma es válida significa decir que la misma debe ser obedecida y aplicada, o que es obligatoria, no está predicando de esa norma –cuya validez quedaría caracterizada por un cierto criterio descriptivo, a saber, su pertenencia a un orden eficaz– la cualidad adicional independiente de estar revestida de fuerza obligatoria moral, sino que se limita a afirmar que la expresión “norma válida” es equivalente, por definición, a “norma con fuerza obligatoria” o a “norma que debe ser obedecida”, sin que esto importe sostener que el ligamen obligatorio es de tipo moral o que la norma es acreedora a la adhesión espiritual de los hombres. Cuando Kelsen se esfuerza en distinguir el derecho de la moral, esa distinción implica la idea de que algo puede estar revestido de fuerza obligatoria jurídica sin estarlo de

fuerza obligatoria moral, y a la inversa. Y por lo tanto, cuando Kelsen define validez como fuerza obligatoria, se está refiriendo a la fuerza obligatoria jurídica, como simple sinónimo de validez.⁹

⁹ Para una formulación del estricto punto de vista kelseniano, véase el artículo de KELSEN, *Natural Law doctrine and Legal Positivism*, publicado como apéndice de la *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945. El apéndice no forma parte de la traducción española de esta obra. Véase en particular el apartado C, "The Ought: absolute and relative validity", pp. 393 y ss. de la *General Theory...* Allí desarrolla Kelsen la idea del "deber ser", "normatividad" o "validez" en el derecho -términos que emplea como sinónimos- en tanto que mera categoría formal, de carácter hipotético y relativo, que no debe confundirse con el "deber ser" en sentido material del jusnaturalismo: "The norms of positive law are 'valid', that is they ought to be obeyed, not because they are, like the laws of natural law derived from nature, God or reason, from a principle of the absolutely good, right or just, from an absolutely supreme value or fundamental norm which itself is clothed with the claim of absolute validity, but merely because they have been created in a certain way or made by a certain person. This they have been created in a certain way or made by a certain person. This implies no categorical statement as to the value of the method of law-making or of the person functioning as the positive legal authority; this value is a hypothetical assumption" (p. 394). Para Kelsen todo intento de ir más allá de esa fundamentación hipotético-relativa, en busca de una validez de tipo absoluto, constituye una traición a la "característica esencial del positivismo" y una "intrusión de la metafísica en el ámbito de la ciencia" (p. 396). El jurista *qua* jurista no reconoce más validez que la del sistema jurídico; la del sistema moral queda excluida. Así lo exige el principio de unidad del conocimiento (p. 410). Kelsen batalla contra todas las formas del dualismo metafísico; una de ellas, la optimista, consiste precisamente en considerar al orden político del derecho positivo como un sistema de "deber ser" perfecto (pp. 427/28). En oposición al dualismo metafísico, levanta la bandera de lo que él llama "filosofía científico-crítica" (p. 433). Desde este punto de vista, que para Kelsen es el positivismo jurídico, el derecho carece de todo valor absoluto. Se le atribuye, simplemente, una validez hipotético-relativa que, sin embargo, no impide que se conciba al derecho como un sistema de normas válidas (pp. 435/36). La hipótesis básica es, por supuesto, la de la norma fundamental. Anticipando críticas del tipo de las que Ross le dirigió en Buenos Aires, dice Kelsen: "La norma fundamental ha sido descripta aquí como el presupuesto esencial de todo conocimiento jurídico positivo. Si uno desea considerarla como elemento propio de una doctrina jusnaturalista a pesar de su renuncia a cualquier ingrediente de justicia material, muy pocas son las objeciones que ello puede merecer, tan pocas como la que podrían alegarse contra quien llama metafísicas a las categorías de la filosofía trascendental kantiana porque no son datos de la experiencia sino condiciones de la misma (...) Del mismo modo la teoría de la norma fundamental podría ser considerada una doctrina de derecho natural en consonancia con la lógica trascendental de Kant. Queda en pie, empero, la enorme diferencia que separa, y habrá de separar siempre, las condiciones trascendentales de todo conocimiento empírico y, por consiguiente,

B. POSIBLE RÉPLICA DE ROSS

Pienso que Ross replicaría algo así como esto:

Aunque todo lo que acabo de oír me parece bastante confuso, puedo conceder que, a diferencia de los juristas que militan en la línea Hegel-Hitler, Kelsen no emplea “validez” para significar “moralmente obliga-

las leyes que rigen en la Naturaleza, por un lado, de la metafísica trascendente, que está más allá de toda experiencia, por el otro” (p. 437). El positivismo jurídico, así caracterizado, quiere evitar, entre otros, el abuso de conocimiento consistente en la legitimación del derecho positivo como justo (p. 441). Sin embargo, Kelsen no deja de advertir la gran semejanza que, desde cierto punto de vista, existe entre la teoría jusnaturalista del dualismo metafísico optimista –es decir aquella que legitima como válido al derecho vigente por el hecho de ser vigente–, por un lado, y una doctrina positivista del Estado y del derecho, por el otro. Ross dijo entre nosotros que la semejanza llegaba a la identidad y que, por ello, lo que Kelsen llama “doctrina positivista” no era más que un jusnaturalismo encubierto (“cuasipositivismo”). Kelsen, en el artículo que vengo glosando, admite la semejanza pero rechaza la identidad. Ambas doctrinas “están preocupadas” fundamentalmente con la validez del orden jurídico positivo y la autoridad del gobierno. En verdad esta doctrina jusnaturalista no admite la validez de ningún otro orden fuera del orden jurídico positivo. Se distingue del positivismo simplemente por el modo de establecer su validez que es absoluta en un caso y sólo relativa en el otro. En último término el positivismo se prueba a sí mismo solamente al descartar la particular ideología que la teoría del derecho natural emplea en su justificación del derecho positivo. Eliminar una ideología de legitimación es, sin embargo, extremadamente difícil no sólo por razones epistemológicas sino –y principalmente– por razones políticas; el deseo de una fundamentación absoluta del orden jurídico dado es tan fuerte que aun la llamada teoría positivista jurídica y política jamás ha renunciado por completo al mismo, y, por lo tanto, se encuentra a veces –aunque en forma inadvertida– totalmente mechada con elementos jusnaturalistas (p. 445).

Me ha parecido conveniente hacer esta selección de pasajes del artículo de Kelsen citado al comienzo, en razón de que el mismo toca exactamente el punto en cuyo torno gira la objeción de Kelsen. Ésta sería quizá la defensa de Kelsen en el lenguaje del autor de la Teoría Pura. En el texto he tratado de traducir, de algún modo, la hipotética réplica kelseniana a otro lenguaje, del que quedaron eliminadas las resonancias neokantianas. Algo semejante *mutatis mutandis*, quise hacer con la objeción de Ross (ver nota 6). Esta búsqueda de un lenguaje común ha tenido por mira posibilitar el cotejo entre los puntos de vista de Ross y Kelsen, como cosa independiente de la disputa mucho más radical entre las filosofías generales que uno y otro pensador adoptan. Pienso, como dije más arriba, que en la traducción a un lenguaje común intentada se conserva el sentido original de la objeción y de la respuesta. Respecto de Kelsen, me parece que lo expresado en el texto halla suficiente apoyo en lo que aquél dice, con relación a las expresiones jurídicas “*validity*”, “*biding force*” y “*ought*”, en las pp. 30, 37, 60, 61, 121 y 374 de la *General Theory of Law and State*.

torio". O, dicho de otra manera, que esa palabra no tiene en Kelsen el significado emotivo que tiene para los jusnaturalistas, porque las prevenciones y salvedades de aquél han conseguido, como diría Stevenson, "neutralizar" o "cancelar" la carga afectiva que la palabra validez lleva consigo en el lenguaje ordinario, y en el lenguaje de los moralistas, cuando se la usa para calificar una directiva. Concedo, por lo tanto, que no media esa razón para llamarlo "cuasipositivista", y que es injusto considerarlo adherente a una filosofía que hace fincar la justicia (*right*) en la fuerza (*might*).

Queda en pie, sin embargo, esta otra objeción, que basta para sostener que Kelsen no es un positivista genuino: la palabra validez que según Ud. me dice no se refiere a cierta cualidad de las normas que las haga dignas de respeto moral, ¿a qué se refiere? ¿Qué cosa o propiedad distinta de la mera vigencia –si hablamos de un orden jurídico–, o de la pertenencia a un sistema vigente –si hablamos de una norma aislada– menciona? ¿No importa el uso de esta palabra aludir a una entidad puramente mítica? ¿Qué papel puede desempeñar tal concepto de validez dentro de una concepción verdaderamente positivista del derecho, animada de un propósito puramente descriptivo? ¿Qué hay como validez, fuera de las experiencias de validez, que no son otra cosa que hechos psicológicos? En la medida en que las proposiciones en que aparece la palabra no son reducibles a otras sobre experiencias de validez, las primeras son de tipo metafísico y, por ende, extrañas a un enfoque positivista.

Kelsen no deja de advertir la íntima relación que existe entre lo que él llama la validez de las normas y el hecho de su pertenencia a un orden vigente, o entre la "validez" del orden y su efectividad. Pero pretende que esta relación no afecta la autonomía del concepto de validez, por cuanto la validez de un orden no se reduce a su eficacia sino que está simplemente condicionada por ésta. La validez no es la eficacia, si bien esta última es una condición necesaria de la primera. Pero resulta que un somero análisis del pensamiento kelseniano revela que la eficacia no es sólo condición necesaria de lo que Kelsen llama validez del orden, sino también condición suficiente de la misma, en el sentido de que basta que un orden sea eficaz para que sea válido, sin que tenga que detenerme a apreciar el contenido del mismo para atribuirle validez. La adopción del criterio formal de validez –y el paralelo rechazo del criterio

material- hace que todo orden vigente sea, por eso mismo, válido. No hay orden válido que no sea eficaz, y no hay orden eficaz que no sea válido. Si el único criterio para llamarlo válido es la eficacia, ¿a qué viene lo de la distinción entre validez y eficacia?

La eficacia es lo único empíricamente verificable; no lo es la validez, que como una cualidad adicional -que según me dice Ud. no es un valor- se le añade. La única manera de verificar si un orden es válido es verificar si es eficaz. Decir, entonces, que es válido es decir lo mismo que afirmar que es eficaz. Si se pretende que sostener que es válido significa algo más que afirmar que es eficaz, ese algo más no es verificable. Y, por lo tanto, la afirmación, en esa parte, carece de sentido. Esta inútil duplicación sería inocua en tanto que puro artificio verbal si no tuviera por resultado -como tiene- desviar el interés de los juristas de los problemas que realmente importan.

Para que no se me confunda: la defensa de Kelsen que acabo de oír no lo libera del cargo de que no es un positivista genuino. Sólo lo exime del cargo de que es un jusnaturalista encubierto. Kelsen no es un positivista genuino porque para referirse al derecho se vale de palabras -tales como "validez"- que carecen de todo significado, que no mencionan ninguna entidad verificable, y que, por lo tanto, son superfluas y ajenas a un genuino enfoque científico. Si el concepto de validez, aplicado a un orden jurídico, añade algo al de eficacia del mismo, el *plus* no es otra cosa que la carga emotiva que "validez" lleva, y con arreglo a la cual llamar a un orden válido es sugerir, por lo menos, que además de ser eficaz posee algunas virtudes inherentes que lo distinguen de un orden "meramente" eficaz. Y si, como dicen los defensores de Kelsen, éste ha conseguido neutralizar esta carga emotiva, entonces el concepto de validez nada añade al de eficacia. Esto es así por las dos razones siguientes: (1) la proposición "éste es un orden válido" y la proposición "este orden es eficaz" son absolutamente equivalentes; (2) la primera no es verificable sino a través de la segunda. Siendo así, el significado real de una y otra es el mismo; es el que depende del método de verificación empleado para establecer la proposición "este orden es eficaz".

La mejor prueba de carácter rigurosamente prescindible del concepto de validez -aun en la versión depurada del mismo que Ud. quiere sostener- es la siguiente. Al especificar los deberes jurídicos en particular

que cada norma impone, quedan especificados todos los actos concretos que los hombres deben hacer; la suma de esos deberes determina el ámbito de la conducta debida. ¿Qué cosa adicional puede significar la afirmación de que además de esos deberes concretos está el deber genérico de obediencia al derecho? ¿Qué sentido puede tener decir que uno debe hacer lo que debe hacer? A menos, naturalmente, que el primer “debe” apunte a una obligación moral y el segundo al deber jurídico. Pero eso es precisamente lo que Ud. rechaza. Y si rechaza eso y no obstante ello afirma –para que el juicio no sea una trivial tautología– que el significado de los “debe” es distinto, ¿qué significa el primer “debe”?

La palabra validez en Kelsen, en suma: a) o designa una supuesta calidad de tipo emotivo, a saber, cierto prestigio o dignidad propio del sistema normativo cuya virtud el mismo es acreedor del respeto moral (en cuyo caso Kelsen merece el rótulo de “cuasipositivista”, en el sentido de “jusnaturalista encubierto”), o b) no designa absolutamente nada, como no sea una entidad mítica, no verificable, que es inútil para describir el derecho vigente en una comunidad dada (en cuyo caso Kelsen merece también el rótulo de “cuasipositivista”, esta vez en el sentido de que no se trata de un positivista genuino).¹⁰

C. INTERVIENE UN TERCERO

Podemos suponer que a esta altura del debate interviene un tercero que empieza diciendo lo siguiente:

Quiero decirles que advierto aquí algo muy peculiar, que es, a la vez, profundamente revelador. Ross imputa concretamente a Kelsen profesar una encubierta o mal disimulada forma de jusnaturalismo, consistente en atribuir al orden jurídico una supuesta validez que sería algo distinto de su eficacia. Ross que rechaza esa distinción se titula, por ello, genuino positivista. Pero es el caso que Kelsen ha formulado los mismos cargos a quienes se alinean en la corriente de pensamiento en que está Ross: les ha imputado profesar una forma encubierta o mal disimulada

¹⁰ Véase la nota crítica de Ross al libro de KELSEN, *What is Justice. Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*. “Collected Essays”, publicada en *California Law Review*, vol. 45, nro. 4, pp. 564-70, en especial, pp. 567-68. Véase también *On Law and Justice*, pp. 52-56, 64-70 y 313.

de jusnaturalismo, consistente en no distinguir entre la validez y la eficacia del orden jurídico. Kelsen, que afirma esta distinción, reclama para sí, por ello, el galardón de verdadero positivista.

Quiero documentar lo que digo. En la nota puesta al pie de la página 414 de la *General Theory of Law and State* (Harvard University Press, 1945) dice Kelsen:

La tendencia a identificar la “validez” del derecho positivo con su eficacia y a negar al derecho positivo toda validez específica como algo aparte de esta eficacia –tendencia que reaparece constantemente, aun en una teoría con pretensiones positivistas– se origina en último término en la especulación jusnaturalista. Guarda cierta afinidad con la orientación sociológica en la ciencia jurídica, cuyo carácter jusnaturalista está sólo mal disimulado por la terminología de la causalidad.

En otras palabras: (1) Para Ross es ser jusnaturalista encubierto afirmar la distinción entre validez y eficacia y es ser positivista genuino negarla. (2) Para Kelsen es ser jusnaturalista encubierto negar la distinción y es ser positivista auténtico afirmarla. Esta situación revela en qué gran medida toda la disputa está clamando a gritos por una terapéutica lingüística previa, sin la cual no puede haber un intercambio inteligente de ideas. Porque del análisis podría resultar que tanto Ross como Kelsen se apoyan en definiciones persuasivas de “positivismo” y “jusnaturalismo”, en las que el carácter –para ellos– encomiástico del primer vocablo y peyorativo del segundo es lo primordial, al punto de que eclipsa, por decir así, el significado descriptivo de esos términos. Pero no es de esto de lo que quiero hablar aquí. Aquí quiero referirme a la réplica de Ross y a su crítica al concepto “depurado” de validez. No estoy dispuesto a hacer una defensa del concepto depurado de validez que usa Kelsen. Me parece que ese concepto, ligado como está “postulado” de la norma fundamental, es tan inadecuado como ésta para hacerse cargo de ciertos hechos sociales. Pero tampoco me propongo atacar aquí la concepción kelseniana. Me propongo, repito, ocuparme de la réplica de Ross.

Pienso que los argumentos que éste dio para atacar a Kelsen sugieren mucho más de lo que es necesario para refutar el concepto de validez del último. Esos argumentos pueden ser perfectamente interpretados como una rotunda afirmación de que todo el lenguaje normativo es prescin-

dible, pues las proposiciones que usan a diario los jusnaturalistas no tienen otro significado que el que poseen proposiciones descriptivas equivalentes. Esto es, que las proposiciones que atribuyen derechos y deberes son totalmente reducibles a otras que expresan las condiciones necesarias y suficientes para que alguien tenga tales derechos o tales deberes (o –aunque a eso no se hace referencia en la réplica– a proposiciones sobre ciertos hechos futuros). Me parece que la réplica de Ross lleva las cosas demasiado lejos, y que derrumba, sin necesidad, los pilares del lenguaje normativo, el que hablan, entendiéndose, los jueces, los abogados y los teóricos del derecho.

Porque no es cierto que este lenguaje sea enteramente reducible a proposiciones descriptivas. Esto se puede sostener –deseo añadir– sin necesidad de avalar todo cuanto Kelsen ha dicho acerca del significado de términos jurídicos tales como “validez”, “derecho subjetivo”, “deber jurídico”, “persona jurídica”, “responsabilidad”, etc. Quizás la posición que aboga por el carácter no reducible del lenguaje normativo jurídico sólo pueda defenderse adecuadamente reformulando buena parte de los análisis kelsenianos, ligados como están a cierto modo de filosofar que se traduce, a veces, en un dogmatismo un poco cerrado, que no respeta las sutilezas y complejidades del lenguaje normativo.

Volviendo a Ross, pienso que su réplica, inspirada por un significado demasiado estrecho de “significado”, reduce el de las proposiciones normativas al de aquellas en que se expresan condiciones necesarias y suficientes. Y esto no me parece aceptable. Veamos un ejemplo simple:

(1) Supongamos que en cierta comunidad jurídica X la mayoría de edad se adquiere a los 22 años. Supongamos, para simplificar las cosas, que todos los habitantes de 22 años cumplidos son mayores de edad, y que sólo ellos lo son. Es decir, el tener por lo menos 22 años es condición necesaria y suficiente para ser mayor de edad. Según Ross, el significado de la expresión “Fulano es mayor de edad”, en esa comunidad, no es otro que “Fulano tiene por lo menos 22 años”. Supongamos, finalmente, que en dicha comunidad jurídica X los mayores de edad tienen, por el hecho de serlo, un conjunto de derechos y obligaciones $a_1 \dots a_n$.

(2) Comparemos ahora esa situación con la que prevalece en la comunidad Y, donde la mayoría de edad se adquiere a los 20 años –también

como condición necesaria y suficiente- y donde el ser mayor de edad confiere e impone los mismos derechos y obligaciones que en la comunidad X, es decir $a_1 \dots a_n$.

(3) Finalmente comparemos ambas situaciones con la que se da en la comunidad Z, donde si bien la mayoría de edad se adquiere, como en X, a los 22 años (como condición necesaria y suficiente), a diferencia de lo que ocurre en X y en Y, los deberes y derechos que tiene el mayor de edad no son $a_1 \dots a_n$, sino $b_1 \dots b_n$. Para agudizar la diferencia podemos suponer que en materia de derechos y deberes la situación entre (1) y (2), por un lado, y (3), por el otro, está completamente invertida: todo lo que en los dos primeros sistemas un mayor de edad tiene derecho a hacer, en el otro sistema le está prohibido, y todo lo que en (1) y (2) le está prohibido, tiene derecho a hacer en (3).

Ahora bien, de acuerdo con Ross, el significado de la expresión "mayor de edad" sería el mismo en el caso (1) y en el caso (3), y radicalmente distinto entre el caso (1) y el caso (2). Esto contraría totalmente el sentido corriente de aquella expresión. Lo que cualquier abogado, juez o jurista diría en tales casos, sería que tanto en (1) como en (2) la expresión "mayor de edad" tiene el "mismo significado", pero que son distintos los requisitos para su aplicación. Y, paralelamente, lo que el jurista diría en el otro caso, es que tanto en (1) como en (3) la procedencia de llamar a alguien "mayor de edad" está supeditada a los mismos requisitos, pero que el significado de la expresión es totalmente distinto en las dos distintas comunidades. Esas expresiones de los juristas son perfectamente correctas y usuales, y sería llevar las cosas demasiado lejos tildarlas de carentes de sentido. Y en esas expresiones, como es obvio, va implícito que el significado del concepto "normativo" "mayor de edad" no se reduce a las condiciones necesarias y suficientes para aplicarlo.

Tampoco se reduce -tendría que agregar- a un conjunto de predicciones sobre el curso futuro de los eventos. La afirmación "Fulano es mayor de edad", que no significa lo mismo que "Fulano tiene por lo menos x años", tampoco significa "posiblemente los jueces se comportarán de tal manera frente a tales actos de Fulano". Es obvio que cuando un juez declara que alguien es mayor de edad no está formulando una predicción de su propio comportamiento ni del de sus colegas. La afirmación "Fulano es mayor de edad" no es en suma una afirmación de

hecho, ya se trate de hechos presentes, pasados o futuros, sino una “conclusión de derecho”. No “describe” una cierta propiedad de Fulano, sino que le atribuye un cierto *status* jurídico.

En el problema que estamos tocando, hay de por medio todo un “uso del lenguaje” –el prescriptivo– que está lleno de sentido, no obstante que sus proposiciones o términos no son enteramente reducibles a proposiciones o términos descriptivos. Todo intento de reducción deja algo en el camino. Y –vale la pena subrayarlo– esto no significa afirmar la existencia de un reino metafísico del deber ser dotado de objetividad propia, sino reconocer con humildad que el lenguaje tiene diversos usos, y que resulta poco compatible con el ideal científico erigir uno de esos usos en paradigmático o esencial, y aplicar sus cánones a los restantes para descalificarlos si no se ajustan a ellos.

Aquí tengo que poner fin a este hipotético debate. Sólo quiero señalar, para concluir, que la crítica a Ross sugerida por “el tercer personaje” no es, por supuesto, mía. Es un aspecto –quizás el central– de las críticas que en época reciente se han formulado a los realistas jurídicos escandinavos y, en particular a Ross, el expositor más lúcido y brillante de esa línea de pensamiento radicalmente empirista. Aludo en especial a las objeciones de los juristas ingleses H. L. Hart¹¹ y Dennis Lloyd.¹² Éstos dirigen a Ross un reproche fundamental que, en sus alcances, se asemeja al que el propio Ross ha dirigido a Kelsen.¹³ A saber, haber detenido su

¹¹ Cf. el artículo de HART, “Scandinavian Realism”, aparecido en el *Cambridge Law Journal*, 1959, p. 233. La discrepancia con el concepto de validez de Kelsen aparece esbozada –sin un desarrollo que la haga comprensible del todo– en HART, “Legal and Moral Obligation”, artículo publicado en los *Essays in Moral Philosophy*, editados por A. I. Melden, Universidad de Washington, 1958, pp. 91, 92. Para una crítica de la aplicación del lenguaje de las condiciones necesarias y suficientes al derecho, ver HART, “The ascription of responsibility and rights”, en *Logic and Language* (primera serie), colección de ensayos editada por A. Flew, Basil Blackwell, Oxford, pp. 145 y ss. Cf. también el discurso inaugural *Definitions and Theory in Jurisprudence*, Oxford University Press, 1954, donde Hart dirige también algunas críticas a los realistas escandinavos en relación con el *status* lingüístico de aserciones del tipo “X es mayor de edad” o “Y es una persona jurídica”. Véase, por último, el artículo de HUGHES, Graham, “The existence of a legal system”, en *New Cork University Law Review*, vol. 35, nro. 5, mayo de 1960, p. 1001.

¹² *Introduction to Jurisprudence*, Stevens and Sons, London, 1959. Ver en particular el capítulo “The Scandinavian Realists”, pp. 237 y ss.

¹³ “It is impossible to avoid the impressions that Kelsen’s philosophical education has stagnated in esarly impressions of Kantian Philosophy, obsolete in the eyes the modern

evolución en el campo de la filosofía general en un estadio superado. Kelsen –según Ross– se quedó en un kantismo con infiltraciones esenciales, insensible a los avances de la moderna filosofía empirista. Ross –según Hart y Lloyd–¹⁴ no ha sabido ir más allá de una versión un tanto tosca del empirismo, apoyada en una formulación vetusta del principio de verificabilidad, que desdeña las conquistas de la filosofía del lenguaje, tan importantes hoy en día.

empirist philosophy” ... “Even the way in which Kelsen presents the problem of justice seems inadequate in the light of modern method of logical analysis. When Kelsen on the first page ask ‘What is justice’, and on the second page declares that justice ‘really means’ social happiness, the reader is left without any justification for this postulate (...) Questions of the type ‘what is’ should be avoided in logical analysis because they smell of essentialism...” Comentario bibliográfico mencionado *supra*, en la nota 10, p. 565.

¹⁴ Véase Graham Hughes, en el artículo citado al final de la nota 11: “Lloyd (...) and Hart (...) both take Ross for applying to the notion of validity and philosophically outmoded version of the principle of verifiability. The argument is that in seeking to reduce statements about the existence, etc. of duties to empirical statements, verifiable in same way as the propositions of natural science, Ross has failed to recognize the existence of a category of meaningful speech which differs in nature from the propositions of natural science; thus he has fallen in the same error the American realists...”, nro. 55, p. 1020.

Autonomía*

RICARDO GUIBOURG**

Las grandes oficinas clásicas se conciben como inmensos salones con hileras de escritorios en los que se afanan presurosos empleados; aquí y allá unos tabiques de baja altura aíslan virtualmente los sectores especializados; de vez en cuando, desde una pequeña oficina individual con divisiones de cristal (una “pecera”), un jefe de sección alza la vista de sus propios papeles para vigilar a sus huestes administrativas. Los jefes de mayor jerarquía gozan de tabiques de madera y, si su rango lo justifica, tienen baño privado y una antesala donde la secretaria filtra llamados y visitas. En otras palabras, la altura de un individuo en la pirámide de la organización se manifiesta y se premia con un mayor grado de privacidad: con un ámbito en el que el interesado puede moverse con creciente autonomía.

De modo comparable, los juristas exhiben con orgullo la autonomía de su especialidad, como si el grosor de los límites que la aíslan de otras ramas del derecho determinara la seguridad de la propia ciudadela: el derecho de la navegación mira con cierto recelo sus vínculos tradicionales con el derecho comercial; el del trabajo muestra tendencia a considerar cosa del pasado (o del futuro, según la orientación del observador) cualquier relación con el derecho civil; el de la seguridad social reniega de su prolongada asociación con el laboral; el penal sostiene orgullosamente sus propios principios y cada nueva rama del conocimiento jurídico (piénsese en el reciente ejemplo del “derecho informático”) busca con denuedo argumentos para sostener su autonomía, como si esta condición, una vez lograda

* Publicado originalmente como GUIBOURG, Ricardo A., “Autonomía”, en *La Ley*, t. 2007-E, p. 1361.

** Doctor en Derecho y juez de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, es profesor de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

en mayor o menor medida, fuera una victoria para sus cultores antes que una característica más o menos neutra de un fenómeno real.

¿A qué llamamos autonomía? Las provincias son autónomas porque, aun dentro del Estado federal que integran, se dan su propia constitución y eligen sus gobiernos locales. En la navegación aérea, se llama autonomía de vuelo a la capacidad de cada avión para volar cierta distancia sin reabastecerse de combustible. En la teoría general de los sistemas, la palabra se define de un modo más extenso y riguroso como la aptitud de un sistema para mantener cierta estabilidad de su propio funcionamiento a pesar de las variaciones del entorno y –a veces y en diversa medida– aun a pesar de las fallas que afecten su propia estructura. La autonomía, en este sentido, comprende las reservas (energía almacenada para hacer frente al funcionamiento normal y, llegado el caso, a las emergencias), el esquema de variabilidad (estructura que permite echar mano de las reservas y aplicarlas donde y cuando hagan falta) y el subsistema regulador (estructura que almacena el modelo de estabilidad, advierte las variaciones y aplica en cada caso los criterios de reacción destinados a promover el mantenimiento de aquel modelo). Esta definición de “autonomía” puede parecer un poco difícil para quien no esté familiarizado con los enfoques sistémicos; pero, bien mirada, abarca razonablemente la mayoría de los usos que damos a esa palabra en los más diversos contextos.

¿De qué manera podría concebirse la autonomía de una rama del conocimiento humano? Ni la astronomía ni la biología son autónomas respecto de la física, puesto que en gran medida dependen de ella; pero puede reconocerse que los campos de estudio de los astrónomos y el de los biólogos tienen escasa relación entre sí. ¿Llamaremos a esto autonomía? ¿Diremos que, puesto que cada una de esas ciencias tiene un objeto propio muy distinto del de la otra, la astronomía y la biología se bastan a sí mismas?

Afirmarlo sería una exageración. Negarlo sería terquedad. Por un lado, un buen biólogo podría conformarse con un conocimiento apenas superficial acerca de cuásares y agujeros negros. Pero, por otra parte, la biología no es ajena al marco epistemológico en el que todas las ciencias empíricas se desarrollan, y no pretende haber elaborado una epistemología propia. Si reflexionamos de este modo, podemos llegar a una con-

clusión moderada y seguramente desapasionada, rasgos que nuestra cultura suele identificar con la sensatez. Según esta conclusión posible, el conocimiento empírico es uno solo, como una sola es la realidad del universo al que se refiere; pero las especialidades en las que dividimos ese conocimiento, segmentos convencionalmente concebidos como unidades por razones puramente pragmáticas, se hallan vinculadas entre sí por un tronco común (y, según sea el caso, por mucho más que eso) y pueden distinguirse unas de otras, si lo deseamos, por las características a las que se nos ocurra atribuir relevancia para tal distinción.

No es ése, sin embargo, el modelo de autonomía que suele esgrimirse en el discurso jurídico. Aunque todos los juristas aceptaran la premisa de que el derecho es uno solo, postularían de inmediato características capaces de aislar algunas de sus ramas invocando principios, objetivos y hasta métodos propios. Si así fuera, tales ramas encontrarían dentro de su ámbito todos o casi todos los elementos necesarios para el razonamiento práctico y aun para la reflexión teórica. Un ejemplo típico de este fenómeno llegó a adquirir, a su vez, la fuerza de una norma jurídica. El art. 1º de la Ley de Contrato de Trabajo dispone: “El contrato de trabajo y la relación de trabajo se rigen: a) por esta ley; b) por las leyes y estatutos profesionales; c) por las convenciones colectivas o laudos con fuerza de tales; d) por la voluntad de las partes; e) por los usos y costumbres”. La omisión de cualquier otra rama jurídica entre las fuentes del derecho individual del trabajo trataba de evitar la aplicación residual del Código Civil, que en 1974 se juzgaba falto de sentido social. Las cosas han cambiado: hoy la protección civil es a veces mayor que la social, por ejemplo en materia de accidentes. Pero, sean cuales fueren los motivos de aquella limitación o su justificación política, la norma es una manifestación del sentimiento de omnipotencia sectorial: la teoría general del contrato sigue siendo una elaboración de origen civil; todas las instituciones, incluso las laborales, están regidas por el derecho constitucional y, por esa vía, todas ellas han de convivir en una armonía que no excluye una multitud de vínculos horizontales.

No quiero decir con esto que el discurso acerca de la autonomía de las ramas del derecho carezca de todo contenido. Y menos aún al hablar de ciertas especialidades que, como la laboral o la penal, se dirigen a constituir y proteger ciertos derechos aplicando para ello una peculiar

AUTONOMÍA

RICARDO GUIBOURG

elaboración de garantías y principios. Me limito a señalar que el énfasis que tan a menudo se pone en la defensa de la autonomía encuentra poca base en la compleja red de interdependencia en la que cada rama del derecho, y aun cada institución, cuenta con mayor o menor elaboración normativa y se halla unida al resto del sistema jurídico por lazos más o menos estrechos, pero siempre sólidos.

Una mente suspicaz podría sospechar motivos interesados en el discurso acerca de la autonomía. Si una institución o un grupo de instituciones alcanza a formar en torno de sí una nueva rama del derecho, a ella corresponderá una flamante sección en los repertorios jurídicos y en los catálogos editoriales. Sus cultores quedarán convertidos en pioneros de una disciplina, lo que redundará en mayor relevancia personal. Si la nueva materia se convierte en asignatura universitaria, y más aún si se obtiene la creación de un fuero judicial específico, la afirmación de la autonomía contribuirá a la formación de círculos relativamente cerrados en cuyo seno se discuten y distribuyen cargos, cuotas de prestigio y porciones del ingreso que la sociedad toda (y no sólo el Estado) dirija al manejo de aquellos temas.

No sostengo, por cierto, una tesis tan malévola; no tanto porque confío ciegamente en los nobles motivos de mis semejantes, sino porque no soy afecto a las interpretaciones conspirativas. Me limito a expresarla porque creo útil que cada uno de nosotros, frente a las pretensiones que esté dispuesto a sostener acerca de la autonomía de las ramas del derecho, examine en su conciencia tanto sus pautas descriptivas de la realidad como las emociones que lo lleven a postularlas y, así, quede en condiciones de cooperar más eficazmente a la tarea común de construir un modelo consistente para la ciencia del derecho.

En efecto, más allá de los intereses u opiniones de cada persona o de cada grupo, inevitables y generalmente legítimos, hay un interés más extenso que se refiere al conocimiento de la realidad jurídica y al perfeccionamiento de las herramientas conceptuales con que haya de describirla, aplicársela y modificársela. Esto es lo que las ciencias empíricas han hecho hace siglos, sea cual fuere el uso que cada uno esté dispuesto a dar a la tecnología que en ellas se funda. Los juristas estamos en mora con aquella tarea: debemos acordar aún la definición de nuestro objeto, determinar el método apropiado para su conocimiento y ordenar y cla-

sificar ese conocimiento de tal suerte que cada uno de sus segmentos muestre sin recelo los vínculos que lo unen a los demás en la universalidad de la ciencia y, a la vez, exhiba sin orgullo las circunstancias que justifiquen, en mayor o menor medida, su propia identificación como ramas del derecho.

En ese contexto, creo, conviene recordar que la relativa separación entre las distintas ramas no obedece a imperativos ontológicos eternos sino a motivos pragmáticos, siempre contingentes y modificables. No estoy hablando aquí de realidades, sino de actitudes. Los juristas conocemos poco de los hechos que nos importan, pero en ese punto no estamos peor que los físicos, los químicos o los economistas. Lo que traba nuestro avance no es el desconocimiento de la realidad, sino la actitud fuertemente emotiva que nos permitimos inyectar en nuestro modelo descriptivo de aquello que conocemos. El debate acerca de las autonomías no es el ejemplo más grave de esa inyección, pero nos conmueve a veces de tan cerca que no somos capaces de advertirlo.

Estudios e
investigaciones

Cultura y derecho constitucional

*Entrevista a Peter Häberle**

RAÚL GUSTAVO FERREYRA**

La conversación académica¹ fue realizada el 21 de abril de 2009, en la Facultad de Derecho. Un día después, el decano de la Facultad, Prof. Dr. Atilio A. Alterini, entregó al Prof. Dr. Peter Häberle el doctorado *honoris causa* de la Universidad de Buenos Aires.²

Pregunta 1:

Las categorías jurídicas básicas del derecho constitucional –democracia, república, división de poderes, federalismo, parlamentarismo, cartas de derechos– son invenciones europeas, fundamentalmente, como en tantas otras cosas la civilización actual es heredera del pensamiento de la Ilustración del siglo XVIII. Sin embargo, el modelo constitucional más antiguo es la Constitución de 1787 de EE. UU., proceso que recogió la

* Doctor, profesor y doctor *honoris causa* múltiple. Director ejecutivo del Instituto de Derecho Europeo y Cultura Jurídica de Bayreuth y del Centro de Investigaciones de Derecho Constitucional Europeo, Universidad de Bayreuth. Doctor *honoris causa* por la Universidad de Buenos Aires.

** Profesor de Derecho Constitucional e investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas “Ambrosio Gioja”, Facultad de Derecho. Doctor, Universidad de Buenos Aires.

¹ Colaboró en la entrevista el abogado Sebastián Diego Toledo, docente de Derecho Constitucional, quien formuló las preguntas individualizadas en el texto con los nros. 10 y 11, respectivamente. Con posterioridad al encuentro, el Prof. Häberle envió un texto con las respuestas a las preguntas, pieza constituyente de lo que aquí se publica. Se agradece a la Prof. Irene Knoop la traducción rigurosa y precisa de dicho texto del alemán al castellano.

² Su *lectio doctoralis*: “La Constitución Federal de la Argentina, desde la cultura”, ha sido publicada en *La Ley, Actualidad*, edición del 30 de abril de 2009; la *laudatio* académica fue pronunciada por los Profesores Dres. Eugenio Raúl Zaffaroni y Raúl Gustavo Ferreyra.

producción europea y únicamente añadió, por decirlo de algún modo, el sistema de gobierno presidencialista. El derecho constitucional escrito, formalizado, duradero, eficaz, tiene más de 200 años, a condición de que se establezca que la Constitución de EE. UU. de 1787 significa, razonablemente, un punto de partida. Que observa desarrollo en América Latina y sin entrar en ninguna comparación se puede afirmar que el texto de la Constitución federal de la Argentina de 1853-60 es de los más antiguos, y que, en Europa se afianza, definitivamente, después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, particularmente, con la Constitución de Alemania de 1949.

Los tres modelos constitucionales citados, siguiendo su teoría, configuran la organización fundamental del Estado y la sociedad.

Asumiéndose, pues, que los tres modelos son resultado de la creación humana, es decir tanto el derecho constitucional estadounidense, como el alemán y el argentino son fruto de la actividad del hombre, motivo por el cual, sus reglas, son entes que están en el mundo.

Concretamente, el derecho constitucional es una invención del hombre moderno, tratándose de una cosa (instrumento) que establece la autodeterminación comunitaria.

Ahora bien, esta cosa, el derecho constitucional, según su punto de vista: ¿qué *status* ontológico tiene? Más precisamente, en la eterna disputa filosófica entre idealismo y realismo, ¿las reglas dispuestas en los textos constitucionales son entes reales o ideales?

Respuesta 1:

La respuesta a esta primera pregunta es especialmente complicada. Usted pregunta por el "*status* ontológico" del derecho constitucional. Debo abordar este tema desde dos puntos de vista. En primer lugar, desde un aspecto formal: la Constitución es, en la teoría escalonada del ordenamiento jurídico de Kelsen, el complejo normativo de mayor importancia. Hablamos entonces de la supremacía de la Constitución. Por supuesto existe una jerarquía adicional, inmanente a la Constitución. Las así llamadas cláusulas de eternidad quitan incluso al constitucionalista, cuyo objetivo es la reforma o redacción de la Constitución, determinados valores supremos últimos. Ejemplos de ello encontramos en las famosas cláusulas de la eternidad del famoso art. 79 III de la Constitución Alemana

(GG) así como en Portugal (1976) y en el art. 28 de la Constitución federal de la Argentina. Un primer ejemplo se puede hallar en la Constitución de Noruega de 1814. En cuanto al contenido, la Constitución se compone materialmente de múltiples y variadas figuras legales y principios. Por una parte se extienden hasta una esfera ideal y por la otra poseen una fuerte referencia a la realidad. Reaccionan ante experiencias históricas concretas (por ejemplo: la Constitución Alemana reglamenta en el art. 5º, entre otras, la libertad de información, la que no existía en el Tercer Reich, o la Constitución procesa catástrofes históricas, un ejemplo es el artículo sobre Tschernobyl en la Constitución de Ucrania).

La dignidad humana es el valor supremo, ya que llega hasta el máximo plano idealista, al menos si se la interpreta según I. Kant. Por otro lado, también se encuentran exigencias muy realistas en la Constitución. Se puede mencionar el postulado del pluralismo que aplicó el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) en sus múltiples fallos con respecto a la televisión (palabras clave son el pluralismo interno de las emisoras de televisión públicas y el pluralismo externo de las emisoras privadas que compiten entre sí). Así encontramos en los textos constitucionales, en parte referencias reales y en parte referencias ideales. La doctrina alemana conoce el bello término de “realidad constitucional”, que muchas veces se halla en tensión con el derecho constitucional. Existe, por ejemplo, un conflicto concreto entre la libertad del representante en el Parlamento y su lealtad a su partido político. En Alemania hablamos de la tensión entre el art. 38 y el art. 21 de la Constitución.

Pregunta 2:

Usted ha cumplido más de 50 años dedicados exclusivamente a la investigación y desarrollo científico; la unidad y la excelencia en la tarea del científico constituyen paradigmas de su labor. Naturalmente, su principal preocupación ha sido, y es, el mundo, las cosas que son sus constituyentes y los problemas que afectan a dichos objetos.

Para el conocimiento de la realidad se han ensayado la observación y el razonamiento; en muchos casos, empirismo que proscribe al racionalismo y viceversa.

Sin entrar en la disputa entre racionalistas y empiristas, cuyas consecuencias ciertamente se aprecian también en la ciencia del derecho, y

teniendo presente que usted ha sido el único jurista que ha desarrollado profundamente ideas de Karl Popper, brillante racionalista moderado o crítico (según su propia definición): ¿cuál es el método más apropiado para el conocimiento de la realidad jurídico-constitucional: el experimental, el racionalismo o la mixtura de ambos?

Respuesta 2:

En efecto, me dedico hace exactamente 50 años (comienzo del trabajo en mi tesis doctoral) al estudio científico del derecho constitucional. Uno de mis clásicos referentes es, por cierto, K. Popper y su teoría del racionalismo crítico. Sin embargo, este pensador no puede indagar en profundidad la realidad del Estado constitucional, porque su sociedad abierta precisa, desde un inicio, de fundamentos culturales. En otras palabras, precisa de los principios científico-culturales. La teoría crítica de la Escuela de Frankfurt resulta, a su vez, de gran ayuda. Piénsese en la crítica a los medios y a la sociedad de consumo así como al mundo de las mercancías. Y con anterioridad a Popper, podemos mencionar la sabiduría de los clásicos de la Antigüedad, y me refiero aquí a la relación establecida por Aristóteles entre igualdad y justicia (hablamos de la prohibición de la arbitrariedad) o a su doctrina del derecho natural. Para el pensamiento constitucionalista resultan imprescindibles las teorías del contrato en las variantes de Hobbes a Locke, hasta Rousseau y Kant. Hoy comprendemos a la Constitución como un proceso siempre novedoso entre “el convivir y el soportarse” entre los ciudadanos. Ya en 1978 me animé a formular la teoría de que los tribunales constitucionales participan de la actualización del contrato social vivido. También nos encontramos en el camino hacia un contrato social europeo, que puede alcanzarse a través del avance de la integración europea en forma de diversos contratos, en el sentido de la reforma gradual (desde los contratos romanos del año 1957 hasta Maastricht y Amsterdam en la década de los 90, así como también el fracasado proyecto de Constitución de 2004 y el así llamado Tratado de Reforma de la UE -Lisboa- de 2007, que actualmente está siendo evaluado por el Tribunal Constitucional Federal).

También el federalismo es una manera particularmente compatible con la posibilidad de experimentación. Hace una década que hablo del “taller suizo” o de un Estado federal en continuo proceso de experimentación.

En las Constituciones de los cantones suizos que se encuentran en una profunda revisión, se hallan muchos experimentos, que luego han sido adoptados o corregidos por la instancia superior de la Constitución nacional suiza de 1999.

El racionalismo de Popper tampoco resulta suficiente por la siguiente razón: el hombre no es solamente un “animal racional”, también vive de emociones. El Estado constitucional le da un espacio a estas “fuentes de consenso emocional”, cuando crea himnos nacionales o banderas nacionales (ver al respecto mis últimas obras) o cuando estipula nuevos feriados nacionales. En este punto deberíamos tener presente la imagen del hombre racional y emocional del Estado constitucional. Ni siquiera el mercado es comprensible únicamente a partir de la figura artificial del *homo oeconomicus*. El hombre no vive solamente como “maximizador” racional de sus intereses, sino que también se desempeña en el mercado a partir de motivaciones irracionales. Rüstow, un clásico de la economía nacional, tuvo esto más presente que muchos de los actuales ideólogos del mercado.

Pregunta 3:

Especialmente a partir de 1982 usted ha presentado e insistido con la tesis de que la teoría del derecho constitucional es un producto cultural. Karl Popper dividió la realidad mundana en mundo físico, mundo sensible y mundo cultural. El mundo 3 o cultural de Popper es una realidad objetiva, integrada, básicamente, por el resultado del conocimiento humano.

¿El derecho constitucional y su teoría formarían parte del mundo 3 de Popper?

Respuesta 3:

Usted pregunta acerca de la teoría de los tres mundos de Popper. Yo no estoy tan seguro de que ésta realmente sea de ayuda para los constitucionalistas. La matemática podría ser concebida como perteneciente tanto a las ciencias naturales como al mundo de la cultura. Hasta donde conozco, esta cuestión ni siquiera está resuelta entre los matemáticos. Además no puedo escindir el mundo 3, es decir el mundo de los contenidos espirituales y culturales, del mundo 2, es decir el mundo de

las percepciones individuales. Existen, por ejemplo, discusiones acerca de si las obras de arte de Miguel Ángel o las catedrales góticas pueden ser consideradas –independientemente del observador– como obras de arte, es decir, bellas. Es sabido que ya en la Antigua Grecia existía una clasificación en tres mundos: Logos, Psyche y Physis; los romanos distinguían entre *ratio*, *Intellectus* y materia. Nosotros, los constitucionalistas, debemos partir de la autonomía del “mundo del Estado constitucional” y de su estudio científico, y también debemos tener presentes los límites de nuestras capacidades interpretativas y por ello ser humildes. La filosofía puede especular, asociar a su gusto, la teoría constitucional debe dar respuestas concretas y responsables, como por ejemplo, en el caso de la revisión de una ley parlamentaria por un tribunal constitucional sobre la base de las normas de la Constitución, o en el caso de un juez en lo civil o en lo penal de primera instancia que debe responsabilizarse ante el caso particular a ser juzgado.

Como pequeño complemento, quisiera agregar algunas ideas más acerca de la concepción de los tres mundos:

Hacia 1982 desarrollé la teoría de la Constitución como cultura, o dicho de otro modo, del principio científico-cultural. K. Popper fue esclarecedor para mí solamente con respecto a su concepto de la sociedad abierta, es decir, el rechazo de todos los sistemas totalitarios como el nacionalsocialismo, el fascismo, el marxismo y el leninismo. No comparto su crítica a Platón, porque, como es sabido, según una observación ingeniosa de Whitehead, todo pensamiento es una cita a pie de página a la obra de Platón. A diferencia de Popper, intento fundamentar la sociedad abierta a partir del principio científico-cultural. Y hasta donde yo sé, esto no es lo que pretende Popper. Sin cultura el ser humano, a pesar toda la apertura, caería a un precipicio. Por lo demás, hoy en día no existen, en mi opinión, tres mundos. Existe solamente un mundo, aunque por supuesto se trata de un mundo con gran diversidad cultural.

Tampoco comparto la idea de primer mundo, segundo mundo y tercer mundo, porque tiende a una cuestión valorativa que no es correcta. El primer mundo, es decir la así llamada vieja Europa, aún hoy puede aprender mucho del tercer mundo. Esto es especialmente válido para el derecho constitucional. Piénsese por ejemplo en la figura del defensor del pueblo en América Latina, a la cual aportó especialmente México.

Pregunta 4:

A principios de la década de los 60 usted presenta en la comunidad científica del derecho constitucional un nuevo paradigma teórico, explicación y desarrollo de una regla de la Constitución alemana de 1949. Magníficamente, en el art. 19, apart. 2 se dispone: “en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”. La regla constitucional alemana ha significado un paradigma para la comprensión y desarrollo de los derechos fundamentales, felizmente imitada. Particularmente, usted planteó en su tesis doctoral la doble dimensión de los derechos fundamentales: la subjetiva o plurisubjetiva y la institucional.

A 60 años de la sanción de la Ley Fundamental de Bonn y casi 50 de la publicación originaria de su tesis doctoral: ¿qué balance hace de la aplicación de la regla en el derecho constitucional alemán? ¿Qué horizonte de proyección se atreve a pronosticar para el siglo XXI, para Estados como el argentino, por ejemplo, cuya Constitución federal a partir de 1994 ha dotado de jerarquía constitucional a los más importantes instrumentos internacionales de derechos humanos y son derecho directamente aplicable?

Respuesta 4:

Ha sido una gran suerte para mí haber podido proponer a mi maestro académico K. Hesse en Freiburg, la elección de la famosa “Garantía del contenido esencial” del art. 19 II de la Constitución alemana (GG) para mi tesis doctoral. A su compleja pregunta responderé en tres pasos: la garantía del contenido esencial se basaba en estudios previos sobre la dogmática en tiempos de la República de Weimar. La Constitución la normó con la intención de poner un límite a todos los socavamientos abiertos y encubiertos de los derechos fundamentales. A efectos de la comparación de las constituciones: en muchos continentes y en muchas constituciones nacionales, y recientemente incluso en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se encuentran diferentes formulaciones del art. 19 II GG. Las constituciones de los cantones suizos hablan de las garantías del contenido esencial. Algunas constituciones del Este europeo, como la de Polonia y la de Estonia, protegen el contenido esencial. Incluso en la Constitución de España de 1978 se puede

reconocer el modelo del art. 19 II GG. Finalmente, también encontramos artículos que siguen a este modelo en las constituciones de las provincias sudafricanas. En otras palabras, la garantía del contenido esencial probablemente se haya tornado en el mayor éxito de exportación del GG.

En Alemania existen tres teorías: La garantía del contenido esencial absoluta, según la cual la esencia última de los derechos fundamentales está protegida en forma intangible aun con respecto al legislador, luego la teoría de la garantía esencial relativa, que trabaja con una valoración de los bienes jurídicos, y finalmente una solución combinada, que propuse yo mismo en 1962 y que hasta fue adoptada por mi gran maestro K. Hesse en su obra *Grundzüge* (1967). Me alegra que la Constitución argentina de 1994 haya colocado a los derechos humanos como de aplicación directa en la instancia superior de la jerarquía normativa.

Pregunta 5:

Su tesis sobre la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución fue inaugurada en 1975.³ Allí usted plantea la ampliación de la interpretación del derecho constitucional a todos los ciudadanos y no restringirla, solamente, a los operadores, es decir, jueces y constitucionalistas.

Su “sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución” es una comunidad luminosa si se la compara con la sociedad que limita la interpretación del derecho constitucional.

La tesis de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución fue enunciada al mismo tiempo que el mundo asistía al comienzo de un profundo cambio tecnológico, especialmente en las comunicaciones.

Concretamente, la información y la comunicación en 1975 no eran ni remotamente lo que es hoy en día; las posibilidades que permiten los medios de comunicación actualmente han crecido exponencialmente en los últimos 40 años. Consecuentemente, teniendo en cuenta que el hombre siempre debe enfrentar la dificultad gnoseológica de lo que no conoce:

³ Ver, por todos, HÄBERLE, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 6, nro. 11, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 29-61. Traducción al español realizada por el Prof. Xabier Arzoz Santiesteban.

¿cree usted que el cambio radical en las comunicaciones facilita la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución? O dicho de otro modo: ¿considera usted atinente la actualización de su tesis teniendo en cuenta la globalización de la información y, en paralelo, que no todo se conoce?

Respuesta 5:

Al paradigma de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución lo desarrollé en 1975. Recién 20 años después tomé conciencia de que, desde el punto de vista de la historia de la cultura, detrás de esta idea podría hallarse la tesis protestante de Martín Lutero acerca del sacerdocio de todos los creyentes. Realicemos una mirada retrospectiva: en la antigua Roma, el conocimiento del derecho estaba reservado a la casta de los sacerdotes. La Ley de las Doce Tablas trajo consigo el conocimiento público del derecho para los ciudadanos romanos, la que, como es sabido, fue creada por un grupo de juristas y políticos que viajó a Atenas, y se orientó en la legislación de Solón, que la gobernaba. El carácter público del derecho es característica fundamental de todo Estado constitucional hasta hoy en día. Lo novedoso del paradigma de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución es que ya no se trata del conocimiento público del derecho, sino de que todos los ciudadanos tengan acceso al proceso interpretativo. La Corte Suprema de Brasil, bajo su presidente Mendes, fundamentó la aplicación del *amicus curiae* teóricamente a partir del concepto de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución. El Tribunal Constitucional Federal alemán procede de manera pragmática y desde hace mucho tiempo otorga la palabra a grupos pluralistas, como por ejemplo, los sindicatos, las entidades empresariales, la Iglesia y otras comunidades religiosas en algunos procesos judiciales importantes, en audiencias públicas.

En 1975 no imaginaba los tremendos desarrollos que, especialmente en el ámbito técnico, podrían desafiar o quizás poner en duda mi paradigma.

Ya en la primera edición de mi obra *Europäische Verfassungslehre* de los años 2000/2001, así como también en la 6ª edición de 2008, proyecté la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales a la Unión Europea. Actualmente ya existen indicios de una sociedad abierta de intérpretes

constitucionales en Europa. Esto se puede constatar a través de la participación vía internet de algunos ciudadanos en el proyecto de la Constitución de 2004. Si esa Constitución europea hubiera entrado en vigencia, ya podríamos hablar de una sociedad abierta de constitucionalistas en Europa. En Suiza, por ejemplo, existen procedimientos de audiencia pública: ciudadanos y grupos pluralistas pueden opinar acerca de proyectos de ley y revisiones de la Constitución. A nivel mundial debemos hablar de un conjunto de constituciones parciales. Aún no existe un derecho constitucional mundial completo y probablemente tampoco se debería tender hacia él. Solamente existen constituciones parciales como la Carta de las Naciones Unidas, el Convenio de Derecho Marítimo internacional o el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, proyectado en Roma y llevado a la práctica en La Haya.

Mi concepto ideal de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución es puesto en riesgo tanto en pequeña como en gran escala. A través de los procesos de concentración de poder, por un lado, y por los lamentables procesos de economización, por el otro. Sin embargo, también podemos hallar aspectos positivos: organizaciones no gubernamentales participan de los procesos de información mundiales, como, por ejemplo, en el derecho de protección al medio ambiente o en los derechos humanos.

Pregunta 6:

Hacia fines de la década de los 70 usted presentó un nuevo paradigma: la Constitución como proceso público. Estimo que su tesis, singularmente, es un desarrollo de su postulado de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución. Lamentablemente, todavía, su contribución sobre la Constitución como proceso público no ha sido traducida al castellano: ¿podría usted trazar los rasgos básicos de su construcción teórica sobre la Constitución como proceso público?

Respuesta 6:

Mi paradigma de la Constitución como proceso público se basa en los aportes científicos de Rudolf Smend (*Zum Problem des Öffentlichen*, 1955) así como también de la obra de J. Habermas, *Zum Strukturwandel der Öffentlichkeit*, que data de fines de la década de los 60. En un principio

otorgué especial importancia a la vinculación con la corriente tradicional de la Antigüedad, especialmente de Cicerón: *salus publica, res publica, res populi*. En textos constitucionales más contemporáneos, lo público se refleja en las normas constitucionales de la tradición francesa y española, que hablan de la libertad pública. Me gusta distinguir entre la así llamada tríada republicana: el ámbito privado personal protegido por el derecho fundamental, como el matrimonio, la familia, la protección de los datos personales y la protección de la palabra personal, también en el derecho penal. Protección de los sistemas tecnológicos de información (como, por ejemplo, el examen *on-line*). Protección de la autodeterminación informativa.

El segundo ámbito es el público-social. Con esto me refiero al estatus público de los partidos políticos y de los diputados en el Parlamento, de las actividades públicas de corporaciones como los gremios, por ejemplo, los sindicatos (derecho de huelga), hasta el así llamado derecho público de las iglesias, que fue desarrollado por Rudolf Smend en la década de los 50.

El tercer ámbito es el público-estatal, es decir, el carácter público del Parlamento, el carácter público del Tribunal de Cuentas y las audiencias públicas ante un Tribunal Constitucional.

La idea de proceso me resulta de importancia a causa del principio democrático. La democracia vive gracias a los procesos, que en definitiva deberían conducir a compromisos. Como la Constitución en tanto marco normativo realiza solamente, en parte, presupuestos de carácter sustantivo, lo demás deberá desarrollarse a lo largo del tiempo mediante la estructuración justa de una gran diversidad de procesos. Un ejemplo es mi reflexión: *salus publica ex processu* (1970). Los procesos precisan, por supuesto, de una protección gradual de las minorías. Piénsese por ejemplo en los derechos constitucionales de la oposición en el Parlamento. El carácter público de la Constitución es un aspecto de mi idea acerca de la Constitución como proceso público. Este carácter público por supuesto no es ilimitado, ya que existen valores materiales fundamentales que no son negociables y que preexisten a la Constitución como proceso público: aquí pienso sobre todo en la dignidad humana como premisa cultural y antropológica del Estado constitucional, dignidad humana en el sentido de I. Kant. La idea de proceso además es especialmente co-

nocida en el derecho angloamericano (*fair, due process*). Es más, esta idea ya existía en el derecho romano (*audiatur et altera pars*). Piénsese también en el proceso de prueba y error en Popper. Hasta podría agregar como ejemplo un texto clásico de F. A. Hayek: el mercado como proceso de descubrimiento. Esto último a pesar de que el mercado, en mi opinión, solamente posee un significado instrumental y que no comparto, especialmente hoy en día, la ideología liberal de mercado.

Pregunta 7:

La dogmática constitucional del siglo XXI en América Latina ha recibido un muy importante estímulo con la publicación de su obra *El Estado constitucional*, primero en México⁴ y ahora en la Argentina.

Usted plantea y desarrolla la existencia de un nuevo tipo de Estado, el Estado constitucional. Éste admite tanto el sistema de gobierno presidencialista como parlamentarista.

En Europa, el modelo presidencialista es desconocido en la práctica. No sucede lo mismo en América Latina, donde lo desconocido es la práctica del parlamentarismo. El parlamentarismo, rudimentariamente, exige cooperación de los partidos políticos; en cambio, el presidencialismo, la confrontación.

Desde hace 15 años, nuestro amigo Eugenio Raúl Zaffaroni ha insistido repetidamente que en América Latina la inexistencia de golpes de Estado no significa la debilidad de los gobiernos; precisamente, los gobiernos constitucionales en América Latina caen, por su propio peso, por su raíz presidencialista, que impediría la participación de todas las fuerzas en el escenario político.

Zaffaroni propone la reforma constitucional en América Latina, especialmente en la Argentina, y la adopción de los sistemas parlamentarios.

Nuestro amigo en común, Diego Valadés, por su parte, desde México, en una obra reciente propone examinar la “parlamentarización del presidencialismo”.

⁴ Ver, por todos, HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003. Traducción al español realizada por Héctor Fix Fierro y el estudio introductorio por Diego Valadés.

Acertadamente, Otto Bachoff advirtió que no existen patentes de invención que aseguren el funcionamiento de un determinado sistema de gobierno; creo, por mi parte, que es inmediatamente necesario el cambio constitucional en la Argentina y la salida urgente y ordenada del hiperpresidencialismo. Sin ingresar en el debate doctrinario parlamentarismo-presidencialismo, siendo usted un teórico del derecho constitucional y de su cambio formalizado: ¿cuáles son las luces y cuáles son las sombras del funcionamiento durante 60 años del parlamentarismo en Alemania?

Respuesta 7:

Conozco la discusión latinoamericana con respecto a los conceptos planteados por el gran juez Zaffaroni y el autor mexicano Valadés. También sé que en América Latina se discute mucho en torno a las ideas de presidencialismo y parlamentarismo. Creo que es probable que los países jóvenes que atraviesan situaciones difíciles, en especial aquellos países llamados emergentes como Brasil, precisen de un presidente con poderes limitados, pero importantes. Decisiva es justamente aquí la circunscripción del mandato a 4 o 5 años y la limitación de la reelección a dos períodos de gestión consecutiva. Un contraejemplo catastrófico: Venezuela bajo el gobierno de Chávez hoy.

Los sistemas presidenciales en países jóvenes precisan una contraparte por fuertes tribunales constitucionales, como podemos observar con alegría actualmente en Brasil gracias a la Corte Suprema bajo G. Mendes. Los sistemas parlamentarios tienen la gran ventaja de ser un reflejo pluralista de la sociedad abierta. En esto sin embargo podemos hallar un debilitamiento de los procesos de decisión.

Permítame una comparación con Francia. Usted sabe que De Gaulle adecuó la Constitución de la Quinta República de 1958 a sus propios intereses y que en el fondo despreciaba el sistema parlamentario de partidos. Hoy tenemos en Francia, la patria de los derechos humanos, tendencias hacia una república monárquica (presidente Sarkozy-Bruni). España puede llamarse una monarquía republicana. Aquí como allá existe un Parlamento, aunque con diferente vitalidad y fuerza.

La teoría y la práctica del parlamentarismo en nuestra –desde hace 60 años– exitosa democracia de acuerdo con la Ley Fundamental presenta más luces que sombras. Nombraré algunas sombras: la democracia par-

tidaria domina en parte al Parlamento y los diputados en el Parlamento en demasiado pocas ocasiones pueden hacerse oír de manera espontánea e independiente. Esto es expresión de la oligarquía de los partidos políticos ya existente en tiempos de la República de Weimar. Sin embargo aún hoy en día tienen lugar importantes decisiones parlamentarias. Por lo general gracias a oradores individuales. Inolvidables son algunos discursos del importante jurista de la SPD, Adolf Arndt, así como también los discursos del diputado Ernst Benda, recientemente fallecido, con relación a la imprescriptibilidad y a los crímenes capitales.

El parlamentarismo de nuestra Constitución intenta siempre nuevas reformas parlamentarias con el objetivo de reanimar la discusión (por ej. las actuales horas de planteo de preguntas). El parlamento alemán es considerado un activo parlamento de trabajo, es decir, el trabajo principal es realizado en las comisiones. Actualmente se discute la instalación de una televisión propia del Parlamento. El presidente alemán se ve acotado a tareas representativas de acuerdo con la propia Constitución. Sólo en casos excepcionales puede disolver el Parlamento. Esto es una antítesis con respecto a la República de Weimar. Cabe agregar que desde K. Adenauer se habla de una "democracia del canciller". No oculto que estoy en contra de la opinión generalizada de que las mociones de desconfianza presentadas por los cancilleres H. Kohl y G. Schröder, que luego tuvieron éxito, sean formas de abusar de la Constitución. Lamentablemente el Tribunal Constitucional Federal no se opuso a este abuso de las formas. En realidad ambos cancilleres tenían la confianza de la mayoría de sus respectivos partidos políticos, pero pretendían "por la fuerza" un nuevo mandato del pueblo alemán.

Pregunta 8:

Una de las discusiones en derecho constitucional podría ser presentada de este modo: un grupo de teóricos asume y respalda la idea de que la Constitución expresa un orden de valores dispuesto por el poder constituyente en el momento fundacional; otro grupo, por su parte, sostiene que la Constitución lejos de expresar un orden de valores, constituye uno básico que es asegurar que gobernarán quienes obtengan la mayoría de acuerdo al proceso fijado por la propia Constitución.

De manera esquemática, el primer grupo de opinión puede ser caracterizado como “valorativistas” y el segundo de “formalistas”.

Consecuentemente, entre formalistas y no formalistas: ¿qué grano de verdad atribuye usted a uno y a otro grupo, especialmente teniendo en cuenta su tesis sobre texto y contexto constitucional?

Respuesta 8:

Desde mi punto de vista, la Constitución expresa una pluralidad de valores fundamentales: comenzando con la dignidad humana, pasando por los derechos fundamentales individuales hasta llegar a la democracia como consecuencia organizacional de los derechos humanos. A esto se suma la genial idea de Montesquieu con relación a la división de los poderes. Entendemos ésta horizontalmente en el sentido de los tres poderes. Pero también la entendemos verticalmente en las formas del federalismo, de las corporaciones territoriales autónomas en España y de la autogestión comunal. A esto se suman funciones del Estado: del Estado social, pasando por el Estado cultural hasta llegar al Estado ecológico. La Constitución es en distinto grado un ordenamiento marco. Algunos principios son inmodificables, otros pueden ser modificados con la mayoría de dos tercios. Mi tesis de los niveles textuales involucra también siempre a los contextos. Con esto me refiero al hecho de explicar a través de aportes reflexivos, lo cual tiene sus límites. El paradigma de los niveles textuales significa que muchas veces sucede que un constitucionalista concreta con posterioridad en un texto lo que ya fue fijado por sentencias judiciales o ya ha sido puesto en práctica por la realidad constitucional.

Pregunta 9:

La jurisdicción constitucional, esto es, la invención de que la Constitución establece un ordenamiento jerárquico en cuya cima, precisamente, está la Constitución y consecuentemente, pueden inaplicarse todas las leyes que se le opongan, cumplió 200 años.

El célebre fallo “Marbury vs. Madison” en 1803 inauguró la jurisdicción constitucional.

En 2009 se cumplen 60 años de una de las jurisdicciones constitucionales más desarrolladas del mundo, la alemana, y, concretamente, dentro de 2 años se cumplirán 80 años de una de las polémicas más

famosas del derecho: “Hans Kelsen vs. Carl Schmitt”: ¿quién debe ser el guardián de la Constitución?

Usted ha anotado, con objetividad y rigor, que los aniversarios son útiles para recrear y repensar las bases emocionales de consenso comunitario.

Desde dicha perspectiva y sin pasar por alto las objetivas diferencias que existen en el ámbito de la jurisdicción constitucional –entre jurisdicción que adopta el modelo difuso y jurisdicción que adopta el modelo concentrado–: ¿cuál es el inventario de la jurisdicción constitucional en nuestro tiempo? Dicho de otro modo: ¿qué avances se aprecian en el control de la ley inconstitucional y qué desafíos o retos quedan por delante en el siglo XXI?

Respuesta 9:

Todo Estado constitucional debería poder decidir si elige una jurisdicción constitucional difusa o una jurisdicción constitucional concentrada. El grado de efectividad del modelo difuso es demostrado en el caso “Marbury vs. Madison” (1803) en Estados Unidos. El grado de efectividad para una jurisdicción constitucional autónoma es demostrado por la Corte en Roma (1947), la Constitución alemana (1949), el Tribunal Constitucional Federal comenzó en 1951, y muy especialmente el Tribunal Constitucional en Lisboa y en España. En nuestros días, los instrumentos de la jurisdicción constitucional se han perfeccionado enormemente. Con relación a esto solamente algunas ideas clave: la contemplación de las consecuencias de un fallo de un juez, la exigencia de la comparación constitucional como quinto método de interpretación, lo cual fue propuesto por mí en 1989, adoptado por el Tribunal Estatal en Lichtenstein en la década de los 90, que hacen referencia a mi persona, y llevado a la práctica por muchos Tribunales Constitucionales europeos. Lamentablemente en este punto la Corte Suprema de los Estados Unidos, a la que tenemos tanto que agradecer, se encuentra especialmente rezagada. Solamente la jueza Ginsburg expresó hace poco en una entrevista para un periódico americano, que en la Corte Suprema americana debería realizarse más derecho comparado y que los Tribunales Constitucionales nacionales deberían preocuparse más por comprenderse como instrumentos en un sistema mundial. Tengamos en cuenta que el Tribunal Europeo de Primera Instancia en Luxemburgo ahora también formula

peticiones jurídicas al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. El concepto alemán de Estado de derecho y la *rule of law* de los países anglosajones se encuentran, juntamente con la defensa universal de los derechos humanos, en la vanguardia. Finalmente, a los instrumentos de la jurisdicción constitucional también pertenece la posibilidad de votos judiciales extraordinarios, creada en los Estados Unidos, implementada también en el Tribunal Constitucional Federal (aún no en Italia) y llevado al plano constitucional en la Constitución de España. Existen ejemplos para demostrar que el voto extraordinario de hoy se constituirá en un voto extraordinario de mañana, gracias a la dimensión pública en la dimensión temporal. En mi opinión, esto constituye una prueba para la existencia de la "Constitución como proceso público".

Pregunta 10:

En Latinoamérica, los mecanismos democráticos (sufragio) y la división de poderes se ven muchas veces afectados por intereses particulares o sectoriales. Está surgiendo un importante activismo judicial, como reacción que llega, incluso, a normar explícitamente antes las falencias de los otros poderes. ¿Considera usted que esto promueve la consolidación institucional o es un retrotraimiento del sistema republicano?

Respuesta 10:

Gracias a las invitaciones a México, Brasil y ahora felizmente a la Argentina, es de mi conocimiento que la división de poderes en América Latina muchas veces se encuentra amenazada por intereses políticos reales. Como observador participante estoy contento de que los tribunales constitucionales practiquen el *judicial activism* y que obliguen a los demás poderes a actuar. Desde un punto de vista comparativo podemos aprender que en los Estados constitucionales existe una interacción entre *judicial activism* y *judicial restraint*. Esto lo encontramos en la historia de la Suprema Corte americana. También el Tribunal Constitucional Federal alemán atraviesa distintos momentos con diferentes grados de actividad. Probablemente sea únicamente el espíritu del mundo el que pueda reconocer cuándo resulta conveniente la actividad y cuándo la pasividad. Lo que es seguro es que el Tribunal Constitucional húngaro había sido bien asesorado tras la caída del muro en 1989/1990 y se animó a una

postura muy activista, ya que los demás poderes aún no podían trabajar conforme a la Constitución. Según mi conocimiento, el Tribunal Constitucional de Budapest hoy en día actúa de manera más moderada. Esto merece la aprobación, ya que el Estado constitucional húngaro se encuentra bien establecido. Se hablaba entonces de una Constitución invisible inventada o hasta puesta en práctica por el Tribunal Constitucional. En mi opinión, para Argentina vale lo siguiente: el activismo jurídico de su Corte Suprema reside actualmente en la consolidación del orden institucional. El sistema republicano no se ve debilitado por una actividad jurídica temporal, sino fortalecido. Más específicamente, en una etapa de transición o de madurez los demás órganos estatales deben y pueden aprender de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina.

Pregunta 11:

¿Qué propuestas podría formular en torno a la concretización de su idea de la sociedad abierta de intérpretes constitucionales en democracias “jóvenes” como la Argentina?

Respuesta 11:

El paradigma de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales debería constituirse en objeto de la pedagogía. En otras palabras: los derechos humanos ya deberían ser aprendidos en la escuela como objetivos de la educación, como ya fue propuesto tempranamente por las Constituciones de Perú y Guatemala. En la Argentina se debería incentivar a la juventud tempranamente a participar de los procesos de creación e interpretación del derecho a través de peticiones y discusiones. Es posible que esto aún sea una utopía. Al menos las universidades deberían ser exigidas en este sentido. En 1974, en una conferencia en Berlín, me animé a formular la siguiente hipótesis: de las escuelas depende la teoría constitucional que podamos desarrollar en el futuro.

Pregunta 12:

Alemania y la Argentina han tenido relaciones desde el siglo XIX.

Sin embargo, las relaciones académicas son de más reciente data y, quizás, consecuencia de la globalización y la nueva sociedad de la información.

A lo largo de su vida, usted siempre ha desistido tanto del ejercicio profesional de la abogacía como de ocupar cargos públicos electivos. Dicho prontamente, usted ha dedicado su vida a la academia, ha privilegiado la unidad en la investigación y asegurado la imparcialidad y el rigor científicos.

Naturalmente, a lo largo de su vida ha obtenido méritos académicos de diferente naturaleza y en distintos lugares y momentos.

Los profesores Atilio A. Alterini y Eugenio Raúl Zaffaroni son, seguramente, dos de los más distinguidos juristas de Iberoamérica.

Ellos, desde la Universidad de Buenos Aires, Alterini como decano y Zaffaroni como director del Departamento de Derecho Penal, han impulsado y liderado, junto a un grupo nutrido de profesores que integramos, el otorgamiento del Doctorado *Honoris causa*.

¿Cuál es la representación singular que este Doctorado significa en su valiosísima trayectoria de estudio e investigación científica?

¿Cree usted que es posible profundizar las relaciones académicas entre la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y el mundo académico alemán? En caso afirmativo: ¿qué itinerarios sugiere para el desarrollo de las relaciones institucionales académicas?

Respuesta 12:

- Programas de intercambio, tanto de estudiantes como de doctores y docentes. Decisivo es el acompañamiento por un profesor individual del Tribunal Constitucional.
- ¡Las personas logran mejores instituciones!
- A través de convenios de cooperación.
- La Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires debería vincularse con alguna de las mejores Facultades alemanas.

Pregunta 13:

Al comenzar esta entrevista, se hace mención a distintas experiencias constitucionales: la estadounidense, la alemana y la argentina. Los tres Estados tienen una nota en común: la orientación jurídica del Estado es la federal.

El cambio constitucional formalizado, la reforma constitucional, ha observado a lo largo del tiempo diferentes itinerarios: en los EE. UU. la Constitución ha sido reformada en menos de 18 oportunidades en más de 200 años; la Argentina reformó la Constitución federal en 5 oportunidades en 156 años y, significativamente, Alemania la ha modificado en muchísimas más oportunidades que los cambios constitucionales en la Argentina y EE. UU. sumados.

Si se compara la experiencia alemana con la estadounidense, la flexibilidad constitucional alemana no ha sido superior a la rigidez constitucional estadounidense, si lo que se pretende comparar es la estabilidad de los sistemas constitucionales. Tanto los alemanes desde 1949, como los estadounidenses desde 1789, estrictamente, en lo relacionado con la estabilidad apuntada, con medios e instrumentos distintos lo van logrando.

Pareciera, pues, para un observador externo del sistema jurídico alemán que los alemanes adaptan su Constitución todas las veces que sea necesario y los estadounidenses sin llegar a la reforma igual viven dentro del perímetro constitucional.

Consecuentemente, no hay una única fórmula vinculada a la reforma constitucional.

No obstante, el derecho constitucional implica un diálogo intergeneracional: las generaciones venideras se verán beneficiadas y perjudicadas, tanto por lo satisfactorio que se establezca como por las asignaturas pendientes o los errores en la configuración constitucional.

Asimismo, hoy se asiste a la fantástica irrupción del derecho comunitario y del derecho internacional de los derechos humanos.

¿Cuál piensa que será el escenario en el mundo del siglo XXI: “la internacionalización del derecho constitucional” o la “constitucionalización del derecho internacional”?

Respuesta 13:

Ambas cuestiones son correctas: por una parte, una apertura del derecho constitucional nacional hacia el derecho internacional. Mi expresión clave “Estado constitucional cooperativo” (1978) o la expresión del ya fallecido colega K. Vogel de “estatalidad abierta”. En Europa hablamos de la europeización de las normativas jurídicas nacionales y de los tri-

bunales constitucionales. Al mismo tiempo podemos hablar de manera limitada y sólo puntualmente de una constitucionalización del derecho internacional. Para ello se debería clarificar el concepto de Constitución. En este caso sólo se puede tratar de Constituciones parciales. Un postulado clásico sigue siendo la paz perpetua de Kant (1795) y su concepto del propósito cosmopolita. Yo mismo defino el derecho internacional público como derecho de la humanidad universal. El Derecho Internacional Público es hoy en día la disciplina parcial más interesante de las ciencias jurídicas. Yo mismo estoy muy viejo como para impulsar este proceso. La próxima generación tiene este desafío. Precisamos de una nueva Escuela de Salamanca, que por ejemplo, como ya fue esbozado, defienda el principio de Estado constitucional en el derecho internacional público y que cree garantías para el respeto de los derechos humanos universales. En América Latina esto es especialmente válido para la población aborígen oprimida. Me alegra que, al menos a nivel de textos constitucionales, muchas Constituciones latinoamericanas tengan en cuenta a los pueblos aborígenes. La realidad constitucional presenta grandes déficits en este sentido. Felicito al amigo Raúl G. Ferreyra por ocuparse desinteresadamente de los derechos vulnerados y de las condiciones de vida de los pueblos indígenas en el norte argentino,⁵ y espero que la Corte Suprema de Justicia de la Nación encuentre aquí un camino que al mismo tiempo signifique un aporte a mi idea acerca de un derecho constitucional común para toda América Latina.

Pregunta 14:

Usted en casi toda su obra hace constante agradecimiento y reconocimiento a su Maestro, Konrad Hesse, constitucionalista y juez del Tribunal Constitucional alemán.

¿Cuáles son las afirmaciones básicas en cuanto al método de la investigación científica que usted recuerda de su Maestro?

¿Cuáles son las proposiciones capitales, en cuanto al objeto de estudio, el derecho constitucional, que lo han influido más marcadamente?

⁵ Ver por todos: Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re*: "Salas, Dino y otros c/Provincia de Salta y Estado Nacional", resoluciones del 19 de diciembre de 2008 y del 26 de marzo de 2009.

¿Sigue pensando que los Maestros aprenden de sus discípulos? En caso afirmativo: ¿qué aconsejaría a quienes hoy comienzan su estudio del derecho constitucional?

Respuesta 14:

Agradezco esta pregunta final acerca de mi maestro K. Hesse, que también abarca cuestiones de índole más personal. Su *opus magnum* son los *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (1ª ed., 1967, dedicada a R. Smend; 20ª ed., 1995). Se trata de un clásico joven, convincente en la estructuración de su objeto de estudio y en el análisis sistemático del tema, ¡menos adecuado para los estudiantes de los primeros semestres que para los doctorandos y los colegas!

Aportes originales de este libro, que no presenta un abordaje comparativo, sino que se dedica exclusivamente al derecho fundamental, son:

- la fuerza normativa de la Constitución, Lección inaugural 1956, antítesis a la idea de la fuerza normativa de lo fáctico de G. Jellinek;
- el principio de la concordancia práctica, es decir, el equilibrio cuidadoso a través de la valoración de los bienes jurídicos de principios en conflicto, como los derechos fundamentales, por un lado, y las situaciones de estatus especial, como en el caso de los funcionarios de carrera y el ejército, por el otro lado;
- su principio de “concretización” en el proceso de interpretación de las normas constitucionales, por ejemplo, a través del legislador (mi tesis acerca de la necesidad de estructuración de todos los derechos fundamentales) y jurisprudencia constitucional.

Adopté muchas de estas ideas como fundamento de mis reflexiones. Además, según el prólogo de Hesse, pertenezco al grupo de asistentes que acompañó el largo proceso de formulación de estas ideas. Mi intento en el año 1965, de entusiasmarlo por el tema de la cultura, lamentablemente fracasó.

En efecto, creo en el contrato científico generacional entre maestros y estudiantes. Ya en la Antigüedad (Sócrates, Platón, Aristóteles), o en las escuelas monacales, y también en los obradores de las grandes catedrales, existían vínculos entre maestros y alumnos. En principio estos

vínculos versarán en torno a la adquisición de herramientas jurídicas básicas, más adelante podrán adquirir mayor complejidad conceptual.

Mis consejos para estudiantes del primer semestre: en primer lugar una opinión personal, buscarse tempranamente un maestro. Y en paralelo comenzar inmediatamente con la lectura de los clásicos, es decir, desde textos de Montesquieu, Rousseau y Kant hasta J. Rawls y H. Jonas.

Luego, paralelamente al estudio del derecho constitucional de su país, profundizar en el estudio de otro derecho constitucional nacional, según la influencia de personas de su conocimiento.

Manifestación final del profesor P. Häberle:

Permítanme ustedes, don Raúl Gustavo y don Sebastián, abordar un tema personal para finalizar este impactante conjunto de preguntas. Creo en el futuro del Estado constitucional en toda América Latina. Existirán retrocesos, como en el caso de Venezuela hoy, algunas veces las posibilidades podrán superar a las utopías concretas, como sucede actualmente en algunos textos constitucionales de Colombia, pero en la realidad constitucional se encuentran cada vez más salidas positivas. Stefan Zweig hablaba ya hace décadas de Brasil como el "país del futuro". Después de mi segunda visita a vuestro país puedo suponer que hoy la Argentina también es un país del futuro. Esto por varias razones: la Argentina posee excelentes textos constitucionales, los cuales presentan muchas posibilidades en términos de la interpretación de los mismos, esto en el sentido de mi pensamiento de las posibilidades. La Argentina cuenta con una Corte Suprema con un gran maestro como el juez Zaffaroni, quien gracias al *judicial activism* puede salvar algunos déficits del sistema. Además existe en la Argentina una comunidad científica nacional activa e innovadora en lo que respecta al tema del Estado constitucional. He leído varios libros y he tenido varias conversaciones que me vuelven optimista en este sentido. La nueva generación da lugar a grandes expectativas. Pude vivenciar esto ayer en el seminario de vuestro "Círculo Doxa de la Ciudad de Buenos Aires",⁶ al que yo llamo "círculo sagrado". Los jóvenes doctorandos, también algunos estudiantes, formulaban preguntas muy específicas que demostraban cuán informados estaban con

⁶ Ver por todos: [en línea] <www.circulodoxa.org>.

respecto al tema del Estado constitucional y más allá del caso de su propio país: desde preguntas acerca de la Unión Europea, hasta la pregunta delicada, pero crucial, acerca de la incorporación de Turquía en la UE o cuestiones referidas al proceso de integración europeo (palabra clave: el tratado de Lisboa) o haciendo alusión a procesos culturales de rechazo, que deben haber tenido lugar en el transcurso de la rápida, y a nivel político necesaria, reunificación alemana. En tanto existan estos seminarios en el sentido del W. v. Humboldt, de unidad entre investigación y docencia, en tanto exista una comunidad de educadores y educandos, no temo por la Argentina. Los excesos del presidencialismo pueden ser limitados justamente por las universidades y los jóvenes abogados constitucionalistas. Agradezco la hospitalidad, la recepción amable de mis ideas y las ricas enseñanzas. Asimismo deseo que la Argentina continúe ejerciendo un rol preponderante en el largo proceso de conformación de su Estado constitucional y que realice aportes creativos para la conformación de un derecho constitucional común para toda América Latina, como ya lo he expresado en una jornada realizada en México D. F. hace aproximadamente 8 años.

Muchas gracias.

¿Se puede estudiar la trompeta sin escucharla o verla? Sí claro: en la Facultad de Derecho*

TOMÁS MARINO**

...Entonces el Derecho se convierte en una suerte de mixtura entre una religión metafísica y una ciencia donde los conceptos mismos son los que son objeto de estudio por otros conceptos (...). El impacto de ello es una educación legal poco práctica y muy abstracta, con pocos referentes reales y con estudiantes hábiles en “matemática conceptual” y lejos de la comprensión del problema real que los conceptos tratan de regular y comprender...

ALFREDO BULLARD

Ya había comentado algo antes de ahora acerca de la posibilidad de mejorar la enseñanza del derecho –ante la imposibilidad de revolucionarla, al menos– por medio de una serie de pautas o consejos muy básicos que (creo) no obedecen más que al mero sentido común.

Lo que pretendo desmitificar (y por tanto refutar) es esa creencia instalada de que es posible aprender algo sin verlo o saber cómo es eso de lo que se esté hablando y que –para peor– sea necesario esperar a las últimas materias de la carrera o incluso a recibirse, para entrar en la “selva” (o el “pantano” como lo llama Alfredo Bullard)¹ y recién allí ver aquello de lo que se hablaba en las materias de la facultad. No sólo mostrar que eso es irracional, sino penoso, triste y no supera un *test* de razonabilidad cuyo único parámetro es el mismo sentido común.

* Publicado originalmente en el blog “¿Quiero ser abogado o un licenciado en derecho?” el día 14 de mayo de 2009. Ver [en línea] <quieroserabogado.blogspot.com>.

** Alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

¹ BULLARD, Alfredo y A. Cecilia MAC LEAN, *La enseñanza del derecho. ¿Cofradía o archicofradía?*, [en línea] <<http://islandia.law.yale.edu/sela/bullards.pdf>>.

Arranquemos por una serie de ideas que todo abogado que da clase debería tener en claro:

1) El alumno promedio estudia desde los 18 años hasta los 25 (imaginemos). De ese lapso, las materias centrales (primeros cinco civiles) seguramente los haga de los 18 a los 21 años aproximadamente. “Lo sé, son generalizaciones injustas. Pero aun variándolas, la idea se mantiene en pie”.

2) En ese lapso de vida a duras penas está aspirando a emanciparse de su casa parental –o dependencia económica en caso de alumnos viajantes–.

3) A esa edad uno no visita los juzgados, rara vez tiene causas civiles o penales en su contra. Esto es, no sabe cómo es un juzgado ni cómo manejarse allí adentro.

4) Al no tener independencia económica, probablemente no paga impuestos, no ha lidiado en demasía con la administración del Estado, no ha firmado demasiados papeles importantes, no ha comprado casas, no ha estado en escribanías, no ha hecho trámites de semejante calibre. Al fin y al cabo, con menos de 21, toda tu vida civil está prácticamente vedada.

5) A consecuencia de esto último, seguramente su giro comercial ha sido nulo, por tanto no sabe qué son los libros de comercio, no tiene cuentas corrientes ni ha puesto plata en un plazo fijo; no constituyó nunca una hipoteca ni pidió un préstamo. No ha recibido cartas documentos ni ha tenido que contestarlas. No firmó pagarés ni cheques ni letras de cambio. Nunca le fue ejecutado un bien. Nunca estuvo en una subasta, no sabe cómo es.

6) No habló con abogados, lo cual se relaciona con el punto uno. Lo que sabe sobre la práctica abogadil es porque tiene familiares o lo intuye por una mezcla del *common law peliculero*² y alguna adaptación al modelo continental europeo del cual fue advertido en las materias del ingreso.

² Mientras los abogados/jueces que dan clase están sobrepasados de experiencias tribunalcias y horas de estudios jurídicos, los noveles pupilos probablemente tengan una referencia de “lo jurídico” que les viene de la *mass media*. Desde los tétricos relatos judiciales periodísticos sobre casos llamativos hasta el *Common Law* de las películas y series americanas. Desde *Legalmente rubia* hasta las múltiples versiones de *Law & Order* y todo cuando quepa en el medio.

7) Dado que vive en techo ajeno y es menor (o incluso ya entrado en la mayoría de edad), no firmó -y por lo tanto probablemente no vio- un contrato de locación de inmuebles. No sabe qué es una garantía, una fianza, una renta vitalicia, una locación de obra o un poder, ni ha escrito su propio testamento. Nunca vio nada de eso aun cuando pueda intuir de qué se trata, y la lista podría seguir.

Y por último dos premisas de fondo:

Primero: Quien escucha la palabra “mesa” o cualquier concepto del tipo (dejemos de lado “la verdad” o “la bondad”, por ser entidades abstractas), previo a pensar la definición verbal y conceptual de la misma, se grafica en su cabeza una mesa (la suya propia o la de algún amigo que le gusta mucho); esto es, tiene una imagen gráfica del concepto. Seguramente, si debe explicar qué es una mesa a un ser de otro planeta, o bien a) le mostraría una, para que el foráneo entienda de qué se trata previo a escuchar su descripción (lo que se llama “definición ostensiva”), o bien b) describiría la imagen que tiene en la cabeza de la mesa remarcando todas y cada una de sus características relevantes que hacen que una entidad pueda ser llamada “mesa” conforme a una convención lingüística determinada (lo que sería una definición lexicográfica o verbal a partir de la imagen).

Segundo: Los conceptos que se manejan en el derecho en muchas de las materias iniciales son cuestiones que si bien a priori pueden manejarse en abstracto sin posibilidad de una representación tangible -nadie puede “tocar” una hipoteca-, cierto es que la enorme mayoría tiene tarde o temprano su manifestación tangible y burocrática: desde una cédula hasta una escritura, desde un balance de ejercicio en una sociedad anónima hasta un contrato de locación y desde una providencia simple hasta una resolución que detiene a una persona. Todo eso tiene -a fin de cuentas- su representación material, escrita, gráfica; con componentes paratextuales³ de todo tipo, argumentaciones, formas y definiciones. Es el derecho “vivo” y latiendo, siendo aplicado en un papel por un hombre de carne y hueso que le pagan para hacer lo que hace, a veces bien, otras veces mal.

³ Por componentes paratextuales me refiero al tamaño del papel, márgenes, uso de negritas, itálicas, formas de titulación, tipografías, interlineados y un enorme etcétera.

LA DISPARIDAD DE SITUACIÓN: UNO REPITE, EL OTRO GRAFICA Y RECUERDA

De lo anterior se puede ver a dónde apunto: el abogado al hablar de “x” tema/concepto corre con una enorme ventaja: él ya vio/tocó/leyó todo aquello de lo que verse la clase o de la aplicación del concepto por abstracto que éste sea. Lo vio en “la realidad”. El alumno no. Se supone que va a la facultad a saber sobre “x”, a conocer qué dicen los autores sobre “x” pero por sobre todo, dada su edad y las premisas antes mencionadas, va a la facultad a ver por primera vez cómo cuernos es un “x”. Tocarlo, tenerlo en la mano, analizarlo, dado que jamás vio uno.

Esta disparidad de situaciones en las que se encuentra el abogado y el alumno es todo menos irrelevante. Si bien es obvia, se transforma en problemática cuando quien da clase parte de la ausencia de todas esas premisas que antes mencionaba.

La realidad es que cuando el abogado que da clase transmite a un alumno un determinado concepto y “cree” que el alumno lo entendió, puede que esté equivocado.

“Entender” para muchos abogados que dan clase es repetir lo que dijo un autor o un legislador en un tiempo anterior; esto es sabido y casi un cliché. Hay allí una apariencia de aprendizaje, un falso aprendizaje. Es que, en verdad, no le sirve repetir que las interlocutorias son tales porque tienen fundamentos, una decisión positiva expresa y precisa de las cuestiones y porque se pronuncia sobre las costas cuando jamás, en su corta vida, ha visto una, y quien tiene enfrente no tiene la intención de mostrársela.

Así, la ventaja del abogado es que ante la palabra o concepto que se supone es objeto de la clase o del proceso de enseñanza, él –el abogado– vivió, se grafica y ha experimentado esa realidad en todos sus sentidos. No sólo va a poder decir lo que es una interlocutoria por la repetición del art. 161 del CPC (lo que tampoco es garantía) sino que en su cabeza va a circular la imagen de cientos, miles de interlocutorias que ha leído en su vida profesional. Ante el significante “interlocutoria” él previo al art. 161 –teoría, insuficiente– va a tener esa ventaja de la versión gráfica de una inter, lo cual le permite ya desde el vamos reconocerla como tal: en negrita dirá “Autos, vistos y considerando” o fórmulas similares; verá que se pronuncia en costas –aunque no siempre– y que hay una tarea

argumentativa tendiente a explicar por qué se deniega o concede aquello que se le dio en entendimiento. Y aun así, siempre tiene posibilidades de no terminar de comprender qué tipo de resolución tiene en mano (y si el abogado tiene posibilidades de errar, *a fortiori* lo estará un alumno que jamás vio una; sólo podrá repetir el 161 del Código Procesal hasta el hartazgo y más de allí no podemos pedirle).

Lo anterior es sólo un ejemplo al que pueden sumárseles todos aquellos institutos que se trabajan en las escuelas de derecho que son por principio eminentemente prácticos, comunes, ordinarios y que los abogados están acostumbrados a manejar pero que los alumnos, por su edad y condición de vida ignoran por completo. Ellos no sólo deben ir a una facultad a que se les explique el 979 del Código Civil y subsiguientes sino también a que se les enseñe (ahora como sinónimo de “mostrar”) todas las escrituras que puedan ser hechas o los distintos instrumentos públicos que pueden haber: desde el más obvio hasta el más rebuscado. Y si no son todas, la mayoría, las más que se puedan. Que escuchen al docente hablar sobre el 979, pero que lo hagan mientras ven, tocan, sienten y se grafican los instrumentos sobre los que verse la clase.

¿Algún docente puede creer que un pibe de 19 o 20 años tuvo, vio o sabe lo que es un “asiento de un libro de un corredor” o un “acta judicial hecha por escribano en los expedientes”, o “una letra aceptada por el gobierno o sus delegados”, o “letras particulares, dadas en pago de derechos de aduana con expresión o con la anotación correspondiente”, o que vio una “acción de una compañía autorizadas especialmente”?

¿Cómo puede un docente aceptar que el alumno repita eso de memoria si en el fondo sabe que quien tiene enfrente, si bien repite textual, no tiene la más pálida idea de qué/cómo son esas cosas que salen de su boca? ¿Qué equivocado criterio puede llevar a creer que de todas maneras “lo va a ver algún día” o que debe esperar a recibirse para ver por primera vez cómo es una “cédula emitida por banco”?

Recuerdo que la seño de música en la primaria nos decía qué era una trompeta, nos mostraba una foto enorme y a continuación ponía un casete con Miles Davis. Una genia. ¿Cuán torpe hubiese sido si sólo se quedaba con la parte conceptual de su clase y se contentaba con que

digamos que la trompeta es un aerófono tubular de metal con boquilla y pistones so pretexto de que luego –en la vida– tarde o temprano íbamos a escuchar una?

Lo cierto es que si se hablan de cartas documentos, debe el docente lograr que el alumno tenga muchas de ellas como ejemplos hasta que se les caigan del banco. Si se hablan de las cédulas del 135 del CPC, debe aprendérselas con miles de ellas en el pupitre. Si hablamos de un pagaré, que tengan muchísimos de ellos y de cada uno de los tipos, en su banco; 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; no hablar de una suspensión de juicio a prueba, de una sentencia de juicio abreviado, o de un juez de garantías ordenando una detención sin tener en el banco montones de audiencias, de sentencias de juicio abreviado, o de resoluciones judiciales donde se ordena y se funda una decisión.

INTERLUDIO DE REFUTACIÓN

Soy estudiante. No crean que alguna vez no expresé todas estas quejas. Recolectando las más usuales de las respuestas, me doy el lujo de un breve interludio de refutación. Allá vamos.

1) Se ha dicho que “no es relevante” a los fines de la materia.

Error. No sólo eso es errado sino que, en su defecto, es una decisión que se la debe dejar al alumno. Que éste tenga contacto con el objeto de estudio (cédula, hipoteca, pagaré, contrato, demanda, etc.) y lo analice. Que lo aprehenda conceptual y visualmente. Una vez que la vio y sabe cómo es, que la deje a un lado y escuche a quien da clase. Si no le sirvió, será problema del alumno, pero al menos ahora se está en una situación un tanto más pareja. El profesor dice “locación de inmueble” y ambos podrán graficarse uno, ambos saben cómo es uno y lo leyeron. Sabe cómo se escribe, cómo se redacta, dónde se firma, en el tipo de papel que se hace, etc. El alumno va a dar un mejor examen sobre esos institutos si a más de la teoría, sabe cómo funcionan y describe no lo que el artículo dice sobre una sentencia, sino lo que en efecto él mismo vio, leyó y

analizó. El desempeño del alumno va a ser sin duda superior y sólo con dejar un puñado de fotocopias de compra obligatoria en impresiones.

2) Se ha dicho que es imposible conseguir todo ese material o que lo consiga el alumno por su cuenta.

Error. Será a lo sumo “molesto” o dificultoso para el docente, pero no deja de ser parte de su trabajo por el cual cobra un sueldo.

Y lo segundo es un yerro típico de un abogado que da clase: ser docente no es decir “cualquier libro te sirve”, “busquen en internet que debe haber” o “busquen modelos que se venden en CD”. Debe, por el contrario, elegir, criticar, y recomendar distintos autores que el alumno aún no conoce, comentando sus aciertos y bemoles, y de igual manera él mismo va a ser quien podrá –con buen criterio– elegir las muestras idóneas para que el alumno pueda tener la mejor selección de material a los fines didácticos. El alumno no tiene tal posibilidad. No tiene que ver cualquier balance, cédula o contrato, sino aquellas que el docente creyó indispensable que el alumno conozca, sobre todo frente a institutos que ofrecen muchas posibilidades y hay que –necesariamente– elegir una muestra representativa.

Además, lo obvio: es el docente quien tiene la posibilidad de traer copias de hipotecas, informes de dominio, actas de audiencia, demandas, contestaciones, expresiones de agravios, sentencias definitivas y un inagotable etcétera. El alumno no tiene acceso a todo eso.

3) Se ha dicho que es muy caro.

No. Se gasta mucho dinero en fotocopiar libros; en nada va a cambiar dejar un compendio de “elementos prácticos” para toda una cursada, donde allí tenga una muestra idónea, completa y representativa sobre todos aquellos institutos sobre los que verse la cursada. Cada materia puede tener sus elementos y no significa que haya que comprar toda la lista dada en el punto anterior, de un saque y de una vez. El gasto se diluye y es mínimo.

4) Se ha dicho que “eso se ve en las materias prácticas”.

Error. ¡No!, eso es una postergación falaz y torpe. Se estaría admitiendo que con manejarse en el plano conceptual y abstracto es suficiente, como si lo tangible (el papelerío insufrible) fuese demasiado terrenal e indigno para dedicarle tiempo. Es un problema típico de la dogmática

jurídica y esa aparente necesidad de revolcarse sólo en la matemática conceptual evitando lo que en el proceso de aprendizaje resulta ser esencial: la realidad material donde aquellos conceptos tienden a ser representados. Quiero decir: está bien que en los congresos se hable a nivel conceptual, está bien que se lo haga en las charlas debate, en las conferencias, etc. Pero está mal que esa forma de discurso se mantenga y reproduzca en las aulas.

En las “materias prácticas”, deberá trabajarse con casos reales sabiendo de antemano cómo es una cédula, una demanda o una pericia, y no llevarse la sorpresa allí mismo de verla por primera vez (cosa que tampoco es garantía, doy fe). Es, por decir, para aprender a refutar una expresión de agravios y no para ver una por primera vez. En suma, las prácticas son para saber cómo ser abogado, cómo abogar por los intereses de un cliente (y esto lo digo aceptando el nefasto nombre de la carrera), y “no” para que el abogado que da clase nos diga: ¿se acuerdan que estudiaron a la cédula de notificación y a la hipoteca?, bueno, acá hay una. Mírenla.

5) Se ha dicho: “no hay tiempo, los contenidos son demasiados”.

De vuelta; eso esconde una concepción equivocada del problema. La apreciación de la realidad “material” no se hace a continuación o anterior al estudio de la realidad conceptual. Son un todo inescindible que implica una actividad simultánea. No existe [perdón, debería existir] el entendimiento del uno sin el otro; no es que la mitad de la clase se explica el concepto y la otra se revuelven papeles. Para nada. El alumno debe escuchar hablar de la especialidad en la hipoteca “mientras” en el banco tiene una escritura donde lee cómo la notaria especifica palabra por palabra a qué parcela, casa, barrio, unidad funcional se supone que está refiriendo ese derecho real de garantía. Y, de igual manera, debe “estudiar para el examen” todos los elementos que a criterio de la doctrina un pagaré debe tener, mientras al lado de su libro descansan múltiples pagarés, reales y concretos; tangibles y observables. No porque su padre o madre se los dio (o se los pidió al amigo del primo del padre que tiene un negocio de bicicletas), sino porque el profesor –la casa de estudios– se los asignó para su observación en tanto considera a dicha actividad como esencial para la formación integral.

Volviendo al tema

Es que si bien es cierto que el alumno tiene que saber qué dice Rivera de un instrumento público, o qué dice Maier sobre la constitucionalidad de un juicio abreviado, o qué cree Mariani de Vidal sobre la especialidad en las hipotecas y *so on*, no es menos cierto que no puede ser jamás que no tenga él mismo la posibilidad de analizar por su propia cuenta, mano e intelecto aquello que otros analizaron por él.

Si no hace de todos esos papeles (realidad) algo cotidiano, algo vivido, algo gráfico, siempre se quedará en el plano de la abstracción (teoría). El plano más vacío e inocuo que puede serle ofrecido al alumno.

Se comete, así, el brutal error de creer que el objeto de estudio en la Facultad de Derecho es justamente la ley y la doctrina y sanseacabó. La realidad queda para las materias “prácticas” o para cuando uno se reciba y se meta en la “selva” donde está la “posta”.

Insisto, si un abogado me habla de una suspensión de juicio a prueba, y 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.

Siempre vuelvo al mismo ejemplo. ¿Cabe la posibilidad de aprender a tocar blues sin escucharlo? ¿Cabe la posibilidad de tocar jazz sin escucharlo? ¿Cabe la posibilidad de aprender de fútbol sin ver y tocar una pelota?⁴

Chascarrillo vengativo

Sentemos a cuarenta abogados a hablar sobre “melódica”. Todos deben tener leído el texto sobre *Panorama actual de la melódica en la música contemporánea*; el apunte de *La melódica y sus formas de ejecución en los*

⁴ A propósito de estos temas, y en una visión aún más profunda, no puedo dejar de mencionar el artículo de ABRAMOVICH, Víctor, “El complejo de Rock Hudson”, en *No hay derecho*, nro. 4, Buenos Aires, 1991, pp. 10 y ss., así como también COURTIS, Christian, “En ese orden de cosas”, en *No hay derecho*, nro. 3, p. 8. Allí queda clara la idea de que el acceso al “papelería jurídico” es tal vez la parte más superficial y hasta jocosa del problema. Que el derecho sea un juego o matemática de conceptos y la realidad sea un segundo plano –aun con papeles en la mesa– puede llegar a ser un problema aún mucho más grave.

¿SE PUEDE ESTUDIAR LA TROMPETA SIN ESCUCHARLA O VERLA? SÍ CLARO: EN LA FACULTAD DE DERECHO

TOMÁS MARINO

albores del siglo XXI, o la segunda edición de *Reformas a la melódica, compendio jurisprudencial*. Lógicamente todos tienen que saber el art. 784 del Código musical de memoria, con sus 12 incisos donde establece todos los tipos de “melódica”. Y se toman todos.

Luego de esas lecturas les diré que estamos en presencia de un instrumento que es parecido *prima facie* a un piano, pero no lo es. Es más, es ciento cincuenta veces más chico y más barato. Pero igualmente tiene teclas así que uno usa sus manos, pero también tiene que soplar porque si no no suena. ¡Rarísimo! Tiene teclas blancas y negras, *just like a piano*. ¡Pero es un aerófono! O sea, tocar teclas y soplar. Ah, y tiene -conforme lo sostiene unánimemente la doctrina- un problema de tesitura dado que es bastante reducida (limitada según algunos autores). Puede ser de varios colores, dependiendo del fabricante, la marca, el precio, la forma y el modelo.

A los diez días tomo examen sobre la melódica. Seguramente escriban todo eso que dije de memoria, o lo que dicen los apuntes doctrinarios de memoria y me van a decir los doce tipos de melódica de memoria, conforme al art. 784 del Código musical. Capaz se sacan diez. Seguramente se lo saquen.

Pero tanto más fácil es si voy la primera clase y con una melódica en mano me siento y la hago sonar un ratito.

Educación para la democracia

MARÍA ALEJANDRA PERÍCOLA*

INTRODUCCIÓN

El sistema político democrático constitucional no puede desentenderse de la educación de los individuos que lo componen, ya que para su correcto funcionamiento es condición *sine qua non* que éstos actúen como ciudadanos, es decir, como sujetos interesados y responsables ante la *res publica*.

Puede considerarse la educación como un proceso dinámico que pretende el perfeccionamiento u optimización de todas las capacidades humanas, que exige la influencia intencional, sin coacciones, por parte de los agentes educadores y la libre disposición del educando, pretendiendo lograr la inserción activa del individuo en la sociedad.

Pensar la educación desde una perspectiva sistémica contribuye a entender de manera más completa el significado que ésta tiene para el desarrollo de la vida democrática.

Si bien el sistema educativo está conformado por diferentes elementos (alumnos, docentes, directivos, personal no docente, fines y objetivos, calendario, contenidos, recursos didácticos, edificios, tecnología, controles cualitativos, costos), desde la perspectiva por la que se ha optado, es útil considerar al sistema como un conjunto de relaciones, comprender que las partes que lo constituyen están interrelacionadas, vinculadas, intercomunicadas.¹

La educación se configura como un sistema de comunicación entre el educador y el educando, compuesto por un emisor y un receptor: tanto el docente como el alumno, según la situación específica de enseñanza aprendizaje que se trate, cumplen indistintamente las funciones

* Licenciada y Profesora en Ciencia Política. Docente de la materia Teoría del Estado, Cátedra del Dr. Mario H. Resnik, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

¹ RESNIK, Mario H., *Estado y política. Una aproximación sistémica*, cap. V, Buenos Aires, La Ley, 1997.

de emisor y/o receptor, no sólo el alumno aprende del docente, muchas veces el docente es quien aprende del alumno. Pero este sistema (o subsistema) no es cerrado, es abierto, se retroalimenta, influye y se deja influir por el medio social en el que está inserto.

La reflexión acerca de la educación democrática desde un punto de vista sistémico nos permite relacionar múltiples aspectos, acontecimientos, elementos, etc., sin embargo, por una cuestión metodológica y de espacio, se abordarán principalmente dos cuestiones. La primera abarca un breve recorrido por la historia de la educación universal y argentina, prestando especial atención a los diferentes “modelos de hombre” que corresponden a “modelos educativos” que el pasado nos ha legado, es decir, el contenido teleológico de la educación. La segunda puntualiza algunas cuestiones emergentes del sistema educativo en su continua interrelación con el gran sistema social del que forma parte. Por último, se mencionan ciertas propuestas para la educación democrática desde la función docente universitaria.

I. LOS MODELOS DE HOMBRE Y LOS SISTEMAS EDUCATIVOS

La historia de la educación es parte de la historia de la cultura.² La educación es la más importante manifestación de la cultura.

Las distintas culturas históricas han señalado cuáles son los ideales en relación con la educación, es decir, qué tipo de hombre se quería formar. De acuerdo a los ideales, cada cultura ha fijado los fines y objetivos de la educación.

En la Antigüedad, los modelos educativos de las culturas orientales más representativos han sido: el utilitario de los egipcios, el militar de los persas, y el de los hebreos basado en la religión. La educación griega y romana constituyen los modelos educativos de las culturas occidentales.

De la cultura griega surge un ideal de formación griega que, en cuanto meta a conseguir por parte de los ciudadanos de la polis, se convierte en ideal educativo. Este ideal es llamado *paideia* -término que hace alusión

² Se entiende por “cultura” todo lo que el hombre produce (arte, letras, música, etc.). Cada cultura se define por una serie de elementos: el espacio, el tiempo, las características de la sociedad, la mentalidad colectiva, la organización política, la economía, la demografía, entre los más importantes.

al niño a quien se orienta la educación-, y que expresa el ideal de hombre formado al que hay que llevar al niño. Este ideal engloba el valor, la *areté* (virtud), la apertura a los valores humanos explayados en la vida civil, en las asambleas democráticas del *agora* y en la participación de los ciudadanos en el gobierno de las ciudades-estado libres.³

El ideal de formación griego se fue formando gradualmente a través de la cultura y la historia griega, desde la época homérica (*paideia caballeresco-aristocrática*) hasta el período helenístico (1000 a. C.-500 d. C.).

Sócrates (469-399 a. C.) plantea el problema de la educación sobre la base de los auténticos valores humanos y del intelectualismo. Consideración aparte merecería el método socrático, es decir, la *mayéutica* socrática y la escuela del diálogo.

Platón (428-348 a. C.), más allá del utopismo y el abstraccionismo, le otorga a la educación una orientación eminentemente social y política.

Aristóteles (384-322 a. C.) aporta un carácter más concreto y realista a la pedagogía. Coloca como fundamento de la obra educativa tres factores: naturaleza, costumbre, discurso; es decir, ciertas dotes de naturaleza, unas costumbres públicas y familiares y la obra de enseñanza. Refiriéndose a la educación de los jóvenes, Aristóteles decía:

...nadie negará que la educación de la juventud debe ser uno de los principales objetos del legislador, pues todos los Estados que no se han ocupado suficientemente de este punto, han experimentado gran perjuicio. En efecto, el sistema político debe ser adaptado a cada gobierno y las costumbres propias de cada gobierno lo conservan y aun lo asientan sobre una base sólida. Así las costumbres democráticas o aristocráticas son el mejor y más firme fundamento de la democracia o de la aristocracia; por regla general, las costumbres más puras dan el mejor gobierno.⁴

Con la conquista de Grecia por parte de Roma (siglo II a. C.), se efectúa la transposición de la *paideia* al suelo romano y de ahí a todo el mundo. El ideal del *orator* es el tipo más completo de la educación romana (Isócrates); este ideal requiere una vasta cultura intelectual, una gran habilidad oratoria y una competencia jurídico-política.

³ SIMONCELLI, Mario, *Historia de la pedagogía*, Salamanca, Sígueme, 1967, p. 40.

⁴ ARISTÓTELES, *La política*, cap. I, Barcelona, Altaya, 1993.

M. F. Quintiliano (35-95 d. C.) es considerado el educador por excelencia del clasicismo romano. En el campo educativo, marcó la importancia de la educación desde la primera infancia, la valoración de la familia en esta cuestión y la necesidad de una formación moral y cultural, con el objetivo de conseguir un buen *orator*. En el campo didáctico escolar, luchó por la reivindicación de la figura y de la obra del maestro,⁵ proclamó la defensa de una disciplina humana fundada en la comprensión y en el respeto al niño, defendió las ventajas educativas de la escuela pública sobre la instrucción privada. Fue el autor que ejerció mayor influjo en los educadores del humanismo renacentista.⁶

El modelo educativo cristiano se basa en la virtud cristiana que prepara al hombre a su doble destino terreno y eterno, diferente a la virtud de los griegos, que era el ciudadano o el sabio, y de los romanos, que era el orador.

Durante el Medioevo, a partir del siglo XIII, lo más importante es el surgimiento de las universidades (Bolonia y La Soborna). Se rompe el círculo de las siete artes liberales y se llega a la institución estable de distintas facultades (teología, filosofía, derecho, artes, medicina).

La Edad Moderna se inicia con el Renacimiento (siglo XV). La renovación de la cultura clásica, de los estudios humanísticos, y el culto por la antigüedad se denominó Humanismo. En el siglo XVII el pensamiento cartesiano inaugura la filosofía moderna. En el siglo XVIII el "Iluminismo" alcanzó su mayor apogeo. Este movimiento de ideas elevó a la categoría de infalible el poder de la razón.⁷

Entre los iluministas franceses, el representante más característico de la pedagogía iluminista fue Jean Jacques Rousseau, cuya concepción educativa está contenida en el *Emilio* (1762).

Por su parte, Montesquieu, al referirse a la educación, nos decía, entre otras cosas, que las leyes de la educación son las primeras que se reciben en la familia y en cada forma de gobierno, y que éstas son las que preparan a los hombres para ser ciudadanos. Refiriéndose a la educación en el Gobierno republicano, dice que en éste

⁵ Quintiliano fue el primer maestro pago por el Estado.

⁶ SIMONCELLI, Mario, op. cit., p. 63.

⁷ Véase MANGANIELLO, Ethel M. y Violeta E. BREGAZZI, *Historia de la educación*, Buenos Aires, Imprenta López, 1957.

...se necesita todo el poder de la educación... La 'virtud política' puede definirse como el amor a las leyes y a la patria. Dicho amor requiere una preferencia continua del interés público sobre el interés de cada cual. Este amor afecta especialmente a las democracias. Sólo en ellas se confía el Gobierno a cada ciudadano. Ahora bien, el Gobierno es como todo el mundo: para conservarlo hay que amarlo. Todo depende, pues, de instaurar ese amor en la República, y precisamente la educación debe atender a inspirarlo...⁸

El siglo XIX se planteó a sí mismo el gran desafío de la alfabetización universal. La física, la biología, la historia (en detrimento de la filosofía), van a surgir como modelos ejemplares de conocimiento. De aquí nace el positivismo, que desdeña la metafísica y valoriza lo claro y racional. Asimismo, aparecen nuevas concepciones políticas y económicas, los ideales de democracia, igualdad, libertad. El Estado comienza a dirigir y supervisar la política educativa.⁹

En la historia de la educación en la Argentina, también encontramos distintos modelos de hombres a formar. Siguiendo a Ramallo,¹⁰ se la puede dividir en seis etapas: 1) dominación hispánica (1516-1810); 2) la revolución (1810-1819); 3) la Nación independiente (1820-1852); 4) la Argentina organizada (1852-1910); 5) la Argentina moderna (1910-1930), y 6) la Argentina alterada (1930-1966).¹¹ Imposible sería en este trabajo referirnos a todas las etapas históricas de la política educativa argentina, pero bien vale la pena resaltar algunas de ellas, aspectos, nombres, realizaciones y corrientes educativas, que sin duda alguna pueden servirnos como puntapié inicial de nuestras reflexiones.

Partamos del período de la Argentina organizada, que, a su vez, podemos dividirlo: un 1^{er} subperíodo (1852/1880) correspondiente a la organización nacional, y un 2^o subperíodo (1880/1910) que se puede denominar "época de la nueva Argentina".

⁸ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, cap. I, Libro IV, Barcelona, Altaza, 1993.

⁹ Véase, ZANOTTI, Luis Jorge, *Etapas históricas de la política educativa*, Buenos Aires, Eudeba, 1981.

¹⁰ RAMALLO, Jorge María, *Historia de la educación y política educacional argentina*, Buenos Aires, Braga, 1989.

¹¹ La periodización de Floria y García Belsunce continúa. Se puede agregar una séptima etapa que iría desde 1966 a 1982 (período de la "Argentina violenta") y una octava que comenzaría en 1983 con el restablecimiento de la democracia.

En el subperíodo que va desde 1852 a 1880, la caída de Rosas y la inmediata sanción de la Constitución Nacional, perfila el nuevo modelo de hombre argentino, de acuerdo con una concepción liberal subyacente de la época anterior. El objetivo era, según Esteban Echeverría, formar al futuro ciudadano para que se desempeñara en la nueva sociedad democrática.

Juan Bautista Alberdi, en sus *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* de 1852, dedica varios puntos a llamar la atención acerca de la importancia de la educación –a través de la inmigración como medio de progreso y de cultura– para organizar la República. Sólo a través de la educación, decía Alberdi, se conseguiría elevar la capacidad de los pueblos a la altura de las constituciones y de los principios proclamados por ellas. También sostenía que era necesario

...elevar nuestros pueblos a la altura de la forma de gobierno que nos ha impuesto la necesidad; en darles la aptitud que les falta para ser republicanos; en hacerlos dignos de la república (...); en mejorar el gobierno por la mejora de los gobernados; en mejorar la sociedad para obtener la mejora del poder, que es su expresión y resultado directo.¹²

Durante el transcurso de las llamadas presidencias históricas, de Bartolomé Mitre (1862-1868), Domingo Faustino Sarmiento (1868-1874) y Nicolás Avellaneda (1874-1880), se llevó a cabo la organización de un nuevo sistema educativo. Predominan las ideas provenientes de la Ilustración, del positivismo, de la educación utilitaria; se introducen las nuevas corrientes de la pedagogía francesa y de la norteamericana.

Los principios que orientaron la acción educativa durante la presidencia de Mitre eran principalmente el fomento de la enseñanza primaria y secundaria (se funda en 1863 el Colegio Nacional de Buenos Aires y los Colegios Nacionales de Catamarca, Salta, Tucumán, San Juan y Mendoza). Es necesario, sostenía Mitre,

que la inteligencia gobierne, que el pueblo se eduque para gobernarse mejor, para que la razón pública se forme, para que el gobierno sea la

¹² ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización de la República Argentina*, Buenos Aires, Platero, 1991, p. 42.

imagen y semejanza de la inteligencia, y esto sólo se consigue elevando el nivel intelectual y moral de los más instruidos y educando al mayor número posible de ignorantes para que la barbarie no nos venza.¹³

Durante la presidencia de Sarmiento, se fundaron la Escuela Normal de Paraná (1870), la Escuela Normal de Profesores Mariano Acosta (1874) y más tarde la Escuela Normal de Profesores Mujeres (Normal nro. 1), el Colegio Militar, la Escuela Naval y numerosas escuelas de enseñanza primaria. Sarmiento decía: "Un pueblo ignorante elegirá siempre a Rosas". Si damos vuelta la frase nos queda: "Un pueblo ilustrado siempre elegirá bien a sus gobernantes".¹⁴ En 1874, también se funda la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

En 1875 se sancionó la Ley de enseñanza primaria 988 en la Provincia de Buenos Aires que estableció que la educación común era gratuita y obligatoria. La obligación sería de 8 años para los varones y de 6 para las mujeres. La instrucción primaria podía ser recibida en las escuelas comunes, establecimientos particulares o en la casa de los padres, tutores o personas en cuyo poder se encontraran los niños. La ley dividió a la provincia en distritos escolares. Esta ley fue precursora de la ley nacional sancionada en 1884.

En 1878 se sancionó la Ley nacional 934, impropriamente llamada de libertad de enseñanza, en que se estableció que los alumnos de los colegios particulares tendrían derecho de presentarse a examen parcial o general de las materias que comprendía la enseñanza secundaria de los Colegios Nacionales.

También se estableció que los alumnos de los institutos de enseñanza superior o profesional, fundados por particulares o por gobiernos de provincia, podrían incorporarse en las facultades universitarias en el curso correspondiente previo examen de las materias que hubiesen cursado. Si bien la ley resolvió la situación de los certificados de estudios de los colegios secundarios, provinciales y particulares, dejó planteado el problema institucional de la libertad de enseñanza, al no reglamentar, en todos sus aspectos, el derecho consagrado en el art. 14 de la Constitución Nacional.

¹³ Citado por MANGANIELLO, Ethel M. y Violeta E. BREGAZZI, op. cit., p. 281.

¹⁴ ZANOTTI, Luis Jorge, op. cit., p. 28.

En el segundo subperíodo (1880/1910) se consolidó el “modelo liberal de hombre argentino”.

En 1881, como consecuencia de la capitalización de la ciudad de Buenos Aires, se creó el Consejo Nacional de Educación para gobernar las escuelas primarias situadas dentro del nuevo distrito federal.

En 1882 se reunió el Congreso Pedagógico y las resoluciones aprobadas se reunieron en un solo cuerpo de doctrina, con el nombre de “Declaraciones”, que incluyeron una serie de Capítulos: Difusión de la enseñanza primaria; Principios generales de la educación del pueblo y de la organización e higiene escolares; Régimen económico, dirección y administración de las escuelas comunes; Organización y dotación del personal docente; Programas de enseñanza; Métodos de enseñanza, y Educación de sordomudos. Las Declaraciones excluyeron la religión como ingrediente necesario para la formación de la personalidad, aunque destacaron la labor formativa de la familia.

A través de la Ley 1420 de educación común (1884) se estableció que la enseñanza primaria sería obligatoria y gratuita y que la religión podría ser impartida por los ministros autorizados de los diferentes cultos, fuera del horario escolar (en la práctica esto significó el fin de la enseñanza de la doctrina cristiana en las escuelas oficiales). La obligación escolar comprendía a todos los padres, tutores o encargados de los niños, dentro de los 6 a los 14 años de edad. Dicha obligación podría cumplirse en las escuelas públicas o particulares, o en el hogar. Los contenidos mínimos abarcaban: lectura y escritura, aritmética, geometría, geografía general y particular de la República Argentina, historia general y de la República Argentina, idioma nacional, moral, dibujo, música, gimnasia y conocimiento de la Constitución Nacional.

Además de las escuelas comunes, se contemplaba la existencia de jardines de infantes, escuelas para adultos y escuelas ambulantes. La dirección y administración de las escuelas públicas estarían a cargo de un Consejo Nacional de Educación. En principio, la ley se aplicó para las escuelas de la Capital Federal, luego se extendió a los territorios nacionales creados en ese año (1884) como consecuencia de la conquista del desierto; con la sanción de la Ley Láinez 4874 de 1905 se extendió a las escuelas nacionales fundadas en las provincias.

Tras la consolidación del Estado y la federalización porteña, en 1885 se dictó la Ley 1597, denominada “Ley Avellaneda” en homenaje a su autor, el entonces senador nacional, rector de la Universidad de Buenos Aires y ex presidente de la Nación, Dr. Nicolás Avellaneda. El eje de los debates de la ley estuvo centrado en la autonomía de las universidades. A esta fecha sólo existían las Universidades de Córdoba y Buenos Aires. Se establecía que el rector sería elegido por la asamblea universitaria y duraría 4 años en el cargo, pudiendo ser reelecto. La asamblea universitaria estaría formada por los miembros de todas las facultades. La Ley Avellaneda obró como instrumento para la organización plena de la UBA. En el año 1886 se sancionó el primer estatuto.

Entre 1910 y 1930, tuvo lugar la reacción antipositivista y el resurgimiento del pensamiento católico. Se renovaron la pedagogía y la didáctica, dando lugar a la llamada “escuela nueva”. John Dewey (1859-1952), principal representante de esta renovación, basa su filosofía de la educación sobre la “experiencia” como reemplazante de las lecciones estrictamente intelectualistas.¹⁵ El “modelo de hombre argentino” no se modificó demasiado respecto al perfilado por la generación del 80.

En 1918, en la Universidad de Córdoba se creó la Federación Universitaria de Córdoba y más tarde en la de Buenos Aires la Federación Universitaria de Buenos Aires. La reforma universitaria se manifestó como una prolongación de la reforma política contra el régimen. Los radicales adhirieron a la reforma. Con la reforma se modificaron los estatutos universitarios y se logró la participación estudiantil en el gobierno universitario y la docencia libre y por concurso.

En el período de la Argentina alterada, se desarrolló, sobre todo, la educación técnica y prosperó la enseñanza privada. Cobró importancia la educación de adultos. Se fundó la Universidad Obrera Nacional (1948), luego transformada en Universidad Tecnológica (1956), y se crearon las Universidades del Sur, Nordeste, Rosario, Río Cuarto, La Pampa, Jujuy, Comahue. Las Universidades privadas que se crearon fueron: la Católica de Córdoba, del Salvador, del Museo Social Argentino, Pontificia Universidad Católica Argentina, entre otras.

¹⁵ ZANOTTI, Luis Jorge, op. cit., p. 64.

La revolución de 1943 intentó modificar el modelo imperante de hombre argentino mediante el restablecimiento de la enseñanza religiosa.

Desde 1955, la alternancia de los gobiernos civiles y militares marcó la oscilación del modelo de hombre argentino. Durante los regímenes de derecho, la tendencia se dirigía hacia el modelo liberal; durante los regímenes de facto, la tendencia se dirigía a la restauración del modelo tradicional.

II. LA EDUCACIÓN HOY

A medida que nuestra democracia se ha ido consolidando, desde 1983 a la fecha, el sistema educativo ha debido afrontar el desafío de preparar a los alumnos de todos los niveles para vivir en ella. "Educar para la democracia" es una misión explícita que todos los docentes debemos cumplir acabadamente, ya que, en comparación con cualquier alternativa factible, la democracia posee una serie de ventajas:¹⁶

- a) Produce consecuencias deseables debido a que ayuda a evitar el gobierno autocrático (la tiranía) ya que el poder de la mayoría no se convierte en el derecho de la mayoría.
- b) La democracia garantiza a sus ciudadanos una cantidad de derechos fundamentales o esenciales que los gobiernos no democráticos no garantizan ni pueden garantizar; y asegura un mayor ámbito de libertad personal.
- c) La democracia ayuda a las personas a proteger sus propios intereses fundamentales.
- d) Sólo un gobierno democrático puede fomentar un grado relativamente alto de igualdad política.
- e) La democracia es la única forma de gobierno que puede proporcionar una oportunidad máxima para que las personas ejerciten la libertad de autodeterminarse, es decir, que vivan bajo las leyes de su propia elección.
- f) La democracia promueve el desarrollo humano más plenamente que cualquier alternativa posible.

¹⁶ Cfr. DAHL, Robert, *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, Buenos Aires, Taurus, 1999, pp. 56 y ss.

Por ello, resaltando las cualidades de esta forma de gobierno, y a pesar de sus imperfecciones, "educar para la democracia" significa preparar a cada miembro de la comunidad para la participación activa en la vida ciudadana, enseñándoles sus derechos, sus obligaciones, los valores cívicos, las distintas formas de participación política y social que existen. La escuela –en un sentido general– para cumplir con esta responsabilidad, con esta misión, debe constituirse en un modelo de práctica democrática.¹⁷

Actualmente, el sistema educativo argentino está organizado bajo un régimen jurídico. Como el Estado es el responsable de la política educativa, tiene que emanar de él una legislación que sea: obligatoria para todos, general y de aplicación coercitiva y coactiva.

El principio básico de la organización legal del sistema educativo argentino es la Constitución Nacional, especialmente el art. 14, donde se consagra, entre otras cosas, que "*Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar (...) de enseñar y aprender*".

En el ámbito educativo, las leyes que reglamentan el derecho de enseñar y aprender son la nueva Ley de Educación Nacional (LEN) 26.206, sancionada el 27 de diciembre de 2006 y la Ley de Educación Superior (LES) 24.521, sancionada el 20 de julio de 1995.

En ambas leyes, se propicia el mejoramiento de la calidad de la enseñanza, la actualización de los contenidos, la descentralización de la gestión del sistema, la igualdad de oportunidades, la formación docente y la participación activa de éste en el sistema democrático, y la preparación para el trabajo y la vida en democracia.

En cuanto a la LEN, entre los fines y objetivos de la política educativa nacional se subraya el de brindar una formación ciudadana comprometida con los valores éticos y democráticos de participación, libertad, solidaridad, resolución pacífica de conflictos, respeto a los derechos humanos, responsabilidad, honestidad, valoración y preservación del patrimonio natural y cultural (art. 11, inc. c).

¹⁷ DELORS, Jacques, *La educación encierra un tesoro*, Informe a la Unesco de la Comisión Internacional sobre la educación para el siglo XXI, Madrid, Santillana/Ediciones Unesco, 1996, p. 65.

Asimismo, la LES, en el art. 3º, establece que la

Educación Superior tiene por finalidad proporcionar formación científica, profesional (...) contribuir a la cultura nacional (...) desarrollar las actitudes y valores que requiere la formación de personas responsables (...) críticas, capaces de consolidar el respeto (...) a las instituciones de la República y a la vigencia del orden democrático.

Entre los objetivos de la Educación Superior, la LES se propone “*Profundizar los procesos de democratización, contribuir a la distribución equitativa del conocimiento y asegurar la igualdad de oportunidades*” (art. 4º, inc. e).

Leemos en ambas leyes “principios”, “finalidades” y “objetivos”. Nuestra sociedad ha explicitado en estas leyes –a través de sus representantes– ciertos ideales en relación con la educación, es decir, se ha dejado por escrito qué tipo de hombre se quiere formar. Por supuesto que no podemos afirmar que el modelo de hombre que se pretende formar coincide absolutamente con la formación de un ciudadano que se preocupe por la *res publica*, pero sí creemos que se resalta el aspecto de la ciudadanía.¹⁸ Hay un ideal, un modelo educativo que se manifiesta en nuestra cultura; se han fijado los fines y objetivos, es decir, el contenido teleológico de la educación.

En este sentido, en el ámbito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el nuevo plan de estudios para la carrera de abogacía aprobado en el año 2004¹⁹ ha hecho hincapié en considerar que el proyecto educativo de la Facultad no sólo abarca la información y las estrategias de interacción entre docentes y estudiantes, sino que también implica las actitudes y los valores fomentados, y los hábitos y destrezas enseñados y aprendidos. Asimismo, con relación al diseño de los “contenidos mínimos” y dentro del objetivo general de la carrera, se plantea el desarrollo de un plan educativo dirigido a los alumnos para que éstos “promuevan la generación y la comunicación de conocimientos socialmente significativos en el ámbito disciplinar e interdisciplinar, y fomenten la formación continua para la comprensión de adelantos cien-

¹⁸ La LEN y la LES resaltan también la formación del individuo en torno a los valores de solidaridad, respeto, cuidado del medio ambiente, cooperación.

¹⁹ Aprobado por resolución 3798 del Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires.

tíficos futuros, en un ambiente de libertad, justicia e igualdad de oportunidades entre todos los habitantes”.

Sin embargo, a pesar de que el “ideal educativo” existe en los contenidos mínimos, en los contenidos básicos comunes, en los diseños curriculares, en los planes de estudio y en la estructura del sistema educativo nacional, muchas veces no se tiene demasiado en cuenta a la hora de enseñar, de aprender, de transmitir, de educar. ¿Por qué se sostiene esto? Porque si todos tuviéramos una buena formación ciudadana, si todos entendiéramos qué significa ser ciudadano y el importante rol que nos corresponde cumplir en una sociedad democrática, ¿cómo se explica, por ejemplo, el importante grado de desinterés por la política que existe entre los muchos ciudadanos/as que tienen el derecho-deber de participar de la cosa pública?

Los problemas y las transformaciones que enfrenta la sociedad argentina se mezclan en muchos casos con cuestiones educativas. No se sostiene en estas líneas que los inconvenientes se originen a causa de una mala, ausente, incompleta o ineficaz “educación para la democracia”; aunque sí se cree que en la medida en que podamos formar verdaderos ciudadanos, seguramente habremos de hacer una importante contribución para el fortalecimiento de nuestra República.

La comunidad educativa²⁰ y particularmente la universidad pública no puede hacer oídos sordos a los indicadores de malestar social; al descreimiento hacia la política, los políticos y los partidos políticos; a las nuevas formas de participación popular y de control social.

Si la legitimidad implica la capacidad de un régimen para engendrar y mantener la creencia de que las instituciones políticas existentes son las más apropiadas para la sociedad y, junto con la eficacia, hacen a la estabilidad del régimen,²¹ entonces, insistimos, la “educación para la democracia” no puede ser desatendida.

²⁰ Según el art. 122 de la LEN, constituyen la comunidad educativa: directivos, docentes, padres, madres y/o tutores/as, alumnos/as, ex alumnos/as, personal administrativo y auxiliar de la docencia, profesionales de los equipos de apoyo que garantizan el carácter integral de la educación, cooperadoras escolares y otras organizaciones vinculadas a la institución.

²¹ Seymour Martin Lipset (1987) fue el primero en formular la hipótesis de que “la estabilidad de cualquier democracia depende no solamente del desarrollo económico, sino también de la eficacia y la legitimidad”.

Es necesario fomentar, al decir de Almond y Verba, una “cultura cívica” o “cultura política” de características participativas, entendiendo por cultura política el conjunto de creencias, actitudes y normas compartidas por los miembros de una comunidad política. Ambos autores hacen una clasificación tripartita. La cultura política puede ser parroquial (se presenta en sociedades simples y poco diferenciadas), de subordinación (los miembros de la comunidad se preocupan sólo por los *outputs* del sistema de manera pasiva) y de participación (que prevé una participación y adhesión del ciudadano hacia lo público).²²

Si bien generalmente se dice que a mayor grado de cultura política, mayores posibilidades de que el gobierno democrático sea estable, no dejemos de lado una cuestión importantísima: desde el propio gobierno deben formarse las condiciones –por ejemplo, a través de una buena “educación democrática”– para formar y mantener una cultura política participante.

En este sentido, se afirma que el verdadero y único control que la ciudadanía tiene sobre quienes ha elegido para que la represente es la “elección” (que se constituye en el principal elemento legitimador del gobierno democrático). Sin embargo, hoy por hoy, los argentinos hemos comprobado que las elecciones no son el único medio eficiente para controlar el accionar de los representantes. Al respecto, es muy valioso el aporte que han realizado Enrique Peruzzotti y Catalina Smulovitz,²³ en cuanto al concepto de *accountability social*.²⁴

Se puede hablar, según estos autores, de una forma diferente de ejercer el control de las decisiones gubernamentales: la *accountability social* se constituye, entonces, en la otra cara del control, siendo un mecanismo de control vertical²⁵ (no electoral) de las acciones de los representantes

²² Véase, ALMOND, Gabriel y Sydney VERBA, “La cultura política”, en *Diez textos básicos de ciencia política*, Barcelona, Ariel, 2001.

²³ PERUZZOTTI, Enrique y Catalina SMULOVITZ, *Controlando la política. Ciudadanos y medios en las nuevas democracias latinoamericanas*, Buenos Aires, Temas Grupo Editorial, 2002.

²⁴ Véase también PRZEWORSKI, A., S. STOKES y B. MANIN, *Democracy, Accountability, and Representation*, New York, Cambridge University Press, 1999.

²⁵ Las nociones de *accountability horizontal* y *vertical* han sido definidas por Guillermo O’Donell. La primera se refiere a “la operación de un sistema intraestatal de controles”, mientras que la segunda implica “la existencia de controles externos sobre el Estado (principalmente a través de las elecciones)”.

y los funcionarios públicos que proviene de la sociedad civil, de movimientos de ciudadanos y de los medios de comunicación. Puede canalizarse tanto por vías institucionales y como no institucionales. Mientras que las acciones legales o los reclamos ante los organismos de supervisión son ejemplos de las primeras, las movilizaciones sociales y las denuncias mediáticas, orientadas usualmente a imponer sanciones simbólicas, son representativas de las segundas.²⁶

La *accountability social* puede llevarse a cabo en los períodos que transcurren entre las elecciones, ya no se trata de controlar cada dos o cuatro años. Los autores plantean tres interrogantes con el fin de definir este concepto.²⁷ El primero de ellos tiene que ver con ¿qué se puede controlar?: la *accountability social* tiene por finalidad examinar política y legalmente el accionar de los políticos, los representantes y los funcionarios públicos. Se supone que a través de la exhibición pública de hechos ilegales o irresponsables, los actores políticos tomarán conciencia de que su reputación está en juego y comenzarán a medir sus acciones y actuar con mayor responsabilidad y a considerar las demandas provenientes de la sociedad civil. Las prácticas políticas también pueden ser controladas por los medios de comunicación, a través de la denuncia de actividades ilícitas, deshonestas o corruptas.

El segundo interrogante se refiere a ¿quién controla?: es decir, qué actores pueden ejercer la *accountability social*. Los actores que habitualmente se han ocupado de ejercer controles son los partidos políticos en el Congreso, los tres poderes del Estado y los ciudadanos individualmente; ahora, se suman los movimientos sociales, las asociaciones civiles, las organizaciones no gubernamentales y los medios de comunicación. Existe, asimismo, una permanente conexión entre estos nuevos actores en cuanto a que generalmente las asociaciones o movimientos informan a los medios de comunicación, y éstos, a su vez, los informan.

¿Cómo se controla? constituye el tercer interrogante. Si bien los controles sociales no tienen siempre la posibilidad de aplicar castigos o penas de manera formal, sí pueden lograr –como se dijo más arriba– castigos o sanciones en cuanto a la reputación de los políticos. De todos modos,

²⁶ PERUZZOTTI, Enrique y Catalina SMULOVITZ, op. cit., p. 32.

²⁷ PERUZZOTTI, Enrique y Catalina SMULOVITZ, op. cit., pp. 33 y ss.

los medios de comunicación, a través de sus investigaciones y las denuncias públicas de hechos de corrupción, muchas veces han conseguido que se activen procedimientos judiciales.

En este contexto, el rol y la incidencia de los medios masivos de comunicación en el proceso educativo es otro de los temas fundamentales a tratar cuando hablamos de “educar para la democracia”.

Considerando el proceso de transformación del *homo sapiens* (producto de la cultura escrita) en un *homo videns* (para el cual la palabra está destronada por la imagen) que bien caracteriza Sartori,²⁸ resulta muy ilustrativo llamar la atención en la incidencia que tiene la “vídeo-política”²⁹ sobre el sistema político democrático constitucional, respecto de la formación del ciudadano y especialmente con relación al proceso electoral (por ejemplo, la televisión personaliza las elecciones, en la pantalla observamos personas y no programas de partidos), el modo de gobernar (la televisión puede condicionar en alto grado lo que un gobierno puede o no puede hacer, y esto se relaciona estrechamente con la incidencia que ésta tiene en la opinión pública)³⁰ y el funcionamiento de los partidos políticos.

La televisión ha suplantado el acto de razonar por el acto de ver. “La videocracia está fabricando una opinión sólidamente hetero-dirigida que aparentemente refuerza, pero que en sustancia vacía la democracia como gobierno de opinión”.³¹

La democracia representativa se caracteriza como un gobierno de la opinión, pero, en la actualidad, es muy difícil conformar una opinión pública que verdaderamente sea del público, a causa de que esta opinión está expuesta a flujos de información exógenos que recibe del poder político y principalmente de los medios masivos de comunicación. La falta de conocimiento, la incultura, permite que los individuos sean fáciles objeto de manipulación y adquiera opiniones o informaciones prefabricadas, pensadas o elaboradas por otros.

²⁸ SARTORI, Giovanni, *“Homo videns”: la sociedad teledirigida*, Buenos Aires, Taurus, 2000.

²⁹ Sartori denomina “vídeo” a la superficie del televisor en la cual aparecen las imágenes (acepción etimológica). La acepción técnica del término es diferente, “vídeo” es la película en la que se graban las imágenes.

³⁰ Una opinión se denomina pública porque pertenece al público y porque implica la *res publica*.

³¹ SARTORI, Giovanni, op. cit., p. 72.

El proceso de enseñanza-aprendizaje, en todos sus niveles, está condicionado por este factor. No se trata de oponernos al avance tecnológico ni de enfrentarnos a las características del mundo globalizado en el que convivimos. Pero deberíamos encontrar un equilibrio, conciliar lo que se lee con lo que se ve, utilizar la tecnología, pero bien. No podemos permitir que la figura del docente (como afirman algunos filósofos de la educación postmodernos) se vea menospreciada si se la compara con una computadora. El lenguaje es el principal medio por el que los hombres se han comunicado desde siempre, y hay que revalorizarlo.³² La intercomunicación oral y/o escrita entre el que educa y el educando ha de reforzarse en estos tiempos.

Al respecto, la LEN, con el objeto de promover mayores niveles de responsabilidad y compromiso de los medios masivos de comunicación con la tarea educativa de niños/as y jóvenes (art. 103), ha considerado en el Título VII la relación entre la educación, las nuevas tecnologías y los medios de comunicación.

Retomando la noción de equilibrio, con relación al “uso de las nuevas tecnologías”, el nuevo plan de estudios de la Facultad de Derecho de la UBA las considera un ingrediente más del proceso de enseñanza-aprendizaje que debería dirigirse al desarrollo de competencias referidas a la resolución de problemas, de casos, de redacción de textos monográficos, de ensayos, de dictámenes, informes, contratos y otros escritos judiciales que requieren una preparación por parte del estudiante fuera del aula y que pueden ser monitoreadas por los profesores a través de nuevos medios tecnológicos.³³ Y en consonancia con ello, la Facultad de Derecho ha iniciado un proceso de optimización del uso de las nuevas tecnologías a través del “Portal Académico”, que entre sus objetivos se encuentra el de instalar un espacio de intercambio académico entre los estudiantes y los docentes, a efectos de constituir instancias de enseñanza complementarias de las clases presenciales para fortalecer la formación de grado brindada por la carrera de Abogacía.

³² Véase RESNIK, Mario Héctor, *Paradigmas en ciencia política*, Buenos Aires, Depalma, 1998.

³³ Resolución 3798 del Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires, considerando 17.

En definitiva, a pesar de las implicancias negativas que puede tener el mal uso de las nuevas tecnologías sobre el proceso de formación del individuo, hay algunas que se pueden considerar influyentes para conseguir el objetivo de que la ciudadanía tenga mayor participación en la cosa pública. Por ejemplo, por medio de internet se puede ingresar a diversas páginas web de distintas dependencias del gobierno (H. Cámara de Diputados de la Nación, H. Senado de la Nación, Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, etc.) y observar qué leyes se están tratando, en qué estado parlamentario se encuentran, si se ha citado a Audiencia Pública para tratar alguna cuestión de interés general, etc. Al decir de Subirats,³⁴ la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación pueden facilitar el acceso a la información institucional por parte del conjunto de la ciudadanía.

III. PROPUESTAS PARA LA EDUCACIÓN DEMOCRÁTICA (DESDE LA FUNCIÓN DOCENTE)

- Tomar una actitud optimista para tratar de resolver, aunque sea de a uno, los tantos problemas que enfrenta nuestro sistema educativo.
- Educar para la democracia y en democracia con el objetivo de desarrollar la ciudadanía. Inculcar y transmitir pero también escuchar. Adoptar una actitud conciliadora.
- Recobrar la credibilidad en la *res publica*.
- Reconocer que mediante una “educación en valores” podremos afianzar otros tantos “valores” sociales.
- Ayudar a engrandecer la “cultura política” en nuestro país. Nuestros jóvenes educandos del hoy serán nuestros dirigentes políticos del mañana.
- Colaborar en el encuentro de un equilibrio entre la “apatía política” y la “movilización social” sin límites.
- Desde nuestro rol, recalcar la importancia de las nuevas formas de participación política: iniciativa popular, referéndum, audiencia pública, consulta popular.

³⁴ SUBIRATS, Joan, “Los dilemas de una relación inevitable. Innovación democrática y tecnologías de la información y de la comunicación”, en “Res Pública”. *Revista de Ciencias Sociales*, nro. 2, 2002, Buenos Aires.

- Proporcionar elementos fecundos con el objetivo de despertar y/o consolidar la capacidad de comprender y de juzgar de nuestros alumnos. Éstos deben ser capaces de seleccionar la información que reciben.
- Renovar las “estrategias docentes”:
 - Unir teoría con práctica.
 - Incitar al diálogo, a la comunicación interpersonal.
 - Aprender y enseñar a escucharnos.
 - Reflexionar y debatir sobre la realidad.
 - No subestimar a nuestros alumnos.
 - Valorizar el mutuo respeto.
 - Reforzar los conocimientos sobre nuestra “historia”.
 - Utilizar las nuevas tecnologías a nuestro alcance, pero advirtiendo sobre las consecuencias que el empleo de las mismas ha de tener según se las emplee bien o no.
 - Promover la lectura, la comprensión, la creatividad.

CONCLUSIONES

El presente es inherente al pasado y al futuro. Sin el conocimiento de la historia es muy difícil entender el hoy y, aún más complicado, tratar de proyectarnos en el mañana. La concisa referencia a la historia de la educación universal y argentina ha tenido como propósito extraer algunos mensajes de importantes figuras que han pensado acerca de la importancia de la educación en la formación integral del hombre. Sin embargo, no se trata en modo alguno de considerar acríticamente ciertas ideas del pasado, sino de entender los avances y los aciertos acaecidos en materia educativa a lo largo de nuestra historia educativa para tratar de imitarlos y también de conocer los desaciertos para tratar de evitarlos.

Sin recurrir a informaciones históricas, sin conocer la Constitución Nacional, sin aprender las principales leyes vigentes y que debieran hacer al buen funcionamiento de nuestro sistema de gobierno, es casi imposible transmitir valores ciudadanos. La realidad que nos toca vivir es muy compleja, no sólo el sistema educativo atraviesa por una situación crítica.

Diversos factores se entrecruzan, se interrelacionan, se intercomunican en el análisis del proceso educativo: la crisis del gran sistema social, la crisis política caracterizada por una singular crisis de representación política, la carencia de una cultura ciudadana debidamente desarrollada, la incidencia de los medios masivos de comunicación social en la educación, las nuevas tecnologías que, por un lado, compiten con el proceso de enseñanza-aprendizaje incidiendo principalmente en la relación educador-educando, y, por el otro, son mecanismos que intentan fomentar la participación ciudadana.

Las propuestas en torno a la educación democrática se han hecho con el deseo de que el diálogo y el debate en torno a las mismas puedan contribuir a restablecer la relación entre República, ciudadanía y democracia.

La discriminación como objeto de estudios a nivel universitario. Una experiencia

FERMÍN PEDRO UBERTONE*

El actual plan de estudios de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires tiene un tramo final de la carrera -llamado "Ciclo Profesional Orientado" (CPO)- que se compone de algunos cursos obligatorios y otros optativos.

Soy profesor de Derecho Constitucional en esa facultad, y hace unos 6 años se me ocurrió organizar un curso bimestral optativo sobre "Discriminación".

La primera vez que el curso fue ofrecido no hubo suficientes inscriptos y fue cancelado por la facultad. La segunda vez alcanzó el mínimo de 5 inscriptos, y con eso empezamos. Después la cantidad de inscriptos ha ido aumentando hasta llegar en algunos cuatrimestres a 35, el máximo previsto en función del estilo de curso que quería hacer, lo más dialogado y personalizado posible.

Creo que el factor principal del aumento de interesados es la mayor conciencia que la sociedad ha ido tomando en estos años sobre los problemas de la discriminación.

Esta última ha existido desde los tiempos más lejanos, pero sólo recientemente se ha ido comprendiendo que siempre daña al ser humano y es injusta. Además se presenta de mil maneras diferentes: no sólo aquellas más atroces -que todos repudiamos- sino también muchas otras a las que estamos tan habituados que ni siquiera percibimos como discriminación.

* Profesor adjunto regular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Profesor titular regular de Teoría y Derecho Constitucional, Carrera de Ciencia Política, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

Me alegra esta toma de conciencia colectiva, porque ése es el único camino que permite ir reduciendo la discriminación, cada vez un poco más, para poder convivir todos en una sociedad mejor.

Está sobreentendido que el profesor que ofrece un curso sobre este tema está en contra de la discriminación, y asume un pequeño lugar en esa lucha, cuyo peso mayor recae en las ONG.

Pero también he podido observar que los estudiantes llegan a esta materia optativa con un alto grado de compromiso. Por lo menos, la mayoría de ellos, en una proporción mucho mayor que en otras materias de la misma altura de la carrera. Algunos lo dicen expresamente al principio del curso, otros no: pero uno lo nota por el entusiasmo en clase y por la intensidad del trabajo en las otras actividades del curso.

El curso integra la carrera de Abogacía: por eso tiene una parte jurídica. Esta parte abarca las normas vigentes en nuestro país y en el plano internacional, así como las herramientas jurídicas que un abogado puede emplear para defender a una persona o grupo discriminado. Sin omitir las dificultades con que se tropieza cuando se quieren hacer valer esos derechos ante organismos administrativos, tribunales judiciales o frente a empresas poderosas.

Pero también hay una parte no jurídica. Creo que en este tema –como en muchos otros– el conocimiento del derecho no tiene sentido si se plantea sólo la teoría o se lo mira aislado de la realidad social. Por eso el curso es jurídico sólo en parte, digamos un 50%. Lo demás lo destinamos a complementar lo jurídico con los enfoques de sociología, psicología y psicología social que nos traen los profesores invitados. Lo que ellos exponen y conversan con los cursantes forman el núcleo alrededor del cual hacemos todo el resto del curso. Por ello quiero agradecer especialmente a los que desde hace años vienen desinteresadamente a este curso y nos regalan sus conocimientos, su experiencia, sus reflexiones: Daniel Barberis, Valentín Anselmino, Raquel Bertone y Andrea Gastrón. Sus clases siempre han sido un éxito, hasta el punto de que a menudo los cursantes me felicitan por el acierto de la elección.

En este curso tratamos de que la discriminación sea mejor conocida por la gente (en este caso, los futuros profesionales), sobre todo en aque-

llas discriminaciones cotidianas, que cometemos y sufrimos sin que nadie se dé cuenta y que no reciben atención de los medios de comunicación.

Para eso trabajamos con recortes de diarios, que nos muestran lo que está ocurriendo ahora, y podemos analizarlos en clase mientras conservan actualidad. En materia de discriminación la fuente periodística es fundamental, porque poco y nada puede encontrarse al respecto en las revistas jurídicas. ¿Será porque a los juristas no les interesa escribir sobre la discriminación o porque los editores de revistas jurídicas no le dan espacio al tema?

El otro instrumento que utilizamos para el acercamiento de los cursantes al conocimiento de la realidad de la discriminación es el trabajo de investigación que les encomendamos para realizar en grupos pequeños.

Después de algunos ensayos y aproximaciones en sucesivos cursos, hemos definido un trabajo cuyo objeto debe ser el cruce de un eje de discriminación con un ámbito. De esta manera se comprende mejor la diferencia entre “eje” y “ámbito” (que a algunos organismos todavía se les escapa) y queda un objeto de estudio delimitado de manera tal que pueda ser abordado en un tiempo tan breve. Porque en un curso bimestral el tiempo efectivo disponible para la investigación y su informe escrito apenas pasa de un mes.

Ahora bien: el trabajo también está sujeto a ciertas pautas metodológicas (de paso, esto viene bien para que los futuros profesionales se acostumbren a trabajar sobre el tema pedido y de la manera pedida, que es como se le requerirá luego, en la vida profesional). El centro del método es la fuente. No queremos que nos repitan libros, no queremos discursos teóricos o políticos. Lo que pedimos es que hagan tres entrevistas a personas relacionadas con el objeto de su investigación. No hace falta que las personas entrevistadas tengan o hayan tenido cargos importantes. Lo que importa es que puedan transmitir una experiencia propia relativa a la discriminación, de carácter personal o desde una ONG. Además, es necesario que los entrevistados no ocupen posiciones similares, porque –más allá de las diferencias personales– eso reflejaría un solo punto de vista; recomendamos que uno de los entrevistados actúe o haya actuado en alguna ONG, para tener también la visión agregada, no meramente individual. Luego de las entrevistas, el informe se completa con una

síntesis de lo dicho por los entrevistados y los comentarios o reflexiones que los cursantes quieran hacer.

Cuando vemos los informes finales, yo no puedo sino admirarme de los resultados obtenidos.

Los trabajos han sido hechos en un plazo que apenas pasa de un mes. Los cursantes generalmente pueden ampliar de palabra cosas que no tuvieron tiempo de escribir, o que siguieron pensando después. Han realizado la investigación en un marco de inexperiencia en muchos aspectos: trabajo en equipo, con objeto y metodología rigurosamente pautados, teniendo que hacer entrevistas, sin libros para copiar, etc.

El resultado de este curso, en términos globales, siempre me ha parecido entre muy bueno y excelente. Ésta es una de las mayores satisfacciones que pueda recibir un profesor.

Lo mejor de todo es que el curso gusta a los estudiantes. Y por eso podemos volver a hacerlo el cuatrimestre siguiente. Algunos de estos cursantes se han sumado luego a las tareas voluntarias de las ONG. Más no se puede pedir.

Quisiera seguir hablando de esta gratificante experiencia, contar anécdotas, mostrar detalles. Pero me avergüenza la sensación de estar dedicado al autoelogio. Es mi manera, tal vez desacertada, de expresar mi alegría por una actividad docente que, desde su pequeña escala, produce frutos que van más allá de la mera aprobación de un curso.

Por este curso yo estoy profundamente agradecido: a los cursantes, a los auxiliares docentes y a los profesores invitados. El curso lo hacemos entre todos.

Sólo me quedan un par de reflexiones finales.

Estoy seguro de que la información veraz y el fomento de la capacidad de pensamiento crítico de los estudiantes son medios que contribuyen a la libre formación de sus convicciones, las que han de reflejarse en sus actitudes y comportamientos durante muchos años. Por eso creo que la docencia tiene un efecto multiplicador y que se proyecta en el tiempo.

Si estamos convencidos de que la discriminación debe ser sustituida por la integración y la convivencia pacífica y justa, aprovechemos cualquier espacio que pueda servir para tal fin.

Actualidad
universitaria

Programa de Derechos Humanos 2007-2008*

LOS DERECHOS HUMANOS EN LA UBA

El restablecimiento democrático nacional de fines de 1983 permitió la regularización institucional de las universidades públicas y condujo a la adopción de planes de estudio acordes a la situación. Allí los derechos humanos encontraron rápidamente un lugar. Todas las unidades académicas de la UBA hicieron suya la tarea de derechos humanos desde distintos lugares. En la enseñanza, la investigación y la extensión, todas las facultades propusieron una oferta de derechos humanos que generó una masa crítica importante.

Si el plan de estudios aprobado por resolución CS 809/1985 para la carrera de Abogacía incorporó la asignatura Derechos Humanos y Garantías con carácter obligatorio en el ciclo profesional común y planteó la Protección Internacional de los Derechos Humanos como un seminario obligatorio para la orientación de derecho público en el ciclo profesional orientado, otras facultades fueron sumando a sus planes de estudios el conocimiento de los derechos humanos aunque, en general, como materias optativas o como obligatorias con contenidos específicos vinculados a la incumbencia profesional.

En el ciclo de formación profesional, la Licenciatura en Psicología incluye como asignatura obligatoria Psicología, Ética y Derechos Humanos. En la Facultad de Ciencias Sociales, la Cátedra de Cultura de la Paz y Derechos Humanos, cuyo titular es el premio Nobel de la Paz Adolfo Pérez Esquivel, ofrece cursos válidos para todas las carreras.

En este contexto, en 1993, en el Rectorado de la UBA se creó el Programa de Derechos Humanos a fin de articular y coordinar las iniciativas y experiencias en curso en el ámbito de la universidad, garantizando institucionalmente su efectivo impacto.

* Dra. Mónica Pinto, coordinadora del Programa de Derechos Humanos. Profesora titular regular de Derecho Internacional Público y de Derechos Humanos y Garantías, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Desde entonces la actividad universitaria se ha enriquecido notablemente en este campo. En 1994, en la Facultad de Filosofía y Letras, se creó la primera Cátedra Libre de Derechos Humanos, bajo la dirección de Osvaldo Bayer, que hoy dirige Marcelo Ferreira y que ofrece cursos válidos para todas las carreras que allí se cursan. En 1999, en el marco de la Facultad de Ciencias Económicas, se constituye la Cátedra Libre de Poder Económico y Derechos Humanos y se designa titular a Nora Cortiñas, de Madres de Plaza de Mayo Línea Fundadora. En el 2003, la Cátedra Libre Salud y Derechos Humanos es creada en la Facultad de Medicina –aunque el grupo fundador comenzó a trabajar en el año 2000– y se designa coordinador a Claudio Capuano.

La Secretaría de Extensión de la Facultad de Arquitectura y Urbanismo creó una Dirección de Derechos Humanos y cuenta también con un Taller Libre de Proyecto Social y un Equipo de Voluntariado. También en extensión se ubican los desarrollos en las Facultades de Agronomía y Veterinaria –sustancialmente en las cuestiones del medio ambiente– y en la de Odontología con proyectos que llegan a la comunidad.

La actividad de extensión llegó al área académica en algunos casos, así Poder Económico y Derechos Humanos es materia optativa para la carrera de Economía, del mismo modo en todas las carreras que se cursan en la Facultad de Filosofía y Letras se ofrece Derechos Humanos como optativa.

Otras facultades organizaron su trabajo en derechos humanos en torno al eje de la Memoria. En este orden de ideas se inscriben las de Ingeniería y Ciencias Exactas.

En el ciclo superior de la carrera de Bioquímica, Ética y Legislación, y en la de Farmacia, Legislación Farmacéutica, al igual que Legislación Alimentaria en la Licenciatura en Ciencia y Tecnología de los Alimentos ilustran el tratamiento de cuestiones de derechos humanos a través de la óptica de la incumbencia profesional.

UNA NUEVA LECTURA: ALFABETIZAR EN DERECHOS HUMANOS

En febrero de 2007, a poco más de un mes de haber asumido sus funciones, el rector Rubén Hallú decidió encarar la tarea de incluir la enseñanza de los derechos humanos en todas las carreras de grado que

se estudian en la Universidad; para ello me propuso la elaboración de un plan de trabajo y me confió su coordinación *ad honorem* por resolución 896/07 de 10 de julio de 2007.

El 24 de marzo de 2007, el rector presentó la actual propuesta del Programa de Derechos Humanos de la UBA en acto público en el que disertó el profesor Dr. Félix Schuster. Allí se indicó que el Programa se propone que en un tiempo relativamente breve todas las carreras de la UBA tengan una oferta académica que permita la alfabetización en derechos humanos de los estudiantes. Subrayó también que este objetivo suma un elemento más al área de trabajo en derechos humanos de las distintas unidades académicas y no supone mengua para ninguno de los emprendimientos existentes.

Por ello, se formularon los siguientes objetivos del Programa: a) Comprender y evaluar la evolución del fenómeno de los derechos humanos, su ubicación como uno de los objetos del orden jurídico-político mundial y las manifestaciones concretas que de él se dan. b) Contribuir a generar en los estudiantes una conciencia más integral de la noción de derechos humanos, más allá de la capacitación profesional que su área de trabajo exija. c) Promover la conciencia de los derechos humanos como un aspecto de responsabilidad profesional, ética y social en todos los campos de la investigación, el estudio, la enseñanza y el trabajo. d) Individualizar las relaciones de los derechos humanos con cada una de las disciplinas que se trabajan en la UBA de modo de construir una agenda de trabajo respecto de ellas. e) Integrar los conocimientos básicos de la asignatura al quehacer cotidiano en cualquiera de sus manifestaciones.

Consecuentemente y sin perjuicio de las adaptaciones contextuales que resulten necesarias, inicialmente se previeron las siguientes etapas para la consecución del proyecto: a) la realización de un ciclo de conferencias-debate sobre distintos aspectos centrales de los derechos humanos enfocando su relación con la realidad nacional; b) la realización de un ciclo de actividades con formato taller que nucleen a distintas unidades académicas de modo de generar propuestas sobre inserción y trabajo curricular, definición de ejes temáticos; c) la convocatoria a un modelo universitario de Naciones Unidas con especial énfasis en las cuestiones de derechos humanos; d) la realización de una muestra-espectáculo artístico en relación con la cuestión de los derechos humanos.

El 2 de julio de 2007 tuvo lugar la Conferencia Lanzamiento del Programa, en la sede de la Facultad de Farmacia y Bioquímica. Se trató de una conferencia de Adolfo Pérez Esquivel, el Premio Nobel de la Paz, profesor de la UBA, titular del Servicio de Paz y Justicia (SERPAJ) y muchas otras cosas, y de Pedro Nikken, de Venezuela, juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde su primera integración en 1979 hasta 1989, ex presidente y consultor permanente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

LOS CONTENIDOS BÁSICOS

Desde el 30 de mayo de 2007, por decisión de las decanas y decanos de las distintas unidades académicas de la UBA, se reúne una mesa de integrantes de cada una de las facultades en la que se debaten los ejes de trabajo.

Dicha mesa está compuesta por la señora vicedecana de la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales, Carolina Vera, y la señora secretaria del Consejo Directivo y Relaciones Institucionales, Miriam Ethel González; el señor vicedecano de la Facultad de Ciencias Sociales, Damián Loreti; la señora secretaria de Extensión y Asuntos Estudiantiles de la Facultad de Agronomía, Marcela Edith Gally; la señora secretaria de Extensión Universitaria de la Facultad de Farmacia y Bioquímica, Ana González; el señor secretario académico de la Facultad de Derecho, Gonzalo Álvarez; el señor subsecretario de Evaluación y Calidad Académica de la Facultad de Ciencias Económicas, Miguel Marzullo; el señor consejero directivo de la Facultad de Ciencias Veterinarias, Edgardo Decaminada; los profesores María Lucrecia Rovaletti y Juan Jorge Michel Fariña, de la Facultad de Psicología; Marcelo Ferreira, de la Facultad de Filosofía y Letras; Noemí Bordoni, directora de la Maestría en Salud Pública de Odontología; los docentes María Sonderegger, Gabriela Cauduro, Jimena Armida y Amaranta González, de la Cátedra de Cultura de Paz y Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Sociales; Laura Clérico, de la Facultad de Derecho; la señora Nora Cortiñas, de Madres de Plaza de Mayo Línea Fundadora, y Guillermo Wierzba, de la Cátedra Poder Económico y Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Económicas.

Participaron también de esta actividad los miembros de las Cátedras Libres de Derechos Humanos de la Facultad de Filosofía y Letras Silvia Viñas y Nieves Kanje; el señor coordinador de Salud y Derechos Humanos, Claudio Capvano.

Asimismo hicieron aportes Alejandro Álvarez, de ADUBA, y Gabriela Figueroa, de APUBA.

Estas reuniones evidenciaron y consolidaron el consenso en que la alfabetización en derechos humanos supone al menos dos cuestiones sustantivas, la formación de ciudadanía a través del proceso de enseñanza-aprendizaje de contenidos básicos y la formación de profesionales sensibles a los derechos humanos en las distintas incumbencias articulando los contenidos básicos con otros –con la mirada de los derechos humanos– que seguramente estarán enfocados al tratamiento de problemáticas específicas de saberes disciplinares (por ejemplo, bioética, libertad de expresión, clima, alimentación, cárceles, discapacidad, vivienda, etc.).

Ello así, la definición de los contenidos introductorios de esa alfabetización que aquí se acompañan devino la cuestión prioritaria en la agenda de trabajo del Programa.

En los aspectos técnicos, las reuniones de trabajo fueron enriquecidas por la contribución del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Recordamos que se trata de una institución internacional autónoma de carácter académico creada en 1980 en virtud de un convenio suscrito entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la República de Costa Rica, devenida hoy en uno de los más importantes centros mundiales de enseñanza e investigación académica sobre derechos humanos, con un enfoque multidisciplinario y con énfasis en los problemas de América, y que ha desarrollado amplia experiencia en el trabajo curricular en la educación en la escuela primaria y secundaria y en el posgrado universitario.

En los contenidos que se acompañan y proponen, de los cuales existió consenso sobre su pertinencia, es de destacar que ellos encuentran correspondencia con los programas en vigor en distintas facultades de la UBA, incluidos los cuatro correspondientes a Derechos Humanos y Garantías, materia obligatoria de la carrera de Abogacía; Poder Económico

y Derechos Humanos, materia optativa en la Facultad de Ciencias Económicas; Cultura de Paz y Derechos Humanos, materia optativa en la Facultad de Ciencias Sociales, e Introducción a los Derechos Humanos, materia optativa en la Facultad de Filosofía y Letras.

Lo mismo sucede con los programas preparados para los seminarios que dicta la Cátedra Libre sobre Salud y Derechos Humanos de la Facultad de Medicina. Parcialmente se corresponden con algunos puntos de los programas de Psicología, Ética y Derechos Humanos de la Facultad de Psicología.

Queda claro que en el esquema de contenidos que se presentan, el pasado reciente tiene un peso específico rotundo: la construcción de la memoria precede a otros temas. Estamos determinados por nuestra historia. Educar en derechos humanos es otra expresión del ¡nunca más!

Es igualmente claro que si lo anterior no nos hubiera pasado, igualmente los derechos humanos deberían ser objeto de nuestro estudio. Ello así, el tiempo y el equilibrio de las cuentas del pasado con la verdad y la justicia determinarán el modo más acertado de comenzar el abordaje del tema.

ESTRUCTURA Y CARGA HORARIA

Estos contenidos son troncales en la medida en que es necesaria su aproximación conceptual para poder luego identificar y tratar los vínculos entre las distintas incumbencias profesionales y los derechos humanos. Este punto debe ser considerado a la luz de las especificidades de cada disciplina y para ello el Programa prestará colaboración a las unidades académicas.

La aprobación de estos contenidos por el Consejo Superior permitiría establecer una base mínima de conocimientos para todos los estudiantes de la UBA, la que, necesariamente, deberá complementarse con la vinculación a las áreas de incumbencia profesional.

En este orden de ideas, queda librado al arbitrio de cada unidad académica la modalidad de implementación de estos contenidos en un módulo separado único junto con los relacionados al área de trabajo específico o como dos o más módulos separados pero vinculados.

Para que los procesos de enseñanza-aprendizaje de los contenidos básicos se puedan dar en forma razonable se estiman necesarias aproximadamente 30 horas de clase presenciales.

DIMENSIÓN METODOLÓGICA

Encarar la enseñanza de los derechos humanos permite descubrir que no existe “una” metodología sino un conjunto de principios pedagógicos fundamentados y probados, que se derivan de la naturaleza de este saber que es a la vez un modo de ser, vivir y convivir.

En este orden de ideas, un objeto complejo, multidimensional como el saber de los derechos humanos, pide un abordaje también complejo, que muestre conexiones, implicaciones, múltiples facetas y tensiones. De allí que un enfoque pedagógico integral –poniendo de manifiesto la indivisibilidad de los derechos y su interrelación mutua– y a la vez interdisciplinario –sumando las perspectivas filosófica, histórica, política, jurídica, económica, sociológica, psicológica y antropológica, entre otras– resulte adecuado.

De esta forma, la tríada “universalidad-interdependencia-indivisibilidad”, enfatizada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993, adquiere toda su dimensión y se superan las visiones parciales que caratulan los problemas de derechos humanos como violaciones de derechos económicos pero no políticos, etc.

Comprender los derechos humanos es entender que están presentes en el aquí y ahora, desde los contextos cercanos hasta los distantes: en las situaciones de la vida personal como de la comunidad local, en los problemas del país como en los de la región y el mundo. Es reconocer que en su defensa y promoción se juega la vida y la felicidad de las personas y de los pueblos. Un aprendizaje significativo y aplicable a lo cotidiano es, pues, importante en esta materia.

Los derechos humanos no son un contenido a retener y repetir. Educar en derechos humanos implica, además de la enseñanza intelectual, cultivar conductas respetuosas de los valores que los derechos humanos preservan y el compromiso social de los estudiantes para que los promuevan y protejan de manera activa en su futuro ejercicio profesional

y en su práctica de ciudadanos. De allí que la participación activa del educando deba fomentarse.

Buenos Aires, 18 de marzo de 2009

Expte. nro. 8665/09

Visto las Bases del Estatuto Universitario vinculadas con la formación integral, la responsabilidad cívica y la atención a los problemas sociales, políticos e ideológicos que se persigue en la Universidad de Buenos Aires, y el Programa de Derechos Humanos de esta Universidad impulsado en el año 2007, y

Considerando:

Que la restauración de la democracia en nuestro país a fines de 1983 condujo a la modificación de los planes de estudios de las distintas carreras de esta Universidad acordes con ese contexto.

Que a lo largo de estos años las distintas Unidades Académicas han ido incorporando ofertas educativas en las que se aborda la cuestión de los Derechos Humanos.

Que es función de la Universidad contribuir a generar en los estudiantes una conciencia integral referida a los Derechos Humanos, más allá de la capacitación profesional que cada área de trabajo exija.

Que esta Casa de Estudios debe contribuir a ello desde todos los ámbitos, en la investigación, en la enseñanza y en la extensión.

Que la cuestión de los Derechos Humanos supone acercarse a un saber construido desde diferentes disciplinas científicas pero que no se agota en ello; dado que educar desde la perspectiva de los Derechos Humanos implica promover conductas, actitudes y valores.

Que este tipo de enseñanza y de aprendizaje supone la participación activa de los estudiantes así como también el cultivo de estos valores por parte de los docentes y la comunidad educativa toda.

Que por ello es tarea de la Universidad *alfabetizar en Derechos Humanos*, y que esta alfabetización involucra transversalmente a todas las instancias de formación.

Que la *alfabetización en Derechos Humanos* supone al menos dos cuestiones sustantivas: 1) la formación de ciudadanía a través de la enseñanza y el aprendizaje de determinados contenidos, y 2) la formación de profesionales sensibles a los derechos humanos en las distintas incumbencias articulando esos contenidos con otros enfocados al tratamiento de problemáticas específicas de los saberes disciplinares.

Lo consensuado por las distintas Facultades a través de los representantes que participaron de ámbitos de debate en el marco del Programa de Derechos Humanos de esta Universidad,

Lo aconsejado por la Comisión de Enseñanza,

El Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires,

Resuelve:

Artículo 1º. Impulsar y promover la puesta en marcha en las distintas Facultades de ofertas educativas que aborden la cuestión de los Derechos Humanos.

Artículo 2º. Establecer como contenidos básicos a los que esas ofertas se ajustarán, los consensuados en el marco del Programa de Derechos Humanos de la UBA, 2007, y que se incorporan como anexo de la presente resolución.

Artículo 3º. Regístrese, comuníquese, dese a publicidad en la página electrónica de esta Universidad, notifíquese a las Direcciones de Títulos y Planes y de Despacho Administrativo y archívese.

Resolución 5547.

Firmado: Rubén Eduardo Hallú, Rector. Carlos Esteban Mas Vélez, Secretario General

ANEXO

CONTENIDOS BÁSICOS PARA UNA OFERTA ACADÉMICA EN DERECHOS HUMANOS

1. LA CONSTRUCCIÓN DE LA MEMORIA

Las políticas de persecución anteriores al golpe del 76. El terrorismo de Estado: La dictadura del autodenominado "Proceso de Reorganiza-

ción Nacional” y la represión clandestina. El movimiento de derechos humanos en la Argentina.

La justicia transicional: la Conadep, los juicios, las leyes de punto final y obediencia debida, los indultos. Los reclamos internacionales. Las reparaciones. Los juicios de la verdad. La derogación de las leyes y su inconstitucionalidad. La continuación de los juicios. Los niños desaparecidos: búsqueda, restitución de identidad.

2. LOS DERECHOS HUMANOS EN CONTEXTO

Evolución histórica de la protección de la libertad y dignidad de las personas. Aportes filosóficos para una noción y fundamentación de los derechos humanos. La evolución de los derechos humanos a la luz de la evolución de los regímenes económicos.

3. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO EN ARGENTINA

Normas de la Constitución Nacional. Los tratados internacionales de derechos humanos. El rango constitucional de algunos instrumentos de derechos humanos.

Los derechos protegidos en el orden político, civil, económico, social, cultural [por ejemplo, derecho a la vida, la integridad, la jurisdicción, la libertad de expresión, de convicciones, derechos políticos, derecho a la vivienda adecuada, a la alimentación, a la educación, a la identidad, pobreza y derechos humanos, protección contra la detención arbitraria, venta de niños, prostitución infantil, efectos de las políticas económicas en el goce y ejercicio de los derechos humanos, biodiversidad y derechos humanos].

Género y derechos humanos. Los derechos del niño. Pueblos indígenas. Migrantes y refugiados.

4. LOS MECANISMOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN

Los órganos de control previstos en los tratados: Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Los órganos de los tratados adoptados bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Las Naciones Uni-

das y las instancias de derechos humanos: el Consejo de Derechos Humanos. Los procedimientos especiales. La revisión periódica universal.

5. LA VIOLACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Genocidio. Desaparición forzada. Crímenes de guerra. Crímenes de lesa humanidad. La lucha contra la impunidad y la creación de los tribunales internacionales: Núremberg, para la Antigua Yugoslavia, para Ruanda, Corte Penal Internacional.

Firmado: Carlos Mas Vález, Secretario General

Notas sobre el Primer Congreso de Pedagogía Universitaria organizado por la Universidad de Buenos Aires

SEBASTIÁN SCIOSCIOLI*

EL CONGRESO, SUS OBJETIVOS Y ORGANIZACIÓN

No deseo estatuas, bustos, placas, premios, calles o institutos con mi nombre cuando muera (...) Mis aspiraciones son otras (...) Deseo que mi país contribuya al adelanto científico y cultural del mundo actual, que tenga artistas, pensadores y científicos que enriquezcan nuestra cultura y cuya obra sea beneficiosa para nuestro país, nuestros compatriotas y para la especie humana. Que las universidades preparen profesionales competentes y útiles, formen investigadores y docentes de alto nivel técnico y moral, que adopten métodos modernos de educación; que dejen de ser un sitio de enseñanza dogmática para pasar exámenes y expedir diplomas (MEDINA Y PALADÍN, Barrios, *Escritos y discusiones del Dr. Bernardo A. Houssay*, Eudeba, 1989, p. 593).

Con esta cita del prestigioso investigador premio Nobel, la Universidad de Buenos Aires invitó a toda la comunidad universitaria nacional e internacional a participar en este primer congreso de pedagogía en el ámbito de la educación superior universitaria durante los días 7, 8 y 9 de septiembre de 2009. Un propósito integrador fundamentó la convocatoria: la necesidad de generar un espacio bastante ausente de producción e intercambio que se convierta en un acontecimiento significativo para el avance del conocimiento y de las herramientas existentes en el marco de la tarea formativa de la universidad. Así pues, el evento revistió especial importancia por dos razones fundamentales. Por un lado, el hecho de que sea la Universidad de Buenos Aires la organizadora y

* Abogado, magíster, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

NOTAS SOBRE EL PRIMER CONGRESO DE PEDAGOGÍA UNIVERSITARIA ORGANIZADO POR LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

SEBASTIÁN SCIOSCIOLI

anfitriona de este congreso demostró una vez más el fuerte “compromiso de una de las universidades públicas” más antiguas y prestigiosas de nuestro país en su esfuerzo y lucha permanente por enfrentar los problemas, dificultades y desafíos con que se enfrenta la educación argentina y además participa activamente en la búsqueda de sus soluciones. Por el otro lado, si bien tanto en el país como en el extranjero se han llevado a cabo diversos congresos y seminarios que abarcaron en mayor o menor medida la didáctica y la pedagogía en sus diversos niveles educativos, no puede dejar de ponerse el énfasis en el hecho de que éste constituye un reto mayor al pretender abarcar la pedagogía del nivel superior universitario pero respecto de “todas las carreras y disciplinas” del saber científico y profesional, procurando que todas ellas “converjan” en un mismo espacio y diálogo común signado por el logro de ese ansiado deseo expresado ya por Houssay varias décadas atrás.

El congreso reconoce su inspiración en varias actividades también coordinadas por la UBA en años precedentes. En este sentido, su antecedente más inmediato fue la organización de las conferencias abiertas con invitados nacionales y extranjeros en los últimos meses y la realización del Encuentro Pedagógico durante el 2008 que llevó por tema “La Universidad de Buenos Aires: producción y trayectoria pedagógica”. Pero la universidad ha venido trabajando arduamente en el campo de la pedagogía universitaria como lo demuestran, asimismo, la creación del “Centro de Innovación en Tecnología y Pedagogía”;¹ la realización de las primeras producciones de ese Centro con cátedras de las Facultades de Ingeniería y de Ciencias Veterinarias, la iniciación de una serie de videos sobre los “Espacios de formación en la UBA”, el diseño de estudios

¹ A través de un trabajo articulado con las unidades académicas, el Centro de Innovación en Tecnología y Pedagogía (Citep) se propone liderar el proceso de inclusión genuina de nuevas tecnologías en las prácticas de enseñanza con el propósito de promover la mejora y el enriquecimiento de las propuestas pedagógicas de la UBA. Entre sus diversas acciones, este proceso involucra el asesoramiento personalizado acerca de la inclusión de tecnología en las prácticas de enseñanza a todos los profesores y departamentos de la UBA, la capacitación -presencial y virtual- en nuevas tecnologías para todos los docentes de la universidad y el intercambio y la difusión de experiencias innovadoras vinculadas con la inclusión de nuevas tecnologías para la mejora de las prácticas pedagógicas en la universidad. Para mayor información visite el sitio web [en línea] <<http://www.uba.ar/citep/>>.

de postgrados sobre temas de enseñanza y la formación de docentes e investigadores, así como también la elaboración de publicaciones específicas sobre temas de pedagogía universitaria que se han preparado junto con el material del Encuentro ya citado.

La interdisciplinariedad presente en el congreso quedó impregnada desde sus inicios a partir tanto de sus bases de organización cuanto de la variedad y calidad de las áreas de estudio y trabajo abarcadas. En efecto, la conformación del Comité de Honor, del Comité Científico, del Comité de Organización Académica y del equipo de los profesionales de apoyo estuvo a cargo de calificados docentes y autoridades de gestión de las trece unidades académicas y del Ciclo Básico Común de la UBA. El Comité Científico que entendió del análisis y aprobación de las contribuciones propuestas según su calidad científico-pedagógica estuvo conformado por más de quince miembros de alta calificación propuestos, de uno a dos por cada unidad académica coordinados por un especialista designado por la Secretaría de Asuntos Académicos de la Universidad. La asignación de los trabajos a las distintas actividades fue realizada por un Comité de Programación. La coordinación de los diferentes tipos de actividad durante el Congreso estuvo finalmente a cargo del equipo de profesionales que en las unidades académicas se ocupan en especial de carreras docentes y asesorías pedagógicas y por profesores e investigadores de los posgrados en el campo de la educación universitaria.

A su vez, a fin de dar cuenta del complejo campo de la pedagogía en el que concurrieron las investigaciones y prácticas de las distintas tradiciones y campos disciplinares, el programa del congreso procuró hacer lugar a tal diversidad garantizando a sus protagonistas las mayores condiciones de un intercambio real. Para ello se convocó a la presentación de trabajos sobre seis ejes temáticos:

- I. La vida institucional en las megauniversidades.
- II La formación universitaria en las diferentes áreas y profesiones: procesos y estrategias.
- III. Debate curricular y conocimientos disciplinares.
- IV. Espacios y obras de la producción académica.
- V. Los sujetos de la formación: maestros y discípulos.
- VI. Crisis e innovación en los espacios universitarios.

En este marco, las más de “quinientas contribuciones” al congreso (provenientes de cerca de “mil cuatrocientos autores”) se distinguieron en básicamente dos tipos. Por un lado, los “informes de investigación”, que consistían en la presentación del diseño y avances de resultados de una investigación o línea de investigación en el área de la enseñanza y la formación, no pudiendo ser un proyecto no desarrollado aún sino un proyecto en curso o concluido en los últimos dos años. Por el otro lado, se previó la admisión de “informes de experiencias pedagógicas” que consistían en presentaciones de las características y avances del resultado de una experiencia pedagógica que un profesor o el grupo de una cátedra tuviesen en desarrollo. Al igual que en el caso de los informes de investigación, sólo se admitieron experiencias en curso o finalizadas en el marco de los dos últimos años.

Todas estas contribuciones fueron distribuidas en tres ámbitos distintos de exposición, debate y reflexión. En primer lugar, por su importancia se ubicaron los simposios institucionales presentados y organizados por cada una de las unidades académicas (incluido el CBC) sobre la base de un tema o problema de interés propuesto por las propias autoridades de dichas casas de estudio. Además de este tipo de simposios, también se previeron el desarrollo de otros simposios que pretendieron abrir un espacio de reunión de diversos equipos de investigación, grupos de cátedra, y profesores invitados que, coordinados por un especialista a su propuesta, presentaron sus avances sobre un problema de investigación o un campo de experiencia pedagógica.

También se previó la constitución de “talleres interdisciplinarios de intercambio” que constituyeron la primera actividad del congreso. La participación en ellos suponía, por parte de sus integrantes, la lectura previa de las contribuciones asignadas a través de foros en Internet o el intercambio por correo electrónico. Los talleres estuvieron ubicados como la primera actividad del congreso, y ha sido, sin duda, su punto más productivo. En torno de cada uno de los más de 30 talleres armados, se constituyeron grupos de 10 a 15 autores, que junto con un equipo de coordinación y los asistentes que recibió el recinto de trabajo, procedieron directamente al debate de los problemas ejes del taller sin exposición previa del trabajo.

Finalmente, el congreso previó la organización de las “mesas de comunicaciones” destinadas al análisis comentado por especialistas de un número acotado de las contribuciones presentadas. En este sentido, las mesas constituyeron espacios especialmente destinados a presentar, analizar y discutir no más de tres o cuatro trabajos seleccionados para este fin por el Comité Científico, sobre una proporción de los trabajos presentados en cada una de las áreas científicas e incluyendo, también en ese porcentaje, tanto trabajos de profesores e investigadores en distinta etapa de su trayecto, de jóvenes profesores e investigadores y universitarios con experiencia así como trabajos producidos en ámbitos universitarios: universidades públicas y privadas, argentinas y extranjeras. Así, las mesas tuvieron como propósito permitir profundizar los temas y problemas discutidos en los talleres a partir de casos vistos en mayor profundidad con el aporte de calificados comentaristas.

EL ESPACIO Y PARTICIPACIÓN DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS EN EL DEBATE DEL CONGRESO

Por el lado de la disciplina de las ciencias jurídicas, los trabajos presentados tuvieron en común las siguientes preocupaciones. Una gran cantidad de trabajos fueron presentados por parte de los profesores y auxiliares que pertenecen a las asignaturas del ciclo de formación pedagógica del recientemente creado título de Profesor para la Enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas, de esta Facultad. En dichas contribuciones se denota como denominador común la necesidad de crear y perfeccionar una didáctica específica en materia de derecho, sin perjuicio de que se enseñe al abogado que le interesa desempeñarse en el ámbito docente, asimismo, las múltiples y diversas técnicas y herramientas diseñadas por el campo de la psicología educacional, la pedagogía tradicional y la didáctica general. En este sentido, se presentaron trabajos enfocados en el marco de las experiencias ocurridas durante la residencia y observación docente vinculadas con el uso de las autobiografías, la observación entre pares y el diario de la formación docente. Por otra parte, también estuvo presente en otras interesantes investigaciones la preocupación acerca del espacio que ocupa actualmente la formación científica y de investigación en la enseñanza del derecho, así como aquella

otra vinculada con las maneras de mejorar y ampliar los espacios de formación y práctica preprofesional de los futuros graduados en derecho. Finalmente, el simposio institucional a cargo de la Facultad de Derecho tuvo como eje los desafíos presentes a la hora de encarar la gestión del cambio curricular en el caso de la carrera de Abogacía en diversas e importantes facultades de derecho de universidades nacionales e internacionales. Las contribuciones presentadas tuvieron por finalidad traer al debate la experiencia de actores fundamentales de la obra de conducción y gestión universitaria de prestigiosas universidades que pudieron llevar y alcanzar con éxito estos desafíos. Las presentaciones en este simposio intentaron dar cuenta de las experiencias desarrolladas en el marco de los diversos procesos de gestión curricular llevados a cabo en tales universidades a las que pertenecían los exponentes, aportan consejos, propuestas e ideas en relación con las diferentes etapas de dicho proceso y el modo en que han sido ejecutadas en estos casos concretos y sus resultados. Participaron de este evento con sus contribuciones el profesor Claudio Díaz, en representación de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, y los siguientes expositores del ámbito internacional: la profesora María Aurora de la Concepción Lacavex Berumen, respecto de su experiencia en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Baja California; el profesor Germán Silva García, por parte de la Universidad Externado de Colombia, y el profesor César Landelino Franco, de la Universidad de San Carlos de Guatemala. La coordinación del panel estuvo a cargo del secretario académico de esta Facultad, Gonzalo Álvarez.

Todo el detalle del programa así como la totalidad de los resúmenes y trabajos completos se encontraron a disposición del público asistente a través de la entrega de CD y de una publicación editada por Eudeba. Sin perjuicio de ello, en breve se encontrará subido todo ello, ordenado según los ejes temáticos citados y de acuerdo con los talleres en que fueron debatidas, en el propio portal del congreso: [en línea] <www.uba.ar/academicos/cipu/>.

Con la realización de este congreso de inigualable magnitud, la Universidad de Buenos Aires continúa apostando, una vez más, a buscar mejorar e innovar en sus prácticas que permitan formar así los mejores docentes y profesionales que la comunidad hoy requiere.

Bibliográficas

Reseña bibliográfica de *Proyección social del derecho y clínicas jurídicas en las universidades de América del siglo XXI**

Un libro que exhorta a la reflexión sobre los métodos de enseñanza del derecho

MARÍA ÁNGELA AMANTE**

El libro que nos toca reseñar, *Proyección social del derecho y clínicas jurídicas en las universidades de América del siglo XXI*, es un compendio de ponencias, algunas en formato de ensayo y otras de artículo, que fueron presentadas en un *workshop* realizado en Oñati, País Vasco (España), en el prestigioso Instituto Internacional de Sociología Jurídica de esa ciudad, en julio de 2003.

Ante la convocatoria, un grupo de profesionales de América Latina y Estados Unidos, y profesores de distintas universidades de América, presentaron sus trabajos y debatieron sobre la Proyección Social del Derecho en las Universidades de América del siglo XXI.

Coordino en esa oportunidad el evento, y coordina la edición de este libro, el abogado y Magíster, Antonio Peña Jumpa.

Según él comenta en la presentación del texto en reseña, el objetivo primario de la convocatoria se vio ampliamente superado ante la gran cantidad de inquietudes que fueron surgiendo como consecuencia del debate, a partir de la riqueza de los trabajos presentados por los asistentes al evento. Se amplió así el temario y se debatió también acerca de la

* PEÑA JUMPA, Antonio (coord.), Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Madrid, Dykinson SL, 2005.

** Abogada, auxiliar docente por concurso de las materias Sociología Jurídica y Metodología de la Investigación Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Proyección Social del Derecho en cuanto se refiere a los servicios, métodos y actividades que desarrollan y contribuyen en la formación del futuro abogado.

El libro se encuentra dividido en dos partes. En la primera, titulada “Experiencias de proyección social y clínicas jurídicas en las facultades de derecho”, se editaron ocho trabajos (fueron presentados originalmente diez trabajos en el *workshop*). Son relatos de trabajos sociales relacionados con el derecho en los que sus autores participan activamente. Estos trabajos los llevan adelante universidades o grupos organizados vinculados con ellas. A través de ellos, desarrollan un aspecto del rol de la extensión universitaria.

La segunda parte, titulada “Perspectivas de nuestras experiencias”, agrupa tres ponencias adicionales, respecto de trabajos acerca de las perspectivas, a partir de la experiencia de sus autores, en el tema en relación.

A su vez, la primera parte de este libro está estructurada de tal manera que introduce al lector en el tema que va a ser el hilo conductor de toda la obra. El primer trabajo que se presenta, cuyo autor es Iván Ortiz Sánchez, analiza comparativamente la experiencia de proyección social en once facultades de derecho de universidades latinoamericanas de nueve países. Sirve de introducción a los capítulos venideros.

Los siguientes tres trabajos presentan y desarrollan aspectos de las clínicas jurídicas en Puerto Rico, El Salvador y la Universidad de Seattle, en Estados Unidos, cuyos autores son Berthaida Seijo Ortiz, Alicia Álvarez Meiriño y Ravel Lidman, respectivamente. Todos ellos realizan aportes más que interesantes acerca de cómo se desarrolla esta actividad en esos países. Es para destacar que la clínica de asistencia legal de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, desde hace cincuenta años, se ha transformado en un curso que compone la currícula de estudios de la Facultad de Derecho de ese país.

Es interesante ver la diferencia de tratamiento del tema, entre los países latinos y Estados Unidos, donde en este último las actividades de proyección social se realizan desde el primer año de estudios. Este trabajo nos explica especialmente la actividad realizada a través del sistema de los créditos académicos. Todos ellos coinciden indiscutiblemente en un punto: revalorizar este tipo de actividades. Las consideran suma-

mente importantes para la formación del futuro abogado, en cuanto a lo que se refiere a la formación del perfil de profesional deseado.

Los cuatro trabajos restantes agrupados en esta primera parte del libro están relacionados con la actividad de proyección social del derecho en sí misma. Tres de ellas se corresponden con trabajos realizados en Perú, dos de las cuales están vinculadas con el Prosode (Proyección Social del Derecho). El primero de los trabajos, cuyo autor es Henry Armas Alvarado, explica cómo nació el Prosode, y cómo se organizan y desarrollan las actividades de proyección social del derecho. Hoy, curso de la currícula de la Facultad de Derecho de ese país. El trabajo presentado por Melisa Guevara Paredes desarrolla, específicamente, una de las actividades a través de la que el Prosode enfrenta el desconocimiento del derecho. Su estudio se vincula con los métodos de enseñanza en el área de difusión legal del Prosode, mediante los medios de comunicación masivos.

La tercera experiencia en Perú es presentada por Graciela Zambrano Negreiros, quien comenta un trabajo realizado por profesores y estudiantes de la Universidad Andina del Cuzco. La actividad por ellos desarrollada comenzó como consultoría jurídica gratuita y luego se organizó como el Ceprosde (Centro de Proyección Social de Derecho). Llevan adelante sus actividades en zonas urbano-marginales de extrema pobreza de esa ciudad. El cuarto trabajo, cuyo autor es Enrique Morales Parajón, cuenta la experiencia de las MARCs y la mediación en la formación y ejercicio de los proyectos sociales en Nicaragua, que se desarrolla en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua-León (UNAN-León).

La segunda parte está también vinculada con lo pedagógico, pero desde otra perspectiva. En el Capítulo IX: "El desarrollo del derecho de interés público en Argentina: avances, obstáculos y desafíos", como el título nos anticipa, Cristián Courtis nos introduce en la noción de "derecho de interés público" en la Argentina desde su instauración, tanto en la enseñanza como en el ejercicio mismo de la profesión de abogado, los avances que ha tenido desde entonces, los obstáculos que ha debido y debe aún sortear. Destaca las áreas más importantes en las que esta noción opera y las herramientas que utiliza, como medios para instrumentar la organización del litigio y su contexto. Hace también una in-

interesante mención vinculada con las acciones colectivas. Pone especial énfasis sobre la importancia de la noción de interés público en el Derecho Constitucional y los Derechos Humanos y en la posibilidad de rediscutir los métodos de enseñanza, aplicados por ejemplo en la implementación de cursos clínicos e iniciación de la experiencia profesional, en áreas poco tradicionales del derecho.

El Capítulo X, cuyo autor es Carlos Alzaga Barco y que se titula: “Proyección social del derecho: redibujando el modelo para la transformación académica, ética y política de la sociedad y el Estado”, propone una variante metodológica para abordar el estudio comparativo de la proyección social, diferente a la clásica comparación normativa. Plantea analizarlo a través de modelos de estudio y comprensión de los procesos, principalmente desde la directa participación de los operadores jurídicos, y desde el punto de vista académico, ético/valorativo y político/social. Y que este modelo sirva como guía para la comprensión y desarrollo de la proyección social del derecho, creando un modelo grupal de ésta.

Al igual que la apertura, el cierre de este libro está a cargo del coordinador, Antonio Peña Jumpa. El último capítulo, titulado “La proyección social del derecho en una sociedad pluricultural: perspectivas desde el caso peruano”, expone la proyección social del derecho como disciplina específica de acción social, destinada prioritariamente a los grupos excluidos históricamente de los beneficios brindados por el Estado a los ciudadanos. Especialmente alude al caso del Perú, país con una composición ciudadana pluricultural, multitud de población indígena y presencia de grupos históricamente de dominación. Define y analiza la proyección social y propone actividades basadas en el trabajo interdisciplinario.

El coordinador del libro, ya en la presentación, a más de mencionar brevemente cada uno de los trabajos que lo componen, realiza un análisis liminar de algunos de los categóricos interrogantes que se plantearon a partir de los trabajos reseñados, y el debate posterior, luego de sus presentaciones.

Deja planteada expresamente la posibilidad -y su deseo- de ampliar los estudios sobre estos temas. Aunque advierte que son sólo resultados parciales, porque deberían participar más países y más universidades

de cada país para que los resultados puedan ser considerados datos representativos al momento de realizar un análisis más profundo de la situación que nuestro continente atraviesa en estos momentos, en relación con el tema de la convocatoria. Propone así aumentar las unidades de análisis, para alcanzar resultados representativos, si bien reconoce que no se puede negar que estamos, sin duda, frente a datos que son indicadores de la realidad que vivimos y exhorta a continuar trabajando en este sentido.

Los trabajos compilados en este libro, a más de comentar actividades organizadas, ya consolidadas en la práctica, realizan una crítica que deja ver problemáticas muy similares. En todos los casos, se revaloriza la tarea de la proyección social del derecho y el trabajo de las clínicas jurídicas, que benefician tanto a quien recibe el servicio como a quien lo brinda. Destacamos la importancia del respaldo de las instituciones –las universidades y las facultades de Derecho en particular–, que proporcionan a los voluntarios: en su mayoría jóvenes, herramientas para la formación profesional.

Éste es un libro de rápida lectura. Resulta muy interesante al lector, sea abogado, estudiante de derecho o cualquier persona con inquietudes sociales, ya que brinda un panorama de la realidad sociojurídica de nuestro continente, y nos acerca a las diversas formas de cómo se intenta, con un pequeño grano de arena, superar los problemas de acceso a la justicia y las carencias culturales, para que aquellas personas a quienes les está vedado el acceso a la justicia puedan acceder al sistema. Éste es sólo un aspecto del derecho a la igualdad de oportunidades.

Garantizar a los ciudadanos el acceso a la justicia no se agota en la posibilidad de presentarse ante un juez con el patrocinio letrado. Implica educación, para que los ciudadanos conozcan sus derechos y obligaciones y puedan utilizarlos y reclamar su aplicación. Cambiar la visión actual que se tiene del abogado, considerado como mero litigante, como aquel que confronta, y ensayar una visión diferente del ejercicio de la profesión son tan sólo algunos puntos de partida para continuar trabajando en el desarrollo de la proyección social del derecho.

Si bien hay una ardua tarea por delante en este sentido, este libro sin duda transmite un mensaje esperanzador. Que todos entendamos y

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

MARÍA ÁNGELA AMANTE

consideremos la proyección social del derecho como una actividad de la que se sirve el derecho como herramienta o medio para alcanzar sus fines es fundamental.

A modo de cierre, rescatamos especialmente tres palabras del coordinador del libro que merecen la atención de todos los que nos dedicamos a la investigación científica, especialmente en el campo de la sociología jurídica: “Conocer, debatir y construir”. Conocer experiencias, debatir apreciaciones, construir perspectivas.