

ISSN 1667-4154

Academia

Año 6 - número 11 - 2008

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

Secretaria: Malvina Zacari

ÍNDICE

Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho
Año 6, número 11, 2008, ISSN 1667-4154

Artículos

- Escogiendo la ley 9
Phyllis GOLDFARB
- La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales:
una contribución para la interpretación pluralista
y “procesal” de la Constitución 29
Peter HÄBERLE
- Enseñanza de la técnica legislativa 63
Eliseo MURO RUIZ
- Una comunidad de amigos y de extraños.
Experiencia y construcción del discurso
académico-jurídico 93
Juan Manuel OTERO
- Enseñar Derecho Comparado en el siglo XXI:
más allá de la dicotomía Derecho Civil/*common law* 107
Michael P. WAXMAN

Clásicos

- El Derecho en la cátedra y en el Tribunal
(Nota sobre la enseñanza del Derecho) 121
Eduardo A. VASQUEZ

Estudios e investigaciones

- La enseñanza del discurso jurídico oral
y escrito en la Carrera de Abogacía 137
Graciela E. ÁLVAREZ
- La influencia de la educación jurídica en
la formación valorativa de los abogados 149
Mariana Anahí MANZO

El caso "Clínica Junín": representación del conflicto
y de la justicia en el discurso de los actores.
Derechos sociales, democracia y ciudadanía
Leticia GAVERNET 167

Actualidad universitaria

Bases jurídicas de la educación para el
desarrollo sostenible en el Mercosur
Mariano H. NOVELLI 183

Asociación Internacional de Escuelas
de Derecho: elección de la doctora
Mónica Pinto como presidenta 195

Resultados del relevamiento estadístico del Servicio
de Consultorio y Patrocinio Jurídico Gratuito de la
Universidad de Buenos Aires. Anuario 2006
Valeria QUIROGA y Sebastián SCIOSCIOLI 197

Bibliográficas

Reseña bibliográfica de: *Para una transformación de la
Universidad. Nuevas relaciones entre investigación y docencia,*
R. A. Barnett (ed.), Barcelona, Octaedro, 2008
Guillermo RUIZ 217

Artículos

Escogiendo la ley*

PHYLLIS GOLDFARB**

I. PREGUNTAS

El curso de inmersión de Pierre Schlag inspirado en este simposio*** ha sido fascinante, inquietante y vigorizante. No es necesario sumergirse demasiado en la obra de Schlag para darse cuenta de que en la medida en que la crítica es una forma de arte, Pierre es un gran maestro.¹ Esta maestría es evidente tanto si uno se identifica con el autor o con sus “objetivos”.² Incluso la incomodidad de verme por momentos entre estos últimos no disminuyó mi capacidad de maravillarme ante el lúcido ojo de Pierre y su fulminante sátira intelectual acerca de las prácticas ideo-

* Publicado originalmente en inglés como “Picking Up the Law”, *University of Miami Law Review* 57, nro. 3, abril de 2003, pp. 973-987. Los editores agradecen al autor y al editor el permiso para traducirlo y publicarlo en esta revista. Traducción al español realizada por María Victoria Alonso, ayudante de cátedra de Derecho Constitucional Profundizado y Procesal, Facultad de Derecho (UBA).

** Profesora, Boston Collage Law School. B. A. 1978, Brandeis University, Ed. M. 1979, Harvard University; J. D. 1982, Yale University; LL. M. 1985, Georgetown University Law center.

*** [Nota de los editores: se refiere al simposio organizado por la *Miami Law Review*].

¹ Mientras elogia los logros de Pierre, el término “gran maestro” tiene doble sentido en este contexto. Algunos pensadores críticos tienden a entender el proceso de designación de “grandes maestros” como un uso ilegítimo de autoridad, o la categoría en sí misma como una designación específica de raza y género. Las preguntas acerca de cómo ver el trabajo de Pierre a través de los lentes de la raza y el género aumentaron a partir del simposio de febrero. Algunas de estas preguntas son exploradas en el libro de CONAGHAN, Janne, “Sins of Omission in Pierre Schlag [Nota de los editores: sobre Pierre Schlag ver su sitio] *Enchantment of Reason*”, en *U. Miami L. Rev.*, nro. 57, 2002.

² Por supuesto, las reacciones emocionales defensivas e irreflexivas generadas por la identificación con el blanco de la crítica pueden oscurecer el reconocimiento de la maestría de Schlag. Para un análisis psicológico de reacciones angustiantes como ésta, véase GOODRICH, Peter, “Pierre the anomalist: An Epistemology of the Legal Closet”, en *U. Miami L. Rev.*, nro. 57, 2002.

lógicas y estéticas de la academia legal.³ A pesar de la claridad de su escritura, o quizás debido a ella, el trabajo de Pierre genera una gran cantidad de preguntas. Planteo algunas de ellas aquí.

Pierre hace una brillante, en realidad, divertidísima parodia de la repetición compulsiva de la pregunta “¿Qué deberíamos hacer?” en el contexto de las escuelas de Derecho,⁴ una pregunta que él ve como una derivación de la inapropiada pero habitual identificación de los profesores de Derecho con la figura del juez.⁵ No obstante, muchas de las

³ Su tono satírico y mordaz análisis son expuestos abundantemente en *Pierre Schlag Laying Down the Law: Fetishism and the American Legal Mind*, 1996 (a partir de aquí *Laying Down the Law*) y *Pierre Schlag, The Enchantment of Reason*, 1998 (a partir de aquí, *Enchantment*). Para una mirada de su mordaz humor, véase su Top Ten en los artículos normativos de los ochenta, que contiene sólo cinco puntos, entre ellos Tenga un Buen (realmente elegante y totalmente abstracto) Día, Deberíamos Hablar y Hablar y Hablar Sobre Hablar y Sólo Seguir Hablando, y el Paradigma está Yendo a Mi Manera, *Laying Down the Law supra*, 19-26. Para el razonado argumento de Schlag contra la posibilidad de la razón como medio del Derecho, véase generalmente *Enchantment, supra*. Sobre su elaboración de las implicancias del Derecho como una práctica estética, véase SCHLAG, Pierre, “The Aesthetics of American Law”, en 115 *Harv. L. Rev.* 1047, 2002.

⁴ Véase *Laying Down the Law, supra*, nota 3, pp. 17-36. Aquí un extracto: (“Qué deberíamos hacer”) es una interrupción planteada como origen. Se plantea como un origen en el que se toma a eso mismo como la motivación original para comprometerse en el pensamiento legal. Y aún aquí, el “qué deberíamos hacer” interrumpe el proceso de tratar de comprender en qué empresa nosotros, como pensadores jurídicos, estamos ya comprometidos. Interrumpe el proceso de intentar revelar el carácter de nuestras disciplinas y nuestras prácticas como pensadores jurídicos... De hecho, el pensamiento jurídico normativo está en apuros de tal forma que te dirá qué hacer aun cuando no exista la menor chance de que puedas estar realmente en posición de hacerlo. *Íd.*, 27-28.

⁵ (E)s la autoidentificación con la figura del juez lo que establece los caminos, límites, procedimientos y preocupaciones de los pensadores jurídicos norteamericanos... [E]sta autoidentificación con el sujeto-formación del juez establece un conjunto de tareas intelectuales para los juristas académicos por nombrar, la exposición del Derecho a través de su material autoritario, la vigilancia y normalización de nuevas formas de pensamiento jurídico, el reconocimiento y conceptualización de nuevos problemas jurídicos, la expulsión de tendencias jurisprudenciales falsas o subversivas, y el perfeccionamiento de las formulaciones de Derecho existentes...

Pero aun cuando la autoidentificación de los pensadores jurídicos con la figura del juez se está haciendo cada vez más forzada y cada vez más improbable, los pensadores jurídicos todavía están viviendo esta historia. La autoidentificación sobrevive como un abstracto, pero no obstante fundacional nivel. Sobrevive como una estética, en las

presentaciones en este simposio plantean alguna versión de esa pregunta y algunas respuestas modestas a la misma.⁶ Jack Schlegel lo pregunta en forma directa, aunque irónica, en el título de su trabajo.⁷ Demasiado intimidada por la crítica de Pierre como para preguntar en forma directa, incluso en forma irónica, yo lo pregunto de una forma disimulada, aunque creo que mis variantes a esa pregunta son suficientemente diferentes de “¿Qué deberíamos hacer?” como para ser consideradas mejores preguntas.⁸

Entre las preguntas que el trabajo de Pierre plantea, para mí se encuentran las siguientes: “¿Dónde puede alguien persuadido por la crítica de éste al tipo de trabajo que prevalece en las escuelas de Derecho⁹ continuar manteniéndose dentro de ellas?” Ésta no es una variante de la afirmación de Paul Carrington de mediados de los ochenta, en el sentido de que los críticos tienen la obligación de renunciar a enseñar Derecho.¹⁰ Es

formas ontológicas fundamentales y en las dominantes orientaciones normativas del pensamiento jurídico norteamericano... Ser autoidentificado con la formación subjetiva del juez es de esta manera estar intelectualmente comprometido. Es estar aferrado a una retórica, una estética, y compromisos normativos que son predominantemente antiintelectuales, que son, por cierto, destructivos del esfuerzo intelectual.

⁶ Ver PAUL, Jeremy, “Reason and Interest”, en 57 U. *Miami L. Rev.*, 2002; SCHLEGEL, Henry John, “But Pierre, If We Can’t Think Normatively, What Are We To Do?”, en 57 U. *Miami L. Rev.*, 2002; WESTBROOK, David A., “Pierre Schlag and Temple of Boredom”, en 57 U. *Miami L. Rev.*, 2002.

⁷ Ver SCHLEGEL, nota *supra*.

⁸ Es atemorizante ofrecer otras reacciones tentativas, desde el punto de vista de la educación de la clínica legal o desde cualquier otro, para creer del todo los logros intelectuales como *The Enchantment of Reason*. Pese a que pensé que confiaba en mis reacciones, también temí que Pierre estuviera muchos pasos por delante mío, viendo las artimañas retóricas y estrategias intelectuales que yo no podía ver desplegadas en mis propios escritos, por la forma en que perfeccionó su talento en tan extraordinario nivel. Mientras normalmente me resistí al modo “confesionario”, cuento esta experiencia porque pienso que los escritos de Pierre serían mucho más apreciados si los lectores estuvieran más conscientes del impacto psicológico que este trabajo tiene sobre ellos. A pesar de las complejidades que implica en un artículo jurídico el uso excesivo de notas al pie, ha creado una forma simple para mí de ofrecer este comentario.

⁹ De acuerdo a Pierre, el trabajo dominante en la escuela de Derecho es la proliferación de pensamiento jurídico normativo. Véase *Laying Down the Law*, nota 3, *supra*.

¹⁰ Véase CARRINGTON, Paul D., “Of Law and the River”, en *J. Legal educ.*, nro. 34, 1984, pp. 222, 226-27.

un intento de afrontar el insoluble dilema de cómo vivir la vida de acuerdo al propio entendimiento, lo cual es excesivamente difícil cuando se trabaja dentro de un contexto edificado sobre la base de negar tales entendimientos.¹¹

Otras formas de formular la pregunta son: “Dentro de la crítica de Pierre, ¿existe algo así como un verdadero profesor de Derecho?” “¿Admite nuestro autor la posibilidad de lograr algo que merezca respeto como academia legal?” O, planteado de otro modo, “¿Dónde puede ubicarse un crítico legal posmoderno dentro de una escuela de Derecho?”

A lo largo de este ensayo, he adoptado la pregunta de base “¿Dónde puede uno situarse?” como alternativa a “¿Qué deberíamos hacer?” La pregunta es obligada para mí por la siguiente razón: mientras tengo la idea de Pierre como un académico, no tengo la idea de Pierre como un profesor. Al leer su prolífica efusión, sigo tratando de imaginármelo en el rol diario de profesor. ¿Cómo es Pierre Schlag como profesor? ¿Cuál es el contenido y método en sus clases? ¿Ha desarrollado una contrapedagogía? ¿Qué aprenden sus alumnos? ¿Hay formas de aproximarse a la identidad de profesores de Derecho menos empañados por su crítica, en lugar de su caricatura sobre el típico profesor de Derecho, que en varios momentos aparece en las descripciones de Pierre acerca de la

¹¹ Uno de los numerosos relatos de Pierre sobre el fenómeno de negación dentro de la academia legal es el siguiente:

El problema para los pensadores jurídicos es que el atractivo normativo del pensamiento jurídico normativo quita sistemáticamente la atención de reconocer que el pensamiento jurídico normativo está basado en una representación completamente increíble del campo que afirma describir y regular. El problema es que el pensamiento jurídico normativo, más que asistir en la comprensión de las situaciones políticas y morales actuales, se queda en el camino. Sistemáticamente reinscribe su propia estética, su propio entendimiento fantástico de la escena política y moral.

Hasta que el pensamiento jurídico normativo comience a enfrentar su propia situación paradójica, posmoderna y retórica, permanecerá algo de empresa irresponsable...

SCHLAG, *Laying Down the Law*, *supra* nota 3, pp. 37-38. Para otro relato de negación, véase SCHLAG, Pierre, “Hiding the Ball”, en *N. Y. U. L. Rev.*, nro. 71, pp. 1681-1695-1996. [A partir de aquí, “Hiding the Ball”]. (La Ley norteamericana está organizada para trasladar las dudas y desafíos lejos de la ontología del Derecho, preferentemente a preguntas técnicas, frecuentemente normativas, si es necesario investigaciones epistémicas, pero siempre lejos de la investigación ontológica).

“antiintelectual” vida académica?¹² Como profesor de Derecho, ¿es posible pedir directamente a aquellos que han venido a escoger la ley si no es mejor, por ejemplo, dejarla de lado?¹³ Si es así, y si él lo hace, ¿cómo suena esa conversación?

II. ÉSTA PUEDE SER SU CLÍNICA

Quiero sugerir una ubicación posible para el profesor de Derecho que, gracias a Pierre, se ha visto al menos lo suficientemente desposeído del encantamiento de la razón como para luchar contra estas preguntas.¹⁴ Considerar esta ubicación requiere imaginar una Clínica Legal Posmoderna de Pierre Schlag y preguntarse si ese experimento mental produce algo inteligible.¹⁵ Para dar más especificidad a esta imagen, trate de pensar en un programa de defensa criminal dentro de esta clínica, donde el profesor despierta el interés de los alumnos sobre el trabajo de representar clientes sin recursos que enfrentan cargos por delitos menores en la corte criminal local. Más que por preferencias personales (pues estoy bastante familiarizada con ese escenario)¹⁶ he elegido este

¹² Para un ejemplo, véase “Hiding the Ball”, *supra* nota 11.

¹³ Dejar de lado la ley, con su irónico doble sentido, es la posibilidad que Pierre plantea en el párrafo final de *Laying Down the Law*, como una alternativa de celebrar, expandir y adorar la ley. Ver *Laying Down the Law*, *supra* nota 3, p. 166.

¹⁴ El encanto de la razón se refiere a la tendencia dominante de los pensadores jurídicos norteamericanos de negar esa razón, el observado medio en el cual el Derecho descansa en raíces precarias y es así otra forma de creencia. *The Enchantment of Reason* elegantemente elabora este argumento y sus implicancias. Véase *Enchantment*, *supra* nota 3.

¹⁵ Pierre no buscó previamente desarrollar un informe de una clínica legal posmoderna, pero es claro que recibiría bien tal esfuerzo. Sin embargo, buscó relatar la marginalización clínica en educación jurídica, como material de reflexión de la dicotomía interna/externa (léase: privilegiada/no privilegiada) que domina el pensamiento jurídico norteamericano. Véase SCHLAG, Pierre, “Normativity and the Politics of Form”, en *U. Pa. L. Rev.*, nro. 139, 1991, p. 801 (a partir de aquí, “Normativity”).

¹⁶ La familiaridad es tanto un beneficio como un inconveniente. Mientras provee bases experienciales para completar los detalles de esta experiencia de pensamiento, también aumenta enormemente las posibilidades de propia desilusión. En palabras de Pierre: “Es esperable que la perspectiva de cualquier participante sobre su propia práctica incluya el significado retórico para la propia preservación de la práctica”. SCHLAG, *Laying Down the Law*, *supra* nota 3, p. 135. También: “Es menos que placentero considerar realmente el vacío de una disciplina cuando es la propia”. *Enchantment*, *supra* nota 3, en 10. Dejo para otros si los riesgos que Pierre cita se encuentran en este ensayo.

puesto de avanzada¹⁷ a efectos de la discusión en este ensayo, en parte por el mismo motivo por el cual lo he elegido para mi trabajo, es decir, porque evita en gran medida la pregunta de si se debe elegir o no el Derecho como un camino para el cambio gradual. Cuando la burocracia de la justicia criminal esté dispuesta a atropellar los derechos de su cliente, la decisión del abogado defensor penal de usar el Derecho no es una elección de abrazar el Derecho, sino de ejercerlo en forma defensiva a la luz de otras opciones.

Hasta aquí un resumen de lo que sería una Clínica Legal Posmoderna de Pierre Schlag, cuya plausibilidad queda abierta a consideración.¹⁸ El primer rasgo a destacar de la clínica es que el alumno que se encuentra junto al cliente en la corte criminal ya no está situado en la posición de juez. Esto ya interrumpe el relato de Pierre sobre la educación legal convencional.¹⁹ Más bien, la identificación del alumno es con el abogado, un punto desde el cual puede también identificarse o conectarse, o al menos relacionarse con el cliente.

Joanne Conaghan observó que nada desagradable u horrible le sucedía a nadie en los libros de Pierre.²⁰ Esto no sería así en la clínica de

¹⁷ Deliberadamente he elegido el término “puesto de avanzada” (N. del T: en inglés: *outspot*) para invocar las resonancias del carácter colonial de la justicia criminal norteamericana. Para mayor desarrollo de las resonancias coloniales en la justicia criminal norteamericana, véase DOYLE, James M., “It’s the Tirad World Down There!” The Colonialist Vocation and American Criminal Justice, en 27 *Harv. C. R.-C. L. Rev.* 71, 1992, e “Into the Eight Ball: The Colonialist’ Landscape in American Criminal Justice”, en 12 *B. C. third world L. J.* 65, 1992.

¹⁸ En anteriores artículos, traté de desarrollar las intersecciones entre la educación clínica y otros movimientos jurisprudenciales en la educación legal. Véase, GOLDFARB, Phyllis, “A Theory-Practice Spiral: The Ethics of Feminism and Clinical Education”, en 75 *Minn. L. Rev.* 1599, 1991 (a partir de aquí “A Theory-Practice Spiral”) y “Beyond Cut Flowers: Developing a Clinical Perspective on Critical Legal Theory”, en 43 *Hastings L. J.* 717, 1992 (a partir de aquí “Clinical Perspective”). Este ensayo, al comenzar a desarrollar la posible intersección entre posmodernismo y educación clínica, continúa la serie.

¹⁹ Pierre reconoce que la identificación formativa del pensador legal con el juez –una identificación que los profesores de Derecho inculcan en sus alumnos– puede romperse hasta cierto punto entre los abogados que ejercen la profesión. Véase *Laying Down the Law*, *supra* nota 3, p. 155. Él no discute cómo la identificación con el juez se desintegra entre los abogados, cuáles son sus consecuencias o qué lugar ocupa.

²⁰ Véase CONAGHAN, *supra* nota 1.

Pierre. En una causa criminal, las cosas desagradables y horribles probablemente ya han ocurrido y la pedagogía de la clínica implica encontrarlas. El cliente en una causa criminal, por lo general, ofrece experiencias que enriquecen la perspectiva de los estudiantes, simplemente porque son datos que los programas de las escuelas de Derecho de otro modo pueden evitar o suprimir. Dentro o fuera de ella, esta posibilidad puede facilitar la crítica.²¹ En vez de enfocar lo que Pierre llama la “falta de pensamiento” del Derecho, la creencia no examinada de pensadores y actores legales de que el Derecho opera a través del lenguaje de la razón,²² la clínica cambiaría el foco a la “falta de pensamiento” del derecho respecto de los desposeídos,²³ de aquellos cuya opresión Conaghan temía se estuviera marginando cada vez más en el trabajo de Pierre.²⁴ Esto sólo ya es una crítica desestabilizante que puede generar un cambio, porque excluir la “falta de pensamiento respecto de” es una parte importante de la “falta de pensamiento” del Derecho.²⁵

En una clínica, se pide al estudiante-abogado que reflexione críticamente sobre la experiencia de desempeñar su rol.²⁶ Mientras que razonar y hablar acerca de la doctrina puede representar un aspecto de esta experiencia, ese aspecto probablemente disminuye mucho en importancia

²¹ Para una descripción de la crítica como una metodología aspiracional de la educación clínica, véase “A Theory-Practice Spiral”, *supra* nota 18, pp. 1657-62.

²² Véase *Enchantment*, *supra* nota 3, p. 23.

²³ Véase “A Theory-Practice Spiral”, *supra* nota 18, p. 1686, véase también “Clinical Perspective”, *supra* nota 18, p. 744.

²⁴ Véase CONAGHAN, *supra* nota 1.

²⁵ Por el contrario, el sistémico odio de razas y clases que parece apoyar el resultado de los casos criminales socavaría la creencia de que la razón es el medio a través del cual la ley opera. Para un análisis de cómo opera la desigualdad –particularmente la desigualdad de raza y clase– en la administración del Derecho criminal, véase generalmente COLE, David, *No equal justice: race and class in the american criminal justice system*, 1999. Mientras que Pierre hace foco en cómo el Derecho está construido para reprimir su violencia dominante, véase SCHLAG, *Laying Down the Law*, *supra* nota 3, pp. 143-49, David Cole, entre otros, identifica más específicamente aquellos contra a quienes la violencia va dirigida. El fracaso en identificar los beneficiarios y objetos de la violencia burocrática de la ley es una preocupación planteada respecto de los escritos de Pierre desde una perspectiva feminista-crítica. Véase GRAHN-FARLEY, Maria, “An Open Letter to Pierre Schlag”, in *Critical race feminism*, 2003.

²⁶ Ésta es la sustancia del método clínico de aprender de la experiencia. Véase “A Theory-Practice Spiral”, *supra* nota 18, pp. 164-54.

a medida que el estudiante accede al Derecho a través de las interacciones complejas y multidimensionales de los imperativos burocráticos, de las relaciones interpersonales, de los procesos informales, de las relaciones de poder, y así sucesivamente, todo lo cual es experimentado como impresiones, sensaciones, sentimientos, intuiciones y acciones.²⁷ Ésta no es el tipo de pedagogía alcanzada por la crítica de Pierre.²⁸

Para que la variedad de fenómenos que surgen en una clínica tenga sentido, el alumno debe concentrarse intensa y conscientemente en el significado y consecuencias de su conducta y la de los demás.²⁹ Para que esas experiencias tengan sentido, el alumno de la clínica puede necesitar comprender de forma matizada cómo la cultura burocrática de los tribunales despliega la ley, el poder y la violencia.³⁰ En otras palabras, hacer sentido de estas experiencias parece requerir una crítica hacia la cultura legal convencional.³¹ En muchos casos, puede observarse que la razón ha jugado un rol limitado en la tramitación del caso. Lo fuertemente apremiante de estas experiencias bien puede ser un camino para poner de manifiesto a través de la enseñanza, y no a través de la doctrina, lo

²⁷ Íd. 1652 (“Como un problema epistemológico, una más amplia y profunda especie de comprensión puede venir de integrar el conocimiento que ha sido absorbido no sólo a través de la cognición, sino a través de un revoltijo de impresiones, sensaciones, sentimientos, intuiciones y acciones, que son accesibles en distintos niveles de conciencia”); “Normativity”, *supra* nota 15, p. 876 [“En la práctica del Derecho, (...) lo político, lo social, lo psicológico, lo retórico, y lo racional está todo diferentemente relacionado en complejas formas”].

²⁸ Véase, “Hiding the Ball”, *supra* nota 11, para un relato de la pedagogía de clase tradicional. Pierre analiza los imperativos políticos que relegaron la clínica a un área cognitiva y física fuera de la clase. Véase “Normativity”, *supra* nota 15, p. 927.

²⁹ Véase “A Theory-Practice Spiral”, *supra* nota 18, 1963 [“Para decir que hacer alumnos responsables es la mejor forma de hacerlos responsables no es la simple tautología que parece. Significa que tomar activamente la responsabilidad contribuye a desarrollar el carácter responsable (...) (en parte porque) compromete a la persona en un nivel más intenso, decidido y consecuencial”].

³⁰ Robert Cover ha confrontado públicamente con nosotros en la conciencia de que el Derecho ocurre en un campo de sufrimiento y muerte. Véase COVER, Robert M., “Violence and the Word”, en 95 *Yale L. J.* 1601, 1986.

³¹ Las clínicas de las escuelas de Derecho están bien posicionadas para facilitar tal crítica. Véase “A Theory-Practice Spiral”, *supra* nota 18, 1656 (“Complementar la educación tradicional de la escuela de Derecho incrustando el Derecho en este contexto, la clínica tiene el potencial de transformar el estudio del Derecho en un estudio de una cultura que despliega el Derecho con varios propósitos”).

que Pierre llama “La Noble Estafa” debido a la endeble descripción del Derecho que se ofrece.³² De este modo se aumenta la posibilidad de que las lecciones de *The Enchantment of Reason* puedan ser incorporadas mucho más vívidamente cuando son construidas en formar empírica experimental.

Cuando es llevado a cabo conscientemente, este proceso crítico clínico conlleva la promesa de revelar las suposiciones, prejuicios y valores que se reflejan diariamente en una corte criminal. Para un schlagiano este cambio de contexto del derecho del profesor de Derecho al encuentro con la cultura legal burocrática es estimulante,³³ al poder echar luz sobre la disparidad entre las teorías legales a las que adhiere la doctrina del Derecho criminal y aquellas que se expresan en una corte criminal.³⁴ Este cambio de contexto también mejora las posibilidades de que los profesores de Derecho hagan algo más que lo que Pierre, en su inimitable estilo, denomina “entrenamiento de matones”.³⁵

³² Desde “La Noble Estafa”, el Derecho es la aplicación de la razón a artefactos legales (que en sí mismos manifiestan la razón) para producir resultados apropiados. Véase *Enchantment*, *supra* nota 3, pp. 34-39.

³³ De acuerdo a Pierre, el Derecho manifiesta una lógica burocrática, y “los abogados que ejercen experimentan el Derecho como una compleja red de arreglos burocráticos de poder que han aprendido a manipular”. “Normativity”, *supra* nota 15, p. 804. Los únicos pensamientos legales pensables, observa Pierre, son aquellos que se conforman con una delgada estética cuyos límites son dictados por la necesidad de enmascarar la violencia causada por las burocracias legales. Véase *Laying Down the Law*, *supra* nota 3, pp. 155-59. También, “El rol más importante que juega el pensamiento legal normativo es constituir estudiantes (...) como amables y bien educados vehículos para la amable transacción del negocio burocrático”. “Normativity”, *supra* nota 15, p. 866. En otras palabras, se les enseña a hablar “agradable al poder”. *Laying Down the Law*, *supra* nota 3, p. 6.

³⁴ Pierre ha observado que “la apasionada vida normativa de la ley no ha aparentado fácilmente relación con la actual estructura o contenido de la práctica legal”. “Normativity”, *supra* nota 15, p. 803. “La inconmensurabilidad del discurso normativo con la práctica burocrática sugiere que las oportunidades de practicar cualquier conducta ‘auténtica’ normativamente competente son extremadamente reducidas dentro de las burocráticas formas de vida”. *Íd.*, 881. Pierre ilumina estas observaciones sobre la separación del pensamiento legal normativo de la práctica del Derecho a través del análisis de un caso criminal ficticio, que aparece cuando el abogado Stuart Markowitz es arrestado por manejar alcoholizado, un escenario que apareció en *L. A. Law*, *íd.*, pp. 852-84.

³⁵ Ésta es la razón por la cual los profesores de Derecho insisten en que el Derecho está gobernado por la razón: sin la razón, el Derecho es violencia ritualizada y ellos

Permítanme darles algunos ejemplos de cómo una clínica podría llevar adelante las ideas de Pierre a través de un método de enseñanza. Una vez liberado de las cadenas del derecho de los profesores de Derecho, la legitimación derivada del aparente uso de la razón al aplicar la doctrina a través de un ritual legal a una persona acusada de un delito,³⁶ es mucho menos efectiva cuando el alumno-abogado, por su identificación con el cliente, puede ver el sufrimiento que el sistema a la vez ignora y produce.³⁷ El estudiante, cuyo proceso clínico lo exhorta a tratar de ver el mundo a través de los ojos de su cliente,³⁸ puede también ver que el proceso burocrático no hace tal cosa.³⁹ Raramente una corte gastará esfuerzo en tratar de entender la vida de su cliente, y la limitada cantidad de tiempo dedicada al caso demuestra esta realidad.⁴⁰

son entrenadores de matones. Véase *Enchantment*, *supra* nota 3, p. 21. La caracterización es sólo ligeramente menos poco halagadora en *Laying Down the Law*: "Las academias legales (son) entrenadoras de metaliquidadores de seguros", *supra* nota 3, p. 38.

³⁶ Entender el Derecho como coherente y su aplicación como justificada es un engaño necesario, observa Schlag. De lo contrario, los actores legales notarían la violencia de su empresa y serían menos capaces de funcionar de acuerdo con las necesidades normativas del Derecho. Véase *Laying Down the Law*, *supra* nota 3, pp. 156-59.

³⁷ Considere, por ejemplo, el sufrimiento infligido por la encarcelación forzada, separación de las familias, y el Estado matando como respuestas incluso para actos que aparecen, al menos en parte, por adicciones no tratadas, enfermedades mentales no diagnosticadas, y los efectos corrosivos de la pobreza. Véase también la caracterización de Pierre de la ley criminal, como fue representada en el episodio de arresto de Markowitz de *L. A. Law*, de "odiar el sexo", "negar la vida", "matar por diversión", "Orwelliana", "inexplicablemente azarosa", "impresionantemente poderosa" y "equivocada". "Normativity", *supra* nota 15, pp. 853-857.

³⁸ Véase, ELLMANN, Stephen, "The Ethic of Care as an Ethic for Lawyers", en 81 *Geo. L. J.* 2665, 2700 (notar que el abogado comprensivo debería tratar de "entrar en el mundo de su cliente sin dejar el suyo propio"). GOLDFARB, Phyllis, "A clinic Runs Through It, 1", en *Clinical L. Rev.* 1994, pp. 65-67 ("La educación clínica, a través de su intención de concretar particularidades y los sentimientos que evocan, opera a través de un método inherentemente narrativo").

³⁹ De acuerdo a Edward Dauer y Arthur Leff, las burocracias tratan a las personas como "no-personas". Ver DAUER, Edward A. y Arthur Allen LEFF, "Correspondence: The Lawyer as Friend", en *Yale L. J.*, nro. 86, 1977, pp. 573-581.

⁴⁰ "Desesperadamente inundada en un mar de casos, la Corte es incapaz de administrar justicia. Reconocer esto, ha redefinido su misión. La medida del éxito es el índice dispositivo, cuántos casos pueden ser movidos dentro y fuera de la Corte, sin considerar cómo son movidos". SUBIN, Harry I., "The New York City Criminal Court: The Case for Abolition", en *Ocasional papers from the center for research on crime and*

Por otro lado, si el estudiante ha desarrollado una relación con el cliente, la aparente dicotomía ofrecida por el Derecho criminal convencional entre culpa e inocencia, libre albedrío y determinismo, puede finalmente haber empezado a disolverse.⁴¹ Al enfrentarse con la complejidad y ambigüedad de las circunstancias de vida de algunos clientes, el abogado-estudiante puede llegar a advertir que cada uno de estos términos pretendidamente opuestos no son resultado de una observación indiscutible sino

justice 8, Graham Hughes ed., 1992. Subin informó que aproximadamente 213.000 casos fueron procesados en la Corte Criminal de Nueva York en 1990, con un promedio de cinco minutos por cada caso. Íd. At 1. Ver también Office of the administrator for the Court, the 1992 report of the Courts of Washington 7-8, 1992 (informando que las Cortes bajas en el estado de Washington dispusieron 391.135 casos en 1992); MILESKI, Maureen, "Courtroom Encounters: An Observation Study of a Lower Criminal Court", en 5 *Law & Socy'y Rev.*, 1971, pp. 473, 479 (informando que cerca de tres cuartos de los casos en una Corte eran manejados en un minuto o menos).

Los defensores públicos generalmente trabajan bajo este asombroso número de casos y las fuentes constatan que la individualización de la situación del cliente es imposible. Ver National legal aid and defender association, indigent defense caseloads and common sense: an update 26, 1992 (encuentra un promedio anual de 613 de casos de delitos menores por abogado); American bar association, criminal justice and crisis: a report to the american people and the american bar on criminal justice in the United States: some myths, some realities, and some questions for the future 43, 1988 (recomienda un número de casos de no más de 300 delitos menores por abogado por año). Un volumen de cantidad de casos como éste requiere una selección en la representación. Ver MITCHELL, John B., "Redefining the Sixth Amendment", en 67 *S. Cal. L. Rev.* 1994, 1215-1239-1248 (describiendo el proceso de selección que hacen los defensores públicos).

La mayoría de los estudios de la Corte criminal como organización la representan como una burocracia en la que los jueces, fiscales y defensores generalmente cooperan para procesar los casos que típicamente involucran personas desfavorecidas tan expeditivamente como sea posible. Ver NARDULLI, Peter F., *The courtroom elite; an organizational perspective on criminal justice*, 1978, p. 66. Algunos comentaristas cuestionan la necesidad del procesamiento no contencioso rutinario de tantos casos en tan poco tiempo. Ver SCHULHOFER, Stephen J., "Is Plea Bargaining Inevitable?", en *Harv. L. Rev.*, nro. 97, 1107, 1984 (argumenta que dentro de los actuales niveles de recursos, el sistema de juicios ante Tribunal podría ser sustituido por acuerdo entre la defensa y los acusadores).

⁴¹ Pierre observa que estas dicotomías son impuestas como si fueran acertadas descripciones de la realidad social. Esto es siempre una "empresa reduccionista", en la que el juez "está constantemente buscando imponer un patrón de la 'ley' en situaciones cuyos significados exceden cualquier patrón". *Laying Down the Law, supra* nota 3, p. 155.

de una elección ideológica.⁴² Ya sea que esta comprensión llegue como un lento despertar de conciencia, una epifanía posmoderna o de alguna otra forma, el punto es que experimentar las contradicciones del sistema en un sentido material amplio en lugar de hacerlo a través de una forma abstracta de pensar puede crear un mejor espacio para el surgimiento de conciencia crítica.⁴³ La crítica no se deriva de la operación de la razón, pese a que ésta puede tener algún rol. Más bien, se hace palpable y visible cuando es experimentada en primera persona, cuando en virtud de haber asumido el rol de abogado el estudiante se ha visto implicado en el funcionamiento del sistema.

El valor de estar implicado para generar las condiciones motivadoras para la crítica tiene algo de paradoja. La clínica facilita la crítica al permitir la amplia búsqueda de información y la extensión de la experiencia en el mismo momento en que los estudiantes están entrando en contacto con el Derecho.⁴⁴ Aunque los estudiantes pueden entrar a las clínicas legales con el propósito de adquirir comodidad al trabajar en el ámbito del Derecho, la clínica puede provocar malestar con las prácticas del Derecho.⁴⁵ Esto puede ser la fuente de tensión creativa que genera una

⁴² Para una discusión de la noción de culpa e inocencia del individuo como ideológica más que descriptiva, ver BOLDT, Richard C., "Restitution, Criminal Law, and the Ideology of Individuality", en 77 *J. Crim. L., & Criminology* 969, 1986, y Michael BAYLES, "Character, Purpose and Criminal Responsibility", en 1 *Law & Phil.* 5, 1982. Ver también BLACK, Charles L. Jr., "The Crisis in Capital Punishment", en *MD. L. Rev.*, nro. 31, 1971, pp. 289-298.

Nos enfrentamos aquí, en verdad, con cuestiones filosóficas que la filosofía ha fracasado en resolver cuestiones de determinismo, libre albedrío y responsabilidad. Pero no estamos debatiendo estas cuestiones filosóficamente. Estamos poniendo algunos humanos a través de una indecible agonía sobre la base de una ficción, nada corta de frivolidad, de que hemos satisfactoriamente resuelto estas cuestiones. ¿Cómo nos atrevemos a continuar con esto?

⁴³ Pierre insinúa que la alumna aprenderá en cambio a compartimentarse a sí misma como una forma de manejar las contradicciones que la práctica del Derecho presenta. Ver "Normativity", *supra* nota 15, p. 928. Ésta es seguramente una forma de reducir la disonancia obvia, pero la conciencia crítica del tipo que Pierre ha desarrollado es otra.

⁴⁴ Ver "Clinical Perspective", *supra* nota 18, 746 ("Los educadores clínicos animan y esperan que los participantes de la clínica, quienes han tenido acceso a una delgada capa de información, conciben múltiples interpretaciones del fenómeno múltiple").

⁴⁵ Ver "A Theory-Practice Spiral", *supra* nota 18, 1657.

apertura para la crítica. Mientras que los estudiantes de Derecho pueden estar aprendiendo el encantamiento con la razón en clases donde, como dice Pierre, la pelota está escondida, no les es fácil formar su identidad profesional en ese ambiente controlado.⁴⁶ Quizás es sólo cuando los alumnos están en las primeras etapas de formación de la identidad profesional, cuando están comenzando a convertirse en sujetos legales, cuando están comenzando a elegir el Derecho, que el significado y las consecuencias de dejarlo de lado o hacer algo más con él puede ser comprendido en forma significativa.⁴⁷ Quizás la clínica es una forma de organización política concreta del tipo que Jeremy Paul recomienda para llevar adelante el trabajo de Pierre.⁴⁸

Esto no significa sugerir que la experiencia clínica vaya a llevar inevitablemente a la crítica de Pierre o hacia su postura sobre el Derecho. La educación clínica ofrece sólo una metodología, pero el contextualismo y empirismo inmanentes en la práctica le permiten multiplicar las interpretaciones de un sinnúmero de detalles.⁴⁹ Pero un pensador jurídico posmoderno guiando la investigación intelectual de la clínica puede poner en primer plano algunas preguntas que de otro modo podrían ser formuladas en forma diferente o ser totalmente eludidas en el programa de la escuela de Derecho. Por ejemplo preguntas como “¿Qué pasaría si dejamos de lado el Derecho?” El punto no es que la clínica generará inexorablemente algún conjunto de respuestas correctas a esta pregunta, sino que la epistemología crítica de la clínica puede posiblemente funcionar como una contrapedagogía en el ámbito de la escuela de Derecho.

Mi sugerencia aquí es que una clínica puede ser el escenario de una escuela de Derecho donde es realmente posible una consideración seria

⁴⁶ Ver “Hiding the Ball”, *supra* nota 11. Pierre cuestiona no sólo por qué la pelota está escondida, sino si existe una pelota.

⁴⁷ Ver LUBAN, David, “Epistemology and Moral Education”, en *J. Legal educ.*, nro. 33, 636, 1983 (sugiriendo que los estudiantes de Derecho aprenden la internalización de hábitos al punto de que encuentran primero las responsabilidades profesionales).

⁴⁸ Ver generalmente PAUL, *supra* nota 6.

⁴⁹ Ver “Clinical Perspective”, *supra* nota 18, 746 (“[Desde una perspectiva clínica], un análisis deficiente es aquel derivado en ausencia de empirismo cuidadoso y desprovisto de la información desde la cual un examen interpretativo alternativo puede ser construido”).

de la identidad del Derecho, de su significado y de las acciones.⁵⁰ Esto contradice la afirmación de Pierre de que es imposible hacer Derecho sin participar en las ilusiones del Derecho,⁵¹ sin aceptar su metafísica.⁵² En cambio, mi argumento es que resulta posible elegir el Derecho en forma consciente, estratégica, incluso escéptica, y examinar cómo funciona en el proceso. Al menos al principio, usar el Derecho no quiere decir creer en él.⁵³ La sofisticada elaboración de Daria Roithmayr de una postura radical pragmática hacia el Derecho ilustra este enfoque.⁵⁴

III. POSMODERNISMO Y ALGÚN LUGAR HACIA DÓNDE IR

Una clínica puede darle al crítico un lugar donde situarse dentro de la pedagogía de una escuela de Derecho.⁵⁵ Implica ponerse en el lugar de una

⁵⁰ Como Pierre reconoce: “[El pensamiento legal normativo] es en ciertos sentidos una fuente más resonante y rica de investigación intelectual sobre el Derecho que muchas de las distinguidas producciones de pensamiento legal normativo”. “Normativity”, *supra* nota 15, 868.

⁵¹ Ver *Enchantment*, *supra* nota 3, 106 (“No es posible tener o hacer Derecho (...) sin comprometerse en tales ilusiones [por ej., que la ley tiene una identidad objetiva, estable]. Son precisamente estas ilusiones (...) las que hacen el Derecho (...) posible”).

⁵² Schlag identifica la metafísica del Derecho norteamericano como la adscripción de una estética objetivista y subjetivista de los artefactos legales. En otras palabras, las leyes y los casos son percibidos como si tuvieran identidades estables como los objetos, y poderes subjetivos para obligar, solicitar, forzar, etc. Ver *Enchantment*, *supra* nota 3, pp. 97-108.

⁵³ Schlag llama esto “como si” jurisprudencia y observa que es “parasitaria de la metafísica que niega”. *Enchantment*, *supra* nota 3, 114. Consecuentemente, no está persuadido de que la ley pueda ser entendida de esta forma: “Para aquellos comprometidos en ‘hacer la ley’, ¿cómo pueden no creer en la metafísica al menos en algún momento? (...) Sería una mente extraña la que pudiera jugar tal rol efectivamente al mismo tiempo que recuerde que es sólo un rol”. Íd., 108-12.

Otros pensadores se sienten más optimistas acerca de usar el Derecho agnóstica e instrumentalmente. Ver ROITHMAYR, Daria, “A Defense of Radical Pragmatism”, en 57 U. *Miami Rev.*, 2002.

⁵⁴ Ver ROITHMAYR, *supra* nota 53.

⁵⁵ Ver *Enchantment*, *supra* nota 3, 126 (“[Los abogados] han sido enseñados a pensar formalmente, pensar universalmente, pensar neutralmente, pensar impersonalmente. Han sido entrenados para vaciarse a sí mismos de prejuicios, pasiones, compromisos. El ideal, que nunca es del todo alcanzado, es lograr la visión desde ningún lugar”). Al contrario, para representar a un cliente en una clínica es necesario adoptar una visión desde algún lugar, generalmente con un sentido de compromiso, pasión, y reconocidos prejuicios de parte de su cliente.

persona con necesidades, alguien cuyas necesidades pueden ser producto de la intersección del sistema legal con las estructuras de la pobreza, la raza y otros sistemas de castas de nuestra cultura.⁵⁶ El pensamiento crítico que puede surgir del proceso clínico –de la interacción dinámica entre el profesor, el alumno, el cliente y otros actores de la burocracia legal– tiene una existencia física que puede ser más significativa que la postura políticamente correcta de la que Pierre se burla en *The Enchantment of Reason*, “Hablo aquí como hombre blanco formado en Harvard”.⁵⁷ El punto de Pierre –que con este gesto no intenta genuinamente resolver su posición subjetiva– es acertado, pero el resultado de su observación no debería ser que con la reflexión se logra tan poco que debe ser evitada.⁵⁸

⁵⁶ En el drama *L. A. Law*, cuando el abogado Stuart Markowitz dice que tuvo suerte de haber sido sobreesido del cargo de manejar intoxicado, Pierre llama a esto “un extraordinario momento de propia desilusión”.

En efecto, difícilmente se califica como suerte para un hombre blanco, abogado, de clase media-alta, con buenos contactos, el ser capaz de superar un aislado golpe de DWI (N. del T.: DWI son las siglas correspondientes a Driving While Intoxicated, es decir, la falta de conducir en estado de ebriedad). Por el contrario, es una parte y una parcela de lo que significa ser parte de esa clase. Pero Stuart... se niega a sí mismo que es parte de esta red de poder social, y evita cualquier cálculo con las fuentes sociales de su poder...

“Normativity”, *supra* nota 15, 858.

Asimismo, la incapacidad de superar un golpe es parte y parcela de lo que significa pertenecer a una clase desfavorecida, y los estudiantes que representan tales clientes en una clínica generalmente aprenden esta lección vívidamente.

⁵⁷ Por ejemplo: La primera vez que alguien anunció en un trabajo o presentación formal académica, “Estoy hablando como hombre blanco formado en Harvard”, la afirmación fue probablemente provocadora de pensamiento, dirigiendo efectivamente la atención de la audiencia a las relaciones entre la identidad social del autor y su trabajo. La audiencia puede haberse detenido a pensar acerca del significado de pertenecer a la raza blanca o a Harvard como un aspecto del contexto. Pero en virtud de la repetición, este acto de reflexión crítica, este acto de llevar a primer plano, ha sido últimamente dejado de lado dentro del contexto. La propia identificación se convierte en poco más que el cansador ritual de un código político familiar y aburrido. *Enchantment*, *supra* nota 3, 75.

⁵⁸ La falta de reflexión de *The Enchantment of Reason* puede ser una de las fuentes de la crítica basada en raza y género que emergió en el simposio de febrero. Esta ausencia de reflexión sugiere que Pierre no consideró su propia posición subjetiva en relación con las ideas en el libro como algo suficientemente interesante para explorar. En ese sentido, su trabajo imita la erudición que critica.

Los feministas blancos y los teóricos de color están particularmente inclinados a explicar experimentalmente cómo han llegado a una perspectiva que difiere del para-

Es más fácil lidiar con una postura subjetiva cuando nuestras reflexiones están basadas en contextos materiales, y emergen en relación con otras reflexiones particulares cuyas respectivas relaciones con las consecuencias del derecho destacan la propia posición. Una clínica es sólo un lugar para esta reflexión crítica, pero puede ser especialmente útil para desarrollar la propia conciencia crítica y examinar las diferentes consecuencias materiales del derecho para las personas que se encuentran en posiciones sociales diferentes.⁵⁹ Mientras dudo en recomendar una clínica legal a alguien implacablemente aprogramático como Pierre,⁶⁰ lo considero un punto de ventaja potencialmente valioso dentro de la escuela de Derecho para desarrollar y enseñar crítica. Pienso que encaja perfec-

digma dominante. Esto parece un requerimiento de inteligibilidad para aquellos cuyas experiencias pueden no ser ampliamente compartidas y en consecuencia son excluidas. Ver CAIN, Patricia A., "Feminist Jurisprudence: Grounding the Theories", 4, *Berkeley women's*, en *L. J.* 191, 1990; DELGADO, Richard, "Storytelling for Oppositionist and Others: A Plea for Narrative", en 87 *Mich. L. Rev.* 2411, 1989; HARRIS, Angela P., "Race and Essentialism in Feminist Legal Theory", en 42 *Stan. L. Rev.* 581, 1990, y "Belle hooks, feminist theory from margin to center", 1984; WILLIAMS, Patricia J., "On Being the Object of Property", en 14 *Signs* 5, 1998.

Las bases teóricas para esta reflexión han sido elaboradas desde el punto de vista feminista. Ver COLLINS, Patricia, "Learning from the Outsider Within: The Sociological Significance of Black Feminist Thought", en 3 *Soc. probs.* 514, 1986; HARAWAY, Donna, "Situated Knowledges: The Science Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective", en 14 *Feminist stud.* 575, 1988.

Como la comprensión de la razón por Pierre, y su acercamiento no-consecuencialista a trabajar con ella puede estar integralmente relacionado con su posición subjetiva, la crítica de raza y género puede, en parte, derivar de la sensación de que la falta de reflexión es un atributo no reconocido de privilegio. Por distintos motivos Duncan Kennedy exhorta a Pierre a hacer un esfuerzo mayor para contextualizar y hacer historia su escritura. Ver KENNEDY, Duncan y Pierre SCHLAG's *Enchantment*, en 57 *Miami L. Rev.*, 2002.

⁵⁹ Ver "A Theory-Practice Spiral", *supra* nota 18, 1672-7 ["Nadie preocupado por cuota de poder en el proceso legal puede eludir tal juicio crítico institucional (...) los clínicos están profundamente preocupados por las condiciones que provoca el proceso legal, las consecuencias del proceso legal para sus clientes, y el efecto del proceso legal en todos los que se encuentran con él"].

⁶⁰ Algunos pensadores jurídicos se han vuelto bastante ansiosos en este momento: "¿Qué sigue ahora?" quieren saber. "¿Qué vendrá después?" se preguntan. "¿Qué admirable visión del Derecho capturará la imaginación legal?" Quizás ninguna. Quizás lo que viene es que dejemos de tratar al Derecho como algo para celebrar, expandir, adorar. Quizás, aprendamos a dejar de lado el Derecho. *Laying Down the Law*, *supra* nota 3, 166.

tamente con la sugerencia de Jack Schlegel de que los profesores de Derecho pueden seguir el camino honesto de la investigación socioempírica sobre las estructuras de la práctica legal, y que al hacerlo “complicarán nuestra comprensión del Derecho lo suficiente como para hacerlo realmente interesante en términos humanos para nuestras comunidades y nuestros alumnos”.⁶¹

Mientras pienso que ésta puede ser una descripción plausible de una clínica legal crítica, soy consciente de que la posibilidad que imagino no es frecuente y ocurre en pocas escuelas de Derecho. Esto puede sugerir que estoy persiguiendo una fantasía. O quizás es sólo que aún hay poca coincidencia entre los pensadores de Derecho posmodernos y los clínicos de las escuelas de Derecho. ¿Por qué? Porque pese a mis recomendaciones, sería disparatado para un pensador de Derecho posmoderno elegir la “intranquilidad” de la vida de un profesor de una clínica de Derecho.⁶² Aunque marginados, los pensadores de Derecho posmodernos al menos hacen la vida típica de un profesor de Derecho, que tiende a promover la producción de artículos e investigaciones, la verdadera moneda en el ámbito de la universidad.⁶³ Aunque sus puntos de vista pueden ser ignorados o descartados, al menos los pensadores de Derecho posmodernos obtienen un cierto prestigio institucional, respeto y recompensa por la categoría y nivel de sus publicaciones. Dejar de lado conscientemente este conjunto de relaciones de poder institucionales para participar con los alumnos en el caótico drama de la práctica del Derecho con el propósito de desarrollar una contrapedagogía para entender el Derecho y sus consecuencias es en muchos aspectos temerario.⁶⁴ Hablando prácti-

⁶¹ SCHLEGEL, *supra* nota 6.

⁶² “Inserenidad” es la palabra de Jerome Frank para la atmósfera de los juicios. Ver FRANK, Jerome, “Legal Thinking in Three Dimensions”, en 1 *Syracuse L. Rev.* 9, 23, 1949. Ver también FRANK, Jerome, “Why not a Clinical Lawyer-School?”, en *U. PA. L. Rev.*, nro. 81, 1993, pp. 907-908 (describiendo “las violentas actividades de la vida del abogado promedio”).

⁶³ Pierre reconoce que introducir la clínica legal dentro de la clase “sería entregar los beneficios profesionales y políticos que ya han sido asegurados...” “Normativity”, *supra* nota 15, 927.

⁶⁴ Introducir la clínica en la clase también requeriría facultades tradicionalmente legales: La extensa revisión de los escritos de clase (mucho trabajo duro) y un riesgo intelectual incrementado como “conocimiento” legal estarían sujetos a los caprichos, complicaciones e incertidumbres de la práctica actual (una gran cantidad de ego). En el nivel

camente, esto puede hacer de la Clínica Legal Posmoderna de Pierre Schlag algo inalcanzable, pero no porque sea incomprensible.

Lo que la haría incomprensible es si la “aculturación” de los estudiantes de Derecho en el paradigma dominante, “La Noble Estafa”, fuera tan efectiva que para el tiempo en que llegan a la clínica, los estudiantes hayan internalizado de tal manera la falta de pensamiento del Derecho, y necesitaran continuar aceptando esa misma, que se resistieran y rechazaran cualquier entendimiento fundamentalmente crítico del Derecho. Esto puede ser en gran medida cierto.⁶⁵ Mientras esto plantea un formidable obstáculo para los esfuerzos de la contrapedagogía en general, quizás también puede ser concebido como una cuestión pedagógica más que como un problema insuperable. Comencé a considerar cómo debería ser el proceso pedagógico para luchar contra esta resistencia cuando me planteaba esta pregunta: ¿qué costo tendría para la visión del Derecho de Pierre si estuviera abiertamente compartida en las escuelas de Derecho en lugar de difamada o ignorada?

IV. DISOLVIENDO LA RESISTENCIA, PERMITIENDO LA CRÍTICA

Creo que una respuesta a esta pregunta general, así como una respuesta a la pregunta más específica de cómo superar la resistencia de los estudiantes de la clínica a los puntos de vista críticos debería encontrarse al adoptar el punto de Peter Goodrich de que la crítica de Pierre confronta la academia legal con deseos que no puede nombrar.⁶⁶ Si esto es cierto, entonces la resistencia es esperable y cualquier posibilidad de superarla dependerá de reconocer esos deseos suprimidos. Este entendimiento me lleva a pensar en el proceso de disolver la resistencia como un proceso de desarrollar y dirigir un proceso de llorar

político, permitir la clínica dentro de la clase significaría que la tradicional facultad tendría que inmediatamente renunciar a la placentera fantasía política de que están colaborando con la preparación de abogados para una empresa siempre noble y admirable... Íd.

⁶⁵ Pierre cree que es imposible escapar a la metafísica del Derecho. Ver *supra* notas 51-52 y el texto que acompaña. Sin embargo, tal como *The Enchantment of Reason* revela, es posible, aunque psicológica y socialmente costoso, obtener algunas nociones en los caminos del encantamiento del Derecho.

⁶⁶ Ver GOODRICH, *supra* nota 2.

una pérdida.⁶⁷ Los profesores de otras disciplinas, notablemente de humanidades, han recurrido a Lacan para sugerir que la enseñanza es un proceso de trabajo a través del miedo y la pena, desencadenados por el desprendimiento de las ideas cómodas que tanto deseamos mantener.⁶⁸ Como la identidad se estructura en forma defensiva, no va a cambiar mágicamente por aprender nuevas ideas y conceptos.⁶⁹

Cuando el aprendizaje implica un cambio de valores, está acompañado de un sentimiento de pérdida. Renunciar a una creencia profundamente aferrada es como dejar ir una relación que ha terminado o a una persona amada que ha muerto, cada una de las cuales ha sido internamente construida como una densa red de imágenes, emociones y significantes.⁷⁰ El dolor es arduo porque requiere ajustes significativos en nuestra vida interior, que incluyen volver sobre la vasta cantidad de imágenes, sentimientos y creencias asociadas con una idea, y luego abandonar nuestro apego a cada una de ellas.⁷¹ Llorar una pérdida es doloroso porque requiere que experimentemos la sensación de abandonar partes de nuestra identidad.⁷²

Del mismo modo, la apertura a una fuerte crítica de creencias larga y firmemente sostenidas puede engendrar una real angustia; el tipo de angustia que puede producir alguno de los condenatorios comentarios

⁶⁷ Mi inesperado giro al tema del dolor provocó una discusión considerable y desacuerdo en el simposio de febrero. Parte de la discusión estuvo centrada en dilucidar si en el simposio estábamos llorando una pérdida, y qué era lo que llorábamos. Pese a que fue una conversación comprometida, no fue central para mi punto. Estaba planteando la posibilidad de trabajar el dolor como pedagogía para ayudar a los alumnos a dirigir sus sentimientos de pérdida cuando la fe en la nobleza y perfectibilidad del Derecho se ve destrozada por asumir críticas como la de Pierre. Pensé que quizás tal trabajo del dolor podría generar un entendimiento de tales críticas. Presumiblemente, nosotros en el simposio estábamos compartiendo la crítica de Pierre y es por ello que no podíamos beneficiarnos por el trabajo del dolor que yo estaba proponiendo como parte de una pedagogía para aquellos inclinados a rechazar la crítica más reflexiva.

⁶⁸ Ver ALCORN, Marshall W. Jr., "Ideological Death and Grief in the Classroom: Mourning as a Prerequisite to Learning", en *j. Psychoanalysis culture & soc.*, nro. 6, 2001, p. 172.

⁶⁹ Íd. 173, 175-76.

⁷⁰ Íd. 175.

⁷¹ Íd. 177.

⁷² Íd. 175. Ver también BERMAN, Jeffrey, *Diaries to an english profesor: pain and growth in the classroom*, 1994.

que el trabajo de Pierre ha recibido a veces.⁷³ La angustia proviene de la tarea de abandonar nuestro apego a la red internalizada de imágenes, sensaciones y palabras que constituyen parte de nuestra experiencia de nosotros mismos.⁷⁴ No es de extrañar que la gente resista, evitando tales heridas y experimentando prolongados períodos de ansiedad al vislumbrar de tal posibilidad. Ésta es una manera de pensar acerca de la dinámica de atracción y repulsión simultáneas que Peter Goodrich identifica en las opiniones escritas por algunos de los más duros críticos de Pierre.⁷⁵

Nos construimos a nosotros mismos y a nuestro mundo de deseos, de tal modo que dejar ir nuestros deseos es una extraordinaria angustia. En reconocimiento a este proceso psicológico, quiero concluir con la sugerencia de que nos volquemos a la literatura psicoanalítica acerca del trabajo con el sufrimiento para aprender cómo trabajar mejor el miedo a la pérdida, que bien puede subyacer en la resistencia a la crítica.⁷⁶ Ya sea utilizada en conjunto con una clínica o fuera de ella, entender la psicodinámica del luto puede ayudarnos a idear nuevos métodos para convertirnos, ser más efectivos como profesores y académicos críticos.

⁷³ Ver LEITER, Brian, "Heidegger and the Theory of Adjudication", en 106 *Yale L. J.* 253, 1996; LEITER, Brian, "Objectivity and the Problems of Jurisprudence", en *Tex. L. Rev.*, nro. 72, 1993, 187.

⁷⁴ Ver ALCORN, *supra* nota 68, 175 ("El luto es una situación en la que uno debe responder a la pérdida de un componente clave de la propia identidad"). Quizás ésta es otra forma de entender la observación de Duncan Kennedy de que dado el análisis de Pierre, "sería asombroso si alguien le prestara atención". KENNEDY, *supra* nota 58.

⁷⁵ Peter Goodrich cita los comentarios negativos sobre el trabajo de Pierre de Brian Leiter, Neil Duxbury, Matthew Kramer, Guyora Binder y Robert Weisberg, Douglas Litowitz, Francis Jay Mootz y David Carlson. Ver GOODRICH, nota *supra* 2.

⁷⁶ La escritora budista Joanna Macy recomienda un proceso que llama "trabajo desesperado" como una forma de explorar nuestros sentimientos de angustia. MACY, Joanna, *World as lover, world as self* (1991). Me enteré del libro de Joanna Macy a través de mi colega Catharine Weiss. Ver WEISS, Catharine Pierce, "The Perils of Race and Gender in a World of Legal Abstraction", en 34 *U. S. F. L. Rev.*, 2000, pp. 523-533-535 (aplicando el trabajo desesperado como un método para curarse de las hirientes dinámicas de raza y género).

La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución*

PETER HÄBERLE**

I. TESIS BÁSICA, ESTADO DEL PROBLEMA

1. EL PLANTEAMIENTO HASTA AHORA DE LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La teoría de la interpretación se plantea hasta ahora fundamentalmente dos cuestiones:

- La cuestión de las funciones y objetivos de la interpretación constitucional;¹

* Publicado originalmente como: *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, en revista JZ, 1975, pp. 297-305, y posteriormente integrado como capítulo quinto, con un apéndice, en el volumen DUNCKER & HUMBLLOT, *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Berlín, 1978, pp. 155-181; existe una 3ª edición de esta obra (1998). La versión castellana fue publicada dentro del volumen recopilatorio *Retos actuales del Estado constitucional*, por el Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 1996, pp. 15-46. La traducción original así como la revisión para la presente publicación han sido realizadas por el Dr. Xabier Arzo Santisteban (Universidad del País Vasco).

** Prof. Dr., Dr. h. c. mult., Catedrático de Derecho Público, Filosofía del Derecho y Derecho Eclesiástico en la Universidad de Bayreuth (Alemania), donde ejerce actualmente sus tareas docentes e investigativas, al unísono que actúa como profesor visitante permanente en la Universidad suiza de Saint Gallen (desde 1980).

¹ Se mencionan como funciones: justicia, equidad, equilibrio de intereses, efecto satisfactorio y pacificador, razonabilidad (cfr., p. ej., BVerfGE 34, 269 [287 ss.] [= JZ, 1973, 662, 665 con comentario de Kübler]), practicabilidad, adecuación objetiva, seguridad jurídica, calculabilidad, transparencia, capacidad de consenso, claridad de método, carácter abierto, establecimiento de unidad, “armonización” (Scheuner, VVDStRL 20

- la cuestión de los métodos (procedimientos) de la interpretación constitucional (reglas interpretativas).²

Se ha descuidado el problema de la relación sistemática con la tercera (nueva) cuestión de los “participantes” de la interpretación constitucional, una cuestión que la práctica suscita: de un inventario se desprende precisamente un grupo muy amplio, pluralista, a menudo difuso de participantes; éste es motivo suficiente para que la teoría tematice explícita y centralmente la cuestión de los participantes, en especial en una perspectiva de teoría científica y democrática. La teoría de la interpretación estaba demasiado centrada en la “sociedad cerrada” de los intérpretes jurídicos de la Constitución,³ y todavía reducía su perspectiva contemplando principalmente la interpretación de la “jurisprudencia” constitucional y el procedimiento formalizado.

Si una teoría de la interpretación constitucional quiere tomarse en serio el tema “Constitución y realidad constitucional” –piénsese en la demanda de incorporación de las ciencias sociales,⁴ en las teorías jurídico-funcionales ya conocidas,⁵ así como en los nuevos métodos de la interpretación referida a la opinión pública y el bien común⁶ entonces tiene que preguntarse más decididamente que hasta ahora, quién conforma la “realidad constitucional”.

[196], p. 125), valor normativo de la Constitución, corrección funcional, libertad básica efectiva, igualdad social (“buen”) orden público justo/conforme con el bien común.

² Al respecto fundamental Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD*, 7ª ed., 1974, pp. 20 ss. [La última y definitiva edición es la 20ª, 1999. N. del T.]

³ Cfr. en cambio la figura de “todos los que piensan razonable y justamente” que apunta a “toda la comunidad” de Ehmke (VVDStRL 20 [1963], p. 53 (71 s., 133)). Se debería completar: “y de los que actúan razonable y justamente”.

⁴ Al respecto la obra colectiva *Rechtswissenschaften und Nachbarwissenschaften* (ed. Grimm), vol. 1, 1973. Cfr. sin embargo también Schelsky, *JZ*, 1974, pp. 410 y ss.

⁵ Al respecto EHMKE, VVDStRL 20, 1963, p. 53 (73 y ss.); Hesse, op. cit., pp. 29, 32 y ss. Sobre las repercusiones procesales (“procedere”) y sustantivas del reparto funcional de trabajo entre el Tribunal Constitucional Federal y “otros órganos constitucionales”: BVerfGE 36, 1 (14 s.); 35, 257 (261 s.); 4, 157 (168 s. [= *JZ*, 1955, 417, 418]); 36, 342 (356 s.).

⁶ Al respecto con pruebas HÄBERLE, Peter, *Zeit und Verfassung*, ZfP 21, 1974, p. 111, 121 ss.). [Este artículo está incluido, con un apéndice (1978), en la obra *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 3ª ed., 1998. N. del T.]

2. NUEVO PLANTEAMIENTO Y TESIS

En este sentido se plantea ahora la cuestión de los *participantes*, es decir la cuestión de los participantes en la interpretación constitucional bajo el lema: ¿de la sociedad cerrada de los intérpretes constitucionales a la interpretación constitucional a través y para la sociedad abierta!

La *tesis* es: en los procesos de la interpretación *constitucional* se insertan potencialmente *todos* los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos. ¡No hay numerus clausus de los intérpretes constitucionales! La interpretación constitucional es un proceso *consciente*, aunque no tanto en la realidad, hasta ahora ha sido demasiadas veces una cuestión de una “sociedad cerrada”: de los intérpretes jurídicos “agremiados” de la Constitución y de los participantes *formales* en el proceso constitucional. En realidad es más una cuestión de la sociedad abierta, es decir, de todas las potencias públicas –en la medida en que son participantes *materiales*–, porque la interpretación constitucional contribuye a la Constitución recurrente de esta sociedad abierta y es constituida por ella. Sus criterios son tan abiertos como la sociedad pluralista.

3. EXPLICACIÓN DE LA TESIS, CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN

El concepto de interpretación que aquí se toma por base necesita de una explicación, que se puede resumir en la fórmula: quien “vive” la norma (co-)interpreta también. Cada actualización de la Constitución (por cada uno) es al menos un fragmento de interpretación constitucional anticipada. Tradicionalmente se designa como “interpretación” solamente una actividad dirigida consciente e intencionalmente a la comprensión y entendimiento de una norma (de un texto).⁷ La utilización de un concepto de interpretación así delimitado es también sensata: la cues-

⁷ HESSE, *Grundzüge*, p. 21, se basa en este concepto restringido de interpretación. Él designa lo que aquí se entiende como interpretación en sentido amplio, como “realización” (actualización) de la Constitución; similarmente Hans Huber, que habla de “concretización en lugar de interpretación”, GS für Imboden, 1972, p. 191 (195). Sobre un concepto *más amplio* de interpretación cfr. también Ehmke, VVDStRL 20 (1963), p. 53 (68 s.); Scheuner, *ibid.*, p. 125.

tión del método por ejemplo sólo se puede plantear allí donde se interpreta conscientemente. Para una investigación realista de la realización de la interpretación puede ser necesario, sin embargo, un concepto más amplio de interpretación: ciudadanos y grupos, órganos estatales y publicidad* son “fuerzas de producción interpretativa”: intérpretes constitucionales en sentido *amplio*. Actúan por lo menos como “preintérpretes”; la responsabilidad corresponde a la justicia constitucional que interpreta “en última instancia” (salvo el valor normativo de los votos minoritarios). Si se quiere, se trata de una democratización de la interpretación constitucional,⁸ como en realidad la teoría interpretativa tiene que ser garantizada desde la teoría democrática y viceversa. No hay interpretación alguna de la Constitución sin los ciudadanos activos y las potencias públicas mencionadas.

Todo el que vive en y con el supuesto de hecho regulado por la norma es, indirectamente, y dado el caso también directamente, intérprete de la norma. El destinatario de las normas participa más intensamente en el proceso interpretativo de lo que se admite generalmente.⁹ Dado

* El término alemán *Öffentlichkeit*, central en este trabajo jurídico y en otras obras relevantes de las ciencias sociales (vid., p. ej., HABERMAS, Jürgen, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, 1ª ed., 1962) ha sido vertido en esta traducción como «publicidad», a pesar de que a menudo se ha venido traduciendo por «vida pública», «esfera pública», «público» y hasta a veces por «opinión pública». Por una parte, la denotación principal de la palabra castellana era hace cien años «vida social pública», sentido que conserva en alemán *Öffentlichkeit*, término formado por germanización del latinismo *Publicität*, trasladado a su vez de *publicité*. Por otra parte, utilizar la palabra castellana «publicidad» como un tecnicismo culto permite mantener importantes matices de la noción háberliana de *Öffentlichkeit*, como «publicidad pluralista» (*pluralistische Öffentlichkeit*). Repárese que el presente artículo se incorporó en un tratado más amplio titulado precisamente *Constitución como proceso público*, y que pone de manifiesto su concepción dinámica de la Constitución. Para el problema de la traducción del término alemán *Öffentlichkeit* puede consultarse la traducción castellana de la cita obra de Habermas (*Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Gustavo Gili, 6ª ed.), donde el traductor Antonio Doménech justifica expresamente en una Advertencia (p. 40) la utilización sistemática de la palabra «publicidad» con la única excepción del título. N. del T.

⁸ Al respecto HÄBERLE, Peter, *Zeit und Verfassung*, ZfP 21, 1974, pp. 111, 118 y ss.

⁹ WINTER y SCHUMANN, “Sozialisation und Legitimierung des Rechts im Strafverfahren”, en *Zur Effektivität des Rechts, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtsstheorie*, vol. 3,

que no solamente los intérpretes jurídicos de la Constitución viven las normas, tampoco son los únicos intérpretes, ni siquiera los primarios.

No se trata aquí solamente de la “práctica estatal”¹⁰ (por ejemplo de la interpretación de los arts. 54 y ss. LF por el Presidente federal o del art. 65 LF por el Canciller federal). En algunos derechos fundamentales la interpretación (¿ya conscientemente?) se orienta de acuerdo con la forma en que los propios “destinatarios de las normas” llenan el ámbito vital protegido por el derecho fundamental. Así el “Tribunal Constitucional Federal” (en adelante, TCF) determina el ámbito protegido por el art. 4^o, apts. 1 y 2 LF con ayuda del autoentendimiento o concepción que de sí mismas tienen las Iglesias, las comunidades religiosas e ideológicas.¹¹ Parecida importancia podría alcanzar el autoentendimiento del artista en la interpretación de la garantía “abierta” de la libertad artística (art. 5.3 LF),¹² también en la libertad científica que debe verse pluralista y procedimentalmente orientada, con su concepto “abierto” de ciencia¹³ se plantea la cuestión de en qué medida ella misma tiene que

1972, p. 529, reclaman para el ámbito del Derecho penal la participación intensiva de aquellos a los que se reprocha una infracción legal en el examen crítico y desarrollo del Derecho a través de la justicia.

- ¹⁰ De qué forma ésta influye en la interpretación, lo mostró ya G. Jellinek con la fuerza normativa de lo fáctico, *Allgemeine Staatslehre*, 3^a ed., 7^a reimpression 1960, pp. 18 s., 332 ss.
- ¹¹ BVerfGE 24, 236 ss. (247 s.), con referencia característica a la “sociedad pluralista”; al respecto mi comentario en DÖV 1969, p. 385 (388); *Schlaich*, *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip*, 1972, pp. 202 ss. y mi comentario en ZevKR 18 (1973), pp. 420 ss. Sobre la negación del autoentendimiento de las comunidades religiosas, tras el inicio de la lucha de las Iglesias, en la jurisprudencia del Tribunal de Finanzas del Reich *Stolleis*, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, 1974, pp. 290 s.
- ¹² Sobre el concepto constitucional de arte: KNIES, *Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem*, 1967, esp. pp. 128 ss., 164 s., 172 y ss., 217 y ss.; M. Heckel, *Staat, Kirche, Kunst*, 1968, p. 97: carácter abierto del concepto de arte de la Constitución.
- ¹³ Sobre la libertad de investigación ahora SCHMITT GLAESER, *WissR* 7, 1974, pp. 107 y ss., 177 y ss.; BVerfGE 35, 79 (113): en el art. 5.3 no se protege una determinada concepción de ciencia o una determinada teoría científica; ningún conocimiento científico se encuentra en principio aislado; compárese también el voto minoritario y su referencia al “pluralismo científico liberal”, a la ciencia como “proceso dialógico, por principio no introvertido de la búsqueda de conocimiento” (p. 157) así como a la libertad de configuración legislativa para la “reforma de las reformas” (p. 165). Para

ser necesariamente cointerpretada por las disciplinas científicas singulares (y sus metateorías), como en general los derechos fundamentales han de ser interpretados de forma abierta en un sentido específico. En un sentido amplio se pueden mencionar aquí también la interpretación de los arts. 21¹⁴ y 38 LF orientada a la realidad de la moderna democracia de partidos, la enseñanza de los formadores profesionales,¹⁵ el establecimiento de un concepto amplio de (libertad de) prensa y de su “función pública”¹⁶ o la interpretación de la libertad de coalición (art. 9.3 LF),¹⁷ en la medida en que debe respetar el autoentendimiento de las coaliciones.

Esta relevancia de los “autoentendimientos” y del respectivo actuar de individuos y grupos, pero también de los órganos del Estado es una

un concepto “abierto” de ciencia y libertad: *Solte*, Theologie an der Universität, 1971, pp. 30, 33 ss., cuyo concepto de una interpretación “neutral” de los derechos fundamentales es desde luego discutible.

¹⁴ Al respecto *Hesse*, op. cit., pp. 69 ss.; HÄBERLE, P., *JuS* 1967, pp. 64 y ss. P. ej., ahora se deduce una protección de rango constitucional de los grupos parlamentarios de la regulación del *Bundestag* (BVerfGE 20, 56 [104] [= JZ, 1966, 517, 518] y (!) del art. 21 LF; su “constitucionalización” en el art. 53 a, 1, segunda frase LF (cfr. ya BVerfGE 27, 44 [51 s.] [= JZ, 1969, 631, 632], al respecto *mi* artículo JZ, 1969, p. 613 s. con nota núm. 10) fue posterior al Reglamento del *Bundestag*.

¹⁵ Le corresponde en cualquier caso solamente una importancia limitada: BVerfGE 7, 377 (397); 21, 173 (180); 34, 252 (256); *Maunz/Dürig/Herzog*, Grundgesetz, Art. 12, marginales 24 ss.

¹⁶ Al respecto BVerfGE 34, 269 (283); 12, 113 (125 s. [= JZ, 1961, 535, 536 con comentario *Ridder*]) y *mi* *Öff. Interesse als juristisches Problem*, 1970, pp. 582 ss. [Existe una segunda edición de esta obra häberliana publicada en 2006, completada con un apéndice. N. del T.]

¹⁷ Inicios en BVerfGE 4, 96 (108); 18, 18 (32 s.) [= JZ, 1965, 103, 106, al respecto *Herschel*, p. 81]; 34, 307 (316 s.) así como en *Lerche*, *Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfrechts*, 1968, p. 53; SCHOLZ, *Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, 1971, pp. 43 y ss., 93. Cfr. también el argumento de falta de “acogida aprobatoria” por los grupos implicados en BVerfGE 34, 293 (304 s. [= JZ, 1973, 311, 313 con anot. de *Schumann*]) y de la “convicción general de la abogacía”: BVerfGE 36, 212 (221). Exhaustivos análisis de la jurisprudencia mostrarían dónde las opiniones (jurídicas) de los grupos implicados son, entre otras, utilizadas por los tribunales (compárese también § 346 HGB). Especialmente la formación del Derecho consuetudinario podría revelarse como un “filón”. Se plantea la cuestión general de cuándo y qué autoentendimientos practicados por los grupos (marginales) pluralistas pueden, incluso tienen que, ser incorporados en la interpretación constitucional; es también un problema del principio de igualdad.

forma sobresaliente y fructífera de la unión de interpretación en sentido amplio y estricto. El autoentendimiento se convierte en un “elemento material del derecho fundamental”.¹⁸ También pertenece a él el papel realmente cointerpretativo del experto en el procedimiento legislativo y judicial. Esta *interacción* de intérpretes en sentido amplio y estricto no solamente tiene lugar allí donde está ya institucionalizada como del lado de los trabajadores y de los empresarios por los jueces en los tribunales de trabajo.¹⁹ “Expertos” e “intérpretes” de la sociedad pluralista se convierten en intérpretes del derecho estatal. Éste se muestra como pluralista no sólo en el momento del nacimiento, sino también en su desarrollo ulterior: ¡la teoría de la interpretación (constitucional), de la ciencia y de la democracia²⁰ conducen aquí a una comunicación específica entre Estado y Sociedad!

II. LOS PARTICIPANTES EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

1. OBSERVACIÓN METÓDICA PRELIMINAR

La investigación sobre quién participa en este sentido realmente en la interpretación de la Constitución es expresión sociológica (constitucional) y consecuencia del concepto “republicano”, interpretación abierta, que ha de verse como finalidad de toda interpretación constitucional. Si se habla de que “el tiempo”, “la sociedad pluralista”, “la realidad” plantean problemas constitucionales y despliegan material para la interpretación constitucional, sus necesidades y posibilidades,²¹ entonces estos conceptos pueden ser entendidos solamente como cifras provisionalmente abstractas. Una teoría constitucional que se concibe (también) como ciencia de la experiencia, tiene que estar preparada y por principio estar en la situación de indicar de “qué concretas personas” (grupos) y factores se compone la opinión pública, qué tipo de realidad es, de qué forma actúa *en* el tiempo, qué posibilidades y necesidades existen. La cuestión de los participantes en la interpretación constitucional debe plantearse

¹⁸ Expresión de MÜLLER, F., *Juristische Methodik*, 1971, pp. 30-37 y ss.

¹⁹ Al respecto *Schlaich*, op. cit., pp. 66 ss.

²⁰ Sobre la teoría de la ciencia de POPPER como “filosofía de la democracia” *infra* nota 68.

²¹ Al respecto mi trabajo en *ZfP* 21 (1974), pp. 111 y ss.

en primer lugar en un sentido puramente sociológico, científico-experimental.²² Es decir, se pregunta realistamente qué interpretación existente previamente ha surgido de qué forma, a través de qué elementos de la opinión pública, a través de qué aportaciones de la ciencia han sido de hecho influidos los jueces constitucionales (o las instancias que en su caso decidan de forma vinculante) en su interpretación.²³ Esta cuestión ya es un enriquecimiento y complemento de la teoría constitucional que se pregunta por las finalidades y métodos (y con ello por la “buena” interpretación); posee una función auxiliar, informativa, una especie de “función de enlace”.

Las cuestiones de los objetivos y métodos y de los participantes en la interpretación constitucional se pondrán posteriormente en una relación sistemática, de la que resulten consecuencias y nuevos planteamientos para la interpretación “jurídica” de la Constitución y para la teoría constitucional.

2. TABLA SISTEMÁTICA

El intento de un planteamiento sistematizador de los “participantes” en la interpretación constitucional arroja la siguiente tabla provisional:

(1) Las funciones estatales:

- a) funciones de decisión vinculante en última instancia: el “Tribunal Constitucional Federal” (claro está que “relativizado” mediante el propio voto minoritario y por ello “abierto”);
- b) funciones a las que remite la Ley Fundamental de Bonn (en adelante, LF) para una decisión vinculante pero revisable: la “juris-

²² Precisamente bajo el aspecto de la cuestión aquí planteada de los participantes parece interesante la aproximación desde la sociología de la decisión de *Lautmann*, el cual investiga las expectativas de comportamiento en dirección al juez de los participantes en el procedimiento y del entorno más amplio (*Jahrbuch f. Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, vol. I, 1970, pp. 383 ss.). Cfr. sin embargo también la crítica de *Schelsky*, *JZ*, 1974, p. 410 (412) al “predominio en la teoría jurídica de la ‘teoría de la decisión’ del juez” con referencia al “procedimiento dialécticamente dispuesto de racionalización” de la colaboración procesal de acusadores, defensores y jueces.

²³ Al respecto con algún material *mi Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, especialmente sobre la fuerza normativa de la práctica estatal, de la publicidad y de los intereses públicos, pp. 475 y ss., 678 y ss. y 418 s., 558 y ss., 572, 584 s., 589 y ss. y 215 y ss., 260 y ss.

prudencia”, el “legislativo” (según el ámbito en diferente medida), el “ejecutivo”, especialmente en la (pre-)formulación de los intereses públicos.²⁴

(2) Los “participantes” -no necesariamente estatales- en las decisiones de 1 a) y b), es decir:

- a) solicitantes y opositores a la solicitud, recurrente (por ej., amparo constitucional), demandante y demandado, que fundamentan sus alegaciones y obligan al juez a una toma de posición (a un “diálogo jurídico”);
- b) otros participantes en el procedimiento, legitimados a manifestarse y a intervenir según la ley del Tribunal Constitucional Federal (por ej., §§ 77; 85.2;²⁵ 94.1-4; 65; 82.2; 83.2; 88; 94.5), “invitados” a asistir por el Tribunal Constitucional Federal (por ej., § 82.4 LTCF);
- c) peritos (por ej., en comisiones de investigación, § 73 a Regl. *Bundestag*);
- d) peritos y representantes de intereses en *hearings* (§ 73.3 Regl. *Bundestag*, § 40.3 Regl. *Bundesrat*), peritos judiciales,²⁶ asociaciones (Anexo 1 a Regl. *Bundestag*: registro de asociaciones y sus representantes), partidos políticos (grupos parlamentarios, influyen también especialmente a través del “largo brazo” de la elección de magistrados del TCF);²⁷
- e) *lobbyistas*, “delegaciones” (§ 10 Regl. Gobierno federal);
- f) participantes en el procedimiento administrativo dispuesto de forma participativa.²⁸

²⁴ Al respecto con más pruebas extraídas de la realidad jurisprudencial de los tribunales administrativos: *mi* Öff. Interesse, pp. 475 ss, 678 ss.

²⁵ De la praxis del Tribunal Constitucional Federal: BVerfGE 36, 342 (pp. 342, 352-354 y ss.).

²⁶ Reveladora es la “reserva de perito” incorporada por el TCF en BVerfGE 35, 202 (219).

²⁷ Y de forma absolutamente consecuente, al respecto *mi* comentario en JZ, 1973, 451 (453). En el sentido de una vinculación política (partidista) ya *Drath*, VVDStRL 9 (1952), p. 17 (102, 106 nota 25).

²⁸ Sobre el problema: SCHMITT GLAESER, VVDStRL 31, 1973, pp. 179 y ss. Cfr. también la tipología en *mi* Öff. Interesse, pp. 88 y ss.

(3) La “publicidad” democrática –pluralista–, el proceso político como “gran estimulador”: medios (prensa, radio, televisión) que son participantes procedimentales no en sentido estricto, periodismo profesional por un lado, expectativas de los lectores, cartas al director de los lectores por otro lado, iniciativas ciudadanas, asociaciones, partidos políticos fuera de su participación organizatoria (compárase 2 d), Iglesias, teatro, editoriales, centros de formación de adultos, pedagogos, agrupaciones de padres.²⁹

(4) (a clasificar entre 1., 2., 3. en la forma que debe aclararse todavía) la “teoría del Derecho Constitucional”; posee una posición especial, porque tematiza la participación de las otras fuerzas, y ella misma participa también en diversos niveles.

3. EXPLICACIÓN DE LA TABLA SISTEMÁTICA

De este cuadro de conjunto se evidencia: la interpretación constitucional no es ni teórica ni prácticamente un proceso estatal “exclusivo”. Todas las fuerzas de la comunidad política tienen potencialmente acceso a él.³⁰ El ciudadano que interpone un recurso de amparo constitucional³¹⁻³² es tan intérprete constitucional como el partido político que plantea un conflicto de competencias entre órganos constitucionales³³ o contra el que se tramita un procedimiento para su prohibición. Hasta ahora domina una reducción demasiado intensa del proceso de la interpretación constitucional a los órganos *estatales* o los participantes inmediatos en el procedimiento, una fijación al “oficio” de la interpretación constitucional, a la cooperación jurídico-funcional de las funciones estatales, a pesar de

²⁹ Ilustrativa es la atribución de legitimación procesal activa reclamada ahora por las agrupaciones de padres, FR de 18 de marzo de 1975, p. 4.

³⁰ Cfr., sin embargo, el rechazo de *Forsthoff* a una “democratización” de la interpretación constitucional p. ej. con respecto a los politólogos, en: *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1971, p. 69; al respecto *mi* crítica en: *ZHR* 136 (1972), p. 425 (443).

³¹ Si se toma en serio la solicitud de diálogo jurídico de *A. Arndt*, entonces los “que piensan razonable y justamente” en el sentido de *Ehmke* tienen que ser, por de pronto, los participantes en el procedimiento, cfr. *Roellecke*, FS für Gebh. Müller, 1970, p. 323 (328 s.).

³² LAUTMANN, *Justiz - Die stille Gewalt*, 1972, p. 118, califica las partes del proceso de “proveedores de alternativas”.

³³ En el sentido de BVerfGE 4, 27 (30); 20, 56 (113 y s.), jurisprudencia constante.

lo importante que ésta pueda ser. Interpretación constitucional es, sin embargo, un “asunto” que incumbe potencialmente a cada uno y a todos. Los citados grupos, individuos, etc., pueden ser designados como intérpretes “mediatos” o que operan a largo plazo. La configuración de la realidad de la Constitución deviene también un fragmento de interpretación de las normas constitucionales “correspondientes”.

También en y detrás de las funciones estatales (legislación, gobierno y administración, y jurisprudencia) han de verse las personas concretas, los parlamentarios, los funcionarios de la administración, los jueces³⁴ (“personalización” de la interpretación constitucional). El llamado debate constitucional del Bundestag alemán de febrero de 1974³⁵ es una interpretación constitucional anticipada. Los parlamentarios son aquí intérpretes de la Constitución. Sus declaraciones –aun sin tener un alcance jurídico formal– pueden repercutir en la práctica administrativa, en la interpretación de los órganos del Estado, por ejemplo, en la discutida cuestión de la contratación de enemigos de la Constitución en la función pública.

El tan traído “proceso político”, que se cita sobre todo *sub specie* libertad para él frente a la interpretación constitucional,³⁶ es *de constitutione lata* y “de facto” un fragmento de interpretación constitucional más intensamente de lo que comúnmente se acepta (“política como interpretación constitucional”).³⁷ El “proceso político” no está excluido de

³⁴ Cfr., al respecto, el intento de *Kommers*, *The Federal Constitutional Court in the West German Political System*, en: *Frontiers of judicial research* (eds. Grossman y Tannenhaus), 1969, pp. 73 y ss., de investigar con el enfoque behaviorista de la sociología judicial americana las ideologías de los magistrados constitucionales. Críticamente al respecto *Wittig*, *Politische Rücksichten in der Rechtsprechung des BVerfG?*, *Der Staat* 8, 1969, p. 137, 156 y s. Sobre los diferentes enfoques de las ciencias del comportamiento y su crítica, compárese también *Rottleuthner*, *Richterliches Handeln*, 1973, pp. 61 ss.

³⁵ Sesión núm. 79 del séptimo Bundestag de 14 de febrero de 1974, informe taquigráfico, p. 5002 (B), con la contribución, estimada por todos como excelente, del ministro bávaro de Cultura MAIER, H., p. 5089 (C), cfr. también EHMKE, sesión nro. 80 del séptimo BUNDESTAG de 15 de febrero de 1974, informe taquigráfico, p. 5139 (C) y ss., 5140 (C).

³⁶ También *Lauffer*, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß*, 1968, investiga principalmente la influencia del TCF en el proceso político.

³⁷ No solamente existe política por medio de la interpretación constitucional, ¡también hay interpretación constitucional por medio de la política!

la Constitución, sino que es uno de sus más fundamentales ámbitos vitales y funcionales, una parte nuclear en el verdadero sentido de la palabra: comparable a una bomba para elevar agua. Tienen lugar aquí movimientos, innovaciones, cambios, pero también “confirmaciones”, que constituyen más que mero “material objetivo” para la (posterior) interpretación constitucional; son una parte de la interpretación de la Constitución, porque en su marco la realidad pública se crea y se transforma a menudo imperceptiblemente. Aunque la libertad de configuración que posee el legislador “como” intérprete de la Constitución, se diferencia cualitativamente de la libertad de movimiento que en la interpretación dispone el juez constitucional, porque su amplitud se delimita en cada caso de forma técnicamente muy distinta,³⁸ esto no significa, sin embargo, que tenga que existir una diferencia notable también cuantitativamente.

El “proceso político” no es ningún espacio externo a la Constitución; formula puntos de vista, pone en marcha evoluciones que son constitucionalmente relevantes también cuando “después” el intérprete-juez constitucional declara que es asunto del legislador decidir de esta o de aquella manera, en el marco de las alternativas conformes con la Constitución.³⁹ El legislador crea un fragmento de publicidad y realidad sobre la Constitución, pone acentos para el “desarrollo” posterior de los principios constitucionales.⁴⁰ Opera como precursor de la interpretación cons-

³⁸ Para el legislador “técnicamente” mediante el control del TCF, “no técnicamente” por medio de elecciones, la solidez de las coaliciones, la formación de la voluntad en el interior del partido; para el juez constitucional no hay ningún control “técnico”. Desde luego se encuentra vinculado a “la publicidad”, pero ésta se estructura en relación con él de distinta forma, a causa de su concepción profesional, su socialización en la ciencia jurídica constitucional, las expectativas profesionales y colegiales de comportamiento a las que se encuentra sometido (al respecto en otro orden de cosas KÜBLER, F., *Kommunikation und Verantwortung*, 1973).

³⁹ Sobre la figura argumentativa de la “alternativa” en el proceso interpretativo: *Esser, Vorverständnis*, p. 65 s., 132, 151 (con referencia a *Popper*); más genéricamente BVerfGE 24, 300 (348 [= JZ, 1969, 557, 561, al respecto RANDELZHOFFER, p. 533]): corresponde a la función de los partidos políticos que éstos ofrezcan “alternativas políticas para todos los ámbitos de la vida abiertos a una configuración estatal”. Cfr. también el caso especial de “alternativa”: interpretación judicial/proyecto de ley (¿deber de espera?), BVerfGE 34, 269 (291 y s.).

⁴⁰ Sobre ellos HÄBERLE, Peter, AÖR 99 (1974), pp. 437 ss.

titucional y de la “transformación constitucional”.⁴¹ Interpreta la Constitución –revisablemente–, por ejemplo en la concretización de la función social de la propiedad. Sus decisiones meramente “conformes” con la Constitución son por entero constitucionalmente relevantes y jalonan ulteriores desarrollos de la realidad y la publicidad de la Constitución a medio o también largo plazo. Ocasionalmente se convierten en “contenido” de la Constitución.

La propia ciencia del Derecho constitucional es un factor esencial y participante activo. La jurisdicción constitucional es un catalizador esencial, aunque no el único, de la ciencia del Derecho constitucional como interpretación de la Constitución.⁴² Su influencia efectiva (en la interpretación constitucional) plantea la cuestión de su legitimación al respecto, una cuestión que desde luego se tiene que plantear también en relación con todas las otras fuerzas participantes en la interpretación constitucional y que genéricamente conduce a la cuestión de la valoración del inventario realizado.

III. VALORACIÓN DEL INVENTARIO

1. POSIBLES OBJECIONES, CRÍTICA

Una objeción podría decir: la interpretación constitucional “se disuelve” en una diversidad de interpretaciones y de intérpretes “diferentes”, según qué “función” actúe. Precisamente una teoría constitucional que contempla como función el establecimiento de la unidad política y que recalca el principio de la unidad de la Constitución tiene que hacer frente

⁴¹ Al respecto *mi* tesis doctoral, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*, 1ª edición 1962, 2ª edición revisada 1972, pp. 178, 213 ss. [Existe 3ª edición ampliada, 1983, N. del T.]

⁴² Ejemplos famosos: la *recepción* de la concepción de los derechos fundamentales de *Dürig* (*Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 1º, marginales 5 y ss.) por el TCF (BVerfGE 7, 198 [204 ss.], 21, 362 [371 s.] [= JZ, 1967, 599, 601]), del “principio de la unidad de la Constitución” (BVerfGE 36, 342 [362]; 19, 206 [220]; 1, 14 [31 y s.]), de la concepción del Estado de partidos de *Leibholz* (BVerfGE 1, 208 [223 y ss.]; 2, 1 [11, 73 y s.]; 11, 266 [272]; 20, 56 [100]; 32, 157 [164], con una referencia a *K.-U. v. Hassel*, cuya manifestación opera como interpretación constitucional en sentido amplio), de la “actitud de buena disposición con la Federación” en el sentido de *Sمند* (BVerfGE 12, 205 [254]).

a esta crítica, ciertamente no intentando “sólo” un inventario realista. Las objeciones han de ser abordadas en el marco de una valoración diferenciada que tiene que preguntarse en primer lugar por la legitimación de los diferentes intérpretes constitucionales.

La “cuestión de la legitimación” se plantea para todas las fuerzas no “nombradas” intérpretes constitucionales “formal”, “oficial”, “competentemente”. La competencia formal constitucional sólo la poseen los órganos (autoridades) que están “vinculados” a la Constitución y que la deben “ejecutar” conforme a un procedimiento preestablecido –legitimación a través del procedimiento (constitucional)–,⁴³ es decir, los órganos del Estado (art. 20, apts. 2 y 3 LF: vinculación al ordenamiento constitucional, a la ley y al Derecho). Pero también los parlamentarios (art. 38.1 LF) están vinculados a la Constitución, en la medida en que no pretenden reformas constitucionales. Vinculados a la Constitución están también los partidos políticos, grupos, ciudadanos, aunque en distinta medida y no siempre directamente, la mayoría de las veces sólo indirectamente a través del poder –sancionador– del Estado. Aquí un menor grado de legitimación parece corresponder también, por de pronto, a un menor grado de vinculación.

2. LEGITIMACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA TEORÍA JURÍDICA, NORMATIVA E INTERPRETATIVA

La relación de correspondencia de vinculación (a la Constitución) y legitimación (para la interpretación constitucional) pierde, sin embargo, fuerza como enunciado, cuanto más se toman en consideración recientes conocimientos de la teoría interpretativa. La interpretación es un proceso abierto, no un sometimiento pasivo, no la recepción de una orden.⁴⁴ Conoce posibilidades alternativas. La vinculación se convierte en

⁴³ Tanto el concepto de legitimación como el de procedimiento tienen que ser entendidos en un sentido más material que en LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 1969, al respecto *infra* nota 48.

⁴⁴ Al respecto sobre todo la discusión sobre la interpretación dirigida por ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 1970, antes ya Grundsatz und Norm, 1956; EHMKE, VVDStRL 20 (1963), pp. 53 ss.; Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 1967; MÜLLER, F., *Juristische Methodik*, 1971; VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 5ª ed., 1974.

libertad en la medida en que la reciente concepción sobre la interpretación ha refutado la ideología de la subsunción.

La ampliación aquí realizada del grupo de intérpretes es sólo la consecuencia de la incorporación universalmente secundada de la realidad en el proceso interpretativo.⁴⁵ Porque los intérpretes en sentido amplio constituyen un fragmento de esta realidad pluralista. Tan pronto como se reconoce que la norma no es algo preestablecido, simple y acabado, se plantea la cuestión de los que participan personal y funcionalmente en su “desarrollo”, las fuerzas activas del “*law in public action*” (¡personalización y pluralismo de la interpretación constitucional!).

Cada intérprete es guiado por la teoría y la práctica. Esta práctica, sin embargo, no es desarrollada esencialmente por los intérpretes oficiales, “profesionales”.

La vinculación judicial solamente a la ley y la independencia personal y objetiva de los jueces no puede llamar a engaño sobre el hecho de que el juez interpreta en la publicidad y realidad de la Constitución.⁴⁶ Sería falso ver las influencias, expectativas, presiones sociales a las que el juez está expuesto solamente bajo el aspecto de la amenaza a su independencia.⁴⁷ Estas influencias contienen también un fragmento de legi-

⁴⁵ Al respecto HESSE, en: *FS für Scheuner*, 1973, p. 123 (137 y s.); cfr. también H. H. KLEIN, *BVerfG und Staatsraison*, 1968, pp. 15, 16 ss., 29 (también con respecto a *mi* comentario DÖV 1966, pp. 660 ss.), al respecto *mi* comentario DÖV 1969, pp. 150 s.

⁴⁶ Esto pasa por alto el análisis de MASSING, *Recht als Korrelat der Macht?*, en *Der CDU-Staat*, 1967, p. 123, que contempla en la “autonomía interpretativa” del TCF “el verdadero poder del ‘soberano oculto’” (p. 129). La afirmación de que la soberanía se ha trasladado del pueblo a otras instancias, “principalmente a la jurisdicción constitucional” (p. 142), parte de un concepto discutible de soberanía popular (al respecto más tarde), que no puede captar la forma en que el proceso democrático incide en la publicidad pluralista.

⁴⁷ Cfr. BACHOF, *FS für Hans Huber*, 1961, p. 26 (43): aunque el juez no puede dejarse influir en un caso concreto por la opinión pública, “está, sin embargo, como con las partes del proceso, como con los colegas del propio tribunal, como con la pluralidad de todos los tribunales situados al mismo, superior o inferior nivel, como con el mundo jurídico especializado y con la ciencia, también con el pueblo, con la opinión pública, en una comunicación constante, en cierto modo en un ‘diálogo’ duradero”. *Bachof* considera incluso la oportunidad de alcanzar en los tribunales una más pura comunicación que en el parlamento.

timación⁴⁸ e impiden una arbitrariedad⁴⁹ de la interpretación.⁵⁰ La garantía de la independencia judicial solamente es soportable, porque otras funciones estatales y la publicidad pluralista proporcionan material “para” la ley.

Esto es, la deducción ideológica de la tesis de que todos estarían inmersos en el proceso de interpretación constitucional. ¡Incluso los mismos no afectados inmediatamente por una interpretación! El grupo de los que participan en la interpretación constitucional es también tan abierto como abierta es, material y metódicamente, la interpretación constitucional. Pues se trata de la Constitución como proceso público.⁵¹ Frente a la objeción de que se pierde la unidad de la Constitución habría que remitirse a la existencia general –activa en el futuro– de reglas interpretativas, al “concierto” que mediante la colaboración de diversos intérpretes constitucionales resulta de su respectiva función propia, remitirse sobre todo al carácter abierto de la Constitución, cuyo “vestido” muchos “bordan”, ¡no solamente el jurista constitucional! La “unidad de la Constitución”,⁵²

⁴⁸ También la “legitimación por el procedimiento” en el sentido de *Luhmann* es legitimación por la participación en el procedimiento. Sin embargo, se trata aquí de algo fundamentalmente distinto: participación en el procedimiento no debe elevar la disposición para la disminución de las decisiones y para la asimilación de los desencantos (así *LUHMANN, Legitimation durch Verfahren*, 1969, pp. 27 y ss., 107 y ss.). Legitimación, que no solamente sea entendida formalmente, resulta de la cooperación, es decir de la influencia cualitativo-material de los participantes en la decisión. No se trata del aprendizaje por los participantes, sino del aprendizaje por el tribunal de los participantes. (Para una crítica de *LUHMANN* a este respecto *ESSER, Vorverständnis und Methodenwahl*, 1970, pp. 202 y ss. y *ROTTLEUTHNER, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, 1973, pp. 141 ss.).

⁴⁹ Una teoría jurídica que se limite a ser lógica normativa corre el peligro de no ver la dependencia social de la jurisprudencia. De la refutación de la ideología de la subunción *no* se desprende que “los órganos encargados de la aplicación del Derecho actúen como generadores de azar” (*PODLECH, AÖR 95* [1970], p. 185 [190 y s.]). Compárese al respecto también *SCHEFOLD, JuS*, 1972, p. 1 (6).

⁵⁰ Esto significa al mismo tiempo que la búsqueda crítica de las influencias *unilaterales* e ilegítimas en la formación de las decisiones judiciales (de la reciente sociología judicial *Kaupen y Rasehorn, Die Justiz zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie*, 1971) es justificada y necesaria.

⁵¹ Al respecto *mi* artículo *Öffentlichkeit und Verfassung*, *ZfP* 16 (1969), pp. 273 ss. [*Este artículo está incluido, con un apéndice de 1976, en la obra Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 3ª ed., 1998. N. del T.]

⁵² Al respecto *Hesse, Grundzüge*, pp. 5 ss., 28.

si es que surge, lo hace a partir de la suma de los procedimientos y funciones de muchos intérpretes constitucionales; a este respecto tienen que incorporarse consideraciones de teoría constitucional, especialmente de teoría democrática.

3. LEGITIMACIÓN DESDE CONSIDERACIONES DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

La legitimación teórico-constitucional fundamental de la participación más o menos intensa de todas las fuerzas pluralistas en el “asunto” de la interpretación reside en el hecho de que estas fuerzas son un fragmento de publicidad y realidad de la Constitución, no como “hecho aceptado”, como *factum brutum*, sino en el marco de la Constitución: la incorporación por lo menos mediata de la *res publica* en la interpretación constitucional en general es expresión y consecuencia de la concepción aquí defendida, amplia, abierta, colocada en el campo de tensión de lo posible, lo real y lo necesario, de la Constitución.⁵³ Una Constitución, que no solamente estructura el Estado en sentido estricto, sino también la publicidad y compone la sociedad, que incorpora inmediatamente los ámbitos de lo privado, no puede hacer esto sólo de forma pasiva, tratar las fuerzas sociales y privadas como objetos. Tiene que incorporar éstas también activamente: como sujetos.

Pensada desde la realidad y publicidad constituida, en la cual el “pueblo” actúa pluralmente, en el punto de partida de manera difusa, pero en el punto final “concertadamente”, todas las fuerzas relevantes de hecho tienen relevancia teórica para la interpretación constitucional. La praxis se convierte aquí en legitimación de la teoría, no a la inversa. Ya que estas fuerzas fundamentan una parte de la realidad y publicidad constitucional, participan también en la *interpretación* de la realidad y la publicidad de la Constitución. Incluso si estuvieran excluidas: como los partidos políticos que deben ser prohibidos por el TCF y que están entonces prohibidos. Justamente éstos obligan a la reflexión sobre el contenido de la Constitución e influyen a través de su existencia en el desarrollo del autoentendimiento de la comunidad liberal-democrá-

⁵³ Al respecto HÄBERLE, Peter, *ZfP* 21, 1974, p. 111 (121 s.); *id.*, Comentario de HARTWICH, “Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher Status quo”, 1970, en *AöR* 100, 1975, pp. 333 y ss.

tica.⁵⁴ Limitar la interpretación constitucional a los intérpretes estatales “gremiales”, acreditados funcional-jurídicamente, sería empobrecimiento o autoengaño. Especialmente una concepción más experimental⁵⁵ de la ciencia del Derecho constitucional como ciencia normativa y de la realidad no puede renunciar a la fantasía y fuerza creadora de los intérpretes “no gremiales” en el proceso de la interpretación constitucional.

La Constitución es, en este sentido, espejo de la publicidad y de la realidad. Pero no es solamente espejo, es también fuente de luz, si se permite esta comparación algo gráfica. Tiene función de dirección.⁵⁶

Una cuestión especial concierne a la legitimación de la ciencia del Derecho constitucional. Tiene función de catalizador y actúa introduciéndose especialmente en todos los ámbitos de la interpretación, porque –públicamente– refleja de forma metódica la interpretación constitucional y al mismo tiempo configura la formación de los intérpretes “oficiales”. ¿Cómo se puede fundamentar una eventual legitimación especial? Por la vía del propio artículo 5.3 LF. La Constitución como objeto es (también) una cuestión de la ciencia. El ámbito ciencia tiene que ser contemplado a través del art. 5.3 LF como una parte integrante autónoma de la comunidad política. La –relativa– autonomía de esta “cosa” se encuentra desde un principio pensada por la Ley Fundamental; se legitima menos “desde afuera” que por procedimientos y mecanismos de control internos y específicos de la ciencia.⁵⁷ También tiene que ser tarea de la ciencia

⁵⁴ El debate constitucional del *Bundestag* de 14/15 de febrero de 1974 es también aquí un ejemplo. Sólo es una parte de la discusión constitucional que se ha establecido en todos los niveles y en todos los ámbitos de la comunidad política ante la confrontación con alternativas radicales.

⁵⁵ Sobre este intento del racionalismo crítico de acoger las peticiones de una “sociedad abierta” en la teoría constitucional, *mi* trabajo en *ZfP* 21 (1974), pp. 111 (132 y s.).

⁵⁶ Sobre este concepto de la Constitución *Hesse*, *Die normative Kraft der Verfassung*, 1959; HÄBERLE, Peter, *VVDStRL* 30 (1972), p. 43 (56 y s.).

⁵⁷ A este respecto *F. Kübler*, *Kommunikation und Verantwortung*, 1973, pp. 38 y ss.; compárese también *Luhmann*, *Selbststeuerung der Wissenschaft*, en: *Soziologische Aufklärung*, 1970, pp. 232 ss. Sobre la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho público como posible “punto de partida institucional para el conocimiento y conciencia teórico-constitucional de nuestra comunidad democrática”: EHMKE, loc. cit., p. 133. Para *Popper* la “objetividad científica’ (...) no” es “resultado de la imparcialidad del científico individual (...), sino resultado del carácter social o público del método científico; y la imparcialidad del científico individual, en la medida en que existe, no es

formular sus contribuciones y hacerlas accesibles de tal manera que sean criticables para la publicidad. El concepto de enseñanza del artículo 5.3 LF juega un papel que no debe subestimarse: contiene un mandato de formación dirigido a la ciencia constitucional que se resalta expresamente a través de la cláusula de lealtad.⁵⁸

4. EN ESPECIAL: CONSIDERACIONES TEÓRICO-CONSTITUCIONALES COMO LEGITIMACIÓN

En el Estado constitucional democrático la cuestión de la legitimación debe plantearse, todavía una vez más, especialmente desde puntos de vista democráticos (de la teoría democrática). La ciencia del Derecho constitucional, las llamadas ciencias de la realidad que le “proveen”, los ciudadanos y grupos no tienen una legitimación democrática, entendida en sentido tradicional, para la interpretación constitucional. Pero la democracia no se desarrolla solamente a través de la relación, formalizada, canalizada, concebida en sentido estricto, de delegación y responsabilidad del pueblo a los órganos estatales (legitimación a través de las elecciones)⁵⁹ hasta el intérprete constitucional “competente” en última instancia, el TCF.⁶⁰ Se desarrolla en una comunidad abierta también en las formas mediatizadas “más finas” del proceso público pluralista de la política y la praxis diaria, especialmente en la realización de los derechos funda-

la fuente, sino más bien el resultado de esta objetividad social o institucionalmente organizada de la ciencia” (“Die offene Gesellschaft und ihre Feinde” [versión castellana: “La sociedad abierta y sus enemigos”], vol. II, Falsche Propheten, 1958, p. 270).

⁵⁸ Sin embargo, la formación previa correspondiente de los jueces constitucionales no es ningún presupuesto cualificatorio. Cfr. en cambio el requisito de “conocimientos específicos de Derecho público” y el requisito, lleno de referencias, de “personas con experiencia en la vida pública” de algunas leyes sobre los Tribunales Constitucionales de los LÄNDER (p. ej., § 3, apt. 1, frase 1ª de la Ley del Tribunal Constitucional de Hamburgo) y en § 3, apt. 2 de la versión antigua de la LTCF. Cfr. todavía la nota 89 *in fine*.

⁵⁹ Cfr. ahora sobre esa problemática la sentencia del Tribunal Constitucional de *Bremen* sobre la formación de los juristas, NJW, 1974, 2223 (2228 y ss.); compárese también BVerfGE 33, 125 (158) (decisión del médico especialista, al respecto *mi* comentario DVBl. 1972, p. 909 [911]).

⁶⁰ La investigación de BILLING, *Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht*, 1969, parte demasiado de esta idea, pp. 93 y ss. (sin embargo diferenciadamente en p. 116).

mentales, frecuentemente aludido en la “vertiente democrática” de los derechos fundamentales:⁶¹ a través de las controversias sobre las alternativas, las posibilidades y necesidades de la realidad y también el “concerto” científico sobre las cuestiones constitucionales, en el que no hay ni puede haber apenas “pausas” y “fermatas” y ningún director.⁶²

El “pueblo” no es precisamente sólo una majestad unitaria que “emana” (sólo) el día de las elecciones, que proporciona como tal legitimación democrática.⁶³ El pueblo como majestad pluralista no está menos presente y no es menos legitimador de las interpretaciones en el proceso constitucional: “como” partido político,⁶⁴ como opinión científica, como grupo de interés, como ciudadano; cuya competencia material para la interpretación constitucional es un derecho del ciudadano en el sentido del artículo 33.1 LF. Así contemplados los derechos fundamentales son un fragmento de base democrática de legitimación para la interpretación abierta no solamente en sus resultados, sino también en su *grupo de participantes*.⁶⁵ ¡En la democracia liberal el ciudadano es intérprete constitucional! En consecuencia, las medidas de garantía de la libertad real devienen tanto más importantes: política de derechos fundamentales del Estado prestador de servicios,⁶⁶ libertad de la formación de la opinión,

⁶¹ Sobre la controversia cfr. por un lado *Hesse*, Grundzüge, pp. 122 s.; HÄBERLE, Peter, *Die Wesensgehaltgarantie*, pp. 17 y ss.; por otro H. H. KLEIN, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, 1971 (al respecto *mi* recensión DÖV 1974, pp. 343 ss.), por último E.-W. Böckenförde, NJW, 1974, pp. 1529 ss.

⁶² Que la interpretación constitucional, como es entendida aquí, se convierta en “*bellum omnium contra omnes* de las opiniones científicas y políticas” (al respecto SCHEFOLD, JuS, 1972, 1 [8]), tiene que (y solamente puede) evitarlo la ahora muy invocada “solidaridad de los demócratas”.

⁶³ Por eso, la cuestión de la legitimación democrática de la jurisprudencia no se puede contestar definitivamente por medio de la ampliación de la elección de los jueces (al respecto F.-J. Säcker, ZRP, 1971, pp. 145 ss.). Sobre la relación entre democracia e independencia judicial cfr. también EICHENBERGER, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, 1960, pp. 103 y ss.

⁶⁴ En esta medida existe una coincidencia con la teoría del Estado de partidos de LEIBHOLZ (*Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 3ª ed., 1967, esp. pp. 78 y ss.): el pueblo es capaz de articulación y de acción sólo en determinadas formas de organización. Pero esto no justifica la identificación de pueblo y partidos (populares); la comunidad pluralista es mucho más diferenciada.

⁶⁵ Sobre la interpretación constitucional abierta: HÄBERLE, P., JZ, 1971, pp. 145 ss.; ZfP 21 (1974), p. 111 (121 y ss.); compárese también *Schlaich*, op. cit., p. 120.

⁶⁶ A este respecto *mi* ponencia VVDStRL 30 (1972), pp. 43 y s. (69 y ss.).

constitucionalización de la sociedad, p. ej., a través de la estructuración del ámbito público, en especial del económico, conforme a la división de poderes.⁶⁷

Esto no es ningún “destronamiento” del pueblo, en todo caso de un entendimiento “rousseauiano” de la soberanía popular, que concibe al pueblo como un absoluto y semejante a Dios. El pueblo como majestad constituida actúa “por todas partes”, universalmente, a muchos niveles, por muchos motivos y en muchas formas, no en último lugar a través de la cotidiana realización de los derechos fundamentales. No se olvide: el pueblo es ante todo una asociación de ciudadanos. La democracia es el “imperio de los ciudadanos”, no del pueblo en el sentido rousseauiano. No hay regreso a Rousseau. “La democracia de los ciudadanos es más realista que la democracia popular”.

La democracia de ciudadanos sugiere un pensamiento que contemple la democracia desde los derechos fundamentales, no concepciones según las cuales el pueblo como soberano, en realidad, sólo ha ocupado el lugar del monarca. Esta perspectiva es una consecuencia de la relativización del –con mucha facilidad mal entendido– concepto de pueblo⁶⁸ ¡desde el ciudadano! La libertad fundamental (pluralismo),⁶⁹ no “el pueblo”, se convierte para la Constitución democrática en el punto de referencia. Esta *capitis diminutio* de la concepción criptomonárquica del concepto de pueblo se produce en una época de libertad del ciudadano y de pluralismo.

⁶⁷ El pluralismo tiene que estar organizado y escrito. Por ello, tiene que ser superada la confrontación entre “estrategias de democratización”, que llevan en sí el peligro de politización totalitaria de todos los ámbitos, y concepciones restrictivas, que quieren limitar la democracia a un Estado contrapuesto a la sociedad (*Hennis, Die mißverständene Demokratie*, 1973).

⁶⁸ Demasiado intensamente orientado al concepto tradicional de pueblo está también el intento de fortalecer la legitimación democrática de la jurisprudencia mediante el recurso del juez a los “valores medios” que deben averiguarse con encuestas demoscópicas, cfr. W. BIRKE, *Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen*, 1968, pp. 45 y ss. Contra una orientación según la “voluntad mayoritaria del pueblo”, también por consideraciones de teoría democrática, F.-J. SÄCKER, *ZRP*, 1971, p. 145 (149 y s.). También crítico frente al “valor medio” Hans F. Zacher, *Vierteljahresschrift f. Sozialrecht*, vol. II (1974), p. 15 (48 s., nota 95). Sobre el “ciudadano medio” como figura judicial normativa que debe verse desde la teoría constitucional, *mi Öff. Interesse*, pp. 328, 347 y s., 425 y ss., 573, 725.

⁶⁹ Esta perspectiva vale también para todas las formas de autonomía local, social, etc.

Existen muchas formas de legitimación democrática entendida ampliamente en este sentido, solamente hay que liberarse de la mentalidad lineal y “volcánica” de las ideas tradicionales sobre la democracia. Se llega a un fragmento de democracia de los ciudadanos a través del desarrollo interpretativo de la norma constitucional.⁷⁰ Al proceso interpretativo se le proporciona, de diversas formas, posibilidad y realidad de

⁷⁰ La concepción democrática de POPPER y su conexión con su teoría científica y del conocimiento no puede ser reproducida aquí en detalle (referencias a la democracia en: *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, vol. I, 1957, esp. pp. 25, 156 y ss., 170 y ss.; vol. II (1958), pp. 157, 159 y ss., 186 y s., 197 y ss., 293 y s.). Ha de bastar la indicación de que el concepto de ciencia de Popper es fructífero en la teoría democrática, que el concepto liberal, constitucional, pluralista y separador de poderes, defendido en el texto en relación con la democracia, puede invocar también a Popper, en la medida en que él desarrolla su teoría democrática sin, e incluso contra, los dogmas de la soberanía popular. *Recepciones y adaptaciones de Popper en la discusión democrática* bajo la LF han tenido lugar más o menos expresa y mediatamente: especialmente en la sentencia relativa al Partido Comunista de Alemania (KPD) del TCF, BVerfGE 5, 85: “*process of trial and error*” (I. B. Talmon) (p. 135), “control recíproco permanente y crítica como mejor garantía de una línea política correcta (relativamente)” (p. 135), las relaciones y mentalidades son “susceptibles y necesitan mejora”, “tarea que no finaliza nunca” (p. 197), rechazo de la idea de que el desarrollo histórico esté “determinado por un objetivo final científicamente conocible” (p. 197), “compromiso social” (p. 198), “carácter abierto” de este orden (p. 200), “relativo contenido de razón de todas las opiniones políticas” (p. 206); cfr. también BVerfGE 12, 113 (125): formación pública pluralista de la opinión; BVerfGE 20, 56 (97): proceso libre y abierto de la formación de la opinión y de la voluntad. En la bibliografía: *von Simson*, VVDStRL 29 (1971), p. 3 (9 s.); *Dürig*, *ibidem*, p. 127: “reglas de juego inmanentes de la corrigibilidad y de la revocabilidad”; *id.*, en *Maunz/Dürig/Herzog*, Grundgesetz, Art. 3º, Abs. 1, marginal 210 (para la determinación del Derecho). No es difícil reconocer aquí: el principio de falsificación de Popper (“*trial and error*”), su tesis del carácter indirecto y de presunción del conocimiento (*conjectures and refutations*), su verificación constante, la “*piece-meal social engineering*” corregible, que se conforma ella misma con su rechazo de la técnica como planificación de la totalidad, su fe relativa en la razón, su concepción experimental de la política, su alegato para las reformas graduales, orientadas a las consecuencias, su exhortación a la paciencia y a la tolerancia y su posición en favor de la sociedad abierta como “racional y crítica”, de su competencia pluralista de ideas e intereses diferentes gracias a la libertad de la crítica, del pensamiento y con ello del hombre y sus responsabilidades y decisiones personales, pero también su lucha contra la aspiración de omnisciencia y de omnipotencia de las sociedades “cerradas”. La tarea principal consiste, en general, en desarrollar desde la teoría y práctica constitucional la teoría de la ciencia de Popper, incorporándola a la teoría democrática y al mismo tiempo a la teoría normativa e interpretativa en particular (inicios en *mi* artículo AöR 99 [1974], p. 434 [448 y s.]).

discusión libre de los individuos y grupos “por encima” y “por debajo” de las normas jurídicas constitucionales y de su acción pluralista “en” ellas. (Que este proceso libre realmente también está amenazado desde dentro y que nuestro mismo orden fundamental liberal-democrático muestra en realidad frente al tipo ideal déficits, ya se ha señalado expresamente.) Teoría democrática y teoría interpretativa⁷¹ se convierten en una consecuencia de la teoría de la ciencia. La sociedad es libre y abierta en la medida en que el círculo de los intérpretes constitucionales se abre en el sentido más amplio.

IV. CONSECUENCIAS PARA LA INTERPRETACIÓN “JURÍDICA” DE LA CONSTITUCIÓN

1. RELATIVIZACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA-NUEVO ENTENDIMIENTO DE SUS TAREAS

Las reflexiones anteriores conducen a una *relativización* de la interpretación jurídica de la Constitución. La exigen los motivos siguientes:

1. Incluso en el proceso constitucional el juez constitucional no interpreta “en solitario”: varios participan en el procedimiento, las formas de participación procedimental se amplían.

2. En el “campo previo” de la interpretación jurídica de la Constitución de los jueces muchos interpretan, potencialmente todas las fuerzas pluralistas públicas. El concepto “participante en el proceso constitucional” se relativiza en la medida en que los círculos de los participantes en la interpretación constitucional se amplían. La publicidad pluralista despliega fuerza normativa. El Tribunal Constitucional ha de interpretar posteriormente en correspondencia actualizando la publicidad.

3. Muchos problemas y ámbitos de la Constitución material no llegan hasta el juez constitucional por falta de competencia judicial y por ausencia de recurso al Tribunal Constitucional. La Constitución material “vive” aquí igualmente: sin interpretación constitucional del juez (piénsese en los principios de los reglamentos internos parlamentarios). Los

⁷¹ Cfr. la referencia de *Esser* al método *trial and error* de *Popper*, *Vorverständnis*, p. 151, ahora el voto particular de los magistrados *Rupp-v. Brüneck* y *Dr. Simon* a la sentencia sobre el aborto del TCF de 25 de febrero de 1975 (JZ, 1975, 205 [215] = NJW, 1975, 582 [583]).

participantes e intérpretes en sentido amplio desarrollan autónomamente Derecho constitucional material. El Derecho procesal constitucional no es el único acceso a los procedimientos de la interpretación constitucional.

En el tiempo la vía de instancias de la interpretación constitucional se prolonga hasta el infinito: el jurista constitucional es sólo un chismoso.⁷² Su resultado interpretativo está bajo la reserva de la confirmación, que en el caso particular puede concretarse en la permanencia, en la “justificación rica en alternativas”⁷³ o en la modificación mediante alternativas razonables. El procedimiento de la interpretación constitucional tiene que ser extendido hacia adelante y por encima del propio proceso constitucional concreto;⁷⁴ el radio interpretativo de la norma se amplía, gracias a todos “los intérpretes de la sociedad abierta”. Son participantes esenciales en los procedimientos de “*trial and error*” en el proceso de determinación del Derecho.⁷⁵ La sociedad deviene precisamente abierta y libre, ya que todos potencial y actualmente realizan (o pueden realizar) aportaciones a la interpretación constitucional. La interpretación jurídica de la Constitución proporciona (sólo) la publicidad y realidad pluralista, las necesidades y posibilidades de la comunidad, que están antes, en y detrás de los textos constitucionales. Las teorías interpretativas sobrestiman siempre la importancia del texto.⁷⁶

Tan disciplinados y disciplinantes como son los procedimientos de la interpretación constitucional a través de la vía de los métodos “jurídicos”, tan diversas, incluso difusas resultan las operaciones que preceden a este proceso: los procesos legislativos parecen todavía relativamente

⁷² La jurisprudencia constitucional realiza p. ej. con los *obiter dicta* el intento de preparar la futura interpretación constitucional, más allá de la resolución puntual, y de hacerse así criticable anticipadamente. Crítico a este respecto desde otro concepto de Constitución KULL, *FS für Forsthoff*, 1972, p. 213, nota 2.

⁷³ Expresión de HABERMAS, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, 1973, p. 148.

⁷⁴ Ello debe tenerse en consideración con los conceptos “*entendimiento previo*” y “*entendimiento posterior*”, HÄBERLE, Peter, *ZfP* 21, 1974, p. 111 (126 y ss.). Las leyes (constitucionales) tienen no sólo antecedentes históricos, sino también una historia ulterior.

⁷⁵ A este respecto ESSER, *Vorverständnis*, pp. 23, 151 y s.

⁷⁶ Sobre la problemática del texto como “límite del cambio constitucional” compárese también HESSE, *FS für Scheuner*, p. 123 (139 y s.). Sobre la poca fecundidad del tenor literal en la concretización de los derechos fundamentales HANS HUBER, *GS für Imboden*, p. 191 y ss.

racionales, en la medida en que son interpretación constitucional, y así es a menudo; también la Administración como Administración “interpretadora” (del bien común)⁷⁷ actúa de forma verdaderamente racional; otras formas de actuación del Estado también han de ser contempladas. Las operaciones de participación de la publicidad pluralista son, en cambio, todo menos disciplinadas, en ello estriba un elemento de garantía de su apertura y espontaneidad. A pesar de ello, los principios y métodos de la interpretación constitucional conservan su importancia, ciertamente en una función nuevamente entendida: son el “filtro”, a través del cual, y solamente entonces, la fuerza normativa de la publicidad⁷⁸ actúa y adquiere forma. Disciplinan y canalizan las formas diversas de influencia de los diferentes participantes.

2. EN ESPECIAL: DIMENSIÓN E INTENSIDAD DEL CONTROL JUDICIAL-DIFERENCIACIÓN CON RESPECTO AL GRADO DE PARTICIPACIÓN

Una teoría de la interpretación constitucional que pone en relación sistemática la cuestión de los objetivos y métodos y la cuestión de los participantes en la interpretación constitucional tiene que extraer de ahí conclusiones concretas para el método de la interpretación constitucional. Las consecuencias posibles serán aludidas aquí en forma de tesis.

Un tribunal como el Tribunal Constitucional Federal, que verifica la interpretación constitucional de otra instancia, debe utilizar diferentes métodos, según quién haya participado en la interpretación primera (verificable).⁷⁹ Esto ya ha sido visto a grandes rasgos por el pensamiento

⁷⁷ Al respecto con pruebas *mi Öff. Interesse*, pp. 475 y ss., 678 y ss.; OSSENBÜHL, AÖR 92 (1967), pp. 1 ss. Cfr. también la discusión subsiguiente al informe de la *Sala Común de los Tribunales Supremos de la Federación* (JZ, 1972, 655 ss.) y a la sentencia del Tribunal Administrativo Federal (JZ, 1972, 204 ss.): *Bachof*, JZ, 1972, 641 ss. y 208 ss.; *Ossenbühl*, DÖV 1972, 401 ss.; ERICHSEN, *VerwArch* 1972, p. 3377 y ss.; *Bullinger*, NJW, 1974, 769 ss.

⁷⁸ Pruebas típicas de la jurisprudencia del TCF en AÖR 95, 1970, p. 260 (287 y ss.); últimamente por ejemplo E 34, 269 (283); 35, 202 (222 s., 230 y ss.); 32, 111 (124 y ss.); 31, 229 (242 ss.); 30, 173 (191); más genéricamente en *mi Öff. Interesse*, pp. 304 y s., 419 nota 31, 558 ss., 572 s., 583 s., 594, así como en *Th. Württenberger* (nota 93), pp. 36 y ss. (39 y ss.).

⁷⁹ Una relación similar se muestra en GEITMANN, *Bundesverfassungsgericht und “offene Normen”*, 1971: las exigencias de concreción (*Bestimmtheit*) que el TCF plantea respecto a las normas “abiertas” son diferentes según quién establezca la norma (al respecto sólo brevemente, pp. 22 y ss.) y quién haya de completarla (pp. 149 y ss.).

jurídico-funcional: los tribunales deben contenerse especialmente en el control de las decisiones del legislador democrático;⁸⁰ lo mismo puede decirse con respecto al examen del derecho de los Länder por el TCF.⁸¹ En la continuación de este planteamiento habría de considerarse lo siguiente: hay leyes (leyes universitarias, reformas del Código Penal como el § 218*, leyes de cierre comercial), con relación a las cuales la publicidad muestra un interés enorme, que están constantemente en la discusión, las cuales se elaboran con amplia *participación* y bajo el *control* atento de la publicidad pluralista. El TCF debiera, cuando verifica una de tales leyes, tener en consideración que esta ley está especialmente legitimada, porque especialmente muchos participaron en el proceso democrático de la interpretación constitucional. En el caso de leyes *en principio* no discutidas ello significaría que éstas no habrían de ser verificadas tan rigurosamente como aquellas que están menos en la discusión pública, porque son aparentemente poco interesantes (p. ej., regulaciones de oportunidad técnica) o se han olvidado ya.

Algo distinto ha de regir, por el contrario, para aquellas leyes, respecto de las cuales existe en la publicidad una gran *disensión*. Piénsese en el § 218 del Código Penal que afecta el “consenso constitucional”, en algunas regulaciones de las leyes universitarias, a la participación paritaria en la

⁸⁰ Las leyes preconstitucionales no pueden ser vistas como las posconstitucionales como interpretación constitucional del legislador. Por ello han de ser examinadas no sólo procesalmente de forma distinta (cfr. art. 100 LF), sino también materialmente de forma más rigurosa.

⁸¹ A este respecto EHMKE, *VVDStRL* 20 (1963), pp. 53 y ss. (75); KLUMP, *Landesrecht vor Bundesgerichten im Bundesstaat des GG*, 1969, pp. 179 y ss. Para la relación del TCF con la dogmática (ciencia) civilista, así como con el Tribunal Supremo Federal: BVerfGE 34, 269 (281 y ss.).

* Este precepto contiene la prohibición de la interrupción del embarazo. No es antijurídico, ni en consecuencia punible, sin embargo, en caso de necesidad, acreditada por un médico, para evitar peligro para la vida de la madre o peligro de menoscabo grave de su salud física o síquica, en la medida en que este peligro no puede evitarse de otra forma exigible para la madre. Conforme a la sentencia del TCF de 28 de mayo de 1993 (BGBl. I, p. 820) este parágrafo 218, en el sentido de la ley de 27 de julio de 1992 (BGBl. I, p. 1398) no es aplicable, cuando la interrupción tiene lugar dentro de las doce semanas desde la concepción, es practicada por un médico, se realiza a instancia de la mujer embarazada y ésta acredita mediante certificación al médico, que ha sido asesorada al menos con tres días de antelación a la intervención por un centro reconocido [N. del T.].

gestión de las empresas. Aquí tiene que controlar el TCF severamente, y hacer generoso uso⁸² de la posibilidad de medidas provisionales (§ 32 LTCF) (cfr. *infra* punto 3.). Porque en una situación de división profunda en el seno de la opinión pública corresponde al TCF la tarea de velar por que no se pierda el mínimo irrenunciable de función integradora de la Constitución.

Más aún: el TCF debería vigilar también la “participación justa” de diferentes grupos en las interpretaciones constitucionales de tal manera que en su decisión tenga en consideración interpretativamente los “no participantes” (los intereses no representados y no representables) especialmente.⁸³ Piénsese en los problemas de protección de los consumidores, de protección del medio ambiente. Aquí manifiestan importancia los “intereses públicos”, los “intereses susceptibles de generalización” según la terminología de Habermas.⁸⁴

Un *minus* de participación fáctica conduce a un *plus* de control del juez constitucional. La intensidad del control del juez constitucional es “variable”, según qué formas de participación son o fueron posibles.

3. CONSECUENCIAS PARA LA ORGANIZACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Para la organización y aplicación del Derecho procesal constitucional se desprenden dos consecuencias: los instrumentos de información del juez constitucional⁸⁵ han de ampliarse y afinarse –no a pesar, sino a causa

⁸² ¡Disensiones y peligros profundos para el “consenso constitucional” son *el* motivo del interés público en el sentido del § 32, apt. 1 LTCF!

⁸³ Aquí se insinúa una transformación de la función de la tutela jurídica en general. Ante la creciente importancia de la actividad estatal planificadora y conformadora de los derechos de los particulares, la tutela jurídica ha de realizarse menos mediante control *ex post* de los tribunales que por procedimientos *previos* participativos (HÄBERLE, Peter, VVDStRL 30 [1972], p. 43 [86 ss., 125 ss.]; Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 [1973], p. 179 [204 ss.]). Pero el cumplimiento del procedimiento “correcto” tiene que poder ser verificado por los tribunales.

⁸⁴ HABERMAS, op. cit., esp. pp. 153 y ss.

⁸⁵ Ejemplar es el instrumento de información del § 82, apt. 4 LTCF así como la oportunidad de manifestarse, a menudo en los “grandes” procesos, concedida a las “autoridades y organizaciones” aludidas por el Tribunal Constitucional Federal: BVerfGE 35, 202 (213 y s.); 35, 78 (100 y ss.); 33, 265 (322 y s.); 31, 306 (307 bajo el punto 4); 30, 227 (238 y s.). Proporcionan un fragmento de la “representación social” pluralista

de la vinculación a la ley-, especialmente las formas y posibilidades⁸⁶ de participación graduales en el propio proceso constitucional⁸⁷ (ante todo “audiencia” y “participación”); nuevas formas de participación de potencias públicas pluralistas como intérpretes constitucionales en sentido amplio tienen que ser desarrolladas. El derecho procesal constitucional se convierte en un fragmento del derecho democrático de participación. La interpretación constitucional de los jueces constitucionales puede ser en correspondencia más elástica y expansiva,⁸⁸ sin que pudiera,

en el Derecho procesal constitucional. Sintomático es el cuestionario enviado por el TCF (Segunda Sala) al Parlamento federal, parlamentos de los *Länder* y partidos sobre el tema de las dietas de los parlamentarios, FR de 10 de marzo de 1975, p. 1. Cfr. aun la regulación ejemplar en § 48 de la Ley del Tribunal Constitucional de Hesse y en § 42 de la Ley del Tribunal Constitucional de Baden-Württemberg.

⁸⁶ Al respecto HÄBERLE, Peter, AöR 98, 1973, 119 (128 nota 43). Explosiva es la cuestión de la participación del *Bundestag* (y de su mayoría) en la discusión constitucional, conducida por la minoría de la oposición, sobre el § 218 del Código Penal (al respecto Woche im Bundestag de 18 de septiembre de 1974, ed. 15, p. 3). El desarrollo del Parlamento como lugar de enfrentamiento entre mayoría de gobierno y minoría opositora aboga por continuar este reparto de roles también en el Derecho procesal constitucional: sería un argumento para una participación del *Bundestag* mediante su personación en el procedimiento (cfr. además § 77 LTCF, que también concede al *Bundestag* derecho a manifestarse precisamente cuando en el procedimiento de control abstracto de constitucionalidad un tercio de los miembros del *Bundestag* lo solicitan, cfr. aun §§ 82 apt. 2, 83 apt. 2, 94 LTCF). Derecho procesal constitucional y Derecho parlamentario se solapan aquí (otro ejemplo: BVerfGE 27, 44 [51 s.]). Sería consecuente “constitucionalizar” la *oposición* como tal en el Derecho procesal constitucional y otorgarle derechos de participación ante el Tribunal Constitucional Federal, ya que no tiene por qué ser idéntica con el tercio de miembros del *Bundestag* legitimado procesalmente. *De lege lata* el *Bundestag* debería insertar en los dictámenes el voto de la minoría opositora.

⁸⁷ En WINTER y SCHUMANN, *Sozialisation und Legitimierung des Rechts im Strafverfahren*, en *Zur Effektivität des Rechts, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, vol. 3, 1972, pp. 529 y s., se consideran la oralidad y la inmediatez de la interacción en el juicio como “islas de la acción comunicativa, que resultan casi anacrónicas en una constitución social burocrática-funcional racionalista”. Quizá en el proceso constitucional se ofrezca la oportunidad de alcanzar un mayor grado de comunicación no distorsionada en el sentido de Habermas que en otros ámbitos, compárese BACHOF, op. cit. (*supra* nota 47).

⁸⁸ Existe una relación entre los instrumentarios de averiguación y de prognosis a disposición del Tribunal Constitucional Federal, y la precisión de los criterios jurídico-materiales por él aplicados: mientras que en las recientes leyes económicas (especialmente las de coyuntura) el requisito de la idoneidad se utiliza bastante generosamente (BVerfGE

ni fuera lícito llegar a una identidad con la del legislador. La concreta utilización del derecho procesal constitucional por el Tribunal Constitucional Federal tiene que ser también flexible de conformidad con las cuestiones jurídico-materiales pendientes y los participantes *materiales* (interesados). La relación intensa entre la Constitución material y el derecho procesal constitucional se muestra también aquí.⁸⁹

Una expansión de la actividad de la justicia constitucional significa desde luego una restricción del margen de discreción interpretativo del legislador.⁹⁰ En general, la organización legislativa óptima y la afinación interpretativa del derecho procesal constitucional son condiciones necesarias para que la legitimación de la jurisprudencia constitucional, intentada aquí desde la teoría democrática, esté suficientemente garantizada en la realidad.

V. NUEVOS PLANTEAMIENTOS PARA LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

1. ¿DISTINTOS OBJETIVOS Y MÉTODOS DE LA INTERPRETACIÓN DE DIFERENTES PARTICIPANTES?

De la vinculación de las cuestiones relativas a los objetivos, métodos y participantes de la interpretación constitucional resultan nuevos planteamientos no sólo para la jurisprudencia constitucional y sus métodos, sino también para la teoría constitucional que se ocupa de éstos.

Ya se indicó la posible objeción de que la “disolución” de la interpretación constitucional no se deja incorporar sin tensiones a una teoría constitucional que contemple la elaboración de consenso, de unidad

29, 402 [410 s.]; 36, 66 [71 s.]), el TCF ha fundado sus investigaciones y prognosis empíricamente de forma muy exhaustiva, p. ej., en la sentencia de las farmacias (BVerfGE 7, 377 ss. [= JZ, 1958, 472 ss.]) (compárese *Philippi*, *Tatsachenfeststellungen des BVerfG*, 1971, pp. 57 ss.) y podía entonces aplicar también criterios jurídico-materiales estrictos.

⁸⁹ Sobre este punto *mi* artículo en JZ, 1973, pp. 451 ss.; también *Zuck*, JZ, 1974, p. 361 (364). Importante fue el mantenimiento de la cláusula de los profesores universitarios del § 3 apt. 4 LTCF.

⁹⁰ La cuestión de los deberes diferenciados de motivación y de provisión de material del legislador debería ser meditada. También aquí se muestra una relación, no analizada todavía totalmente, entre derecho parlamentario y derecho procesal constitucional.

política como objetivo del procedimiento jurídico-constitucional y como objetivo del proceso político en general.⁹¹ Una teoría constitucional semejante no puede, sin embargo, ser malinterpretada simplifcadamente como armonizadora. El consenso resulta también del conflicto y del compromiso entre los participantes que defienden egoístamente opiniones e intereses divergentes. Derecho constitucional es, ahora bien, derecho del conflicto y del compromiso a la vez. Es evidente que los autores de una moción y sus adversarios en el proceso constitucional perseguirán distintos objetivos y por tanto escogerán distintos métodos interpretativos y vestirán sus contenidos con tales métodos; lo mismo puede decirse respecto de los representantes de distintos intereses que son oídos por las comisiones parlamentarias, de los partidos mayoritarios y la oposición en el proceso parlamentario.⁹² En esta medida se muestran paralelismos entre derecho procesal constitucional y derecho parlamentario.

Se desprenden aquí efectos *retroactivos* de los principios interpretativos jurídico-funcionales en la interpretación constitucional material.⁹³ Han de ser tematizados más intensamente que hasta ahora, en correspondencia con los efectos retroactivos de los principios procedimentales en la interpretación constitucional material.⁹⁴ El derecho constitucional material –vivido– surge de una pluralidad de funciones desempeñadas “correctamente”: las del legislador, del juez constitucional, de la opinión pública, del ciudadano, pero también del gobierno y de la oposición. Esta reflexión sobre la interpretación constitucional significa desde el lado funcional, procedimental: la corrección funcional de la interpretación constitucional conduce a la disparidad práctica de la interpretación constitucional. Cómo se interprete –correctamente– depende en cada caso del órgano, su procedimiento, su función, sus cualificaciones.

⁹¹ Compárese HESSE, *Grundzüge*, pp. 5 ss., 28.

⁹² Sobre la democracia parlamentaria como “transferencia de la idea de *proceso judicial* al *proceso político* legislativo”: KRIEGLER, *VVDStRL* 29 (1971), p. 46 (50).

⁹³ Con razón habla EHMKE, *VVDStRL* 20, 1963, p. 53 (73) de una “relación insoluble” entre principios interpretativos jurídico-materiales y jurídico-funcionales; cfr. también p. 76: “bilateralidad”.

⁹⁴ Al respecto HÄBERLE, Peter, *Zeit und Verfassung*, *ZfP* 21, 1974, p. 111 (118 ss.); *idem*, *JZ*, 1973, p. 451 (452 y s.); *DVBl.*, 1973, pp. 388 y s.

2. FUNCIONES DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

Otro problema es si a este respecto se puede hablar de la corrección –aunque relativizada– de la interpretación. Para la teoría constitucional se plantea ahora la cuestión básica de si puede ser su función vincular normativamente las diferentes fuerzas políticas y participantes en sentido amplio, *proponerles* los métodos interpretativos “buenos”.

¿Hasta qué punto debe ampliar el círculo de sus interlocutores la *teoría* constitucional, que hasta ahora era crítica y asesora, compañero de discusión y de consenso de los Tribunales Constitucionales? Esto podría tener entonces también consecuencias para la configuración del Derecho procesal constitucional.

La fijación en la jurisprudencia ha de ser sin duda superada. Parece abrirse camino la opinión de que la teoría constitucional tiene que ser, por lo menos igualmente, también teoría de la legislación, es decir, interlocutor del legislador.⁹⁵

La relevancia de la cuestión de los distintos objetivos y métodos de los distintos participantes se comprueba aquí con ejemplos: la *preferred freedoms doctrine*⁹⁶ y el principio de *self restraint* sólo rigen para la jurisprudencia, no precisamente para la legislación. En esta medida el problema ya ha sido aludido por Hesse y Ehmke: si la interpretación constitucional se halla bajo el mandato de “corrección funcional”, entonces el órgano intérprete, en virtud de sus competencias específicas, tiene que interpretar de forma *distinta* que otro órgano con otras competencias.

La teoría constitucional como teoría legislativa debería investigar las –hasta ahora descuidadas– peculiaridades propias de la interpretación constitucional por el legislador (y con ello también la gran relevancia del derecho parlamentario). Ésta ha sido contemplada hasta ahora más bien de forma “refleja”: desde la jurisdicción constitucional, es decir, sus límites funcionales, p. ej. con ayuda de la *preferred freedoms doctrine*, la presunción de constitucionalidad de la acción legislativa,⁹⁷ de la discrecionalidad del

⁹⁵ Sobre la cuestión de la teoría de la legislación: HÄBERLE, Peter, en *Rechtsphilosophie und Rechtspraxis*, 1971, p. 36 (38 y s.); H.-P. Schneider, *ibidem*, pp. 76 ss.; Noll, *Gesetzgebungslehre*, 1973.

⁹⁶ A este respecto H. EHMKE, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, pp. 437 y ss.; HALLER, *Supreme Court und Politik in den USA*, 1972, pp. 40 y s., 164 y s.

⁹⁷ HESSE, *Grundzüge*, p. 33.

legislador en los límites del “sistema de valores” de la Constitución⁹⁸ o en la fórmula negativa: ninguna acción arbitraria.⁹⁹ Ahora se trata de delimitar desde ella misma, positivamente, la interpretación constitucional “a través” del legislador: desde *sus* procedimientos (en especial del Derecho parlamentario), sus funciones,¹⁰⁰ etc., no sólo negativamente a través del rodeo por la cuestión de hasta qué límites jurídico-funcionales puede controlar el intérprete (juez) constitucional. Se trata de un entendimiento positivo de la competencia del legislador *como* intérprete constitucional: sea que en el proceso político “pre”formula constantemente, sea que participa él mismo de forma formalizada en los procedimientos del Tribunal Constitucional (compárese §§ 77, 82 II,¹⁰¹ 83 II, 88, 94 IV, V LTCF).

La cuestión de si y en qué medida otros participantes, individuos y grupos, deben ser vinculados normativamente, “constitucionalizados” por la teoría constitucional, es más difícil y debe ser respondida diferenciadamente.

Constitucionalizar formas y procedimientos de la participación es función específica de una teoría constitucional (procesal). Esto sólo puede valer limitadamente para los contenidos y métodos. El “proceso político” debe ser (permanecer) en principio tan abierto como sea posible, también la interpretación constitucional “absurda” debe tener la oportunidad de ser representada por alguien en algún momento. Aunque el proceso político es un proceso de comunicación de todos con todos, en el cual la

⁹⁸ BVerfGE 11, 50 (56); 13, 97 (107); 14, 288 (301). Para una crítica: GOERLICH, *Wertordnung und Grundgesetz*, 1973; al respecto mi comentario JR, 1974, pp. 487 y s.

⁹⁹ BVerfGE 1, 14 (52), jurisprudencia constante: compárese BVerfGE 18, 38 (46). Al respecto *mis* pruebas AöR 95, 1970, p. 86 (104 s., 118 y ss.), 260 (281 y ss.) y para la relación entre jurisprudencia y Administración en el “ámbito” de la discrecionalidad: Öff. Interesse, pp. 647 y ss.

¹⁰⁰ Importante es el intento de NOLL, *Gesetzgebungstheorie*, 1973, de desarrollar un “método de la legislación” que no sea solamente “tecnología de poder”, sino “cuestión de valores” (p. 63) y propone procedimientos que están orientados al pensamiento del racionalismo crítico (compárese especialmente los apartados sobre el trazado de alternativas y los procedimientos de su crítica, pp. 107 y ss., 120 y ss.). Pero Noll no considera demasiado la legislación desde el aspecto de la interpretación constitucional (compárese sólo pp. 103 y s.).

¹⁰¹ Para una extensión del § 82 apt. 2 LTCF al procedimiento de control abstracto de constitucionalidad (mediante modificación legislativa): FRIESENHAHN, JZ, 1966, p. 705-709. Sobre el desarrollo generoso del § 77 LTCF por el Tribunal Constitucional Federal: Lechner, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, 3ª ed., 1973, explicación 2 al § 77.

teoría constitucional debe precisamente también intentar hacerse oír, hallar su propio emplazamiento y desempeñar su función como instancia crítica.¹⁰² Pero una insuficiente “*academical self restraint*” puede también conducir a una pérdida de autoridad. La teoría constitucional democrática aquí aludida tiene igualmente una responsabilidad especial para la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales.

APÉNDICE A “LA SOCIEDAD ABIERTA DE LOS INTÉRPRETES CONSTITUCIONALES”

Este trabajo, expresión concreta del entendimiento de la “Constitución como proceso público”, ha sido desde su aparición controvertidamente discutido: compárese en primer lugar YERSIN, JA 1975 ÖR, pp. 129 y ss. (453 y ss.); por una parte E.-W. Böckenförde, NJW, 1976, p. 2089 (2093 ss.); OSSENBÜHL, en *BVerfG-Festgabe I*, 1976, p. 458 (510); cfr. sin embargo también *idem*, en DÖV, 1977, p. 801 (809 nota 47); por otra parte Kirchhof, en: *BVerfG-Festgabe I* (1976), p. 50 (101, 106); *id.*, *Rechtsänderung durch geplanten Sprachgebrauch?*, Ged.-Schrift für F. Klein (eds. Dieter Wilke y Harald Weber), 1977, p. 227 (239); SCHUPPERT, *Bürgerinitiativen...*, AöR 102 (1977), p. 369 (396); SAILER, ZRP, 1977, p. 303 (p. 309 con nota 74); HAVERKATE, *Gewißheitsverluste im juristischen Denken*, 1977, p. 173 nota 61. Cfr. también STERN, *Das Staatsrecht der BR Deutschland*, vol. I, 1977, pp. 114 s.; GÖLDNER, *Integration und Pluralismus im demokratischen Rechtsstaat*, 1977, p. ej. p. 43 así como HANS F. ZACHER, en *VVDStRL* 34, 1976, p. 284 (discusión). Aprobación y crítica a la vez ISENSEE, NJW, 1977, p. 545 (550 y s.) en la discusión sobre los valores básicos. Asentimiento y crítica parecen igualarse (cfr. últimamente LERCHE, en *FS für Ipsen*, 1977, p. 437 [437 nota 1] para cuestiones constitucional-procesales).

El trabajo se concibe él mismo como una voz en la acción concertada de la -pluralista- ciencia del Derecho constitucional. La mirada a los que participan “personalmente” en los procedimientos, contenidos y resultados de la interpretación constitucional es tan necesaria ahora como antes. El pensamiento en el sentido de la “sociedad abierta” de Popper representa el fundamento último.

¹⁰² HÄBERLE, Peter, *Verfassungstheorie ohne Naturrecht*, AöR 99, 1974, p. 437 (453 y ss.). [Este artículo está incluido, con un apéndice (1978), en la obra *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 3ª ed., 1998. N. del T.].

Enseñanza de la técnica legislativa

ELISEO MURO RUIZ*

I. UN PROGRAMA DE TÉCNICA LEGISLATIVA

La educación superior necesita una decidida y urgente reforma, dado que es uno de los mejores indicadores para medir la solidaridad y la justicia social. La educación es la vía positiva de integración de los individuos a un universo social, laboral, nacional y de competitividad internacional, pues permite al profesionista ser valorado por sus aptitudes y conocimientos, es decir, por el beneficio social que él genera.

Este trabajo busca incentivar la formación académica de los profesionales. Es un proceso de cambio que encuentra fuerzas de resistencia y riesgos, pues su retraso implicaría altos costos para el futuro de la nación.

A partir de la Constitución de 1917 y con el surgimiento del Partido Nacional Revolucionario (actualmente el PRI), se prestó poca atención a los estudios de técnica legislativa. Hoy día ha surgido la necesidad de dedicarse a la materia, al contar con un Congreso de la Unión y congresos o asambleas de las entidades federativas más dinámicos y no simples ratificadores de iniciativas legislativas provenientes de los poderes Ejecutivo, federal y estatal.

Se demandan cambios trascendentales, como una nueva cultura política; una democracia participativa y no solamente representativa; una economía de mercado con sentido social, que impulse el desarrollo sostenido y sustentable, y un sistema educativo que promueva los valores en la sociedad. Estos valores éticos son parte esencial de la transformación que queremos en nuestro país y elementos primordiales de la cultura para enfrentar cualquier problema actual.

* Investigador asociado "c" en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

La formación permanente del abogado¹ contribuye a fomentar valores que persigue la norma jurídica, ya que el desarrollo de un país no depende de una mayor creación de riqueza, sino de cómo se distribuya con justicia, respetando la dignidad humana, la libertad, la autoridad legítima, el bien común, la justicia, la solidaridad y la honestidad; la producción con calidad de bienes y servicios para la sociedad; el cuidado del medio ambiente; la participación cívica de la empresa y el empresario; respetar las leyes para no afectar las condiciones del mercado y la convivencia social, así como la tolerancia, el pluralismo político y el apego a la legalidad.

Un programa de técnica legislativa ha de ser un instrumento para que los abogados cuenten con las herramientas para suministrar elementos útiles a los encargados de producir las normas jurídicas, desde reglamentos hasta reformas constitucionales. Se busca generar en los medios académicos cierto interés sobre esta área del Derecho, pues la conveniencia de contar con estudiosos en la materia es reconocida por todas las asambleas (parlamentos o congresos) y dependencias del Poder Ejecutivo.

Por ello, un programa de técnica legislativa debe comprender el significado de la misma destacando la trascendencia de la metodología jurídica para estructurar un sistema jurídico; los métodos y técnicas que se aplican a la ciencia jurídica; la adecuación de la pedagogía en la enseñanza de la materia que se propone como obligatoria; el método de

¹ La transformación de la educación superior en México exige una interrelación de los poderes de la Federación y de las entidades federativas, para realizar tareas sustantivas en la formación de profesionales e investigadores en la generación y aplicación del conocimiento, tal y como lo contemplan RUBIO OCA, Julio, "Propuesta para el desarrollo de la educación superior", en *Diálogo y Debate*, año 3, nro. 13, julio-septiembre de 2000, pp. 49-65; RINCÓN GALLARDO, Gilberto y Jesús RODRÍGUEZ ZEPEDA, "El reto educativo en México", en *Diálogo y Debate*, México, año 3, nro. 13, julio-septiembre de 2000, pp. 133-171; ambos artículos de cultura política, con el tema "educación". Es recomendable que el profesional del Derecho incurra en la investigación y en la docencia, para contribuir en la formación de generaciones de abogados, de ahí que éstos cuenten con los elementos jurídicos teórico-prácticos para analizar y vislumbrar la efectividad de la norma jurídica en beneficio del pueblo mexicano. De esta magnitud son algunos de los retos en la educación superior en la enseñanza del Derecho, por lo que se requiere servicios educativos completos y de calidad, que proporcionen una formación integral (técnica y científica).

elaborar una iniciativa legislativa, como las fases de su integración, identificación del problema, su diagnóstico y efectos posibles, los objetivos que se persiguen y su inserción al orden constitucional; el tipo de metodología a implementar y su evaluación, para después proceder a la formulación del proyecto legislativo; los elementos de una iniciativa legislativa, es decir, la Cámara a la que se dirige, el nombre del autor, la exposición de motivos, el título, el cuerpo normativo, la sanción, la vigencia, las remisiones; las formas de modificación del derecho (reformas, adiciones y derogación); el contenido del cuerpo normativo, su congruencia y su ámbito de validez; la supletoriedad de la ley; el tipo de interés que se atiende (público, privado, social o utilidad pública); la competencia jurisdiccional, las sanciones, la multa, los plazos; los artículos transitorios y su relación con los conflictos en el tiempo, la aplicación retroactiva de la ley, la reserva de ley y la diferencia entre ley y reglamento; los órganos constitucionales con facultad legislativa y la participación de los ciudadanos; una distinción sobre el acto legislativo, sus elementos y su clasificación; del proceso legislativo, desde el debate en comisiones hasta la deliberación y aprobación en el Pleno, para llegar a su publicación, así como algunas formas para evitar el inmovilismo en el proceso legislativo, entre otras cuestiones.

II. LA METODOLOGÍA DE LA TÉCNICA LEGISLATIVA

Son múltiples los campos en los que se desarrolla la investigación, especialmente en el ámbito de las ciencias sociales. El derecho ocupa un lugar de honor, ya que existe donde hay sociedad, pues el ser humano es sociable por naturaleza, por lo que requiere de una esfera jurídica que garantice la convivencia. Consecuentemente, la investigación en el ámbito jurídico es trascendental.

En la técnica legislativa pueden considerarse tres ángulos: el ontológico (bilateralidad, heteronomía, externas y coercibles),² el teleológico

² El Derecho es un elemento de coordinación y equilibrio entre los hombres, pues determina un límite de actuación frente a los demás. Así, las normas jurídicas no sólo sirven para sancionar a quienes vulneran sus preceptos, sino para mantener la armonía, el orden y la paz social. Para mayor información, consúltese PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 4ª ed., México, Porrúa, p. 255 y ss.; RADBRUCH, Gustavo, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1951, p. 54 y ss.

(persigue la armonía social) y el axiológico (realizar valores). De tal manera, la técnica legislativa puede comprenderse como ciencia, integrada por principios que requieren ser analizados, estudiados y posteriormente enseñados. Una moderna enseñanza universitaria de la técnica legislativa implica que se le imprima el nivel científico necesario, pues si la analizamos como el conjunto normativo y como ciencia, sus principios científicos han de descubrirse a través de la investigación.

La técnica legislativa aplica ciertos instrumentos y métodos necesarios para revelar, plasmar y reafirmar los principios jurídicos. Su investigación y enseñanza constituye un sólido binomio, ya que la primera es antecedente y consecuencia de la segunda, pues ésta comprende la transmisión del conocimiento de los principios científicos obtenidos de la indagación. Por ende, las concepciones del derecho expresadas por juristas y filósofos se refieren al dogmatismo jurídico, orientado a establecer los instrumentos lógicos y epistemológicos que han de aplicarse con mayor eficacia. Esta metodología se desenvuelve a través de procedimientos técnicos que se engloban en “la técnica jurídica”, por lo que no resulta extraña la relación entre ciencia jurídica, sus métodos y técnicas.

El método facilita canalizar el esfuerzo físico y mental hacia la solución de los problemas planteados; en saber cómo alcanzar un fin a través de elementos prácticos, concretos y adaptados al objeto determinado. Si el método consiste en ese camino para arribar al conocimiento, las técnicas son los procedimientos de actuación concretos a seguir para transitar las fases del método científico, incluso, pueden considerarse como un sistema que permite concretar un propósito en función de su utilidad.³

Si las técnicas se insertan en el método y éste se auxilia de las primeras para llevar a cabo su cometido, ambos se incluyen en la metodología,

³ DE LA TORRE VILLAR, Ernesto y Ramiro NAVARRO DE ANDA, *Metodología de la investigación*, México, McGraw-Hill, 1993, p. 5; SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, México, Porrúa, 1999, p. 269 y ss.; KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, 8ª ed., México, Porrúa, 1995, p. 349 y ss.; ADAME GODDARD, Jorge, “Jurisprudencia”, en *Diccionario jurídico mexicano*, 3ª ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, t. V, p. 263 y ss.; TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, *El Derecho y la Ciencia del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, pp. 124 y 125; ídem, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, Fontamara, 1998, p. 210; YUREN, Adriana, *Conocimiento y liberación*, México, Alambra Mexicana, 1994, p. 7 y ss.; CARPIZO, Jorge, *Estudios constitucionales*, 7ª ed., México, Porrúa, 1999, p. 57 y ss.

es decir, un procedimiento para alcanzar el conocimiento. Así, la metodología estudia los métodos con el fin de revelar la consecución de los conocimientos; es el conjunto de proposiciones lógicas jerarquizadas para mejorar el ejercicio intelectual.

En el diseño y enseñanza de la técnica legislativa se utilizan diferentes métodos,⁴ como la investigación de campo y bibliográfica, que abarca la información necesaria respecto a los textos afines a la materia, tanto nacionales como extranjeros; el método conceptual, cuyo objetivo es clasificar los conceptos para arribar a definiciones precisas; el método sistemático, que nos ayuda a ordenar los conocimientos, ya sea bajo fichas de lectura o de trabajo; el método deductivo, para inferir conclusiones particulares al momento de leer y analizar la información; el método inductivo, para analizar las situaciones que se presenten en el desarrollo del tema y arribar a conclusiones generales y específicas; el método de concordancias, que se utiliza para estudiar supuestos diferentes y determinar sus coincidencias e interrelaciones, y el método de diferencias, para comparar los hechos jurídicos y especificar sus características.

El método de variaciones concomitantes nos ayuda a determinar los cambios del suceso a examinar; el método comparativo se dispone para analizar los fenómenos jurídicos en las distintas épocas de la actividad legislativa de nuestro país y en relación con otras naciones, por lo que es de gran utilidad conocer otro idioma; en tanto que el método dialéctico se utiliza para la confrontación de ideas.

Por su parte, el método fenomenológico nos allega conocimientos al describir las situaciones tal y como han sucedido, sin darles tintes subjetivos y sin prejuzgar; el método sintético se emplea para obtener la información requerida de manera concisa, y reúne las partes de un todo de forma ordenada y sistematizada; con el método analítico se examinan los textos jurídicos de acuerdo a las hipótesis del proyecto de investigación planteadas; con el método de análisis lógico-lingüístico se dilucidan los elementos y principios lógicos de lo que se investiga, para plasmarlos

⁴ GUTIÉRREZ SAENZ, Raúl, *Introducción a la antropología filosófica*, 2ª ed., México, Esfinge, 1984, p. 119 y ss.; BOLAÑO MARTÍNEZ, Víctor Hugo, *Didáctica integral*, México, Porrúa, 1995, p. 203 y ss.; MADILE, Juan Alberto, *Sociología jurídica*, Argentina, Abeledo-Perrot, 1989, p. 78 y ss.; EKKEHART, Stein, *Derecho político*, España, Aguilar, 1973, p. 322; MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Argentina, Heliasta, 1984.

con orden y claridad; con el método mayéutico se perfeccionan las interrogantes y respuestas planteadas; el método de la teoría de escenarios se implementa al momento de hacer las propuestas respectivas; el método histórico es para estudiar los fenómenos jurídicos con base en documentos que permitan averiguar el pasado y establecer criterios en torno a una época, motivo por el cual se requieren fuentes informativas originales (manuscritos, actas, etc.).

El método experimental se aprovecha para deliberar y construir nexos causales, por lo que el profesor está en condiciones de discutir cierto número de proyectos legislativos entre los estudiantes en los ámbitos federal, estatal y municipal; el método descriptivo determina las características del suceso jurídico tal como se observan; con el método estadístico se obtienen indicadores que permiten la comparación de grupos y cifras que faciliten el estudio de los hechos jurídico-político-sociales, y el método estructural nos permite configurar y ordenar el hecho jurídico estudiado.

También se pueden implementar otros métodos, como el heurístico, con el fin de descubrir nuevas realidades y esclarecer hechos desconocidos; el método didáctico permite comunicar de manera lógica los resultados obtenidos; el método científico se considera como un procedimiento que se emplea para la obtención de conocimientos generales, ciertos y comprobables, los cuales han de validarse o justificarse con rigor. Sus etapas son la observación del fenómeno, el planteamiento del problema, los conceptos a utilizar, las hipótesis, su comprobación y la comunicación de resultados obtenidos.

En cambio, las técnicas de investigación constituyen el conjunto de procedimientos, recursos, pericias, instrumentos, herramientas, requisitos o reglas prácticas orientados por la metodología para arribar a la verdad científica deseada. En la ciencia jurídica esto se aplica en la redacción de un protocolo de investigación, del trabajo legislativo (proyecto de iniciativa, reforma o adición); en la evaluación de resultados, en la elaboración de un plan de trabajo, etcétera.

La metodología de la técnica legislativa permite una mejor visión del derecho y su relación armónica, integral e interdisciplinaria a partir de sus propios conceptos, de su campo de acción y sus límites. Esta meto-

dología busca sistematizar y transmitir los conocimientos jurídicos y la solución de los conflictos en el derecho, ya sea la función legislativa o jurisdiccional. Es una forma de acceso a la compleja realidad jurídica, integrada por las dimensiones normativa, fáctica y valorativa, con aspectos lógico, ontológico, lingüístico, sociológico y axiológico, vinculados con las realidades psicológicas, históricas, económicas, ideológicas y éticas. Así, con la metodología jurídica abordamos racional, sistemática y científicamente el conocimiento jurídico.

Igualmente, la metodología de la técnica legislativa busca mostrar cómo hay que proceder en las diversas normas del consciente humano, utilizando los distintos medios de que disponemos para llegar a conclusiones no sólo justas sino verdaderas, aplicando el método conveniente a una obra determinada. Esto facilita la construcción de conceptos de manera rigurosa con el fin de satisfacer las necesidades de cierta época y otorgarle a la norma jurídica un saber filosófico, lógico y axiológico.

Estudiar el derecho implica entender al hombre como causa y efecto de lo jurídico. Por su naturaleza racional, social, libre y moral, el ser humano constituye una forma normativa de vida, por lo que la norma jurídica ordena esas relaciones humanas, pues la vida social está impregnada de juridicidad en razón de que a cada instante realizamos actos y hechos jurídicos.

La investigación del derecho constituye la base para llegar a su construcción dogmática, por lo que es imprescindible un examen directo del ordenamiento jurídico. El jurista debe partir del derecho para volver a él y proporcionarle nuevos elementos sistematizados, que todavía no han sido incorporados al acervo jurídico para enriquecer la dogmática. De este modo, se proporcionarán investigaciones recientes y novedosas en la materia jurídica.

La reglamentación del comportamiento exterior de las personas ha aumentado por la necesidad de regular acciones relacionadas con nuevos descubrimientos científicos, tecnológicos y la constante superación de las sociedades humanas. Por eso, la realidad jurídica implica los puntos de vista normativo, fáctico y axiológico.

El gran jurista Luis Recaséns Siches⁵ argumentó que el derecho es una norma especial creada por los seres humanos, cuyo fin es consumir ciertos valores. Para ello, se vale de ciertos conceptos jurídicos fundamentales para posibilitar el conocimiento y la comprensión del fenómeno jurídico. Se refiere a categorías que facilitan el ordenamiento legal, como el supuesto jurídico, el derecho subjetivo, el deber jurídico, el sujeto de derecho, la relación jurídica, el delito, la sanción, el hecho jurídico y el acto jurídico. Del mismo modo, los conceptos jurídico-históricos se instituyen para ciertos ordenamientos legales sobre la base de ciertas circunstancias sociales, como decomiso, piratería, contrabando, impuesto sobre la renta, etcétera.

Consecuentemente, si el Derecho es una herramienta de la transformación social, económica, política y cultural permanente, la técnica legislativa ha de considerar estos niveles del conocimiento. El fin último de lo jurídico es su certeza, que proporciona certidumbre en las relaciones y actos de la sociedad. Por ello, es imprescindible repensar nuestro sistema jurídico, integrado por una maraña legislativa en los ámbitos federal, estatal y municipal, lo que dificulta resolver un asunto jurídico al momento de su aplicación.

III. LA TÉCNICA LEGISLATIVA Y LA CREACIÓN DEL DERECHO

En toda sociedad organizada existen una serie de comportamientos para la convivencia. Desde el momento en que estas conductas se consideran como obligatorias y su cumplimiento o incumplimiento comporta determinadas consecuencias, puede hablarse de normas jurídicas. Son pautas que presentan una prescripción de una conducta que se estima obligatoria, pues su desacato acarrea una consecuencia jurídica negativa, que es la sanción.

La expresión milenaria “derecho” nos muestra un fenómeno continuo de las civilizaciones, por lo que cabe preguntarse, ¿qué se avisa cuando

⁵ Sobre el tema, consúltese a RECASÉNS SICHES, Luis, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, 9ª ed., México, Porrúa, 1986, p. 49 y ss.; RICOEUR, Paul, *Hermenéutica y estructuralismo*, Argentina, Megápolis, 1975, p. 8 y ss.; HUERTA OCHOA, Carla, “La jurisprudencia como técnica”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXII, nro. 95, México, 1999, p. 400 y ss.; ALMOGUERA CARRERES, Joaquín, *Lecciones de teoría del Derecho*, España, Reus, 1995, p. 330 y ss.

se emplea?⁶ Una proposición jurídica con un efecto imperativo es una forma conceptual que fundamenta la obligación bajo el presupuesto de que el derecho estipula deberes.

El concepto de lo jurídico estudia la realidad social en todas sus manifestaciones.⁷ En la técnica legislativa, un canon es la razón de la praxis legislativa, pues es de interés del legislador dirigir sus órdenes a los gobernados para poder regirse por ellas. Esto permite al obligado orientar su comportamiento conforme a su deber; quien cuenta con capacidad para cumplirlo está en condiciones de obrar conforme a Derecho. En este sentido, la legislación deriva a todo fenómeno jurídico en un tiempo y lugar determinados.⁸

Un ordenamiento legal no es un simple agregado de normas sino que supone la existencia de una organización social para la consecución de su función, pues es allí donde tienen significado. El saber jurídico se expresa en un grado filosófico, que es el nivel universal que estipula qué es la justicia y el Derecho, su origen y normatividad, y en uno categorial, dedicado a divulgar los principios generales de todas sus disciplinas.⁹

⁶ La palabra “derecho” puede hacer alusión a la ley natural. Ésta se expresa en un juicio enunciativo que contiene un sujeto, un predicado y un vínculo. Para Sócrates, Sófocles y durante la Edad Media, el derecho natural es el mismo que el divino, pues las leyes no escritas e inmutables son lo divino; para los jurisconsultos romanos, el derecho natural es un elemento invariable del derecho positivo, expresado en un juicio normativo que engloba un sujeto, un predicado y una fórmula de “deber ser”. Por tanto, el fin de la ley natural es explicar la relación entre el fenómeno y la causa que lo origina; en cambio, la norma jurídica busca provocar cierto comportamiento, es decir, lo que debe ser. El destinatario está en la posibilidad de acatar la disposición jurídica o atenerse a las consecuencias de su desacato. Para mayor información, véase TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una teoría general del Derecho* (introducción al estudio de la ciencia jurídica), México, Themis, 1992, pp. 21, 24 y 25; CARBONELL, Miguel y Susana Thalía PEDROZA DE LA LLAVE, *Elementos de técnica legislativa*, México, UNAM, 2000, p. 13 y ss.

⁷ Sobre el “concepto de lo jurídico”, véase TERAN, Juan Manuel, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1989, pp. 26, 30 y 31.

⁸ BORJA, Rodrigo, *Derecho político y constitucional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 289-290.

⁹ FERNÁNDEZ SABATÉ, Edgardo, *Filosofía del Derecho*, Argentina, Depalma, 1984, pp. 456-457.

Al respecto, Norberto Bobbio narra las ideas de varios estudiosos del tema,¹⁰ como Romano, quien argumenta que el derecho opera en una sociedad para implementar el orden, pues de ahí deriva su existencia. Hay tantas disciplinas jurídicas como géneros se quieran establecer, a partir de su clasificación y sus principios filosóficos.

Por su parte, Austin (citado por Hart) considera que la clave para comprender lo jurídico está en entender que la orden está respaldada por amenazas.¹¹ En esta dirección, Kelsen,¹² Bonnacase,¹³ R. M. Dworkin –citado por el doctor Mario I. Álvarez Ledesma–¹⁴ y Luhman, entre otros,¹⁵ señalan que el Derecho es un sistema de normas, instituciones y principios desarrollados a través del tiempo, determinados conforme a la función que va a desempeñar en la sociedad.

Históricamente, las estructuras estatales han manifestado una tendencia a monopolizar la creación del derecho para convertirse en uno de los pilares básicos en los que se apoya el Estado. Por ende, el asambleísta o el asesor en técnica legislativa juega un papel importante en la producción normativa, de ahí la trascendencia de estar en contacto con la sociedad, las organizaciones privadas y gubernamentales, y las dependencias federales, estatales y municipales.

Se necesitan acciones que vayan más allá del pasado de los dogmas del presente, más allá de las ideologías, y a partir de los problemas centrales que afligen a la sociedad. Hoy, nuestra nación reclama regidores y legisladores que lleven a cabo una eficaz función legislativa, que se encuentren con todos los actores del sistema político mexicano para negociar permanentemente los asuntos a atender.¹⁶

¹⁰ BOBBIO, Norberto, *Teoría general del Derecho*, España, Debate, 1993, p. 29.

¹¹ HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Argentina, Abeledo-Perrot, 1992.

¹² KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, México, Porrúa, 1993, p. 83.

¹³ BONNECASE, J., *Introducción al estudio del Derecho*, México, Cajica, 1994, pp. 32-33.

¹⁴ ÁLVAREZ LEDEZMA, I. Mario, *Introducción al Derecho*, México, McGraw-Hill, 1996, p. 42.

¹⁵ LUHMAN, Niklas, *Teoría social*, México, Anthopos, UIA-ITESO editores, 1996, p. 54.

¹⁶ Para el Diccionario de la Real Academia Española (Madrid, España, 1970, p. 1135), representar es “hacer presente una cosa con palabras o figuras que la imaginación retiene”; también es “substituir a uno o hacer sus veces”, incluso, “ser imagen o símbolo de una cosa”. Por ende, la figura de la representación pretende hacer presente a una persona o grupo de personas en un cuerpo político para tomar decisiones. Véase CARPIZO, Jorge, *El sistema representativo en México. Estudios constitucionales*, Mé-

Los encargados de emitir las normas jurídicas han de cumplir con sus obligaciones constitucionales y producir el orden jurídico nacional, y juegan un papel trascendental: como los cabildos de ayuntamientos, los congresos locales, el Congreso de la Unión, las dependencias del Poder Ejecutivo y los órganos constitucionales autónomos, como los siguientes instrumentos normativos: constitución política, tratados internacionales, leyes, reglamentos, estatutos, decretos, acuerdos, resoluciones, disposiciones generales, circulares, oficios circulares, convenios, normas, normas técnicas, normas oficiales, normas mexicanas, planes, programas, bases, condiciones generales, lineamientos, manuales, instructivos, reglas, listas, bandos y reglamentos municipales, acuerdos municipales (de cabildo y estructura administrativa), planes municipales.

De ahí la significación de contar con expertos en las áreas a legislar, para que las disposiciones jurídicas sean sencillas y claras, y que las autoridades judiciales y dependencias del Poder Ejecutivo no tengan confusión al interpretarlas y aplicarlas, sea en materia laboral, fiscal, ecológica, etcétera. El fin de esto es disponer de un sistema jurídico sencillo y propiciar un Estado de derecho, es decir, que la ley se acate por gobernantes y gobernados para generar desarrollo social, cultural, político, jurídico y económico.¹⁷ Ningún orden jurídico se mantiene por sí mismo puesto que es necesaria la presencia del poder público y que éste se someta a la ley. Infinidad de juristas, como Elías Díaz¹⁸ y Jesús Reyes Heróles,¹⁹ coinciden en que los poderes del Estado mexicano deben fortalecerse y dotarse de normas jurídicas acordes a la realidad nacional.²⁰

xico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, p. 158 y ss.; CHUAYFFET CHEMOR, Emilio, *El sistema representativo. Estudios jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario*, México, 1992, p. 409 y ss.

¹⁷ Para seguir profundizando sobre la funcionalidad del Poder Legislativo de los Estados Unidos Mexicanos, véase a TOINET, Marie-France, *El sistema político de los Estados Unidos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 85 y ss.

¹⁸ DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, España, Tauros, 1981, pp. 23-18.

¹⁹ REYES HERÓLES, Jesús, *Tendencias actuales del Estado*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1995, pp. 15-19.

²⁰ Cfr. DÍAZ, Elías, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, España, Debate, 1984, p. 209; WEBER, Max, *Estructuras del poder*, Argentina, Pleyade, 1977, p. 46; JOUVENEL, Bertrand de, *El poder*, España, 1974, p. 378; APTER, David, *Estudio de la modernización*, Argentina, Amorrortu Editores, 1970, p. 159 y ss.; KRIELE, Martín, *Introducción a la*

En el sistema político hay actores que interactúan de diversas formas y originan diferentes roles y estructuras. Ello presupone y comprende el poder estatal. Al referirse a la producción legislativa debe pensarse en el entorno político, económico, social y cultural, en el ámbito nacional e internacional, pues de lo contrario se encasillaría su función. Por ello, es imprescindible que los licenciados en Derecho cuenten con las herramientas básicas de la técnica legislativa para que al momento de actuar como asesores puedan dotar al acto legislativo de sus premisas esenciales.

Es necesario que los criterios de creación de leyes comprendan la orientación y previsión de conductas, sus fines y las ponderaciones sobre los costos, eficiencia, incentivos, equidad, los valores sociales y el enfoque institucional. Esto permite moldear las interacciones sociales y estructurar incentivos en el intercambio político, social y económico. El fin es reducir la incertidumbre jurídica y proveer señales de organización de la vida cotidiana.

IV. QUÉ ES LA TÉCNICA LEGISLATIVA

En el momento en que el legislador produce la disposición jurídica se enfrenta a cuestiones políticas y técnico-jurídicas. Los asuntos políticos incluyen aspectos valorativos, como el de política legislativa, que plantea cuándo y bajo qué circunstancias deben resolverse los conflictos sociales a través de las normas jurídicas, y cuándo debe solucionarse por los órganos jurisdiccionales. Igualmente, es importante cuidar los intereses en juego, para sacrificar los menos valiosos y dar preferencia a los de mayor jerarquía, así como los problemas técnicos del lenguaje.

Estos temas conllevan el riesgo de contar con escasos elementos previos, por lo que la iniciativa, discusión, aprobación y publicación de una norma jurídica posee un signo político (posiciones ideológicas de los grupos de interés) y uno técnico (la claridad de su redacción, lenguaje, estructura lógica, la inserción armónica dentro del sistema legal). Con la simplificación cuantitativa de los conceptos se podrá lograr una legislación sensata, clara y sistemática.

teoría general del Estado, Argentina, Depalma, 1980, p. 20; CORDOVA, Arnaldo, *Sociedad y Estado en el mundo moderno*, 16ª ed., México, Grijalbo, 1990, pp. 21-20.

Lo anterior constituye el conjunto de recursos y procedimientos para la elaboración de un proyecto de norma jurídica. La redacción de los preceptos normativos y su inserción armónica en el marco constitucional contempla aspectos del ámbito de validez, como el territorial (distribución de competencias según la forma de Estado que se adopte: federal, unitario o central), el temporal (la entrada en vigor, la modificación, la abrogación o derogación de una norma) y el material (el objeto de la norma, ya sea penal, civil, mercantil, electoral, fiscal, aduanero).

La técnica legislativa es un instrumento al servicio de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, así como de los cabildos y la administración municipal. Sus primeros antecedentes se ubican en los siglos XVII y XVIII en las escuelas del positivismo jurídico (época de las revoluciones americana y francesa). El fin primordial del Estado era la seguridad jurídica, de ahí la importancia de la corriente codificadora por redactar leyes válidas para los hombres. Por ello, fue necesario una norma suprema que organizara y derivara la estructura jurídica estatal; que estableciera los procesos y los órganos de creación de las normas inferiores, así como sus contenidos prohibitivos, permisivos y potestativos.

Esto se perfeccionó en el siglo XX. En Europa surgieron varias instituciones, por ejemplo, el ombudsman vigila la actuación de las autoridades; el Tribunal de Cuentas revisa la cuenta pública, y el Tribunal Constitucional juzga la constitucionalidad de los actos y las leyes. Después de la Segunda Guerra Mundial, la explosión reglamentaria originó que se canalizaran esfuerzos para evitar contradicciones, lagunas y oscuridad en el sistema jurídico. De esta forma, la técnica legislativa se encarga de configurar los lineamientos para la emisión de disposiciones jurídicas.

En nuestro país, esta área de la ciencia jurídica es reciente. Ello obedece a la tendencia de profesionalizar las tareas relacionadas con la producción legislativa. La ciencia de la legislación sistematiza el material didáctico con implicaciones en el trabajo legislativo, con el objeto de optimizar los valores y fines de las normas a través de las decisiones políticas expresadas en las leyes; las cuestiones técnico-jurídicas con un enfoque de sensatez legislativa, tendientes a incrementar la certeza del derecho para el ciudadano y para los encargados de aplicarlo, con el fin de fomentar el Estado de derecho. Esta racionalidad engloba niveles de lingüística

lógico-formal, pragmatismo, teleología, ética y disciplinas auxiliares, que busca unidad y articulación de las leyes. De ahí el contenido científico de la legislación.

V. LA TRASCENDENCIA DE UN PROGRAMA DE TÉCNICA LEGISLATIVA PARA MÉXICO

La técnica legislativa trata de la composición y redacción de las leyes jurídicas e, incluso, de otros documentos legales, como sentencias judiciales, contratos, formularios, etcétera. Hay una tradición de prácticas, usos y modos de legislar y redactar este tipo de textos normativos, así como de su recopilación, sistematización, comparación y evaluación, aspectos que contribuyen al planteamiento de una teoría o doctrina de la legislación.²¹

Dichas técnicas se aplicarán conforme a las condiciones y circunstancias que originen la necesidad de la ley, tomando en consideración que ningún criterio deberá ser imperativo e inflexible, pues cada caso exige dotarlo de cierto ajuste para evitar conflictos que alejen el fin que se persigue. Por ello, todo proyecto legislativo debe evitar desestabilizar el sistema normativo en el que se pretende insertar.

La planificación legislativa forma parte de la metodología de la ley, es decir, se ocupa de la formación de la voluntad y de la toma de decisiones en la elaboración de un proyecto normativo. En cambio, el proceso legislativo externo se ocupa de la participación de los distintos órganos legislativos en la elaboración de las leyes, regulado por la Constitución política y la propia normatividad interna de las cámaras del Congreso de la Unión.

La intervención legislativa parte de la existencia de un estado de hecho y su discrepancia con un estado que debe alcanzarse. Es un fenómeno que se plantea para resolverse mediante la elaboración y pos-

²¹ Para mayor información sobre el objeto de la técnica legislativa, acudir a las siguientes obras: SAENS ARROYO, José, *Técnica legislativa*, México, Porrúa, 1988; CAMPSECO CADENA, Miguel Ángel, *Manuales elementales de técnicas y procedimientos legislativos. De las iniciativas*, México, LV Legislatura de la Cámara de Diputados, 1990; FAYA BISECA, Jacinto, *Leyes federales y Congreso de la Unión. Teoría de la ley mexicana*, México, Porrúa, 1991, p. 49 y ss.; GROSSO, Beatriz et al., *Manual de práctica parlamentaria*, Argentina, Instituto de Ciencia y Técnica Legislativa, 1995, p. 9 y ss.

terior aplicación de un programa, pues, desde el punto de vista metodológico, un problema requiere ser atendido a través de las razones y factores que reclaman la actividad del órgano constitucional con potestad para dictar normas. Esto se deriva de la necesidad u obligación jurídica de desarrollar las directrices de un mandato constitucional a través de leyes reglamentarias, ordinarias, decretos, etcétera.

Una política legislativa representa la construcción de todo tipo de proyectos legales congruentes con los objetivos constitucionales de una nación. No sólo debe considerarse la arquitectura de dichos proyectos, sino medir las consecuencias del funcionamiento y operatividad que se va a suscitar, por lo que han de analizarse las posibles contradicciones, falta de sistematización y ausencia de concordancia. El propósito es cuidar el orden y el sistema normativo. Consecuentemente, el proceder de los órganos estatales debe ser: emitir, observar y aplicar la regulación en los diferentes rubros sociales, económicos, políticos, culturales, etcétera.

El problema engloba a los grupos sociales afectados, número de individuos, número de casos a resolver, etcétera. Ello implica someter los criterios a una valoración política: cuáles cuestiones deben considerarse prioritarias y cuáles secundarias, con base en las decisiones políticas. No obstante, en esa determinación de prioridades han de estimarse las razones para una solución inmediata del asunto. Es por eso que la amplitud, grado de permanencia y análisis del problema proporcionan criterios para valorar su emergencia.²²

Por ende, un análisis objetivo conlleva identificar los problemas que son objeto de menor atención.

En la técnica legislativa se combinan factores históricos, científicos, tecnológicos y empíricos, además de varias disciplinas jurídicas, como el Derecho Constitucional, la teoría del Estado y del Derecho, la dogmática jurídica, la Filosofía del Derecho, la historia del Derecho, el Derecho Comparado, etcétera.

Hay que resaltar la importancia de la coordinación y homogeneización de criterios entre los equipos técnicos de las secretarías de Estado y del

²² Para comprender por qué la política y la ley constituyen una moneda con dos reflejos, consultar a VALADÉS, Diego, *Constitución y política*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 15 y ss.

órgano legislativo. Esto conlleva una unificación de los instrumentos de origen multidisciplinario, que se aplican a cualquier legislación; a los esfuerzos que trasciendan posiciones ideológicas para explicitar ciertos valores en las normas jurídicas. Por eso, es incuestionable que el licenciado en Derecho se involucre en el perfeccionamiento de nuestro sistema jurídico, a través del uso de la técnica legislativa.

VI. ENSEÑANZA Y APRENDIZAJE DE LA TÉCNICA LEGISLATIVA

La enseñanza del Derecho ha de abarcar la exposición del docente y dinámicas académicas, como seminarios, conferencias, técnicas grupales, etcétera, para propiciar la participación del alumno. Este análisis proporciona los elementos de la técnica legislativa, puesto que su finalidad es indicar y resolver las necesidades sociales e individuales de los mexicanos. Se trata de formar abogados que redacten y estructuren las leyes y visualicen su relación con otras disciplinas, como sociología, economía, etcétera.

La técnica legislativa es una disciplina poco atendida por los juristas de nuestro país. Por ello, se sugiere identificar las ideas centrales, sus interrelaciones, y elaborar una estructura metodológica para simplificar su contenido. Mientras las ciencias de la naturaleza aplican una metodología más profunda, las ciencias sociales son dinámicas y cambiantes. No obstante, la ciencia jurídica es trascendental para posibilitar el desarrollo del individuo.

El carácter científico no radica en el empleo de un método determinado, sino en utilizar correctamente nuestra inteligencia para apreciar las cualidades del objeto del conocimiento. Cabe preguntarse si podría existir el derecho de nuestra época sin los logros de los jurisconsultos romanos, de los glosadores, de los posglosadores y de los racionalistas de los siglos XVII y XVIII, como Savigny y Ihering; también de los constitucionalistas del siglo XIX. Entonces, el derecho es producto de la vida social reflexiva, con matices diversos.

El carácter científico del derecho depende del rigor con el que se empleen los instrumentos de la lógica e integrar una ciencia jurídica con su propia metodología. Esto implica estudiar la forma de operar de los órganos que producen el derecho, desde el Poder Constituyente origi-

nario hasta aquellos que producen las normas individuales, como el juez al sentenciar y los particulares al formular contratos.

En efecto, la investigación se relaciona con la enseñanza de las disciplinas jurídicas, incluso, algunos académicos son al mismo tiempo investigadores. Con la investigación se superan nociones estáticas y superficiales, de ahí que se enriquezca el proceso enseñanza-aprendizaje, tanto en licenciaturas como en diplomados, maestrías y doctorados, ya que los estudios superiores tienden a la profundización. Por ello, es necesario buscar el equilibrio de los métodos pedagógicos en el aprendizaje y la enseñanza del derecho.

Es importante propiciar una cultura del aprendizaje de la técnica legislativa a través de la comprensión reflexiva y su aplicación. Hoy día la explicación verbal del instructor no basta para que el alumno aprenda. Debe pasarse por varias etapas: la primera, en la que el aprendiz sitúa las nociones con las que cuenta, tal vez confusas y erróneas, y la segunda, que analiza y ubica los conceptos jurídicos en el sistema legal, para luego fijar los conocimientos a través de ejercicios y repasos interactivos.

No hay un momento exacto en que podamos decir que termina una fase y empieza la otra. Desde la primera etapa se pueden hacer síntesis y análisis debido a que los alumnos no son fabricados en serie y no todos reaccionan de igual manera, pues hay entre ellos rasgos y diferencias con relación a su grado de madurez, capacidad general, preparación escolar, aptitudes específicas, método y ritmo de trabajo, resistencia a la fatiga, sensibilidad, ideales, actitudes, preferencias, motivación interior y aspiraciones para el futuro.

El desafío es identificar y despertar dichas características personales de los alumnos. Con ello se lograría un aprendizaje dinámico y eficaz, orientado hacia objetivos profesionales y sociales. Éste es el reto para el siglo XXI, ya que el aprendizaje no sólo se basa en memorizar y escuchar las explicaciones del maestro, sino que es una actividad mental en la que los alumnos analizan y aplican los contenidos. Por ello, el aprendiz hace y comparte observaciones, planes, experiencias; consulta libros, plantea dudas, realiza ejercicios, responde interrogatorios, etcétera.

La enseñanza de esta disciplina jurídica consiste en proyectar, orientar y dirigir las experiencias del trabajo reflexivo hacia la materia legislativa.

Debe proporcionarse al alumno el manejo de la asignatura a estudiar a través de un programa de trabajo funcional y los medios al respecto, con el fin de consolidarlo como un conocedor y experto en la técnica legislativa.

El docente de esta área jurídica ha de ser guía que estimule el proceso de investigación-enseñanza-aprendizaje, ya que es una actividad de intercambio y relaciones fecundas a través de una dinámica directa, flexible y ajustable a los pormenores durante el proceso referido. De este modo se formará a un abogado experto en técnica legislativa que sirva a México a través de sus asesorías a los órganos constitucionales encargados de producir el Derecho positivo.

1. EJERCICIOS EN LA ENSEÑANZA DE LA TÉCNICA LEGISLATIVA

Los preceptores de la técnica legislativa han de orientar a sus alumnos sobre todos sus temas; resaltar su importancia y estimular su aprendizaje; implementar dinámicas para explicar, orientar, corregir y sugerir estudios legislativos e iniciativas de leyes, ya sea sobre un nuevo proyecto, ya sea sobre la modificación, derogación o abrogación de una ley; y organizar asesorías y seminarios provechosos.²³

En la enseñanza de la técnica legislativa es factible implementar ciertas dinámicas pedagógicas. El abogado al fungir como docente debe valorar la forma de interactuar del grupo. Aprender es confeccionar el conocimiento que no está dado ni acabado, lo cual implica suponer que esa interrelación es un medio y fuente de experiencias. Enseñar la técnica legislativa constituye un proceso continuo y dialéctico, cuyos roles del docente y del alumno se complementan.

Esto implica una nueva visión entre el profesor y los estudiantes. Una clase tradicional produce alumnos pasivos; en el aprendizaje grupal los alumnos se convierten en sujetos activos, tanto en la información recibida como en la que ellos mismos buscan y descubren. El maestro

²³ La metodología de la enseñanza y aprendizaje del Derecho comprende los instrumentos adecuados y eficaces para difundir y aprovechar los conocimientos en el ámbito jurídico, es decir, la pedagogía jurídica. Estas teorías del aprendizaje las estudia de una manera sistemática BOWER, Gordon H. y Ernest R. HILGARD, *Teorías del aprendizaje*, México, Trillas, 1992, pp. 122-172 y ss.; AMOS COMENIO, Juan, *Didáctica magna*, México, Porrúa, 1991, p. 128 y ss.

se convierte en un coordinador del proceso de enseñanza que facilita su adquisición y despierta el interés.

De esta forma, el manejo de herramientas pedagógicas y su correcta aplicación es indispensable. Para elegir la práctica idónea en la enseñanza de la técnica legislativa deben determinarse los objetivos que se persiguen; propiciar la comunicación, observación, creatividad, discusión, análisis, estudio, detección de roles y reflexión; ubicar al grupo, el tiempo, los intereses, la predisposición y la experiencia. Esto nos ayuda a adaptar y modificar los medios de enseñanza elegidos.

Los instrumentos pedagógicos no deben aplicarse como recetas, ya que cada grupo, cada profesor y cada situación conllevan una serie de características propias, por lo que son relativas al programa y al proyecto en el que se insertarán. A través de un sondeo y análisis de la composición del grupo se determinará su conducción y el ambiente en el que se desenvolverá. Con ello se fomentará el trabajo en equipo, entender las complejidades de la acción intergrupala y el desarrollo de las habilidades humanas propicias para el estudio. La implementación de las siguientes dinámicas nos ayudará a estructurar los roles de los participantes.²⁴

a) ENCUADRE

Consiste en la explicación de los objetivos generales y específicos de la metodología a seguir, de los contenidos programáticos y las estrategias de evaluación. En la primera reunión entre el ilustrador y los discípulos se conocerá la información del programa de la técnica legislativa.

b) RAZONAMIENTO

El docente solicita a los estudiantes que preparen un tema del contenido del programa de esta disciplina jurídica para ser analizada en el grupo. El fin es aclarar conceptos, aprender en equipo, confrontar diferentes puntos de vista, tomar decisiones y jerarquizar los conocimientos.

²⁴ Acerca de las dinámicas grupales, con el fin de aprovechar el tiempo y la asimilación de contenidos, se puede profundizar en GONZÁLEZ NÚÑEZ, J. de Jesús, *Dinámicas de grupos. Técnicas y tácticas*, México, Pax-México, 1994, p. 52 y ss.; CHEHAYBAR y Edith YURI, *Técnicas para el aprendizaje grupal* (grupos numerosos), México, Centro de Investigaciones y Servicios Educativos-UNAM, 1996, p. 47 y ss.

c) “CASE METED”

Este sistema presenta al alumno un caso concreto, como una iniciativa de ley (reformular, derogar, modificar), con el fin de analizarlo y proceder a solucionarlo. Para ello se requiere profundizar en las normas positivas vigentes y en la jurisprudencia.

d) PRÁCTICAS LEGISLATIVAS

El estudiante realiza estas prácticas en algún órgano legislativo o dependencia del Poder Ejecutivo, esta última encargada del enlace institucional con el primero.

e) ASESORES TÉCNICOS

El profesor proporciona una bibliografía sobre el tema a discutir, para que los alumnos lo preparen con tiempo y se propicie una retroalimentación. Para ello, se forman equipos de tres o más participantes, cuyos representantes van a discutir el tema bajo la asesoría de su bando.

f) TALLERES DE TRABAJO

Implica el desarrollo de ciertas características: se admiten grupos pequeños de diez a treinta participantes que facilitan la interacción en lapsos de corta duración y de trabajo intenso. Los propósitos y objetivos han de relacionarse con la actividad habitual del participante; la información que los conductores desean transmitir se proporciona en asesorías y se adapta a las necesidades de los participantes (flexibilidad). Para ello, se selecciona el tema de la técnica legislativa y se reparte entre los participantes.

g) MESA REDONDA

Consiste en una discusión ante un auditorio por un grupo seleccionado de personas bajo la dirección de un coordinador. El ambiente que se genera brinda la oportunidad de exponer y enfocar diferentes puntos de vista, hechos y actitudes sobre un tópico. La presentación activa del tema alienta la participación del auditorio (preguntas y comentarios) y determina los campos de acuerdo y desacuerdo.

h) SEMINARIOS DE INVESTIGACIÓN Y TRABAJO

Conlleva el trabajo implícito de los asistentes, el planteamiento y la evaluación. La base de esta dinámica es la sesión de trabajo para satisfacer las necesidades de los participantes. Su duración varía de uno a tres días cuidando el interés, el entusiasmo y la facultad creadora de los participantes.

i) PROMOCIÓN DE IDEAS

Se refiere a la interacción de un grupo pequeño para alentar la presentación de bosquejos sin restricciones ni límites. Consiste en una dinámica informal que permite la discusión de un problema legislativo, el intercambio de ideas y opiniones para lograr un ambiente ameno para la disertación.

j) LA ASAMBLEA

La asamblea se compone de un auditorio y una mesa directiva encargada de presentar el material legislativo, la cual lo recibe para su implementación de acuerdo con los objetivos planteados. Las disertaciones, los paneles, los debates y los simposios son idóneos para dirigir las asambleas.

k) LAS JORNADAS

Son reuniones concebidas para informar sobre cualquier tema de la técnica legislativa, incluso, prolongarse por varios días. Su objetivo es identificar, analizar o resolver problemas para inspirar a la gente hacia la acción o para crear conciencia grupal y despertar interés.

l) LAS CONFERENCIAS POR ESPECIALISTAS

Permiten la presentación de información detallada sin interrupciones. Es un método rápido, continuo y directo a través de un experto que identifica los problemas y soluciones, y estimula al grupo para compartir experiencias. Esta actividad permite escuchar diferentes puntos de vista sobre un tema, por lo que el alumno cuestiona a los especialistas que invita el profesor.

m) BANCO DE PREGUNTAS Y RESPUESTAS

A partir de un trabajo individual y grupal, los alumnos adquieren conocimientos sobre un tema. Para ello, se elabora un banco de preguntas y respuestas sobre el curso que estará disponible para consultarlo cuando lo necesiten. El docente proporcionará una bibliografía básica sobre los temas a tratar y los estudiantes elaborarán tarjetas y preguntas a las que no pudieron responder a través de la lectura, así como tarjetas que señalen los aspectos que sí comprendieron. Después, estas tarjetas se reúnen y se toman al azar para propiciar la participación del grupo.

Como ejemplo de este banco podemos mencionar los siguientes interrogatorios: Explique el alcance de la metodología jurídica aplicada en la técnica legislativa. Comente en qué consiste el carácter científico del Derecho, conceptúe la técnica legislativa. Describa la relevancia de la enseñanza de la técnica legislativa en la formación de abogado. Describa a qué alude la palabra "Derecho". Determine la relación entre el concepto de Derecho y la técnica legislativa. Defina la trascendencia de una política legislativa en nuestro país. Mencione la relación de la técnica legislativa con el Derecho Constitucional, parlamentario y electoral. Exponga qué es la lingüística legislativa. Mencione qué se entiende por teoría de la legislación. Diga qué es una iniciativa. Determine la importancia de la iniciativa en el proceso legislativo. Expresé el trámite interior en las cámaras sobre las iniciativas presentadas por los entes constitucionales facultados para ello. Explique la fase indagatoria en la interpretación de un proyecto legislativo. Señale en qué consiste la economía legislativa. Apunte qué aspectos han de considerarse al hacer cambios a la legislación vigente. Determine qué implica la identificación del problema en la integración de una iniciativa de ley. Describa qué significan los costos sociales y económicos que conlleva la producción legislativa. Escriba qué comprende el objeto en la configuración de un proyecto legislativo. Indique la utilidad del método comparativo en la técnica legislativa. Aluda a los factores a considerar en la integración de un proyecto legislativo. Cite los elementos estructurales de un proyecto legislativo. Narre las peculiaridades de los proyectos legislativos en materia civil, penal, laboral, administrativa, fiscal y mercantil. Refiera qué es la exposición de motivos. Precise el valor jurídico de la exposición de motivos una vez

aprobada una ley. Comente qué implica asignar un nombre a un proyecto legislativo. Describa qué se entiende por decreto. Defina qué es un código. Puntualice qué implica el título de una legislación. Especifique la finalidad de un cuerpo normativo. Detalle qué magnitud reviste la inserción de una norma jurídica en el sistema constitucional. Exponga la utilidad de las remisiones en los textos jurídicos. Señale las clases de remisiones que existen. Exponga la estructuración de un cuerpo normativo. Expresé en qué consiste la reforma de una ley. Explique una clasificación de las normas jurídicas. Aluda a qué se plasma en las disposiciones generales, específicas y transitorias. Indique qué comprende una adición. Refiera cuándo se da una derogación. Diga qué decretos tienen su origen en un acto que no sea una iniciativa legislativa. Apunte qué valores deben considerarse al plantear reformas constitucionales. Escriba en qué consiste la congruencia de una norma con su sistema jurídico. Comente el papel que juegan los arts. 133 y 124 constitucionales en la técnica legislativa. Especifique la relación entre congruencia jurídica y seguridad jurídica. Mencione la relación entre la fundamentación y motivación dentro de la técnica legislativa. Destaque la trascendencia del ámbito de validez en la interpretación de los proyectos legislativos. Detalle el significado de las facultades implícitas del Congreso de la Unión en la técnica legislativa. Narre la importancia de los congresos estatales y el federalismo mexicano en el marco de la técnica legislativa. Puntualice qué tipo de resoluciones emiten los congresos estatales. Explique el procedimiento que siguen las iniciativas presentadas en los congresos estatales. Pormenore cómo se aplica la técnica legislativa en los ayuntamientos. Advierta sobre el ámbito de aplicación temporal de una legislación. Despliegue qué implica la supletoriedad de la ley. Defina en qué consiste la supletoriedad de la ley prevista en el art. 14 constitucional. Relate qué engloba el interés público para la técnica legislativa. Resuma qué significado tiene la garantía de audiencia para la técnica legislativa. Escriba qué representa la sanción y la multa para la técnica legislativa. Especifique qué comprenden los artículos transitorios. Determine a qué debe atender la técnica legislativa respecto a los conflictos en el tiempo de las normas jurídicas. Establezca la trascendencia de la aplicación retroactiva de una ley para la técnica legislativa. Estipule qué implica la reserva de ley para la técnica legislativa. Delimite la diferencia entre una ley orgánica y una reglamen-

taria. Establezca qué debe plasmarse en un reglamento administrativo. Indique los elementos que deben preverse cuando se instituya un organismo de la administración pública. Explique en qué consiste la delegación de legislar al Poder Ejecutivo. Comente la diferencia entre acto legislativo y acto jurídico. Formule un cuadro comparativo de los elementos del acto legislativo. Integre un cuadro comparativo de la clasificación del acto legislativo. Comente si es posible la nulidad del acto legislativo. Describa qué supone el debate en comisiones. Explique cómo se integra un dictamen legislativo. Puntualice cómo se manifiesta una moción en el proceso legislativo. Mencione qué características implica el refrendo sobre los decretos de los tratados internacionales. Esquematice las etapas del proceso legislativo. Precise la función del Diario Oficial de la Federación. Expresé la función legal que cumple la fe de erratas. Señale las formas para evitar el inmovilismo en el proceso legislativo. Apunte qué comprende el orden del día. Integre varios proyectos legislativos en las diferentes áreas del Derecho.

Interrogatorio por una comisión: Es una dinámica simple en la que un solo individuo se enfrenta a un interrogatorio efectuado por varias personas. La finalidad es propiciar el interés necesario para que los participantes impulsen un sentimiento competitivo y se permita exponer los conocimientos, aptitudes y habilidades en temas de la técnica legislativa.

n) *EL DIÁLOGO Y DEBATE*

Es la discusión de una o varias personas capaces de sostener una conversación equilibrada y expresiva sobre un tema específico de la técnica legislativa frente al grupo. Facilita el acceso a una comunicación directa mediante el apoyo mutuo y responsable de las partes.

El diálogo anima y mantiene la atención tanto por la variedad de preguntas y respuestas razonadas como por la diversidad y mutación de las personas que intervienen. Es una dinámica sencilla y fácil de planear; permite la aclaración, la lógica, la validación y la comprobación a medida que avanza la discusión sobre cierto tema o capítulo. Para ello, el profesor pedirá a los estudiantes que lean el contenido a tratar. Después, los participantes obtendrán datos sobre los diferentes puntos de vista.

ñ) DISCUSIÓN EN GRUPOS PEQUEÑOS

Esta forma de interacción permite el máximo de acción entre los participantes, en donde se otorgan responsabilidades para que todos intervengan en las diversas actividades. Se fomenta el análisis en equipo y la interacción de puntos de vista para cristalizar sus conceptos en el diseño y la producción legislativa.

o) TÉCNICA EXPOSITIVA

Se refiere a la exposición oral de un tema por una persona con el fin de estimular a los participantes durante la sesión. Para ello, se implementan preguntas y ejemplos con relación al tema para verificar la comprensión de los conocimientos transmitidos.

p) GRUPOS DE ENCUENTRO

Desarrolla las habilidades de reconocimiento y experimentación para conectarse con otros grupos. Se genera un sentido de auténtica comunicación en varias direcciones.

q) GRUPOS MARATÓN

Es una sesión sin interrupciones de tres a seis horas de estudio, aproximadamente. El propósito es intensificar y acelerar el proceso de autoexposición emocional, y desarrollar la resistencia y el análisis sobre ciertos temas y proyectos legislativos.

El proceso consta de varias etapas: la de apertura, cuyos participantes se identifican; la de hostilidad, en que afloran los sentimientos de coraje o aburrimiento, y la de dependencia, que expresa la integración del grupo con el fin de encontrar respuestas a la situación que se discute.

r) PALABRAS CLAVE

Con esta dinámica el grupo podrá hacer su propia radiografía, poner en común sus expectativas, mostrar y analizar sus actitudes sobre cierto tema del programa de la técnica legislativa. Para ello, el grupo se acomoda en medio círculo frente al pizarrón. Luego, el profesor apunta ciertas palabras clave para discutir las y analizarlas.

s) ASESORÍAS INDIVIDUALES Y COLECTIVAS

La asesoría pretende generar la participación entre el asesor y los estudiantes con el fin de fomentar la deliberación y forjar el conocimiento. La asesoría individual es aquella mediante la cual se aclaran las dudas que surgen del estudio particular, mientras que las asesorías grupales impulsan la interacción del alumno con sus compañeros y el asesor.

Así, las dinámicas referidas se pueden aplicar en el desarrollo de una o todas las unidades del programa de estudio. Para ello, ha de considerarse la obviedad de la actividad y su vinculación con el tema a fin de animar la organización del grupo; la vivencia de los roles; la capacidad para exponer y defender sus puntos de vista; la habilidad para iniciar el tema y concluirlo, así como el uso de técnicas y recursos modernos de enseñanza. El avance del alumno depende de su esfuerzo personal durante las asesorías dependiendo de su capacidad y constancia, de su responsabilidad, de sus hábitos de estudio y de su pericia para vincular el conocimiento con la práctica.

2. EVALUACIÓN

La evaluación es un proceso sistemático para saber si se lograron los objetivos del programa de estudio, por lo que sería un error confundirla con calificaciones y exámenes. Lo que se busca es saber las deficiencias concretas de un alumno, ya que la evaluación es un medio que ayuda para cumplir varios fines, como la retroalimentación, la toma de decisiones y la información. Se recomienda utilizar las siguientes formas de evaluación en la enseñanza de la técnica legislativa.

La evaluación diagnóstica se hace antes del curso o unidad del programa de la materia, pues supone destrezas adquiridas y determina los objetivos que se pretenden alcanzar; la evaluación formativa se lleva a cabo durante el desarrollo de la temática para mejorar su eficiencia y determinar si el alumno la ha aprovechado, por lo que es una retroalimentación del alumno-maestro; la evaluación sumaria se hace al terminar una etapa del programa, con el fin de verificar los objetivos de las unidades o del curso. Se trata de que el alumno conozca la información clara y precisa.

De igual forma, se destaca la formulación de exámenes en materia de técnica legislativa. Para ello han de girarse instrucciones claras para la ejecución de las respuestas y tiempo suficiente para su resolución; plantear cuestiones directas y claras para evitar confusiones; verificar que su contenido sea independiente y no se convierta en una pista para contestar otras, y jerarquizar las cuestiones relevantes de la técnica legislativa. Por tanto, ha de buscarse congruencia entre el examen y el programa de estudio.

Un reactivo constituye un planteamiento de un asunto a resolver y propone acciones que se traducen en cuestionamientos para alcanzar y valorar el aprendizaje. Estos reactivos son de varios tipos, como los de respuesta estructurada (cerrada), que obligan al alumno a reconocer la correcta opción (falso-verdadero), y los de respuesta no estructurada (abierta), que exigen del discípulo una contestación con sus propias palabras.

Los reactivos de opción múltiple constituyen un enunciado incompleto, una pregunta o varias opciones de respuesta. El reactivo ha de medir el grado de aprendizaje; no deberán incluirse más de cuatro distractores; contener una idea y evitar palabras que pongan de manifiesto las respuestas correctas. En cambio, el reactivo de correlación de columnas busca la relación entre elementos de dos grupos o series. Requiere de instrucciones claras para orientar el criterio que ha de utilizarse para establecer dichas relaciones, por lo que se sugiere asociar datos con conceptos o juicios de expresión resumida, y conectar hechos con resultados, obras con autores, antecedentes con consecuencias, nombres con definiciones y causas con efectos.

En los reactivos de falso puede justificarse la respuesta para evitar la adivinación, además de procurar que contenga la misma extensión; no utilizar términos subjetivos (que incluyan juicios de valor); evitar redactar reactivos negativos y con doble negación, y procurar que el enunciado exprese una sola idea. No debe exagerarse el uso de este tipo de reactivos.

Tratándose de ensayos, este reactivo permite conocer cuestiones más complejas del aprendizaje. A partir de una pregunta o indicación general, se permite al examinado elaborar su propia respuesta, sin enmarcarlo en un modelo de solución. Para ello, deberán formularse preguntas que

posibiliten evaluar la forma en que el estudiante asimila la información de la técnica legislativa, y que las preguntas no exijan una interpretación por parte de cada uno de los examinados, para que cada interrogante se entienda de la misma forma por los estudiantes.

En los casos prácticos, como la integración de iniciativas legislativas, dictámenes legislativos, votos particulares o puntos de acuerdo se permite una acertada evaluación del estudiante, ya que se involucra en la dinámica de los órganos legislativos facultados para producir el Derecho. Por ello, no debe permitirse que éste se convierta en un lastre para el desarrollo del país y se aleje del entorno social, económico y cultural. De ahí la envergadura de estar atentos a la creación, operatividad e interpretación de la legislación para no originar vicios o defectos que minimicen su aplicación.

Estas recomendaciones se encaminan a mantener la enseñanza de la técnica legislativa de forma dinámica e instruir al estudiante de posgrado sobre las tendencias de nuestro sistema jurídico, ya sea como asesor de un cuerpo técnico de la administración pública, del Poder Legislativo (federal o estatal), de algún municipio o como legislador. Por tanto, se requieren métodos que posibiliten la apreciación adecuada de los hechos y aportar soluciones acordes a los problemas planteados con el fin de mejorar el sistema jurídico nacional. Al respecto, los juristas Ignacio Burgoa y Miguel Villoro Toranzo²⁵ coinciden en que la ciencia jurídica engloba la historia de sus instituciones y su relación con la filosofía, sociología, economía, política y otras disciplinas humanistas.

En el plan de estudios de la maestría de nuestra Facultad es acertado que se incluya la materia de "técnica legislativa", a fin de que el alumno posea las herramientas teórico-prácticas para investigar el Derecho y su aspecto filosófico y axiológico, se trate de reglamentos, bandos, leyes o demás disposiciones jurídicas.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AMOS COMENIO, Juan, *Didáctica magna*, México, Porrúa, 1991.

²⁵ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El jurista y el simulador del Derecho*, 4ª ed., México, Porrúa, 1994, p. 28 y ss.; VILLORO TORANZO, Miguel, *Teoría general del Derecho*, México, Porrúa, 1989, p. 11 y ss.

- BOBBIO, Norberto, *Teoría general del Derecho*, España, Debate, 1993.
- BORJA, Rodrigo, *Derecho político y constitucional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- BOWER, Gordon H. y Ernest R. HILGARD, *Teorías del aprendizaje*, México, Trillas, 1992.
- CAMPSECO CADENA, Miguel Ángel, *Manuales elementales de técnicas y procedimientos legislativos. De las iniciativas*, México, LV Legislatura de la Cámara de Diputados, 1990.
- CARBONELL, Miguel y Susana Talía PEDROZA DE LA LLAVE, *Elementos de técnica legislativa*, México, UNAM, 2000.
- CHEHAYBAR y Edith YURI, *Técnicas para el aprendizaje grupal (grupos numerosos)*, México, UNAM-Centro de Investigaciones y Servicios Educativos, 1996.
- FAYA BISECA, Jacinto, *Leyes federales y Congreso de la Unión. Teoría de la ley mexicana*, México, Porrúa, 1991.
- GONZÁLEZ NÚÑEZ, J. de Jesús, *Dinámicas de grupos. Técnicas y tácticas*, México, Pax-México, 1994.
- GROSSO, Beatriz *et al.*, *Manual de práctica parlamentaria*, Argentina, Instituto de Ciencia y Técnica Legislativa, 1995.
- HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Argentina, Abeledo-Perrot, 1992.
- HUERTA OCHOA, Carla, "La jurisprudencia como técnica", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXII, nro. 95, mayo-agosto de 1999.
- LUHMAN, Niklas, *Teoría social*, México, Anthropos, UIA-ITESO editores, 1996.
- PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1965.
- RADBRUCH, Gustavo, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1951.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, 9ª ed., México, Porrúa, 1986.
- SAENS ARROYO, José, *Técnica legislativa*, México, Porrúa, 1988.
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, México, Porrúa, 1999.
- TORRE VILLAR, Ernesto de la y Ramiro NAVARRO DE ANDA, *Metodología de la investigación*, México, McGraw-Hill, 1993.
- VALADÉS, Diego, *Constitución y política*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.

Una comunidad de amigos y de extraños

Experiencia y construcción del discurso académico-jurídico

JUAN MANUEL OTERO*

...Eu quero ter um milhão de ami-
gos e bem mais forte poder cantar.

ROBERTO CARLOS

1. Una conferencia, un caso, un mundo o varios mundos.¹ Un trabajo a partir de una conferencia que transmite una experiencia,² la de un sujeto concreto –no un académico, en este caso– en un lugar concreto, que se encuentra en la necesidad de tener que repensar categorías, convicciones y habilidades desafiadas, no a partir exclusivamente de un ejercicio teórico, sino por la necesidad de adaptarse y, entonces, de comprender un sistema de vida diferente. Una conferencia, un caso, pero al mismo tiempo, la posibilidad de aprovecharnos de la singularidad para poder generar líneas de reflexión acerca de la forma en que la “academia jurídica” se relaciona con aquello que queda fuera de las aulas.

El discurso académico, del cual forman parte también estas líneas, es un discurso generado, preponderantemente, por una “elite intelectual” que, como tal, suele desconfiar de las enseñanzas que los “otros” podrían

* Doctorando en Teoria e Storia del Diritto en la Universidad de Florencia.

1 “Il cambiamento non è più considerato la perdita dello stato di grazia, un errore della realtà o un segno dell'imperfezione dell'Essere. (...) Significa che il mondo o parte di esso, così come si presenta in un determinato momento, è accettato soltanto come materia di cambiamento”. DEWEY, J., *Rifare la filosofia*, Roma, Donzelli Editore, 1998, pp. 84-85.

2 “...l'esperienza comprende ciò che gli uomini fanno e soffrono, ciò che ricercano, amano, credono e sopportano, e anche il modo in cui gli uomini agiscono e subiscono l'azione esterna, i modi in cui essi operano e soffrono, desiderano e godono, vedono, credono, immaginano, cioè i processi dell'esperire”. DEWEY, J., *Esperienza e natura*, Milano, Mursia, 1990, p. 26.

llegar a proveerle a su reflexión teórica. El jurista, en el mejor de los casos, construye su discurso en aulas, revistas especializadas, conferencias, seminarios. Lo construye a partir de un proceso autorreferencial, en el cual todo funciona, aun cuando poco funcione fuera de él. Las preguntas y las respuestas son constantemente ensayadas, y encontradas, dentro de un juego en el cual se suelen conocer de antemano las posibles respuestas, en el cual se suelen conocer también las posibles preguntas.³

Acerca de la “completitud del discurso jurídico”, Santoro, sociólogo jurídico de la Universidad de Florencia, sostendrá por ejemplo que “el jurista produce su discurso como sujeto perteneciente a una comunidad profesional específica, precisamente la de los juristas, como sujeto cuyo rol está definido por una densa red de acciones, interacciones y reconocimientos. Su discurso refleja los conflictos, las solidaridades, las relaciones de poder, los esquemas de comportamiento, los valores, las normas socialmente compartidas típicas de su ambiente”.⁴ Acerca de la tendencia de toda comunidad académica a generar una elite intelectual, sostendrá Balkin, profesor de la Universidad de Yale, que el discurso académico-jurídico presenta una natural tendencia al aislamiento y a la generación de elites intelectuales. La cultura en la cual ellos se insertan tenderá a privilegiar el ser más “inteligente” que el otro, el encontrarse mejor formado, el poseer una mayor experiencia sobre los temas que son analizados, el tener conocimientos técnicos únicos e inaccesibles para el lego. El ser diferente será, luego, un valor de éxito, una forma de sobrevivir y, entonces, de progresar.⁵

El haber afirmado brevemente –en esta ocasión, pretendo solamente mencionar y presuponer como no problemática la existencia efectiva de

³ Costa sostendrá que el mundo posible que el jurista puede llegar a imaginar es siempre “una realidad ordenada y ‘bloqueada’ en un juego de encastres, donde los sujetos, las acciones, las normas, las transgresiones están previstas, organizadas, colocadas cada una en su lugar”. COSTA, P., “Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista”, en *Diritto Pubblico*, 1995.

⁴ SANTORO, E., “Estado de Derecho e interpretación. Por una concepción iusrealista y antiformalista del Estado de derecho”. El presente trabajo forma parte de una obra colectiva del autor, de futura publicación en la Argentina.

⁵ BALKIN, J. M., “Populism and Progressivism as Constitutional Categories”, en 104 *Yale L. Rev.* 1995, 1995 [en línea] <<http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/popprog1.htm>> Dirección URL [consulta: 5 de mayo de 2006].

un particular tipo de discurso jurídico- que el discurso académico es formado y reformado por una elite, no nos dice nada aún acerca de la valoración de este hecho. No hemos afirmado nada sobre la conveniencia de que el discurso hegemónico, acerca del cual se han de formar y, fundamentalmente, interpretar algunas de las reglas más importantes de nuestra sociedad, sea reservado a una comunidad académica de carácter cerrado, poco permeable frente a otros campos intelectuales, aún menos permeable en comparación con la capacidad de su discurso de afectar la vida cotidiana de la comunidad más allá de los claustros.

El jurista, un grupo de juristas, una comunidad de juristas, pueden reconocerse como sujetos que efectivamente se organizan y generan un discurso que, precisamente por estar formado por unos pocos, ostentará una calidad superior; un discurso que, gracias a estar formado en un ambiente supuestamente alejado de las presiones y de las cotidaneidades del "hombre de la calle", encuentra luces donde el resto encuentra sólo desorden. El jurista podrá también decir que, aun cuando sea correcto afirmar que el discurso es producido por unos pocos iluminados -y sus aprendices y ayudantes y protegidos, por cierto-, esto en nada impide que la calidad y la trascendencia de este discurso sea puesta en duda. Un valiente jurista, que no se esconda en falsas promesas ni en medias palabras, nos dirá: "es verdad, somos pocos, pero somos los mejores, nosotros sí sabemos el *cómo* y el *porqué*".

Hemos llegado al punto: no creo que se obtengan respuestas satisfactorias a problemas concretos de nuestra sociedad sólo a partir de la reflexión aislada y particularizada de un reducido grupo de académicos. Considero, por el contrario, que no pudiendo negarse la tendencia de todo grupo a crear sus propias reglas de pertenencia, se deben generar correctivos para atenuar este riesgo siempre presente. Creo que es necesario abrir el juego de los argumentos "posibles", de los problemas "proponibles". Creo que es necesario generar instancias -y en este caso, la Universidad juega un papel fundamental-, en donde nuestra particular e inevitable cultura jurídica intente "permearse", ser desafiada y, entonces, ser contrastada con el "mundo de allá afuera". Aun reconociéndonos como parte del discurso que pretendemos enriquecer, considero que existe un importante espacio para hacer de la labor intelectual de un académico algo más que un "vecindario amigable", en donde todos los

miembros se conocen por nombre, apellido y marca de auto, y en donde quien, de vez en cuando, se atreve a caminar por sus calles sin ser visto como un extraño. Este trabajo busca simplemente contar una visita.

2. Claudio M. D'Agostino es un abogado italiano que vive en China desde hace diez años. Actualmente se desempeña como socio del estudio Birindelli & Associati, con sede en Shanghai.⁶ El último 2 de febrero, brindó una conferencia en el marco de las actividades del Centro *Jura Gentium*.⁷ En este breve comentario, pretendo, por un lado, presentar las líneas básicas de su exposición acerca de la situación actual de China; por el otro, busco remarcar cómo esta conferencia puede ser revalorizada si se comprende como una actividad que puede insertarse dentro de un particular proyecto académico, que encuentre sus ejes y puntos de partida fundamentales en la búsqueda de la constante cooperación interregional e interdisciplinaria, en el predominante interés por el caso concreto y particular, y en la búsqueda de la comprensión del "otro" a partir del contacto posible e inmediato.

3. Claudio M. D'Agostino vive en China, maneja fluidamente el idioma; su familia vive en ese país; su cotidianidad –de ayer, de hoy y de su futuro cercano– se relaciona directamente con la realidad concreta del país oriental. Su exposición en la Universidad de Florencia pretendió, analizando la dinámica actual del desarrollo de la China, prever las líneas básicas que éste podrá llegar a presentar en los próximos años.

La pregunta introductoria a partir de la cual Claudio M. D'Agostino desarrolló su presentación fue la siguiente: ¿Hacia qué lugar se dirige la China hoy? Si hace apenas un lustro, el lugar hacia donde se dirigía

⁶ [En línea] <http://www.bea-law.com/ita/investire_import_export_cina_hong_kong.html> [Consulta: 2 de marzo de 2006].

⁷ Universidad de Florencia, Centro de filosofía del derecho internacional y de la política global, *Jura Gentium*: "El objeto principal de la reflexión teórica del Centro *Jura Gentium* son las transformaciones de la estructura y las funciones del Derecho Internacional inducidas por los procesos de informatización y globalización y por las repercusiones que estos fenómenos han tenido sobre los equilibrios de las relaciones internacionales. Es central la opción metodológica a favor de un enfoque realista y pluralista del Derecho Internacional." [En línea] <<http://dex1.tsd.unifi.it/juragentium/es/index.htm>> [Consulta: 7 de mayo de 2006].

era aún para muchos una incertidumbre, en 2006 la situación ha cambiado radicalmente. China es, hoy al menos, la cuarta potencia económica del mundo; este país crece, se muestra dinámico y se presenta, indudablemente, como la posible alternativa en las próximas décadas a la actual hegemonía de los Estados Unidos. Para algunos, China se ha transformado en una amenaza; para otros, en una esperanza; pero para ninguno, China es ya un mero país secundario. Intentar comprender a China se ha transformado en una tarea vital para quien pretenda entender el mundo actual; prever el futuro de este país implica, en gran medida, prever el futuro de gran parte de todo el sistema universal.

Dado por establecido el lugar central que ocupará China en el futuro, habiendo dado ya una respuesta a aquel primer interrogante, la pregunta, entonces, se transforma. Ante el crecimiento excepcional, sin precedentes por magnitud y, sobre todo, por continuidad, la cuestión fundamental que se debe responder ahora, ya no es la de cuál ha de ser el lugar que China ocupará en el futuro dentro del escenario internacional, sino la forma en la que este país podrá internamente dar dirección, darle orden a su crecimiento. Éste será el eje principal de la exposición de Claudio M. D'Agostino, que propondrá la noción "desarrollo ordenado" como la clave para poder interpretar a la China actual. ¿Cómo encontrar un orden impuesto "desde arriba" como manifestación de una política pública programada a mediano y largo plazo, a un proceso de crecimiento extraordinario, con una capacidad aparentemente natural a desbordarse y a generar inestabilidades y tensiones que podrían provocar situaciones de ingobernabilidad y anarquía interna?

Las respuestas a estos interrogantes deberán procurarse en las políticas públicas que el gobierno chino emprende activamente en las áreas que podrían, según su diagnóstico, provocar aquellos temidos desequilibrios profundos. Si la amenaza es una situación de anarquía en la cual el Estado no puede dar respuestas y generar estabilidad interna, prerequisite necesario para cualquier crecimiento sustentable, las políticas públicas prioritarias del gobierno se orientarán a los sectores que podrían generar dicha inestabilidad. Según Claudio M. D'Agostino, estos sectores son los siguientes: a) la búsqueda de homogeneidad social interna en el proceso de crecimiento; b) el discurso ambiental; c) el problema de la propiedad de la tierra. Son éstas las áreas identificadas

como potencialmente “explosivas”, y a estos problemas el gobierno dirige sus esfuerzos prioritarios en la actualidad.

Con respecto al primero de los problemas: el heterogéneo crecimiento interno y las profundas desigualdades sociales que caracterizan hoy a China, el punto de partida ha de ser el de un diagnóstico claro: China es, sin duda, hoy un Estado caracterizado por grandes desequilibrios. Poblaciones urbanas y rurales, regiones costeras y zonas centrales, industria y agricultura, riqueza extrema, acumulación y consumo, pobreza y subsistencia mínima. El orden sustentable sólo podrá ser alcanzado si estas disparidades tienden a reducirse paulatinamente y, en este sentido, las políticas de incentivos que el gobierno emprende –y tenderá a emprender cada vez más en el futuro– se dirigen en esta dirección. El crecimiento debería, para no profundizar estas desigualdades –fuente de potenciales tensiones desequilibrantes–, permitir una redistribución de sus beneficios en una forma razonable. El crecimiento ordenado debería posibilitar disminuir brechas de desigualdad y no, al contrario, profundizarlas.

El segundo de los problemas se relaciona con el medio ambiente y la forma en que el implacable crecimiento industrial –China es una potencia industrial por sobre todas las cosas– se combina con políticas respetuosas del medio ambiente. Claudio M. D’Agostino reconoce que, a pesar de que la imagen internacional y mediática de China es negativa en este aspecto, el gobierno se empeña a diario en hacer respetar, fundamentalmente en lo que se refiere a inversiones extranjeras, estándares mínimos en materia ambiental. Claudio M. D’Agostino se muestra convencido del compromiso del gobierno chino en lograr alcanzar el complejo equilibrio entre respeto del medio ambiente y crecimiento económico.

El último de los tres puntos centrales en lo que respecta a la búsqueda por parte del gobierno chino de darle una dirección al desarrollo económico es el delicado problema de la propiedad de la tierra, íntimamente relacionado con la noción misma de la propiedad privada. China, de enorme extensión, se encuentra, en la actualidad, en una situación seguramente insospechada por parte de un observador no informado. Las tierras “valiosas” son escasas, y en un Estado en el cual la propiedad de la tierra le pertenece aún por regla y a los individuos les es reservado su mero uso, los problemas y las tensiones que a futuro se pueden desencadenar son obvios. Por un lado, inversiones millonarias, especulación in-

mobiliaria, precios de la propiedad en constante alza, escasez; por el otro, campesinos que gozaban del uso de tierras que ahora adquieren un valor siempre en alza y una vital importancia económica. La forma en que el gobierno compensará a estos nuevos desplazados –porque indudablemente serán, temprano o tarde, desplazados–, sin provocar una escalada de protestas organizadas, es el tercer interrogante clave que la China deberá responder en forma prioritaria. Gérmenes de protestas se verifican en la actualidad, aquellas todavía aisladas y no organizadas. El gobierno parece oscilar entre una imagen tolerante hacia estos reclamos en las grandes ciudades y la represión firme de estos incipientes focos de conflicto.

En suma, la búsqueda de una mayor homogeneidad social, el mínimo respeto por el medio ambiente y la problemática de la propiedad de la tierra son las claves para entender, no sólo las prioridades de la China hoy, sino también los riesgos a los cuales se enfrenta. Sin adecuadas respuestas a estos interrogantes Claudio M. D’Agostino cree que la búsqueda de ordenar y, entonces, de blindar contra posibles tensiones el crecimiento interno, será muy dificultosa.

4. Claudio M. D’Agostino, como buen observador de la complejidad de toda realidad, sostendrá que aquéllos no son obviamente los únicos interrogantes a los que China hoy se enfrenta. Temáticas como el discurso de los derechos civiles y políticos, la complicada situación carcelaria y la difusión generalizada de trabajos forzados que ocupan a millones de jóvenes chinos hoy, la preocupante dependencia energética de China, las complejas situaciones de Taiwán y de Hong Kong son algunos de los puntos también difíciles, sobre los que la práctica y el discurso interno e internacional girarán durante las próximas décadas. ¿Qué lleva a Claudio M. D’Agostino a priorizar aquellos tres aspectos en su análisis? La respuesta parece clara. D’Agostino en su exposición establece “su” pregunta: ¿Cómo es posible generar orden dentro de una economía que crece extraordinariamente? Es precisamente esta pregunta la que se responde, según el expositor, a partir de aquellos tres ejes fundamentales: homogeneidad, desarrollo ambiental sustentable y gestión de la problemática relacionada con la propiedad de las tierras. Son estas tres las áreas “calientes” que podrían desestabilizar y, por lo tanto, impedir generar orden al proceso de crecimiento. Las restantes problemáticas, con

respecto a la finalidad central analizada por Claudio M. D'Agostino, y sin manifestar con ello una posición de valor específica, son secundarias. Si bien son importantes, no son centrales ni presentan hoy en día capacidad desestabilizadora. Claudio M. D'Agostino no pretende analizar la justicia material de los reclamos, no pretende establecer una jerarquía valorativa sobre los posibles problemas que se presentan en el futuro de la China; pretende analizar cuáles son las variables que se relacionan directamente con la posibilidad de generar estabilidad y orden dentro de un proceso de crecimiento que, según él, encuentra en determinados campos "zonas potencialmente desestabilizantes".

Un espacio aparte merecen las reflexiones que Claudio M. D'Agostino ensaya sobre el papel que el derecho cumple en este proceso. Son especialmente valiosas sus apreciaciones porque ejemplifican claramente cómo es imposible intentar un acercamiento al "mundo" de la China sin primero despojarnos, al menos temporalmente, de algunos de nuestros más profundos sistemas de pensamiento. El Derecho, y entonces también la lucha por el derecho, el acto de reclamar, el proceso desenfrenado de inflación de cartas de derechos, declaraciones, instancias jurisdiccionales, no tiene el mismo significado en Florencia que en Beijing. La palabra "derecho" adquiere sentido a partir del uso y de la experiencia que provoca en una determinada sociedad. No existe lugar para traducciones unilaterales, y el camino que debería ser recorrido es el de procurar imperfectamente acercarnos a la forma en que el otro comprende de manera diferente aquello que para nosotros es obvio. Del mismo modo en que se puede afirmar que "*comprendere un gioco linguistico vuol dire condividere una forma di vita*",⁸ podremos sostener que para aproximarnos al fenómeno del derecho en la China, deberíamos acercarnos a aquel ideal, la búsqueda de la comprensión de una forma de vida distinta de la nuestra como un todo, un todo que porta sentido precisamente a partir de la interrelación dinámica entre las partes, un todo donde no es aconsejable aislar y separar conceptos sin una referencia permanente a aquel sistema complejo y necesariamente interrelacionado.⁹

⁸ PUTMAN, H., *Il pragmatismo: una questione aperta*, Bari, Laterza, 1992, p. 54.

⁹ Sobre el concepto de sistema abierto en constante interrelación con el ambiente que lo rodea, véase VON BERTALANFFY, L., *Teoria generale dei sistemi*, Milano, Mondadori, 2004, p. 75.

El interés de Claudio M. D'Agostino, he afirmado ya, se centra en la relación Derecho, orden y crecimiento. La pregunta que se impone es entonces: ¿Cuál es el rol que el Derecho ha de jugar en el proceso de crecimiento de la China? "Nuestra" respuesta sería seguramente la de afirmar que el Derecho es una herramienta indispensable, y sin embargo, D'Agostino, partiendo de la concreta rutina del Derecho, nos permite evitar, o al menos disminuir el riesgo, realizar un acercamiento simple a la forma en que el Derecho interactúa en una sociedad sustancialmente distinta de la nuestra. Si, como sostendrá Scillitani, ha existido históricamente un juicio negativo por parte del Occidente hacia el Derecho en China, un juicio que se ha basado en el presupuesto de que la "*tradizione confuciana avrebbe infatti impedito alla società cinese di orientarsi secondo ciò che noi intendiamo per Diritto, essendo centrata su una concezione morale extragiuridica e non contrattuale della vita associata*",¹⁰ la presentación de D'Agostino posibilita, por un lado, fortalecer esta afirmación acerca de la no centralidad del Derecho, pero, a su vez, permite comprender las alternativas que se han producido a lo largo de más de cinco milenios a nuestro moderno concepto de Derecho positivo.

Claudio M. D'Agostino es abogado, socio de un importante estudio jurídico, pero se presenta como un "hombre de negocios", cínico, práctico, concreto y descreído del impacto que las instituciones formales del derecho pueden desarrollar en una economía como la china. Confirma, a partir de su concreta experiencia, la idea básica y profundamente arraigada en la tradición cultural oriental: la predominante "extrañeza hacia el Derecho", el predominio de procedimientos privados más relacionados con la negociación que con la controversia. El mundo "concreto" de Claudio M. D'Agostino, aquel de los intercambios económicos, la cooperación internacional, las bancas, las inversiones, se presenta como una compleja multiplicidad de acuerdos instantáneos, con un altísimo nivel de certeza debido a su inmediatez. Un mundo aparentemente premoderno, caracterizado por la lógica del intercambio, del trueque, en el cual el recurrir al auxilio del derecho demuestra debilidad, incapacidad del sujeto y su entorno de regirse por sí solos, sin la intervención coactiva

¹⁰ SCILLITANI, L., "Tra l'Occidente e la Cina", en *Concezioni del Diritto e diritti umani. Confronti Oriente-Occidente*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 386.

de un tercero,¹¹ que se construye sobre el particular, que desconfía de nociones universalizables.¹² En este contexto, o precisamente por este contexto, el derecho se convierte en una herramienta escasamente usada, incapaz de brindar seguridad o defensa, por sí sola, a quien la pudiera llegar a necesitar, a quien no se pudiera valer de su poder transaccional para resolver una concreta controversia. El derecho parece no ser capaz de garantizar expectativas sociales, pues ningún actor deposita expectativas en el derecho como mecanismo para resolver controversias o garantizar acuerdos. Si para la Europa del siglo XXI, el derecho es el motor indispensable de la maquinaria social, la China parece no precisar de tal motor para dar vida a su andamiaje.

Si, tal como sostiene Claudio M. D'Agostino, el derecho de defensa, la tutela efectiva de los derechos formalmente enunciados hoy en China es prácticamente inexistente, la pregunta es cómo es posible que esta situación no genere desequilibrios inevitables, tal como seguramente los generaría en cuerpos sociales y económicos como, por ejemplo, los de la Europa continental. La respuesta que brinda nuevamente es simple: quienes ostentan hoy la posibilidad efectiva de reclamar reformas legales tendientes a una mayor formalización de los derechos no se han interesado hasta el momento en esta tarea de *claiming*. En sus palabras, la "burguesía urbana", aquella que podría posicionar el discurso del Derecho con fuerza dentro de las prioridades estatales, se encuentra más preocupada por beneficiarse del crecimiento –que indudablemente la encuentra en una posición ventajosa con respecto a los otros sectores sociales– que en reclamar derechos y garantías hasta el momento innecesarios para ellos.

La pregunta original era entonces aquella sobre la relación entre derecho, orden y crecimiento. La respuesta se relaciona luego, nuevamente, con el "hacer" y con el "poder". El derecho "a la occidental" no es

¹¹ SCILLITANI, "Tra l'Occidente e la Cina", op. cit., p. 387.

¹² Parecería que el derecho, en este contexto, se relaciona con una capacidad concreta de generar acuerdos temporariamente divisibles y no con una noción trascendental y previa a la concreta experiencia de los actores. En este sentido, parecería que el Derecho es, en cierta forma, "una realtà comune [che] non richiede un accesso a qualcosa di preconettuale, quanto piuttosto una nostra capacità di formare dei concetti condivisi". PUTMAN, H., *Il pragmatismo: una questione aperta*, Bari, Laterza, 1992, p. 28.

indispensable para la práctica de quienes tienen el poder hoy en China, y sin que se construya esta necesidad, su rol continuará siendo secundario con respecto a otras formas de regulación social. Nuevos actores, con nuevas demandas –por ejemplo inversionistas extranjeros con capacidad de imponer reglas en el nuevo mercado o grupos de ciudadanos organizados colectivamente que planteen sus reclamos a través del “nuevo” lenguaje del Derecho–, podrían hacer que el papel del Derecho positivo sea redimensionado. Será la práctica, las necesidades concretas del sistema y de sus actores más importantes, el factor decisivo de cualquier intento de cambio profundo.

5. La presentación de Claudio M. D’Agostino es, sin duda, una rica fuente de informaciones *de “primera mano”* sobre una realidad distante. Este aspecto sería ya de por sí suficiente para remarcar la relevancia del encuentro. Sin embargo, la presentación, más allá de su mero valor informativo, ostenta un mérito que, creo, debe ser remarcado. Este mérito se relaciona con la particular “forma” de acercarse a su objeto de estudio. Se lo analiza a partir del caso concreto y de la experiencia de un sujeto particularizado, sin más pretensión de objetividad que la subjetiva interrelación con el entorno que lo rodea. Derecho, política, economía no son aislados compartimentos; por el contrario, forman un todo que se funde y confunde para tomar vida concreta a partir de la particularidad del día a día.

Claudio M. D’Agostino se presenta como un “hombre de negocios”. Un punto relevante a tener en cuenta es entonces precisamente el rol que cumplen estos nuevos sujetos en el proceso de propuesta y de interpretación de aquello que el derecho es y aquello que debe ser. El jurista ya no es dueño exclusivo ni del poder de propuesta ni mucho menos del de interpretación de las normas. Se ve enfrentado en muchos casos por una nueva clase de sujetos que, lejos de la universidad y sus dogmas, busca optimizar sus ganancias, evitar que el Estado imponga reglas tendientes a limitar el poder económico; una clase que “acomoda” su visión acerca del Derecho a las necesidades concretas que el día a día de su actividad les impone. En este sentido, la conferencia de Claudio M. D’Agostino es un interesante material, mínimo por cierto, para em-

pezar a analizar seriamente la forma en cómo “ellos” ven aquello que “nosotros” aún consideramos como patrimonio exclusivo: el derecho.

Si bien la visión práctica, en este caso de la práctica forense, sobre China en el 2006 es un camino que debe ser recorrido y si bien éste presenta algunas ventajas, como lo afirmé anteriormente, no se debe caer en el error de creer que este camino es de por sí “suficiente” para alcanzar una comprensión profunda del entorno. Si la mera reflexión teórica, alejada de la práctica cotidiana que brinda cercanía, no debería ser adoptada, tampoco debería suponerse que aquella reflexión no necesite dialogar con otras formas de análisis, con otros campos del “saber”. El “hombre de negocios”, quien ostenta la llave de entrada privilegiada a la realidad en la inmensa parte de los Estados contemporáneos, deberá ser considerado como un actor “necesario” pero no “suficiente” en la tarea de intentar analizar una realidad compleja. Si su presentación, como lo ha sido la presentación de Claudio M. D’Agostino en el marco de un seminario de un centro de estudios dedicado a la Filosofía del Derecho internacional, puede ser considerada como un paso a favor de una concepción empírica de la actividad académica, el siguiente compromiso debería ser el de robustecer y enriquecer dicha experiencia con la reflexión y la cooperación de “otros” actores relevantes en el proceso de reflexión sobre una realidad social.¹³ Sólo a partir del intento de compartir experiencias, lenguajes y casos específicos por parte de economistas, sociólogos, antropólogos, abogados, filósofos, será posible intentar emprender la tarea de construir canales de diálogo mínimos y comprensibles para todos. Sólo a partir del intento de profundizar las particularidades de análisis de cada uno de los actores será posible poder emprender la tarea de una comprensión problemática y no estática de la realidad, el ensayo de teorías complejas y, quizás, la formulación de previsiones que nos permitan validar, o no, las explicaciones ensayadas.

¹³ Véanse las ideas básicas relacionadas con la noción de “integración organizativa del trabajo científico” en ZOLO, D., *Scienza e politica in Otto Neurath. Una prospettiva post-empiristica*, Milano, Feltrinelli, 1986, p. 92. Un ejemplo práctico de esta dirección de diálogo entre culturas es la reciente obra publicada en Italia, esfuerzo conjunto de la Universidad de Florencia y la Università di Tunisi El Manar, HORCHANI, F. y D. ZOLO (a cura di), *Mediterraneo. Un dialogo fra le due sponde*, Roma, Jouvence, 2005. En la misma línea COSTA, P. y D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002.

En suma, una aproximación de carácter pragmático nos permitirá validar, probar, controlar nuestras propuestas. Sólo un método empírico, que parta de la experiencia para formular sus propuestas de explicación y que luego retorne a la experiencia para controlar la capacidad de aquellas propuestas de explicar el mundo que nos rodea, será la forma de relacionar la especulación teórica con la experiencia ordinaria.¹⁴ El mundo, nuestros mundos, es demasiado rico como para no atrevernos a ver un poco más allá de nuestras propias aulas,¹⁵ de nuestros ojos.¹⁶ A través de la experiencia, dejando de lado la construcción de mundos utópicos,¹⁷ que maliciosamente nos consuelan y protegen de las tempestades de las incertezas,¹⁸ podremos comprender nuestras dificultades y, a partir de la comprensión de nuestras dificultades, podremos proponer formas de entender nuestro mundo, nuestros mundos, no meramente especulativas, vacías.¹⁹ Si el acto de conocer implica la capacidad de actuar, y si ésta nos permite no resignarnos a la realidad, tomar decisiones factibles que nos posibiliten aventurar cambios concretos de nuestra forma de vida, la tarea que nos toca no es menor. Nuestros mundos son demasiado ricos, pero también demasiado crueles como para escondernos en abstracciones que no hacen más que desresponsabilizarnos.

¹⁴ DEWEY, *Esperienza e natura*, op. cit., p. 25.

¹⁵ Se escribe por ejemplo que "El académico del Derecho está preso del Derecho". KAHN, P., *El análisis cultural del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 2001, p. 46.

¹⁶ Sobre la específica situación de China se sostendrá, por ejemplo, que "*Il contributo che i rappresentanti di un quinto della popolazione mondiale possono portare alla dottrina dei diritti dell'uomo non può essere limitato ad una sia pur apprezzabile particolarizzazione culturale di una tematica a proiezione universale. L'antica tradizione filosofica cinese dell'unitarietà tra cielo e uomo ('tien ren he yi') può anzi valere ad arricchire la visione occidentale dei diritti dell'uomo, ereditata dalla Rivoluzione francese, che resta uni-dimensionale per certi suoi aspetti di esclusivismo individualistico...*" SCILLITANI, "Tra l'Occidente e la Cina", op. cit., p. 392.

¹⁷ Un mundo utópico es necesariamente, por su pretendida perfección, un mundo donde no hay lugar para el cambio; un mundo estático, pues "nadie puede querer modificar una situación que satisface todos los deseos humanos naturales". BERLÍN, I., *El fuste torcido de la humanidad*, Barcelona, Ediciones Península, 2002, p. 68.

¹⁸ DEWEY, *Rifare la filosofia* cit., p. 86.

¹⁹ "...essenzialmente l'abilità di imparare dall'esperienza; il potere di trattenere da un'esperienza qualcosa che serve per lottare con le difficoltà di una situazione successiva. Il che significa il potere di modificare le azioni in base ai risultati di precedenti esperienze..." DEWEY, J., *Democrazia e educazione*, Sansoni, 2004, p. 50.

Enseñar Derecho Comparado en el siglo XXI: más allá de la dicotomía Derecho Civil/*common law**

MICHAEL P. WAXMAN**

Los estudiantes de Derecho deberán enfrentarse a una plétora de sistemas jurídicos al asistir a sus clientes en el siglo XXI. El inexorable crecimiento del comercio internacional ha multiplicado las variaciones nacionales de las tradiciones del *common law* y el Derecho Civil que los abogados deben tratar. Cada vez más cuestiones que superponen el derecho temporal y el religioso han aparecido tanto en sociedades religiosas como en las que no lo son. En última instancia, muchos problemas jurídicos están alcanzando proporciones transnacionales e internacionales tales que deben ser tratados dentro de un sistema jurídico regional, o ser arrojados en la amplia estructura del Derecho Internacional.

Las escuelas de Derecho americanas han decidido ocuparse poco a poco de estas cuestiones, a través de una amplia amalgama de cursos de Derecho agrupados bajo el título de "Derecho Internacional".¹ Nin-

* Publicado originalmente en inglés como "Teaching Comparative Law in the 21 st Century: Beyond the Civil/Common Law Dichotomy", en *Journal of Legal Education*, vol. 51, nro. 2, 2001. Los editores agradecen al editor el permiso para publicarlo en esta revista. Traducción realizada por María Victoria Alonso, ayudante de cátedra de Derecho Constitucional Profundizado y Procesal.

** Profesor de Derecho en la Marquette University y consejero del estudio "Godfrey & Kahn", de Wisconsin.

Agradezco a Aaron Bernstein por su invaluable ayuda para reunir el material para el curso de Derecho en Culturas Comparadas. Agradezco también a la Comisión Educativa de Japón-EE. UU. (Fullbright) y a la Facultad de Derecho de la Universidad Kobe (especialmente al profesor Akira Negrishi) por la oportunidad de desarrollar un entendimiento sobre las diversas maneras de mirar el Derecho.

¹ Una colección básica de cursos de Derecho Internacional incluye Derecho Comparado, Derecho Internacional, Derecho de los Negocios Internacionales, Litigación y Arbitraje

guno de estos cursos ofrece un puente hacia los demás, cada uno se toca con los otros pero es estudiado en forma independiente. El Derecho Comparado podría servir de efectivo puente entre estos cursos. Pero para lograrlo es necesario reestructurar el Derecho Comparado, pasando de su actual miopía “*common law* americano-Derecho Civil europeo” hacia una introducción a la amplia diversidad de sistemas jurídicos existentes en todo el mundo.

La mayoría de las facultades de Derecho coinciden en que el Derecho Comparado es una oferta esencial en cualquier plan de estudios. Sin embargo, los consejeros de las facultades y los alumnos usualmente lo toman como un curso innecesario, para intelectuales. Esta aparente contradicción se debe en gran parte al conflicto existente entre ver el Derecho Comparado como una forma esencial para que los estudiantes piensen fuera de la estructura del *common law* americano y, asimismo, verlo como sustancialmente irrelevante para aquellas áreas del Derecho en las cuales esperamos que los alumnos ejerzan. Curiosamente, esta contradicción puede haber sido adoptada por la “americanización” del Derecho Comparado. Al convertir el curso en una comparación entre los procedimientos civiles y criminales en el *common law* y en el Derecho Civil, y enseñarlos bajo los métodos estándar de las escuelas de Derecho americanas, lo hemos convertido en una materia vacía. No es sorprendente, entonces, que la gran mayoría de los estudiantes no tomen el curso de Derecho Comparado, dado que lo perciben como irrelevante para sus vidas después de la facultad (o reemplazable por expertos legales extranjeros, en caso de ser necesario).

Es preciso desarrollar nuevos enfoques sobre la enseñanza del Derecho Comparado, para zanjar la brecha sobre su relevancia y a la vez expandir los horizontes jurídicos de los estudiantes. En efecto, el inexorable cambio hacia una práctica legal transnacional y global demanda un cambio equivalente en nuestros métodos de enseñanza del Derecho Comparado.²

Internacional, Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Algunas escuelas de Derecho ofrecen otros cursos que versan sobre temas específicos de Derecho local llevados a un nivel comparativo o internacional.

² En un artículo, algunos años atrás, argumenté que no deberíamos continuar llevando el Derecho Comparado a un nivel avanzado del plan de estudios. “The Comparative

El objetivo de este artículo es proponer un curso introductorio, Derecho en Culturas Comparadas, que exponga a los estudiantes a una variedad de sistemas jurídicos internacionales. He dictado dicho curso a comienzos del 2000; tomé como punto de partida reconocer que la cantidad de material que debe ser cubierto en la mayoría de los cursos introductorios no deja lugar para incluir siquiera partes de Derecho extranjero.

Es más, muchos estudiantes tienen poco interés en buscar las profundidades de los procedimientos civil y criminal, contratos o ilícitos tal como son aplicados en el Derecho Civil europeo.

Mi curso se construye sobre la base de presunciones. En primer lugar, la mayoría de los estudiantes necesitan conocer solamente la estructura y funcionamiento básicos del sistema de Derecho Civil. Segundo, hay muchos sistemas jurídicos más allá del duopolio "Derecho Civil/*common law*" que necesitan ser comparados. Tercero, existen innumerables cuestiones actuales que pueden ser enriquecidas por comparaciones entre sociedades y sus sistemas jurídicos. Cuarto, dado que la mayoría de los estudiantes norteamericanos nunca han estado fuera de su propio estado o región (mucho menos de su país) por más de un par de semanas, las imágenes visuales y culturales son esenciales para transportarlos (cultural y legalmente) más allá del mundo escrito. Los estudiantes que cursen Derecho en Culturas Comparadas analizarán material visual y escrito que estimulará la discusión acerca de cuestiones legales significativas

Legal Process Throughout the Law School Curriculum: A modest proposal for Culture and Competence in a Pluralistic Society", en 74 *Marq. L. Rev.* 1991, p. 391. Tratar el Derecho Comparado como un curso más dentro de un extenso menú de opciones socava su importancia a los ojos de los estudiantes y falla en reflejar la postura de la facultad de que diversas fuerzas legales externas a los EE. UU. jugarán un papel cada vez más importante en el desarrollo de nuestro Derecho. En ese artículo recomendé que renunciáramos al camino de nivel superior elegido (o al menos que cambiáramos el curso de Derecho Comparado de nivel superior a un curso avanzado más que introductorio) y en su lugar enseñáramos el Derecho Comparado como una parte integral de los cursos del plan de estudios. En enero de 1998, la Asociación de Escuelas de Derecho de los Estados Unidos llevó a cabo una sesión de jornada completa antes de su asamblea anual, que trató la globalización del plan de estudios de Derecho. En varios de los talleres propuse la idea de integrar el Derecho Comparado a través del plan de estudios. Pese al amplio respaldo a la idea, la facultad participante del taller reconoció que no tenían suficiente tiempo para cubrir el derecho local en sus cursos, mucho menos el Derecho extranjero.

existentes en diversas culturas dentro y fuera de la dicotomía “Derecho Civil/*common law*” y entrarán al reino de la soberanía de los sistemas jurídicos en la aldea global del siglo XXI.

EL DESARROLLO DEL “DERECHO EN CULTURAS COMPARADAS”

Mi curso evita los tradicionales modelos de libros de casos de Derecho Comparado. El libro de casos principal está construido sobre un análisis estructural de la aplicación en Europa del Derecho Civil y un examen de áreas sustanciales de Derecho estudiadas en primer año en la mayoría de las escuelas de Derecho americanas.³ Después de describir la estructura legal y el funcionamiento del Derecho Civil europeo, muchos autores atraen su atención hacia sus propias áreas de interés –por ejemplo, procedimiento civil o penal, contratos, derecho de propiedad, ilícitos, Derecho Administrativo o Constitucional-.⁴ Generalmente utilizan el estilo americano del método de caso y leyes (sólo sustituyen los códigos) en lugar de aplicar el proceso mental utilizado para entrenar a los estudiantes del sistema de Derecho Civil. Los estudiantes de Derecho americano están cómodos con este proceso “extranjero”, precisamente porque les resulta familiar. No se enfrentan realmente con el Derecho extranjero (mucho menos con la cultura) en el contexto de otra sociedad. Si bien

³ La aplastante mayoría de los cursos básicos de Derecho Comparado en las escuelas de Derecho americanas utilizan SCHLESINGER, Rudolf B. *et al.*, *Comparative Law*, New York, 1998. Claramente sigue el patrón tradicional. Otros libros de casos de Derecho Comparado siguen este ejemplo pero han introducido alguna diversidad dentro del área de Derecho Civil. Veáse MERRYMAN, John H. *et al.*, *Civil Law Tradition: Europe, Latin America and East Asia, Cases and Materials*, Charlottesville, 1994; GLENDON, Mary Ann *et al.*, *Comparative Legal traditions in a Nutshell*, St. Paul, 1999. Hay esperanza de mayor expansión. Ver GROSSWALD CURRAN, Vivian, *An introduction to Comparative Law: Theory and Practice*, Durham, Forthcoming, 2002; GLENN, Patrick H., *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity of Law*, Oxford, Eng, 2000.

⁴ Algunos de los más recientes libros de casos van directamente a un área de interés especializado. Veáse JACKSON, Vicki C. y Mark TUSHNET, *Comparative Constitutional Law*, New York, 1999; ROBINSON, Nicholas A., *Comparative Environmental Law and Regulation*, Dobbs Ferry, 1996; BOLLA, Alexander J. y Ted L. McDORMAN, *Comparative Asian Environmental Law Anthology*, Durham, 2000; GERARDIN, Damien, *Trade and Environment: A Comparative Study of EC and US*, Cambridge, Eng, 1997; VAN GERVEN, Walter *et al.*, *Torts: Scope of Protection*, Oxford, Eng, 1997; BACKER, Larry C., *Comparative Corporation Law*, Durham, 2001.

finalmente adquirirán algún conocimiento técnico, la ausencia de contexto hace ese conocimiento seco y virtualmente sin sentido.

Alternativamente, algunos autores han intentado exponer a los estudiantes a las grandes diferencias legales y culturales entre Estados Unidos y sociedades radicalmente diferentes.⁵ Desafortunadamente, debido a que la mayoría de los estudiantes no están familiarizados con la historia, cultura y prácticas legales de esas sociedades, no pueden sortear la inmensa división entre lo que les es familiar y la estéril descripción de lo no familiar. No es sorprendente que la mayoría de los alumnos no estén capacitados para dar el paso siguiente de relacionar las cuestiones sustanciales que se plantean en el Derecho extranjero con el contexto de la sociedad y el Derecho americano.

En contraste con esos dos métodos, los textos en Derecho en Culturas Comparadas son trazados desde tres áreas: las leyes escritas, las leyes tal como son aplicadas y las leyes en el contexto de la sociedad. Las fuentes escritas y visuales utilizadas en el curso llenan los vacíos existentes en el estudio tradicional del Derecho Comparado. La mayoría de las lecturas son complementadas por una fuente visual relacionada, que desarrolla una cuestión actual que ha sido o está siendo enfrentada tanto en una sociedad extranjera como en la nuestra. Dado que el derecho en Culturas Comparadas utiliza materiales tomados de muchas otras disciplinas, el curso puede complementarse con otros cursos de Derecho y beneficiarse del estilo de análisis de las cuestiones propias de los seminarios. Por ejemplo, he utilizado filmaciones (especialmente películas extranjeras, locales y otras grabaciones en video), literatura y textos sociológicos (especialmente historias culturales de no ficción, extranjeras y locales). Los materiales y la estructura del curso los lleva a un formato de aprendizaje en equipo, y el curso es una buena preparación para cursos avanzados de Derecho local e internacional.

LA ESTRUCTURA DEL “DERECHO EN CULTURAS COMPARADAS”

Una muestra del programa de estudios con trabajos de lectura por materia está disponible en internet en <<http://www.marquette.edu/law/>

⁵ Veáse BARTON, John H. *et al.*, *Law in radically different cultures*, St. Paul, 1983; GLENDON, Mary Ann *et al.*, *Comparative Legal Traditions*, St. Paul, 1994.

faculty/waxman/comparative.html>. Sugiero que revisen el programa de estudios a medida que leen esta sección del artículo.

El “Derecho en Culturas Comparadas” está dividido en cuatro secciones. Sin perjuicio de que cada una de estas últimas es independiente de las demás, el objetivo para el alumno es ser cada vez más consciente del derecho y la cultura a través de un desarrollo paso a paso, desde cuestiones que pueden ser examinadas a través del sistema jurídico local a cuestiones que requieran una resolución legal transnacional e internacional.

SECCIÓN 1: LA TRADICIÓN DEL DERECHO CIVIL

The Civil Law Tradition,⁶ de John H. Merryman, presenta la historia, principios y prácticas que constituyeron los cimientos del Derecho Civil. En lugar de presentar el material con trabajosas explicaciones del Derecho Romano y su lugar en el funcionamiento del Derecho Civil tal como es aplicado en Europa (principalmente en Francia y Alemania), Merryman trata el desarrollo del Derecho Civil moderno. De hecho, se refiere a la “tradición del Derecho Civil” más que a un sistema de Derecho Civil, porque reconoce diversas aplicaciones de este último en las numerosas naciones que lo adoptaron.

Descartando el acercamiento de los estatutos americanos al Derecho Civil, Merryman en forma eficiente y efectiva discute la naturaleza y funcionamiento del Derecho Civil. Provee al lector de un breve pero sólido análisis de cada una de las partes básicas del Derecho Civil europeo y las contrasta con sus equivalentes en el *common law* americano. Las comparaciones entre el Derecho Civil y el *common law* introducidas en el libro pueden ser ampliadas por material complementario. Incluso con el trato expeditivo brindado por Merryman, tomará algunas semanas para ser explicado (especialmente si es complementado con ejemplos básicos de las diferencias del procedimiento en el Derecho Civil y en el *common law*). De modo interesante, partes de la discusión del libro de este autor reaparecen en varias formas en los materiales que lo siguieron.⁷

⁶ Stanford, 1985.

⁷ Por ejemplo, he utilizado exitosamente el rol de la filosofía del *volk* en el derecho y la cultura alemana para reforzar el uso de *volk* en la cultura y derechos utilizados

Les señalo estas partes a los estudiantes cuando están leyendo el libro de Merryman, y las releemos a medida que el curso avanza, para que puedan entender la interrelación del curso y sus materiales. Las películas que pueden ser vistas en clase (con análisis jurídico escrito siempre que sea posible) incluyen *A Man For All Seasons*, *Twelve Angry Men* y *Rashomon*.⁸

SECCIÓN 2: DERECHO EN DIVERSAS CULTURAS

El siguiente juego de materiales comienza tratando algunas de las dificultades que se presentan cuando el derecho civil es adoptado por sociedades bastante diferentes a los Estados europeos. Contrastando la historia, valores, tradiciones y estructura social de Japón con los de los Estados europeos, los estudiantes son introducidos en la relación de la cultura y el Derecho, y sus efectos al aplicar la ley.⁹ A través de lecturas sobre poderes cuasilegales y no legales, como “guía administrativa”,¹⁰ reexaminamos la percepción de los estudiantes del poder legal objetivo y subjetivo. Llevamos este concepto un paso más allá a través de textos acerca de los intocables del Japón (*Burakumin*) e India (*Dalit*).¹¹ Estos materiales invitan al estudiante a enfrentar el uso de autoayuda legal en sociedades donde es ilegal discriminar, pero continúa la discriminación de facto por parte del gobierno. Esta sección concluye con una eva-

en la Alemania antisemitista. Íd., at 30-32, DAWIDOWICZ, Lucy S., *The War Against the Jews: 1933-45 at 23-45*, New York, 1975.

⁸ *A Man For All Seasons* (Columbia Pictures, 1996) concierne al origen moderno de la separación entre Derecho temporal y religioso. *Twelve Angry Men* (United Artist, 1957) trata las percepciones del valor y funcionamiento del sistema de jurados en los Estados Unidos. *Rashomon* (RKO Radio Pictures, 1951, versión con subtítulos en inglés) muestra la dificultad de encontrar la verdad a través de los procesos judiciales.

⁹ Pese a que es una película china, *The Story of Qiu Ju* (Columbia/Tristar Pictures, 1994, versión con subtítulos en inglés) es una muy buena introducción a los valores asiáticos practicados en Japón, tales como jerarquía y dependencia. También utilizó John O. HALEY, *Authority without power*, New York, 1991, y Frank K. UPHAM, *Law and Social Change in Postwar Japan*, Cambridge, Mass., 1987.

¹⁰ HALEY, nota 9, pp. 160-68.

¹¹ Sobre *Burakumin*, veáse UPHAM, nota 9, pp. 78-123; KITAGUCHI, Suehiro, *An introduction to the Buraku Issue: Questions and Answers*, Richmond, 1999.

Sobre *Dalit*, ver *Human Rights Watch, Broken People: Caste Violence Against India's "Untouchables"*, New York, 1999.

luación del problema americano de la discriminación racial.¹² Habiendo establecido sus posiciones acerca de la autoayuda legal en Japón e India, los estudiantes deben ahora considerar si la autoayuda legal puede resultar apropiada en los Estados Unidos. Se encuentran disponibles películas que tratan la discriminación contra el *Dalit* y la discriminación racial.¹³

SECCIÓN 3: LA DICOTOMÍA ENTRE EL DERECHO RELIGIOSO Y EL DERECHO TEMPORAL

El tercer juego de materiales cambia el foco para contrastar el Derecho religioso y el derecho temporal dentro de un mismo Estado. Este contraste es más claro cuando comparamos Estados religiosos (como India, Irán, Israel, Italia y Tailandia) con Estados no religiosos o superficialmente religiosos (como Estados Unidos, Inglaterra y Suiza). El derecho de familia (matrimonio, nulidades, divorcio, patria potestad) es particularmente útil para presentar el contraste. Temas como la *Agunah*¹⁴ y otras cuestiones de derecho de familia en las diferentes religiones marcan el conocimiento personal de cada alumno sobre religión y diversidad religiosa. Para muchas sociedades la tendencia a recurrir a Cortes civiles y a la legislatura para resolver este tipo de problemas entra en conflicto directo con el libre ejercicio de la religión y la separación entre Iglesia y Estado (especialmente en los Estados Unidos). Estos materiales jurídicos establecen un buen contraste entre el poder de los cuerpos religiosos para resolver asuntos de derecho de familia en Estados religiosos en contraposición a Estados no religiosos. Películas relacionadas con el derecho de familia, como *Hester Street* y *Two Women* pueden iniciar una discusión de los problemas enfrentados en sociedades reli-

¹² HARRIS, David A., “The Stories, the Statistics and the Law: Why ‘Driving While Black’ Matters”, en *Minn. L. Rev.*, nro. 84, 1999, p. 265.

¹³ *Caste at Birth* (Filmakers Library, 1990) trata sobre el *Dalit*. *America in black and white: Racial Profiling and Law Enforcement* (ABC News, Films for the Humanities and Sciences, 1998) trata la discriminación racial.

¹⁴ La *Agunah* es una mujer judía ortodoxa a la cual su marido se rehúsa a darle un documento de divorcio. Continúa casada por el Derecho religioso, pese a que su esposo es libre de volver a casarse. RACKMAN, Henry, *Women in Chains: A sourcebook on the Agunah*, Porter, New York, 1995.

giosamente dominadas y sociedades con un sistema jurídico doble (religioso/temporal).¹⁵

SECCIÓN 4: TRASCENDIENDO LOS SISTEMAS JURÍDICOS SOBERANOS

El último juego de materiales amplía el foco al campo internacional. Los estudiantes deben ser introducidos al intento de armonizar el Derecho Civil y el *common law* (por ejemplo, la Unión Europea y la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías) para adaptar los asuntos que trascienden los límites de la soberanía. Pero resulta claro que la soberanía e incluso los sistemas jurídicos regionales no están lo suficientemente preparados para tratar muchos abusos a los derechos humanos por parte de entidades multinacionales y transnacionales. Peor aún, la naturaleza voluntaria del sistema de Derecho Internacional y sus tímidos y conflictivos pasos por coordinar esfuerzos para alcanzar este desafío dejan un enorme abismo entre la soberanía y la regulación internacional. Casos recientes como “Bhopal”¹⁶ y “Unocal”¹⁷ pueden mostrar a los estudiantes la tensión entre actos dañosos realizados por o en nombre de corporaciones globales y la incapacidad de las víctimas de los mismos de obtener una reparación a través de su propio sistema jurídico o el sistema internacional. Los estudiantes deberían revisar el reciente desarrollo jurisprudencial en los Estados Unidos (por ej., *The Alien Tort Claims Act* de 1970, y su renacimiento desde 1980)¹⁸ y analizar el rol que Estados Unidos debería tener en tratar este tipo de problemas.

¹⁵ *Hester Street* (First Run Features, 1974), por Joan Micklin Silver, retrata una familia judía inmigrante alrededor del 1900. Trata sobre el cambio de valores para los inmigrantes en un nuevo país, así como también un divorcio religioso. *Two Women* (1999), un filme iraní, es una buena introducción a algunos de los problemas que presenta el divorcio islámico, pero desafortunadamente no se encuentra aún disponible en cinta de video o DVD.

¹⁶ *In re “Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal, India”*, 364 F. Supp. 842 (S. D. N. Y., 1986), *in re “Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal, India”*, 809 F. 2d 195 (2d Cir., 1987).

¹⁷ “*Doe. v. Unocal Corp.*”, 963 F. Supp. 880 (C. D. Cal., 1997), 27 F. Supp. 2d 1774 (C. D. Cal., 1998), 110 F. Supp. 2d 1294 (C. D. Cal., 2000).

¹⁸ Alien Tort Claims and Torture Victim Protection Act, 28 USCS Sec. 1350 (2001) ver también BOYD, Kathryn L., “Collective Rights Adjudication in U. S. Courts: Enforcing Human Rights at the Corporate Level”, en *BY. U. L. Rev.* 1139, 1999; TZEUTSCHULER, Gregory G. A., “Corporate Violator: The Alien Tort Liability of Transnational Cor-

¿Debería (o incluso puede) Estados Unidos convertirse en el sistema jurídico de último recurso cuando otro sistema jurídico fracasa en brindar un remedio efectivo? Se encuentran disponibles películas que describen algunos de los problemas laborales y ambientales en estos casos.

Está claro que existe la necesidad de cambiar algunas cuestiones a un sistema de responsabilidad internacional, especialmente en el área de los derechos humanos. En primer lugar, los alumnos pueden analizar la privación de derechos humanos y legales dentro de un país. Leyendo el libro *The War Against the Jews: 1933-45*¹⁹ y viendo dos películas: *Farewell to Manzanar* y *Judgment at Nuremberg*²⁰, los alumnos pueden observar la incapacidad de los Estados y ciudadanos en controlar sus propios excesos. Pese a que el fracaso de los Estados Unidos en respetar los derechos de sus ciudadanos japoneses-americanos ni siquiera puede comenzar a asemejarse al genocidio del Holocausto. Es importante que los estudiantes americanos comprendan y discutan la denegación de derechos por parte del gobierno de los Estados Unidos, llevada a cabo por sus Cortes. La primera parte de *The War against the Jews* explica la historia cultural de Alemania en relación con el antisemitismo y muestra cómo el gobierno alemán estructuró un sistema legal para dismantelar los derechos de los judíos y otros ciudadanos “no arios”. *Farewell to Manzanar* se yuxtapone bien con la primera mitad del libro al tratar la pérdida de los derechos y la internación de ciudadanos americanos de ascendencia japonesa durante la Segunda Guerra Mundial. Estos materiales llevan naturalmente a una discusión acerca de la dificultad de reparar las violaciones de los derechos humanos bajo estructuras legales locales.

Después de leer la segunda mitad de *The War Against the Jews (The Holocaust)* los alumnos pueden leer *Judgment at Nuremberg*. Pese a que es antigua y no tiene un buen sonido, la película brinda una efectiva base para la evaluación de los problemas internacionales que trascienden

porations for Human Rights Abuses Abroad, 30 Colum”, en *Human Rights L. Rev.* 359, 1999. Ver “The Alien Tort Claims Act: An Analytical Anthology”, eds. Ralph G. Steinhardt & Anthony D’Amato Ardsley, 1999.

¹⁹ DAWIDOWICZ, nota 7.

²⁰ *Farewell to Manzanar* (Universal Studios, 1977); *Judgment at Nuremberg* (United Artist, 1961). *Farewell to Manzanar* es una película hecha para televisión a partir del libro del mismo nombre. Desafortunadamente, es difícil encontrar copias de esa película. Una alternativa puede ser *Snow Falling on Cedars* (Universal Studios, 2000).

el marco legal establecido en cada sociedad. Desde esta posición, los alumnos pueden considerar la evolución de un sistema que prevea la responsabilidad internacional de las corporaciones y los individuos por actos que violen normas de derechos humanos internacionalmente aceptadas.²¹ En este contexto, los estudiantes pueden discutir qué rol, si es que alguno, pueden jugar las diferentes tradiciones legales locales en el desarrollo de tal sistema jurídico internacional.

COMPARTIENDO LA RIQUEZA

Una de las grandes ventajas de este curso es su flexibilidad. En primer lugar, resulta obvio de la descripción que antecede, que el curso puede ser fácilmente impartido con innumerables juegos de variaciones de materias. Está construido para ajustarse a medida que el Derecho evoluciona y nuevas cuestiones aparecen (y viejas cuestiones son resueltas). Liberados de la estructura especializada de los tradicionales libros de Derecho Comparado, los alumnos son expuestos a una variedad de sistemas jurídicos y a los fundamentos de las distinciones entre ellos. Por ejemplo, el alumno puede ver no sólo las diferencias entre el *common law* y el Derecho Civil, sino también las bases culturales de las diferencias entre Japón y Alemania pese a que ambos tengan sistemas de Derecho Civil. Finalmente, el estudiante se da cuenta de que comprender la disparidad entre los sistemas de Derecho Civil y el *common law* no resuelve los problemas que surgen de los conflictos dentro de las tradiciones jurídicas, mucho menos entre otro sistema jurídico fuera de la dicotomía Derecho Civil/*common law*.

En segundo lugar, los trabajos de investigación de los alumnos pueden focalizarse en un vasto número de diversos asuntos. Un análisis de las raíces histórico-culturales del sistema jurídico de un país puede ayudar a entender cómo los sistemas jurídicos modernos pueden efectivamente funcionar dentro de esa sociedad. Un estudiante hizo este tipo de investigación para el trabajo del curso tratando el recientemente emergente

²¹ Cf. Tom L. W. Scheirs, ICTY Rendered Its Judgment in the Kordic and Cerkez Case, 17:6 Int'l Enforcement L Rep. Section XII, Junio 2001, disponible [en línea] <<http://www.un.org/icty/kordic/trialc/judgment/index.htm>>; Bosnian Serbs Convicted in Landmark Rape Case Reuters [Consulta: 22 de febrero de 2001].

país de Eritrea. Otro estudiante trató la distinción legal y cultural entre los orígenes y uso de los poderes de desacato en las Cortes americanas y la ausencia de estos poderes en las Cortes de Derecho Civil europeas. Otro estudiante eligió examinar la dificultad en llegar a decisiones en las Cortes y bajo las leyes del estado de Louisiana con respecto a los otros 49 estados. Muchos otros trabajos fueron diagramados a partir de cuestiones sugeridas o discutidas en los materiales de clase.

Finalmente, la oportunidad de adaptar Derecho en Culturas Comparadas para enseñanza en equipo, compartir el curso o utilizarlo como un curso introductorio para otros cursos perspectivas incrementa su valor significativamente más allá del curso tradicional de Derecho Comparado. Las facultades y los estudiantes pueden usar este último efectivamente para unirlo con otros cursos. Un grupo de facultades puede dictar una parte selectiva del programa de estudios (dependiendo de la habilidad de cada persona), o el curso puede ser estructurado para trabajar en conjunto con cursos tales como Derecho y Literatura, Derecho y Cine, Derecho y Sociología, Historia del Derecho, Derecho y Religión o incluso Derecho Internacional. De hecho, los proyectos de investigación de los estudiantes pueden ser coordinados entre estos cursos.

El Derecho en Culturas Comparadas puede jugar un rol trascendental en la reestructuración del plan de estudios de las Facultades de Derecho. Abandonando la noción de Derecho Comparado del siglo XX, de que los estudiantes deberían dominar lo intrincado del Derecho Civil, mi curso traslada el énfasis a la abundancia y diversidad de sistemas jurídicos que deberían ser estudiados. El curso introduce materiales, conceptos y análisis que pueden formar los cimientos para estudios legales avanzados. Derecho en Culturas Comparadas puede ayudarnos a pasar de la visión pueblerina del Derecho Comparado del siglo XX a la perspectiva global de la educación legal del siglo XXI.

Clásicos

El Derecho en la cátedra y en el Tribunal*

(Nota sobre la enseñanza del Derecho)

EDUARDO A. VASQUEZ**

Desde hace ya algún tiempo, en nuestro país, se ha venido introduciendo en los planes de estudio de las carreras jurídicas, como requisito para la obtención del título profesional, el de cursar algunos "ciclos" o seminarios de trabajos prácticos. En general, esta tendencia, mantenida y aún acentuada en estos días, ha concitado la aprobación de todos, por considerarse que contribuye, en alguna medida, a completar la formación del futuro profesional.

La iniciativa es laudable porque se trata de llenar un vacío sentido largamente. Es proverbial el desamparo del joven egresado que se encuentra de manos a boca enfrentado con los complejos problemas que se suscitan cotidianamente en la vida profesional; pequeños y múltiples problemas que derivan, en su mayor parte, no de la insuficiencia de la preparación teórica, sino de la falta de experiencia en el manipuleo de los casos concretos.

Sin embargo, si se mira el problema un poco a trasluz, encontramos motivos más profundos para desear, en los estudiantes de Derecho, una mayor familiaridad con la realidad jurídica. Porque quedarnos en afirmar que quienes se inician no tienen experiencia sería enunciar una verdad que podemos lamentar pero que no va más allá del principio de identidad.

Todos estamos de acuerdo, al parecer, en que los estudios jurídicos deben tomar una orientación más práctica. Esto es obvio, si se tiene en cuenta que las carreras de Derecho (Abogacía, Notariado y Procuración) tienden a la preparación de los estudiantes para el ejercicio de una actividad en mayor medida práctica que puramente especulativa; los sec-

* Publicado originalmente en *Lecciones y Ensayos*, nro. 4-6, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Departamento de Publicaciones, UBA, 1957, pp. 119-129.

** Ex profesor adjunto de Introducción al Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA.

tores más amplios de egresados se proponen salir a la palestra forense y es lógico pensar, por lo tanto, que es responsabilidad de sus preparadores suministrarles las armas indispensables para una brega exitosa.

Pero cuál sea el verdadero alcance de la expresión “práctica” y en qué medida deba serlo la enseñanza del Derecho ya no es punto tan evidente ni tan pacífico. Precisamente, a tratar de desbrozar algo el paraje es que van encaminadas estas líneas.

1. EL SISTEMA ACTUAL

El grueso de las asignaturas o “materias” en que se dividen las carreras jurídicas están dedicadas al estudio de los diversos aspectos del Derecho positivo; las restantes apuntan a la formación general del alumno y tratan de integrar, poco más o menos, el panorama de las disciplinas sociales.

Sin duda que el énfasis didáctico se apoya en las primeras, ya que son las que dan la tónica de la capacidad jurídica del alumno y las que constituyen de una manera orgánica la carrera propiamente dicha.

Generalmente se las designa con el nombre de “materias codificadas”.

Esto ya nos dice algo del contenido, porque en nuestro sistema vigente, la casi totalidad de las ramas del Derecho tienen su material normativo sistematizado en códigos; las que no lo tienen aún, por lo menos alientan fundadas esperanzas de realizar el ideal del código propio en algún futuro no demasiado lejano.

Frente a los códigos, leyes y decretos, el alumno es enseñado a manejarse con singular habilidad en el dédalo de las instituciones, de los principios generales, de las excepciones, y a veces, un ejemplo tomado de la jurisprudencia viene a ser remate y corroboración de una precisa construcción jurídica.

Por fortuna, el talento personal y el buen sentido jurídico de los profesores de las asignaturas de Derecho positivo han venido a remediar en alguna medida la orientación excesivamente académica de la enseñanza. Se debe tener presente que en nuestro medio es casi de rigor que los profesores (en su casi totalidad *part time*) que constituyen el claustro sean reclutados entre abogados en ejercicio activo de la profesión y entre magistrados judiciales.

Esto permite hacer la siguiente observación. Se ha hablado y alabado extensamente la tradicional amplitud y profundidad de los estudios jurídicos en nuestro país, que se traduce en el número y calidad de estudiosos del Derecho que honraron (y honran) las cátedras. Pero, en cambio, no se ha destacado suficientemente que, a pesar del linaje decididamente racionalista de su formación jurídico-filosófica, posición a la cual se suscriben –por lo menos *verbis*– gran parte de los juristas argentinos, los mismos no se han encerrado en su tesitura doctrinaria y, por el contrario, han dado amplia cabida en sus estudios y enseñanzas a la realidad jurídica de la vida nacional, traducida en las resoluciones judiciales.

El resultado es evidente. Se ha evitado, por lo menos en parte, la actividad meramente lúdica de una combinatoria de conceptos para descender al terreno siempre fértil de los contenidos efectivos de la convivencia social que subyace a los puros pensamientos y a las construcciones filosóficas.

Pero ahora cabe preguntarnos si esto, aunque útil, es suficiente. Porque tal vez no baste una excursión algo tímida al campo de la *empirie* jurídica, sino que sea necesario un cambio más radical en la orientación frente al fenómeno del Derecho, que permita descubrir nuevos horizontes para la comprensión del objeto de estudio.

2. EL PENSAR DEL JURISTA

Repárese en la particular posición del teórico hacia el caso concreto que se le cruza por delante. Suponiendo que no lo desestime por trivial, por conocido de antemano, tratará de subsumirlo dentro de alguna de las categorías formales con las que se halla abundantemente equipado. Precisamente, esta tarea de situar lo particular, lo concreto dentro del esquema a priori, es la tarea especialmente curiosa e interesante que realiza el juez como antecedente inmediato de su decisión y el jurista cuando se dispone a clasificar jurídicamente el hecho de conducta que tiene ante su vista.

Pero, por desgracia, es aquí donde se produce el escamoteo.

Porque, una vez realizada esta peculiar operación, el teórico, en vez de explicar las fases de su proceso de subsunción, los motivos que lo llevaron a calificar de tal o cual manera el fenómeno, se limitará a exponer

una vez más los andariveles conceptuales por los que discurre su pensamiento y a describirnos el caso concreto como “ejemplo” de tal o cual institución. Al parecer, la totalidad de la existencia comunitaria, vista desde el ángulo del jurista, tendría como principal resorte impulsivo el de suministrar “ejemplos” a las teorías. Por cierto que resulta valiosa la tarea del entomólogo que exhibe las diversas especies de mariposas clasificadas en una colección. Pero difícilmente podemos creer que las mariposas nazcan con el decidido propósito de ser clavadas en un cartón y clasificadas.

Los diversos hombres de Derecho que tienen que ver con el menester forense no se encuentran con meros ejemplos de normas preestablecidas. En este momento se hace enteramente patente la insuficiencia del método que parte de las normas generales para llegar al caso concreto como una mera ejemplificación de las mismas. Los hechos reales de la conducta humana no viven rotulados. Lo que es peor, muchas veces están mal o tendenciosamente rotulados. Y la labor de jueces y abogados será la de colocarlos en la categoría que les permita arribar a la solución que mejor consulte los fines sociales y las ideas de justicia de la comunidad en un lugar y tiempo determinados.¹

Estamos, pues, en que por lo menos cabe como posible un proceso inverso al de partir de las normas generales. Este procedimiento es el de partir de los hechos de la realidad y es por supuesto el único que puede emplear quien tiene por delante un caso jurisdiccional. Las partes, sus representantes y asesores legales, y el magistrado que ha de resolver el caso se ven enfrentados de repente con hechos susceptibles de todas las complejidades de la existencia humana. De allí deben hacer la ascensión, siempre penosa, a las previsiones generales de las leyes, a los moldes de las puras formas jurídicas. Y después, nueva peregrinación de regreso a la calle, para ver si los hechos en bruto calzan dentro de estos delicados esquemas. Muchas veces hay que repetir el viaje y en este ajetreado ir y venir se va afinando la puntería para dar con la solución más acertada.

Este aspecto de la actividad jurídica es el que generalmente no se anticipa al estudiante. La experiencia posterior, ya en ejercicio de la pro-

¹ La idea es perfectamente clara en IBERING, *El fin en el Derecho*, 1877.

fesión, es siempre efectiva para abrirle los ojos, pero desgraciadamente, siempre a costa de tiempo y desazones.

Los motivos, empero, que llevan a esta sistemática omisión didáctica no son casuales ni locales, sino que se hallan profundamente enraizados en el desenvolvimiento general del pensamiento filosófico y jurídico del mundo occidental, cuyos aciertos y errores compartimos.

3. LA TRADICIÓN SILOGÍSTICA

No es éste lugar para dirimir viejas polémicas doctrinarias ni para esbozar soluciones definitiva y absolutamente correctas.

Pero como los problemas no nacen de un estado adánico, es indispensable una breve mirada retrospectiva a las concepciones del fenómeno jurídico.

El Derecho Romano, remansado y acumulado en la compilación justiniana, fue recibido por los sucesores del Imperio rodeado de un inmenso prestigio cultural y peraltado por la obra religiosa de la Iglesia. De esta manera, la Edad Media tuvo entre sus manos, apenas superado el *shock* quirúrgico de la desmembración del Imperio, un Derecho ya elaborado y singularmente acabado, que a poco andar sustituyó o absorbió en su técnica, cuando no en su contenido, a los Derechos más embrionarios de los invasores.²

Este respecto mantuvo latente el interés de estudiosos y magistrados por el *Corpus iuris*, lo cual, si bien contribuyó a vivificar a éste, por otra parte obligó a encauzar la vida jurídica dentro de antiguos moldes, que no siempre se adaptaban bien a las nuevas necesidades. Las opiniones, vertidas en glosas, no se atrevían a alejarse mucho de las costas conocidas, así, muchas veces, se pasaba de la forma a fórmula.³

A partir del Renacimiento, las nuevas corrientes racionalistas fueron cargando cada vez más el acento sobre los principios universales e in-

² Modernamente vemos en los países de *common law* asimilar a la técnica del *case law* las inclusiones de Derecho codificado, por ejemplo, en el estado de Luisiana.

³ Ya la concepción imperial romana contribuyó al estancamiento del Derecho. Código, Libro I, Título XIV, "El emperador Constantino Augusto a Basso, prefecto de la ciudad: solamente a nosotros nos corresponde y es lícito examinar la interpretación interpuesta entre la equidad y el Derecho".

variables, emanados de una razón ubicua e intemporal idéntica e inmutable, condición a priori de toda experiencia posible. Este proceso de logificación de la realidad tuvo particular relevancia en el campo jurídico, al revestir la forma del iusnaturalismo. Los nombres de Tomasio, Wolff, Leibniz, Kant, Hegel, Schelling, Fichte forman una línea bien definida de dirección a este respecto. La corriente del Derecho natural, sus modalidades en los diversos medios culturales. En Inglaterra, con un sistema jurídico-político de peculiar desenvolvimiento histórico, con un lastre menor de romanización que el continente y un mayor énfasis en la función judicial, con un fundamento filosófico tradicionalmente empirista, los resultados fueron diferentes.

Al respecto, resulta particularmente ilustrativa la comparación entre la efectiva organización jurídica británica en el siglo XVIII y la concepción que de ella expone el iluminista Montesquieu.⁴ Éste, juntamente con los enciclopedistas, representa uno de los más vigorosos y fecundos vástagos del racionalismo moderno.

Los diversos factores sociales y filosóficos, en conjunción con las valoraciones liberales, en particular con sus deseos (muy legítimos, por cierto, como aspiración) de seguridad y respeto a los derechos individuales, hallan su cauce natural en la tremenda obra codificadora de Napoleón, culminación jurídica del proceso revolucionario.

Es superfluo insistir sobre el impacto decisivo que tienen los códigos franceses sobre el desenvolvimiento de los regímenes jurídicos positivos, en el ámbito mundial, y sobre las concepciones jusfilosóficas. De todos modos, recordemos una vez más que nuestro país es deudor, en ese sentido, de buena parte de los principios que orientan su legislación. En cuanto a su formación teórica, se puede afirmar que hasta el momento imperan, entre los más de nuestros estudiosos del Derecho Privado en forma expresa, y como convicción más o menos tácita y sobreentendidamente entre los demás sectores de juristas, los principios racionalistas, que hallaron sus expresiones más depuradas después de la acción codificadora en Francia y como consecuencia de ella.

Estos principios del racionalismo jurídico registran por supuesto variaciones "regionales" o matices según las diversas escuelas que los sustentan.

⁴ Sir Amos, Maurice, *The English Constitution*, Londres, 1930.

Pero en todas ellas se pueden hallar elementos constantes que, con respecto al tema de nuestro ensayo, se pueden resumir en: 1) la tesis de que todo el Derecho consiste en las normas generales (leyes) que integran el ordenamiento jurídico. Éste a su vez aparece como la concreción de los principios supremos de una razón universal e inmutable; 2) las normas generales contienen en potencia la solución de todos los casos individuales posibles, y 3) el juez, frente al caso concreto, debe limitarse a aplicar el Derecho establecido, reduciéndose su labor a la de encontrar la solución contenida en germen en la norma abstracta.⁵

La construcción del silogismo que tiene por premisa mayor la norma general, por premisa menor los hechos y por conclusión la sentencia es, para la teoría tradicional, la descripción acabada de la actividad específica del órgano jurisdiccional.

Cabe destacar que, dentro de esta concepción, la solución que el juez establece por la correcta aplicación del método silogístico, no solamente es la justa, sino que es, precisamente, la única lógicamente posible.

El problema de cuál sea la naturaleza y alcance de la función jurisdiccional está íntimamente ligado con el de la interpretación judicial.⁶ Las diversas teorías que se han formulado al respecto, conectadas con el problema de las lagunas del Derecho, no apuntan tanto, en el fondo, a la oscuridad de los textos legales o a la falta de ellos frente al litigio planteado cuanto a la deficiencia axiológica de la solución posible dentro del marco normativo formal establecido por esas normas.

⁵ F. Laurent resume acabadamente la posición racionalista al respecto, por lo que, a pesar de su extensión, reproduzco lo que afirma en la p. 42 de la *Introducción de su "Principes de Droit Civil français"*, 1893, 5ª ed., al comparar la posición de los antiguos juristas (anteriores al Código), que gozaban, según él, de mayores libertades que los posteriores: "*La position des interprètes modernes est biendifférente. Ils ont devant eux un code qui lie tous les citoyens, qui lie meme le pouvoir judiciaire: le magistrat et le juriconsulte sont enchaines par les textes. Peuvent, ils encore, au nom de l'équité, corroger une loi qui leur simple trop rigoureuse? Noncertes. Peuvent ils, par voie de raisonnement etendre des exceptions? Pas davantage, car en procedant ainsi ils se feraient législateurs: or le législateur a parlé, et lui seul peut modifier les lois, lui seul peut créer le droit...*" "*...nons n'avons pas le droit d'innover; il ne nous est permis de corriger, de perfectionner nos codes*".

⁶ RECASÉNS SICHES, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, México, 1956.

4. LA REACCIÓN REALISTA

La última consideración nos lleva al verdadero meollo de la polémica suscitada en torno a la función jurisdiccional.

Considerado de una manera estática, nada hay de ilegítimo en mantenerse dentro de una consideración estrictamente lógica de la estructura jurídica. Sin embargo, no bien se pasa a indagar acerca de la actividad de los órganos elaboradores del Derecho y –dentro de la nomenclatura tradicional– aplicadores del mismo, surge fundamentalmente la duda acerca de si la función de estos últimos es la de una mera mecánica silogística. Y no se trata de elucidar, de acuerdo con patrones estimativos, si es o no conveniente que los jueces y órganos administrativos deban o no contribuir a la integración del ordenamiento jurídico vigente, sino la de saber cuál es la función que de hecho cumplen.

Numerosas teorías se han esbozado a este respecto. Desde Ihering, pasando por la Jurisprudencia de Intereses de Philip Hech, la Escuela del Derecho Libre de Hermann Kantorowicz, la Libre Investigación Científica de François Geny hasta las concepciones de la Jurisprudencia Sociológica de Holmes y Pound y el realismo de Jerome Frank, se ha destacado sobradamente la importancia que tienen en la función jurisdiccional las consideraciones de tipo axiológico, que consulten la realidad social, y las valoraciones efectivamente vigentes que informan las relaciones entre los miembros de la comunidad.

Sin embargo, quien con más rigor científico y mayor objetividad ha señalado, desde el campo racionalista, la peculiar tarea creadora que realiza el órgano jurisdiccional, al resolver el caso concreto, ha sido Hans Kelsen. Las conclusiones a las que llega tienen por fundamento una investigación sobre la estructura del ordenamiento jurídico y la forma en que se integra dinámicamente. Dentro del ámbito lógico acotado por la norma general, el juez, frente al caso planteado, va a elegir una de las soluciones formalmente posibles. La sentencia no surge, pues, de la aplicación de un silogismo –que debería llevar a una sola solución posible–, sino de la voluntad efectiva del magistrado, movida por valoraciones metajurídicas. Para Kelsen, paralelamente a la “política legislativa” llevada a cabo frente a la conducta comunitaria tomada en su generalidad, existe una “política judicial” frente al litigio singular, mediante la cual

el magistrado, dentro del ámbito trazado por las normas de grado superior, toma una decisión fundada en factores axiológicos.⁷ Motivo de ulterior debate sería el determinar si esas valoraciones en las que se apoya el juez escapan a la órbita de los estudios propiamente jurídicos o bien se insertan de manera esencial en el tuétano mismo del fenómeno del Derecho.

Cabe el mérito a la Argentina de que uno de sus más destacados jusfilósofos, Carlos Cossio, haya restituido al ámbito de la ciencia estrictamente jurídica las investigaciones axiológicas y ontológicas. Entre nosotros, es quien más categóricamente ha puesto de relieve la posición axil que ocupa el juez en la creación del Derecho, mediante una rigurosa descripción de la sentencia.⁸

5. EL MENESTER DEL MAGISTRADO

Existe, pues, una firme tendencia en el pensamiento jurídico contemporáneo que ha llamado la atención hacia la función jurisdiccional en cuanto a la realización de los intereses y valoraciones societarios.

No se precisa, sin embargo, sentar plaza en esas tendencias “realistas” para advertir que, de alguna manera, el hacer del magistrado no se confina al mero juego mecánico de la legalidad lógico-formal.

Esto resulta evidente aun aceptando, como hipótesis de trabajo, la tesis silogística tradicional.

En primer término, la premisa mayor del silogismo es la norma general aplicable al caso en cuestión. Esta norma, empero, no surge espontáneamente de la totalidad del ordenamiento como la única susceptible de regir tal o cual relación jurídica, sino que es “seleccionada” por el juez entre las que, por su contenido, parecen referirse prima facie al objeto de la misma. Cuando, por ejemplo, una de las partes deja de cumplir con lo estipulado en un negocio jurídico, tal conducta puede

⁷ Trad. TEJERINA, Jorge G., *La teoría pura del Derecho*, Losada, 1941.

⁸ COSSIO, Carlos, “El sustrato filosófico de los métodos interpretativos”, en revista *Universidad*, nro. 6, 3ª Sección, Santa Fe, 1940.

COSSIO, Carlos, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Buenos Aires, 1947.

COSSIO, Carlos, *La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Losada, 1944.

COSSIO, Carlos, *El Derecho en el Derecho Judicial*, Buenos Aires, Kraft, 1945.

ser considerada, bien como un incumplimiento de contrato con consecuencias civiles o comerciales, bien como un ardid o engaño, como una negociación simulada que daría origen a la calificación dentro de los términos del Derecho Penal. A este respecto, es el juez quien deberá decir la última palabra.

Es decir que el magistrado, teniendo a la vista las circunstancias particulares del caso, con sus peculiaridades axiológicas, se remonta a la ley, buscando la norma general, efectuando un trabajo de selección, no sólo sobre la base de los perfiles ónticos descritos por aquélla, sino buscando la que procure la solución más adecuada a los sentidos deónticos ínsitos en el hecho sometido a la misma.

A propósito, cabe recordar la posición de Karl N. Llewellyn, al destacar que el juez generalmente, en base a una comprensión primaria, estimativa, de los hechos y en vista de un fallo ya barruntado, se remite luego a las normas generales o a los precedentes judiciales en busca de los fundamentos positivos de su sentencia, que puedan prestarle objetividad y fuerza de convicción en la comunidad.

Por otra parte, ya elegida la norma aplicable, la larga tradición doctrinaria y la experiencia práctica nos indican que el significado preciso de la misma, las más de las veces, no es tan preciso que no necesite de una minuciosa labor interpretativa. Sin traspasar el puro ámbito semántico, ya se crean suficientes problemas como para justificar ampliamente la esforzada preocupación de los juristas en descubrir métodos interpretativos que los llevan por caminos seguros, independientemente del éxito que hayan podido tener estas tentativas.

Eugen Ehlich⁹ ya destacó que, de saberse de antemano, antes de la sentencia, el exacto significado y alcance de las leyes, no se producirían contiendas legales. Pero la realidad es que la decisión jurisdiccional, al individualizar los conceptos abstractos, va a disipar ambigüedades y a determinar en última instancia a qué se alude con la norma general. Esto llevó a Hughes a formular su bien conocida expresión: "Vivimos bajo una constitución, pero la constitución es lo que los jueces dicen que es".¹⁰

⁹ EHLICH, Eugen, *La lógica jurídica*, 1918.

¹⁰ Charles Evans Hughes fue presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos desde 1930 a 1941.

La premisa menor siempre es la concepción tradicional; se constituye con los hechos concretos que sirven de base al proceso.

No obstante, debe observarse, por lo pronto, que tales hechos no aparecen en estado de naturaleza, "crudos", por así decirlo. A partir de una situación dada, los únicos hechos que el juez va a conocer son los que sean aportados al juicio. En el enjuiciamiento civil, la situación es aún más tajante, ya que, partiendo el impulso procesal de los litigantes, el juez se ve obligado a enmarcar su decisión de acuerdo con los hechos alegados por los mismos, que, naturalmente, ya representan un enfoque parcial e interesado de la realidad primitiva.

Íntimamente relacionado con este problema se encuentra el de la prueba. Porque el juez no toma contacto directo con la situación originaria sino en la medida en que la misma se refleja en la prueba allegada. Por supuesto que todo esto importa una nueva deformación de la realidad. Las experiencias realizadas desde Von Liszt en materia de prueba, especialmente testimonial, destacan la enorme importancia de un manejo cuidadoso de los hechos con respecto a la sentencia. Estos hechos nunca jurídicamente "por supuestos". Una inadecuada manipulación de las probanzas malogrará los mejores derechos y los más esclarecidos planteos jurídicos.

La consideración que el magistrado haga de las pruebas es otro factor decisivo en la reconstrucción judicial de los hechos. Nuevamente se muestra aquí con singular relieve la personalidad del magistrado al cual compete la decisión. Esto ha sido agudamente destacado por Jerome Frank,¹¹ pero ya en la doctrina procesalista tradicional se ha puesto en evidencia la singular importancia que reviste la subjetividad del juez. Así, Mittermaier¹² dice: "...Compárase un juez de imaginación viva con otro habituado a pensar fría y maduramente todas las cosas, y el resultado será muy distinto..." "...La experiencia adquirida en conjeturas análogas, la costumbre y habilidad práctica influyen también en la convicción suministrada por los hechos..."

Por último, cabe destacar que precisamente los hechos van a tener relevancia en la medida en que les atribuya tal efecto y no antes. Los hechos no son recibidos en los considerandos de la sentencia porque

¹¹ FRANK, Jerome, *Courts on Trial*, 1949.

¹² MITTERMAIER, A., *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, 1893, p. 51.

tengan *per se* efectos jurídicos, sino que los tienen porque el juez los hace nacer a la vida jurídica. Para ello, toma en consideración multitud de factores que escapan a las meras formas lógicas de la ley.¹³

En especial, no se debe perder de vista que el Derecho es una técnica social de conducción, un instrumento de "política" en sentido amplio, tendiente a motivar (indirectamente, por medio de sanciones) determinadas conductas en el cuerpo social.¹⁴

El legislador gira en contra de la realidad; las leyes generales recogen ciertas valoraciones y, en la medida en que las captan con fidelidad, pueden decir bastante sobre el medio social sobre el que están llamadas a actuar. Pero también anticipan resultados y proyectan determinados efectos.

El orden jurídico positivo se va a ensamblar en el flujo de la coexistencia comunitaria insertando en él un nuevo factor efectivo, por medio de los pronunciamientos jurisdiccionales (sentencias judiciales y resoluciones administrativas), que le sirven como espolón de proa.

Las resoluciones ante los casos concretos son, pues, la piedra de toque, el indicador del grado de eficiencia del ordenamiento jurídico y de su incidencia sobre la conducta social.

Así pues, la resolución jurisdiccional aparece con una doble vertiente. Hacia el ordenamiento jurídico, como remate del mismo, en tanto que acto final dador del sentido definitivo a todas las normas superiores que rigen su producción, integrándolas con las estimaciones vigentes que recoge de la experiencia social con que está en directo contacto. Y hacia esa realidad del medio social, al que informa normativamente por medio del poder coercitivo de que está investida.

El conocimiento de este complejo juego de la función jurisdiccional es inexcusable para el profesional del Derecho. Pero en nuestro país reviste singular importancia por el motivo ya apuntado de que, siguiéndose en el mismo la técnica codificadora, el acento es puesto sobre las normas generales con desmedro del estudio de los actos de aplicación concreta

¹³ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, 1946, p. 141. "Sólo al quedar establecidos a través de un procedimiento legal, aparecen los hechos en la esfera del Derecho, o, por decirlo así, adquieren existencia dentro de la misma esfera". "...el órgano competente crea jurídicamente tales hechos".

¹⁴ KELSEN, op. cit., p. 15 y ss.

de las mismas. Por lo demás, en Argentina, el abogado es el único “técnico social” reconocido, es decir, habilitado por un título universitario.

En este sentido es que sostenemos que la enseñanza del Derecho debe ser “práctica”.

En los países en que el Derecho se constituye fundamentalmente a través de las decisiones judiciales, se ha llegado, guardando la simetría con este *case law* positivo, a un *case method* didáctico, basando la enseñanza sobre la exposición de los casos jurisprudenciales relevantes.

Por supuesto que, a pesar de la diversidad de la técnica jurídica, la función de los jueces es esencialmente la misma, sea que recurran para fundar su sentencia al principio establecido por la jurisprudencia, sea que lo hagan a una norma general legislada.

También es cierto que entre nosotros el abogado recurre continuamente a los repertorios de fallos que le indican cuál es la dirección de la jurisprudencia, lo que le permite predecir, de alguna manera, las posibilidades reales de éxito del caso que se le confía.

Se trata así, simplemente, no de sustituir el estudio de las normas generales, sino de integrarlo, expresa y deliberadamente, con lo que siempre se ha hecho, aunque de manera oscura y como a hurtadillas.

Es necesario restituir a la praxis jurídica, a través de la clara comprensión del papel que desempeña el juez, la jerarquía que le corresponde dentro de la formación profesional.

La “práctica” que propugnamos, pues, consiste en el reconocimiento sincero, sin artificios dialécticos, de la función integradora del Derecho que tienen las resoluciones jurisdiccionales; en un mayor adiestramiento en el manejo de los hechos concretos que integran las circunstancias del caso, sobre la base de decisiones judiciales y administrativas; en una investigación de la “política” judicial y administrativa y de su impacto en la colectividad.

Como hemos dicho al principio, la orientación de los planes de estudio en los últimos tiempos parece tomar este rumbo. Es de esperar que persista y se intensifique, en la seguridad de que habrá de tener entre nosotros, como en otros países, el efecto de suministrar al futuro profesional una mayor preparación técnica y una mejor comprensión de los problemas sociales que, de una manera u otra, está llamado a resolver.

Estudios e
investigaciones

La enseñanza del discurso jurídico oral y escrito en la Carrera de Abogacía

GRACIELA E. ÁLVAREZ*

Tradicionalmente, en las carreras de Derecho no aparecen asignaturas que aborden la problemática Lingüística del discurso jurídico ni las técnicas de expresión oral y escrita, a pesar de que el lenguaje es la herramienta principal en el trabajo del abogado, en cualquiera de las incumbencias profesionales en las que se desempeñe una vez graduado.

Este aspecto tan importante para el desarrollo profesional queda relegado a las capacidades naturales de cada individuo y al bagaje de conocimientos, aptitudes y destrezas que ha adquirido en los estudios formales anteriores a su ingreso a la Universidad.

La interdisciplina entre Derecho y Lingüística constituye un campo de estudio de reciente desarrollo y cuenta con escasos antecedentes en el ámbito académico, no sólo en nuestro país sino también en el resto de Latinoamérica. En la última década, materias como "Teoría y análisis del discurso jurídico", "Estructura del discurso jurídico", "Oratoria Judicial" o "Escritura Jurídica", así como talleres de litigación, constituyen parte de la oferta formativa de posgrados y carreras de especialización, pero falta su inserción en las carreras de grado. Algunas experiencias se están realizando, como en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, donde uno de los Seminarios por el que pueden optar los alumnos es, desde hace ocho años, el de Derecho y Lingüística, y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ciencias Empresariales de Buenos Aires, que ha incluido como materia curricular, en su nuevo plan de estudios aprobado por Coneau, "Taller de Escritura Jurídica",

* Directora del Centro de Investigaciones en Derecho y Lingüística, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario; Profesora Adjunta con dedicación semiexclusiva; Investigadora Categoría 3 de Programa de Incentivos.

en el primer año de la carrera. A nivel regional, la Universidad Diego Portales de Santiago de Chile ha ido adaptando paulatinamente los contenidos de algunas materias de su plan de estudios al nuevo sistema procesal penal “adversarial”, instaurado en el país vecino el año pasado, y sus docentes han dictado cursos de capacitación en litigación tanto en Chile como en otros países latinoamericanos, en los que se pone el énfasis en el entrenamiento en destrezas y habilidades, que tradicionalmente no son contemplados en la enseñanza del derecho.

A pesar de la falta de inserción de esta disciplina en las carreras de grado de Abogacía, en el campo jurídico, mediante el lenguaje se hacen las leyes, se manifiesta la voluntad del Estado, se interpreta y aplica el derecho, se describe y narran hechos, se formulan peticiones, se demuestra y argumenta, se emiten juicios, se expiden órdenes, se conciertan contratos, se expresan y contestan agravios, se producen y responden alegatos. Y es mediante la sentencia judicial que se llega al extremo “performativo” del lenguaje: se condena, se absuelve, se anula, se priva de la libertad.

El sociólogo alemán Alfred Schutz distingue dos tipos de componentes en la interpretación de los signos lingüísticos: el “objetivo”, que se encuentra en el diccionario y no depende de quienes lo usan ni de las circunstancias en que lo hacen, y el “subjetivo”, que emana del contexto, se agrega al significado objetivo y constituye un “plus” de significación.¹ Ese “plus” de significación cobra una importancia relevante en los intercambios lingüísticos especialmente orales que se producen en el campo jurídico.

Dentro de la ya clásica distinción que proporciona la teoría de los actos de habla a partir de los trabajos de Austin y Searle, entre enunciados “constatativos” y enunciados “performativos”, el discurso jurídico es uno de los que más efectos provocan en la realidad y, en particular, en los sujetos. Es un discurso “performativo” por excelencia, pues, como señala Pierre Bourdieu en *Qué significa hablar. Economía de los intercambios lingüísticos*:²

¹ SCHUTZ, A., *Fenomenología del mundo social*, Buenos Aires, Paidós, 1972, pp. 153-155.

² BOURDIEU, P., *Qué significa hablar. Economía de los intercambios lingüísticos*, Madrid, Akal, 1985, p. 45.

El discurso jurídico es palabra creadora, que confiere vida a lo que enuncia. Es el extremo hacia el que pretenden todos los enunciados performativos, bendiciones, maldiciones, órdenes, votos o insultos; es decir, la palabra divina, la palabra de Derecho divino que, como la *intuitus originarius* que Kant atribuía a Dios y contrariamente a los enunciados derivados o comprobativos, simples registros de un dato preexistente, dan existencia a aquello que enuncian. No se debería olvidar nunca que la lengua, por su infinita capacidad generativa, pero también originaria en el sentido de Kant, originalidad que le confiere el poder de producir existencia produciendo su representación colectivamente reconocida y así realizada, es sin duda el soporte por excelencia del sueño del poder absoluto.

Consideramos al discurso jurídico como un proceso de interacción enunciativo-interpretativo que remite al análisis de los distintos “enunciadores”, a las relaciones que se establecen con los destinatarios y a las variadas estrategias argumentativas que se ponen en escena. Éstas se dan dentro de un ritual comunicativo específico del campo jurídico y tienden a lograr la adhesión del auditorio, a refutar las tesis adversas, a insertar el discurso en el sistema de valores imperantes o a producir una ruptura con éste.

Al referirnos al “discurso jurídico” es necesario distinguir entre: a) Discurso normativo: se origina en la redacción de leyes y es objeto de estudio de la técnica legislativa o ciencia de la legislación. b) Discurso parlamentario: se desarrolla en el seno del Poder Legislativo, donde los agentes intervinientes –reglados por normas específicas que regulan los turnos de habla– producen sus argumentos para defender o refutar la sanción de las leyes. c) Discurso forense o judicial: se produce en el ámbito de la administración de justicia, abarca el discurso de las partes y los fallos o sentencias, que constituyen el discurso de poder institucionalizado del campo de la Justicia.

Hablar y escribir son dos modos de comunicación distintos. En el transcurso de la carrera, el alumno se enfrenta a estos tipos de discurso jurídico de una manera asistemática y de la misma forma va interiorizando el “tecnolecto” jurídico como lenguaje profesional.

El concepto “discurso jurídico” engloba un conjunto de sabidurías y formas culturales cuya apropiación por parte de los alumnos es esencial

para el buen desempeño profesional. La Universidad, como institución digna de crédito por excelencia, no puede descuidar este aspecto en la formación de los futuros abogados.

Creemos que es preciso asumir la producción discursiva forense como una práctica profesional y social, a través de la cual los operadores del Derecho y la Justicia como institución actúan sobre la realidad. Para ello, los futuros abogados necesitan adquirir los conocimientos lingüísticos necesarios para la producción, la interpretación y el análisis de las diferentes tipologías textuales presentes en los distintos formatos discursivos jurídicos. La perspectiva debe ser necesariamente instrumental; estos conocimientos no deben ser impartidos desde la perspectiva de la teoría Lingüística, sino como herramientas concretas para el desempeño profesional del abogado, como usuario de un lenguaje de especialidad.

Hace más de treinta años, Ángel Osorio, en *El alma de la toga*,³ decía que en los actores que ocupan la centralidad del campo de la Justicia –los jueces– se reúnen tres escritores: el historiador, el novelista y el dialéctico:

Hay un historiador porque el primero de los cometidos del juez consiste en hacer historia para saber cómo ocurrieron los hechos, con todos sus episodios y circunstancias. Hay un novelista porque cada conflicto contiene la expresión de las pasiones, ya que el drama del pleito se construye con personajes y con sucesos, y hay también un dialéctico porque se afronta una tesis, se interpreta la ley y se fundamenta una solución a través de la lógica discursiva y de la teoría de la argumentación.

En los últimos años, en el mundo entero han aparecido importantes estudios sobre la problemática de los aspectos lingüísticos de la argumentación jurídica, tanto desde la perspectiva de la nueva retórica como desde la pragmática, la semiótica, la gramática argumentativa y la ciencia del texto. Hemos incluido un repertorio representativo de estos trabajos en la bibliografía que acompaña a la presente ponencia.

Ya Aristóteles, en su *Retórica*, distinguía el “género judicial” del “demostrativo” y del “deliberativo” e incluía en el primero a los discursos

³ OSORIO, Ángel, *El alma de la toga*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 155.

que se pronuncian en situaciones en las que se decide sobre algo sucedido, a propósito de lo cual se juzga a alguien. Aquí se enfrentan dos posturas que elaboran sus discursos a partir de una construcción verosímil de los mismos hechos pero desde diferentes lugares de interpretación, proponen decisiones opuestas e intentan influir en el destinatario a favor de sus respectivas posiciones. Además, cada “enunciador” tiene presente –en su discurso– no sólo su propia posición sino también la de la parte contraria, con el fin de plantear adecuadamente su propuesta y rebatir la que se le opone. El destinatario –juez, tribunal o jurado– establece una relación entre los hechos sobre la base del examen y la interpretación de los mismos, así como de la aplicación de la ley.

Según Aristóteles, los fines de cada uno de estos géneros son diferentes: en el género demostrativo el fin es lo honroso y lo feo; en el género deliberativo, lo útil y lo perjudicial, y en el género judicial, lo justo y lo injusto.

Con el transcurso del tiempo y bajo el reinado de la razón, la retórica quedó relegada al discurso literario.

A partir de 1950, renace una conciencia retórica similar a la de la antigüedad, afianzada por la Lingüística, la filosofía y la ciencia jurídica. Se recupera la importancia de todas las operaciones que constituyen el fenómeno retórico y, como teoría de la argumentación, la retórica se centra en el razonamiento y en la estructuración argumentativa del discurso.

Como discurso eminentemente persuasivo y enmarcado desde la perspectiva retórica, el análisis del discurso jurídico plantea la superación de la concepción referencial del lenguaje, haciendo emerger las valoraciones sociales que subyacen en este tipo de discurso y la fuerte carga de poder institucionalizado que conlleva. Este nivel de análisis tiene en cuenta, además, los aportes de otras ramas de las ciencias sociales, en especial de la sociología y de las ciencias de la comunicación.

Dentro del proceso de enseñanza-aprendizaje con fines didácticos, es conveniente abordar el discurso jurídico desde tres niveles: el semántico, el sintáctico y el pragmático, centrándonos en el léxico en el nivel semántico; en la utilización de los signos de puntuación, la coherencia entre párrafos y los elementos de cohesión textual en el nivel sintáctico;

y en los actos de habla –especialmente los judicativos y los ejercitativos– en el nivel pragmático, así como también estudiar las relaciones de jerarquía que se establecen entre “enunciador” y destinatarios dentro del campo de la justicia. Creemos necesario también abordar el tema de la validación de los discursos que se producen en el campo jurídico a través de las estrategias argumentativas. Éstas se dan dentro de un ritual comunicativo específico y tienen, como objetivo primordial, lograr la adhesión de los destinatarios a las tesis que se sostienen, refutar las tesis adversas, insertar el discurso en el sistema de valores imperante o producir una ruptura con éste.

Las exigencias del cambio de modelo que se está produciendo en toda América Latina del sistema escrito inquisitorial al sistema oral “adversarial” –del “acta” al “acto”–, además de entrañar un profundo cambio cultural a nivel social y un nuevo paradigma de enseñanza del Derecho, plantea la necesidad de que nuestros egresados estén altamente capacitados tanto en la producción de textos jurídicos escritos como orales. Como señalan Andrés Baytelman y Mauricio Duce:⁴

La apertura de los tribunales a la ciudadanía (y a la prensa) suele producir un fenómeno que supera la mera publicidad: los procesos judiciales –especialmente los juicios penales– capturan la atención de la comunidad, catalizan la discusión social, moral y política, se convierten en una vía de comunicación entre el Estado y los ciudadanos a través de la cual se afirman valores, se instalan simbologías y se envían y reciben mensajes mutuos. En una frase, la publicidad de los procedimientos judiciales instala la vida de los tribunales dentro de la convivencia social.

La producción de un texto jurídico de calidad es el resultado de un conjunto de operaciones o fases que presuponen el conocimiento del sistema de la lengua, el correcto uso del “tecnolecto” profesional, la narración de los hechos teniendo en cuenta las cuatro características que destacan tanto Aristóteles como Cicerón: brevedad, claridad, verosimilitud y la presentación persuasiva de las peticiones, lo que supone un entrenamiento en estrategias argumentativas. A este respecto es impor-

⁴ BAYTELMAN, A. y M. DUCE, *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 2004, p. 29.

tante recordar lo que decía el eminente jurista uruguayo Couture: "Todo buen alegato debe ser un proyecto de sentencia".

La fuerte dependencia del soporte escrito en nuestro sistema judicial dificulta la adaptación de los profesionales del Derecho a las nuevas exigencias que plantea la "oralidad".

Estas dificultades no son privativas sólo de los abogados: muchos escritores famosos han confesado sentir pánico escénico ante una conferencia. El proceso de recepción de los discursos orales sigue un orden inverso al de su elaboración y producción: el auditorio percibe, en primer lugar, la *actio*, es decir, los códigos no verbales, pues no es lo mismo "oír" que "escuchar", ya que se oye con el oído pero se escucha con todos los sentidos, especialmente el visual. Los gestos pueden confirmar, reemplazar o contradecir el mensaje lingüístico, y el auditorio los interpreta antes que al mensaje emitido. La publicidad y la "oralidad" que entraña la lógica adversarial del proceso no admite tiempo para la duda o el balbuceo. Este tipo de juicio requiere de un desempeño estratégico para construir el caso y un dominio de la técnica para presentarlo, para conducir los interrogatorios, para producir la prueba material, para pronunciar el alegato de apertura y el alegato final.

Los griegos consideraban vergonzosa la dependencia, en una audiencia, del soporte escrito o de la memoria. Pregonaban las ventajas de la improvisación en el sentido de memorizar sólo los argumentos, no las palabras. Para ellos era imprescindible contar con un importante caudal léxico a fin de aprovechar lo que denominaban *kairós*, que consistía en la adecuación del discurso a las expectativas y reacciones del auditorio para que resultara redituable a la causa que se sostenía. De este modo, en el discurso judicial se podían aprovechar incluso los argumentos que producía la parte contraria y que no se habían tenido en cuenta con antelación. El discurso escrito era considerado carente de energía y operatividad sobre el auditorio. Hasta Platón, enemigo declarado de los sofistas, escribió sus obras en forma de diálogos plurales con un enunciador privilegiado, que era Sócrates.

En lo que se refiere específicamente a la "oralidad", en los juicios por jurados legos o mixtos (constituidos por vecinos y jurados técnicos, como en la Provincia de Córdoba), el abogado debe poner en juego es-

trategias de persuasión dirigidas a auditorios dotados de diferentes modelos, tanto de producción como de recepción discursiva, lo que lo obliga a adoptar distintas técnicas, ya sea que esté llevando adelante la acusación o la defensa, al pronunciar un alegato, al interrogar al imputado o a un testigo, y todo ello en el marco de los discursos dominantes en cada contexto situacional y, muchas veces, con la presencia de medios audiovisuales en la sala de audiencias.

Esto hace imprescindible que la “currícula” de grado proporcione al futuro egresado –además del adiestramiento en la escritura jurídica– conocimientos y técnicas que garanticen la correcta expresión oral y el espacio áulico para ejercitarse en las distintas situaciones comunicacionales de un proceso, en el control de las emociones y del miedo escénico, y en el dominio de los elementos comunicativos no verbales: comunicación visual, postura corporal, ademanes, gestos, etcétera, como así también diferenciar y aplicar los diferentes tipos de preguntas en los interrogatorios y el manejo de las réplicas y contrarréplicas discursivas.

Algunas actividades sugeridas para lograr este entrenamiento y que hemos puesto en práctica en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, tanto en el Seminario de Grado de Derecho y Lingüística como en los cursos de posgrado son las siguientes:

- Test de comprensión lectora.
- Ejercicios sobre pertinencia y relevancia comunicativa.
- Procesos de “semiotización” de discursos forenses que analizan el grado de inteligibilidad y ponen el acento en el proceso de redacción.
- Producción de distintos tipos de escritos jurídicos que comienzan por los más sencillos (providencias y cédulas de notificación) hasta los más elaborados (alegatos, fallos).
- Ejercicios de desinhibición, sensibilización, expresión y comunicación.
- Análisis y producción de narraciones jurídicas y ofrecimientos de pruebas.
- Análisis de modelos y puesta en acto de diferentes tipos de discursos pertenecientes al campo jurídico.
- Desempeño de roles individual y grupal.

- Análisis de casos reales a partir de expedientes judiciales y construcción de proposiciones fácticas y proposiciones jurídicas para ejercitar las destrezas tanto en la argumentación sobre los hechos como en la argumentación sobre el Derecho.
- Prácticas de negociación.
- Puesta en acto de textos como por ejemplo *El caso de los exploradores de cavernas*, de Lön Fuller, o *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*, de François Ost.

Los procesos de evaluación deben tener también un carácter eminentemente práctico, teniendo en cuenta siempre la perspectiva instrumental, ya que de poco o nada serviría una evaluación que midiera los conocimientos teóricos de semántica, sintaxis, pragmática y otras ramas de la Lingüística y las ciencias de la comunicación si lo que pretendemos es un perfil de abogado que maneje con solvencia el discurso jurídico tanto oral como escrito y lo evidencie en el ejercicio profesional. Por ello, se deben promover instancias de evaluación que prioricen las técnicas de argumentación y refutación orales y escritas, ya que la finalidad principal del abogado, en cualquier sector del campo jurídico en que desempeñe su actividad, es siempre persuadir: al cliente, para que contrate sus servicios; al juez, tribunal o jurado, para ganar un juicio, y, en el caso del juez, a la instancia superior y a la comunidad jurídica y la sociedad en general en el sentido de que su resolución y la justificación de la misma resultan ser las que correspondían al caso sometido a su jurisdicción.

Si comparamos la argumentación jurídica con la argumentación que tiene lugar en la ciencia o en la filosofía, vemos que en éstas las discusiones pueden proseguir indefinidamente; aquí el proceso de argumentación es un proceso abierto en el sentido de que no hay ninguna autoridad que tenga la última palabra. En cambio, en el Derecho la argumentación está limitada: existen instituciones –los órganos de última instancia– que ponen punto final a la discusión. Esto se debe a que las instituciones jurídicas no tienen como función central la de aumentar el conocimiento del mundo sino la de resolver conflictos; no persiguen una finalidad cognoscitiva sino práctica.

El perfil de abogado que requiere el estado actual del campo del Derecho en nuestra sociedad, con los cambios de sistema que se vienen

produciendo y a los que nos hemos referido anteriormente, hace imprescindible el abordaje del discurso jurídico como disciplina instrumental en las carreras de grado. El núcleo duro de esta disciplina debe ser el entrenamiento en las estrategias de argumentación y refutación.

El discurso argumentativo se estructura en proposiciones que constituyen un razonamiento y es siempre “una puesta en escena” para otros, ya sea su canal escrito u oral. Traduce la posición de un “enunciador” sobre una temática controvertida y contiene fuertes componentes persuasivos. Una argumentación está construida siempre para alguien, al contrario de una demostración, que es un discurso construido para todos en general.

El fin de la argumentación jurídica no es buscar la adhesión a una tesis porque sea verdadera, sino porque resulte verosímil y aceptable para el auditorio al que está dirigida (juez, tribunal, jurado, instancia superior, sociedad en general). Para lograr verosimilitud y persuasión, quien argumenta se vale fundamentalmente de la lengua, con todas las posibilidades que ella brinda y la pluralidad de significados que es capaz de convocar. Por este motivo es que concebimos el trabajo docente en esta área del conocimiento como una relación interdisciplinaria entre Derecho y Lingüística, en el que esta última disciplina debe desempeñar un rol eminentemente instrumental: enseñar a saber decir y escribir el Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- ABADALEJO, Mayordomo T., *Retórica*, Madrid, Síntesis, 1989.
- ALCOBA, S., *La oralización*, Barcelona, Ariel, 1999.
- ÁLVAREZ, Graciela E., *Oratoria jurídica*, Lima, San Marcos, 2006.
- ARISTÓTELES, *Retórica*, Madrid, Gredos, 1990.
- ATIENZA, M., *Tras la justicia*, Barcelona, Ariel, 1993.
- *Tras el Derecho*, Barcelona, Ariel, 1997.
 - *Las razones del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2003.
 - *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 2004.
 - *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- AUSTIN, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras*, Barcelona, Paidós, 1998.

- BARTHES, R., *Investigaciones retóricas*, Barcelona, Paidós, 1982.
- BAYTELMAN ARONOWSKY, A. y Jaime M. DUCE, *Litigación penal, juicio oral y prueba*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 2004.
- BERK-SELIGSON, S., "Los derechos Miranda y la coerción lingüística: cuando el policía actúa como intérprete y como interrogador", en *Discurso y Sociedad*, vol. 3, nro. 2, Buenos Aires, Gedisa, junio de 2001, pp. 7-44.
- BOURDIEU, P., *Qué significa hablar. Economía de los intercambios lingüísticos*, Madrid, Akal, 1985.
- CABRÉ, M. T., *La enseñanza de los lenguajes de especialidad*, Madrid, Gredos, 2006.
- CALSAMIGLIA y Valls TUSÓN, *Las cosas del decir*, Barcelona, Ariel, 1999.
- CALVO, J., *Derecho y narración*, Barcelona, Ariel, 1996.
- CICERÓN, *La invención retórica*, Madrid, Gredos, 1997.
- COULTHARD, M., "¿Qué dijeron en realidad? Una evaluación de evidencia policial por una lingüista forense", en *Discurso y Sociedad*, Buenos Aires, Gedisa, vol. 3, nro. 2, junio de 2001, pp. 45-59.
- DUCROT, O., *El decir y lo dicho*, Barcelona, Paidós, 1986.
- FORNER, A., *La comunicación no verbal*, Barcelona, Graó, 1987.
- FOUCAULT, M., *El orden del discurso*, Barcelona, Tusquets, 1999.
- GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1998.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los derechos*, Madrid, Alianza, 2001.
- GASCÓN ABELLÁN, M., *La argumentación en el Derecho*, Lima, 2005.
- HALL, E., *El lenguaje silencioso*, Madrid, Alianza, 1989.
- LÓPEZ QUIRÓS, A., *Retóricas verbales y no verbales*, México, UNAM, 1996.
- MAINGUENEAU, D., *Introducción a los métodos de análisis del discurso*, Buenos Aires, Hachette, 1998.
- MAJADA PLANELLES, A., *Técnica del informe ante juzgados y tribunales: oratoria forense*, Barcelona, Bosch, 2001.
- MALEM, J., J. OROZCO y R. VÁZQUEZ, *La función judicial*, Barcelona, Gedisa, 2003.
- MARAFIOTI, R., *Recorridos semiológicos*, Buenos Aires, Eudeba, 1998.
- MARTINEAU, F., *Le discours polémique*, Paris, Quai Voltaire, 1994.
- MORESO MATEOS, J., *Lógica, argumentación e interpretación del Derecho*, Barcelona, UOC, 2006.
- OLIVECRONA, K., *Lenguaje jurídico y realidad*, México, Fontamara, 1998.

LA ENSEÑANZA DEL DISCURSO JURÍDICO ORAL Y ESCRITO EN LA CARRERA DE ABOGACÍA

GRACIELA E. ÁLVAREZ

- PARDO, M. L., *Derecho y Lingüística. Cómo se juzga con palabras*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1996.
- PATILLON, M., *Éléments de rhétorique classique*, Paris, Nathan, 1989.
- PERELMAN, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979.
- PERELMAN, Ch. y OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de la argumentación*, Madrid, Gredos, 1990.
- PLANTIN, Ch., *La argumentación*, Barcelona, Ariel, 1998.
- PUY MUÑOZ, F. y J. PORTELA, *La argumentación de los operadores jurídicos*, Buenos Aires, UCA, 2005.
- RUSSO, E. y C. LERNER, *Lógica de la persuasión*, Buenos Aires, Cooperación de Derecho y Ciencias Sociales, 1975.
- VAN DIJK, T., *El discurso como estructura y proceso*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- VAN ROERMUND, B., *Derecho, relato y realidad*, Madrid, Tecnos, 1997.
- VÁZQUEZ, G. et al., *Guía didáctica del discurso académico escrito y guía didáctica del discurso académico oral*, Madrid, Edinumen, 2001.
- VV. AA., *La recepción de los discursos: el oyente, el lector y el espectador*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2003.
- *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004.
- WESTON, A., *Las claves de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 1994.

La influencia de la educación jurídica en la formación valorativa de los abogados

MARIANA ANAHÍ MANZO*

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo debe entenderse en el marco de investigaciones¹ que se vienen desarrollando en torno a la vinculación existente entre la influencia de la educación jurídica brindada por las facultades de Derecho en la formación valorativa² de los abogados y su posterior repercusión en el campo profesional. Principalmente, se pretende observar y describir cuáles son los móviles internos que guían la conducta de los abogados en el ejercicio cotidiano de su profesión.

La importancia de evaluar dichas circunstancias nos permite realizar un análisis reflexivo en torno al rol que cumplen los profesionales del Derecho en la sociedad. Cabe mencionar que no sólo desempeñan funciones trascendentes directamente relacionadas con el Estado –v. gr., Poder Legislativo, Judicial–, sino que además poseen las herramientas y el conocimiento necesario para generar y reproducir el orden social –función regulativa– o, por el contrario, promover el cambio –función emancipatoria– del Derecho (Santos, 1998).³

* Abogada, ex becaria de pregrado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (FDCS) de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), Adscripta de la cátedra “B” de “Sociología Jurídica”, FDCS, UNC.

¹ Algunos de los trabajos de las referidas investigaciones son los siguientes: Manzo, 2008; Lista-Brigido, 2002, y Lista-Begala, 2005.

² Se entiende por “orientación valorativa” aquella predisposición para actuar en determinada dirección en situaciones que plantean serios conflictos o contradicciones de valores, intereses, o suponen una ruptura con las interpretaciones dominantes de las funciones del Derecho.

³ B. de Sousa Santos (1998:23) interpreta por “función regulativa” aquella que opera marcando límites en aras de la ordenación de una sociedad, y “función emancipadora” aquella que satisface la idea de libertad que lleva inscripta el ser humano en su condición de animal racional consciente de su finitud.

Desde esta óptica cobra relevancia la educación jurídica, ya que es la principal responsable de la formación de los futuros profesionales y, como tal, es un vehículo del conocimiento y el saber que se transmite a los abogados. Por ello nos preguntamos: ¿La educación jurídica promueve una orientación valorativa de los futuros egresados? ¿Cómo repercute dicha enseñanza en el campo profesional?

Para dar respuesta a nuestros interrogantes, dividiremos nuestra exposición de la siguiente manera: la primera parte de nuestro artículo, que pretende poner en evidencia el sistema educativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba -UNC- y su influencia en las orientaciones valorativas de los estudiantes; la segunda parte del mismo, que procura demostrar la vinculación entre la formación académica recibida con su correlativo ejercicio profesional en el campo jurídico.

A tal efecto se exponen los principales resultados obtenidos del análisis comparativo de dos perfiles diferentes de abogados, a saber: por un lado, aquellos que se desempeñan de manera independiente⁴ en el campo jurídico, y por otro lado, aquellos que representan a las ONG.⁵ Se abordará esta temática desde tres relaciones conflictivas: a) percepción del Derecho; b) percepción del sujeto de derecho; c) percepción de justicia.

2. LA INFLUENCIA DE LA EDUCACIÓN JURÍDICA EN LA FORMACIÓN DE FUTUROS PROFESIONALES

“Los profesores de Derecho moldean el modo en que los estudiantes deben pensar, sentir y actuar en sus futuros papeles profesionales. Parte de esto se enseña mediante ejemplos, y otra parte se aprende más activamente, a partir de interacciones que son como un curso práctico sobre

⁴ Se utiliza indistintamente el término “abogado independiente” y el de “abogado litigante”.

⁵ Entendemos por ONG, tal como lo define Quezada (1992:325), aquellas organizaciones sociales que “no tienen filiación política, no forman parte del gobierno, no buscan ganancias materiales. Son organizaciones laicas o religiosas, nacionales o internacionales, que surgen de diferentes clases sociales, con objetivos muy precisos y que se diferencian de su deseo de mantener una línea de acción autónoma delante de gobiernos y partidos políticos y por contar con la confianza de la población que atienden”.

el comportamiento típico de un abogado. Este entrenamiento constituye un factor importante en la vida jerárquica de un profesional. Codifica el mensaje de legitimidad de todo el sistema en los detalles más pequeños del estilo personal, de la rutina diaria, de los gestos, del tono de voz, la expresión facial, una plétora de sutiles pormenores que todos deben tener en cuenta" (Duncan Kennedy, 1982:40).

De manera introductoria, hacemos breve referencia sobre algunas de las particularidades más destacadas de la educación jurídica brindada por la Facultad de Derecho de la UNC. Para ello debemos tener en cuenta la existencia de un discurso hegemónico en lo jurídico, a saber: la cosmovisión positivista del Derecho.

Invitamos al lector a acompañarnos en el análisis descriptivo de lo que acontece en las aulas de dicha facultad, y articular, por un lado, las características más sobresalientes del positivismo jurídico con respecto al modelo curricular de la carrera en análisis, y, por otro lado, visualizar la tensión entre el tipo de orientación "racional hacia fines" y el tipo "racional hacia valores" (Weber, 1998).⁶

De manera habitual los alumnos de la Facultad de Derecho se ven expuestos a determinadas prácticas educativas que transmiten reglas implícitas y explícitas de competencia profesional. Dichas prácticas educativas involucran el aprendizaje de roles, de maneras de "pensar, ser y actuar" comunes a todos los individuos que han transitado el mismo camino educativo.

Precisamente, se puede poner en evidencia la existencia de factores que influyen decididamente en la formación y socialización profesional del alumno. Así pues, los contenidos curriculares, los métodos de enseñanza y evaluación, la relación pedagógica entre docente y alumno, la organización institucional, las tradiciones académicas, los ritos, entre otros, son todos factores que influyen en la formación de la subjetividad de los futuros egresados.

Como hemos anticipado, los profesionales del Derecho formados a partir del paradigma positivista adquieren una conciencia e identidad

⁶ Tales conceptos los tomamos de la distinción que Weber (1998) hace al elaborar las tipologías de acción social -racional de acuerdo a fines o valores, afectiva y tradicional y de pensamiento jurídico- para lo cual combina las categorías: racional-irracional y formal-sustantivo o material.

jurídica específica. Investigaciones llevadas a cabo por diferentes autores⁷ coinciden en afirmar la alta eficacia de la educación superior en la formación de un perfil determinado de abogado: aquel que se desempeña como técnico del Derecho y tiende a ejercer su profesión de manera independiente.

Concuerdan con dichas conclusiones las observaciones llevadas a cabo por Lista y Brigido (2002),⁸ quienes aportan indicios contundentes sobre la existencia de un discurso hegemónico positivo dentro de la Facultad de Derecho de la UNC, el cual determina tanto “lo pensable” como “lo impensable”⁹ dentro del campo educativo.

Para una mejor comprensión sobre la influencia del paradigma positivista en la formación de profesionales en el campo jurídico, invitamos al lector a reflexionar sobre las particularidades más sobresalientes de dicha cosmovisión.

La cosmovisión positivista define el Derecho como “un todo ordenado y único conformado por normas racionales, generales y abstractas emanadas del monopolio coercitivo y normativo del Estado”. En consecuencia, el Derecho en su conjunto es percibido como un ordenamiento, esto es, un ente nuevo, diferente a cada una de las normas que lo componen.

Visto así, el ordenamiento jurídico, siguiendo lo expuesto por Bobbio (1993:202), se basa en tres características fundamentales que se le atribuyen: unidad, coherencia y plenitud. La primera de ellas –la unidad– nos lleva directamente a un concepto formal, es decir, al modo en que las nor-

⁷ Agulla, 1990; Cardinaux y González, 2003; Fucito, 1995 y 2000; González y Cardinaux, 2004; Martínez Paz, 1995; UBA, 2003a y b; Vanossi, 1989 y 2000.

⁸ Ver Lista-Brigido, 2002.

⁹ Lo “pensable” es interpretado como el conocimiento jurídico que puede ser legítimamente transmitido y forma parte del proceso y los contenidos propios de la formación de los abogados. Se identifica con lo cotidiano, lo dado, el orden establecido que es aceptado, no cuestionado ni cuestionable. V. gr., la regla básica “pensable” es concebir el Derecho como un sistema normativo que refleja y genera orden. Consecuentemente, lo “impensable” es lo opuesto a lo pensable o legítimo en un contexto determinado, siendo importante, por lo tanto, controlar la brecha existente entre estos dos conocimientos. Lo “impensable” se identifica con la potencialidad de cambio, por la posibilidad de sentar diferentes maneras de concebir el fenómeno jurídico y romper con el orden establecido.

mas han sido establecidas y creadas, siendo el órgano legislativo el poder legitimado por el Estado como la única fuente productora de Derecho.

La segunda característica –la coherencia– es interpretada como la imposibilidad de que existan en el ordenamiento jurídico normas incompatibles entre sí. Así, la compatibilidad de una norma con su ordenamiento es condición necesaria para su validez. Por último, la plenitud implica que las leyes no poseen lagunas,¹⁰ es decir, que el mismo sistema es completo. Estas cualidades del ordenamiento jurídico permiten concebir la existencia del Derecho como un orden autónomo, objetivo, abstracto y separado de la realidad social de la que emana.

De esta manera, el positivismo jurídico permite concebir al Derecho como “ciencia”. Así concebida, la misma se presenta como una ciencia constructivista y deductiva que posee, por un lado, un objeto propio de conocimiento –la norma positiva– y, por otro lado, un método particular –la dogmática jurídica– que permite la elaboración de conceptos fundamentales que se extraen del propio ordenamiento jurídico, y que por dicho motivo no pueden ser puestos en discusión ni objeto de reflexión.

Consecuentemente, mediante una operación lógica deductiva, el jurista debe resolver, a partir de la aplicación analógica de las normas, todos los casos posibles que se le presenten, generando, por un lado, la interpretación –y con ello, la reproducción– del ordenamiento jurídico positivo mediante la aplicación de su propio método hermenéutico, y, por otro lado, la manutención del monopolio del Derecho como un sistema neutral.

Así concebido, el Derecho positivo constituye el máximo instrumento de control y generador de orden social en la modernidad; es por esto que nos preguntamos ¿cómo se articula la enseñanza del Derecho en la institución universitaria?

Cabe manifestar que la evidencia empírica¹¹ ha dado fuertes indicios de que la educación jurídica cumple con la función de ser vehículo del discurso jurídico dominante –iuspositivismo–; de esta manera se afirma

¹⁰ El principio de plenitud se presenta como necesario para conciliar otros dos principios fundamentales asumidos por el positivismo, aquel en virtud del cual los jueces nunca pueden crear Derecho y aquel que prohíbe la posibilidad de que los jueces nieguen dar solución a un caso que corresponda a su jurisdicción (BOBBIO, 1993:210).

¹¹ Ver Lista-Brigido, 2002.

una concepción de un ordenamiento jurídico “abstracto, coherente y consistente”, apartado de las prácticas sociales de donde verdaderamente emana.

El eje particular de la formación de grado del jurista posee una clara tendencia a reducir los espacios curriculares que promueven la formación general “humanista, crítica y reflexiva”, desvinculando la relación del Derecho con la vida social en su conjunto. De esta manera, si se observa el diseño curricular, la estructura de las asignaturas se cataloga con un marcado predominio de lo dogmático jurídico y de la formación de conciencia jurídica positiva, principalmente durante los primeros años de la carrera. Conforme a esto, se observa el dictado de disciplinas estrictamente “jurídicas” produciendo una clara separación –y con ello, desvalorización– del conocimiento calificado como “extrajurídico”.¹²

Asimismo, el predominio de la racionalidad instrumental en la enseñanza jurídica es una de las características más sobresalientes. La misma se identifica con enfatizar y reducir el conocimiento jurídico a la transmisión de textos, preferentemente la ley y subsidiariamente la doctrina y la jurisprudencia. De esta manera, la cosmovisión del abogado se ve reducida a un análisis unidimensional de los conflictos sociales. La aplicabilidad de la normativa vigente a un caso concreto es la manera de resolver “formalmente” las cuestiones jurídicas.

La fortaleza del modelo jurídico formal y técnico reside justamente en considerar al Derecho como un “sistema neutral”, apartándolo de la idea de ser un “instrumento ideológico”. Consecuentemente, se invisibilizan las “relaciones de poder” que él mismo ostenta, sesgando al campo de lo “extrajurídico” todo tipo de reflexión con respecto a las “consecuencias económicas, políticas y sociales” que se derivan de la aplicabilidad de las leyes y el accionar judicial. Es por esto que la “notoria ausencia de transmisión de contenidos valorativos” en el currículum de abogacía genera una profunda identidad o conciencia jurídica acrítica y neutral que promueve una determinada forma de “ver, conocer y ejercer el Derecho”.

¹² Podemos mencionar algunas de las materias entendidas como estrictamente “jurídicas” como son el “Derecho Penal o Civil”. Por el contrario, las asignaturas denominadas “extrajurídicas” son aquellas como la “Filosofía del Derecho o la Sociología Jurídica” que se encuentran desvalorizadas dentro de la institución educativa.

Se concibe así la reproducción y fortalecimiento de la identidad profesional orientada racionalmente hacia fines y no hacia valores (Weber, 1998), contribuyendo a la formación de un perfil profesional, a saber: “el técnico en Derecho”. Es la propia capacidad de la instrumentalidad formal y su potencialidad para generar orden y creencias sobre la legitimidad de la autoridad, lo que hace del Derecho y la enseñanza jurídica una herramienta potencialmente apta para consolidar la reproducción del sistema.

Invitamos a la lectura de la siguiente cita que, a nuestro criterio, permite resumir lo anteriormente expuesto:

“A partir de esta característica el jurista se convierte en una suerte de ingeniero social, o sea en un estudioso que por medio de su conocimiento puede intervenir sobre la realidad social controlándola, modificándola y dirigiéndola. Se estima que quien pretende tener un conocimiento capaz de predecir cuáles son los problemas y cuáles las soluciones que permiten librarse de los mismos –profecía de la salvación, en términos de Bourdieu (1989:43)– en vez de ayudar a las personas a tener un mayor control y libertad sobre sus vidas, las objetiva, las controla y, consecuentemente, reduce el ámbito de libertad en el cual las mismas se desenvuelven tal como lo explica Barman (1994b:217)”.

3. EL CAMPO PROFESIONAL

Nos proponemos en este apartado exponer las conclusiones más relevantes con respecto a las orientaciones valorativas de los abogados en el ejercicio de su profesión.¹³ Para ello debemos recordar que nuestro artículo tiene por objetivo principal realizar un análisis comparativo de dos perfiles de abogados diferentes: por un lado, aquellos que se desempeñan de manera independiente en la profesión y, por otro lado, aquellos que lo hacen en una ONG.

¹³ Los datos sobre las percepciones valorativas de los abogados litigantes fueron obtenidos entre 1998 y 2005, utilizando diversas técnicas de recolección, tanto cuantitativas como cualitativas, aplicadas a abogados de la ciudad de Córdoba capital (12); las mismas fueron realizadas por Carlos A. Lista, Silvana Begala y Ana M. Brigido, 2002. Los datos sobre las percepciones valorativas de los abogados de ONG fueron obtenidos entre 2006 y 2008, por Mariana A. Manzo, 2008, siguiendo el mismo método de recolección.

La razón de analizar el ejercicio profesional de ambos perfiles de abogados, reside en observar si existen diferencias en los móviles que guían su conducta en el campo jurídico. Tomamos como punto de referencia la influencia de la educación jurídica en la formación de identidad y conciencia jurídica, con su correlativa articulación en el campo profesional. Para ello dividiremos nuestra exposición en tres relaciones conflictivas, a saber: 3.1) la percepción del Derecho; 3.2) la percepción del sujeto de derecho; 3.3) la percepción de justicia.

3.1. LA PERCEPCIÓN DEL DERECHO

La primera reflexión que nos concierne en esta dimensión es aquella que pone en evidencia la existencia de dos cosmovisiones contradictorias con respecto a la percepción del derecho en el campo jurídico: a) por un lado, la visión iuspositivista, relacionada con el discurso hegemónico de la enseñanza jurídica; b) por otro lado, la cosmovisión alternativa del Derecho, que promueve la ruptura de los presupuestos positivistas, poniendo en duda todo lo que se encuentra normatizado y oficialmente consagrado como jurídico a través de un constante pensamiento reflexivo y crítico (Wolkmer, 1997:54). De esta forma, nos situamos en la tensión existente entre un “Derecho racional-formal” y un “Derecho material” (Weber, 1998), siendo este último aquel que incorpora elementos valorativos e ideológicos expresos como son la costumbre, los usos y las creencias sociales, que hacen a las propias prácticas comunitarias.

Trayendo a colación las conclusiones obtenidas en investigaciones precedentes (Lista y Brigido, 2002), podemos recordar que la formación académica recibida por los alumnos de Derecho promueve la formación de un tipo de conciencia jurídica específica: “la de un técnico en Derecho”. Las observaciones sobre el desempeño profesional de los abogados litigantes han dado fuertes indicios de que los mismos tienden a reproducir los presupuestos positivistas y por lo tanto de conducir su conducta –en el desempeño profesional– a través de una lógica racional e instrumental.

Las consecuencias de orientar su conducta profesional de manera instrumental implica, por un lado, concebir al Derecho desde una perspectiva dogmática, esto genera en los abogados liberales una fuerte convicción de que el Derecho posee una sola fuente de producción, la ley

emanada de un órgano del Estado habilitado a tal efecto -v. gr., Poder Legislativo- y que debe sólo ser aplicada e interpretada a través de un procedimiento lógico formal. La segunda consecuencia que se evidencia es la separación entre el “deber ser”¹⁴ relacionado con lo estrictamente normativo y el “ser” que hace a lo fáctico, a la realidad de donde emana la norma jurídica, produciendo una nítida descontextualización de la norma de su contexto social.

Esto lleva a los abogados independientes a la aplicación del Derecho de acuerdo a la legalidad y a la adecuación a la forma del procedimiento, independientemente de la legitimidad de dicha subsunción al caso concreto. En opinión de Bobbio (1993:137), el resultado de estos efectos es un jurista teórico más preocupado por la lógica y la estética del sistema que contribuye a construir que por las consecuencias prácticas de sus construcciones.

Frente a esta cosmovisión, se evidencia en el campo jurídico otra forma de concebir al Derecho -denominada “Derecho alternativo”- que rompe con los principales presupuestos del positivismo jurídico. Los datos empíricos en torno a los valores que orientan la conducta de los abogados de ONG dan fuertes indicios de la vinculación entre los principales presupuestos de esta cosmovisión y la manera de abordar el fenómeno jurídico por dichos abogados.

Consecuentemente, los adherentes a dicho paradigma sostienen una concepción teórica crítica, la cual reconoce como dimensión de juridicidad a las manifestaciones de la realidad -del mundo del ser- que generan un imperativo vinculante a la comunidad por ser prácticas consuetudinarias reconocidas por la tradición social.¹⁵ Se apartan, de esta manera, de la visión iuspositivista -deber ser-. Una segunda consecuencia es la lucha constante de sus representantes por generar una ruptura del mo-

¹⁴ El “deber ser” es aquella categoría imperativa que regula y sanciona conductas pre-establecidas en el discurso formal-legal.

¹⁵ Siguiendo lo expuesto por Wolkmer (1997:214), dichos sujetos poseen “capacidad de autoorganización y autodeterminación, interconectadas por formas de vida con intereses y valores comunes, compartiendo conflictos y luchas cotidianas que expresan privaciones y necesidades por derechos, legitimándose como fuerza transformadora del poder e instituyente de una sociedad democrática, descentralizadora, participativa e igualitaria”.

nopolio del Derecho por parte del Estado,¹⁶ dando lugar a la función emancipatoria del Derecho (Santos, 1998).

Esto lleva a concebir el fenómeno jurídico desde una dimensión plural, como un instrumento de cambio social, generador y productor de un nuevo espacio comunitario, caracterizado por lo público, lo descentralizado y lo participativo.

A modo de síntesis, estimamos conveniente expresar la siguiente reflexión: los abogados liberales orientan su conducta a través de una racionalidad formal e instrumental, consecuencia que se desprende principalmente de la reproducción los presupuestos del paradigma positivista en el campo jurídico. En contrario, los abogados de ONG orientan su conducta a través de la búsqueda de medios alternativos a la aplicación de la ley vigente y con ello la satisfacción de intereses colectivos, dando lugar a una orientación racional-valorativa de su conducta.

3.2. LA PERCEPCIÓN DEL SUJETO DE DERECHO

La segunda relación conflictiva a tratar hace referencia a la concepción del “sujeto de derecho”. Basta recordar que esta temática se encuentra íntimamente relacionada con las diferentes cosmovisiones de Derecho a la cual se adhiera uno u otro perfil de abogado.

De los datos empíricos obtenidos y del análisis comparativo realizado de los mismos, se puede afirmar que prácticamente existe unanimidad en considerar que el vínculo que se genera entre el abogado y el individuo que solicita la opinión profesional es concebido de manera diferenciada por ambos perfiles de profesionales.

En esta dirección, los abogados de ONG niegan tener una vinculación contractual con el cliente que solicita su servicio profesional. Consecuentemente, se pueden advertir dos circunstancias: a) su relación es planteada en términos de igualdad “de sujeto a sujeto”; b) se considera, por lo

¹⁶ La función del Derecho en la cosmovisión positivista se caracteriza por ser una función eminentemente regulativa del Derecho, a saber, aquel identificado como un instrumento de control social generador de orden y reproductor del statu quo de la sociedad. Dicha función regulativa entra en tensión a través de la función emancipadora del Derecho, propia de la cosmovisión alternativa, que visualiza al Derecho, ya no como un instrumento de control social, sino, por el contrario, como una herramienta de expansión y generadora de cambio social.

tanto, que el conocimiento del Derecho no es algo que se transmite unilateralmente del profesional al cliente sino, por el contrario, se construye, se aborda y se resuelve dinámicamente entre ambos individuos.

Si pasamos ahora a considerar lo expuesto por los abogados liberales, en ningún momento pusieron en tela de juicio la vinculación unidireccional de “profesional-cliente”. Se evidencia que: a) los mismos sientan un vínculo contractual con su cliente, quien solicita la prestación de un servicio en particular; b) su concepción del conocimiento es vista de manera individual, cuya transmisión se realiza unilateralmente: “desde quien posee el conocimiento específico para abordar el fenómeno jurídico, interpretando y aplicando la normativa vigente al caso concreto, hacia quien no posee dicho conocimiento”.

Parece necesario señalar la correlación entre los principios del positivismo jurídico, la formación académica recibida y su posterior aplicación en el campo profesional. El discurso jurídico dominante -v. gr., iuspositivismo- es “vehículo” por medio del discurso pedagógico -que se establece en la institución educativa- con sus evidentes consecuencias en el campo profesional, v. gr., concepción sobre el sujeto de derecho que abordan los abogados liberales.

Si a ello adicionamos las reflexiones vertidas por los abogados de las ONG, ampliamente se evidencia el paralelismo entre la concepción alternativa del Derecho con la manera de abordar el vínculo profesional. La concepción del sujeto de derecho, en efecto, no podría distar de la expuesta, ya que los mismos interpretan que el Derecho no posee una sola fuente de producción jurídica sino, por el contrario, el mismo surge de las prácticas sociales. En consecuencia, las mismas prácticas comunitarias sólo pueden ser interpretadas desde una visión conjunta, ponderando intereses en común que poseen tanto el abogado de ONG como el individuo que solicita su colaboración.

3.3. LA PERCEPCIÓN DE LA JUSTICIA

El siguiente y último punto comparativo que pasaremos a sintetizar es el referente a la visión de justicia que poseen ambos perfiles de abogados entrevistados. Basta tener presente que en conjunto se abordará la temática de la “justicia como valor”. Sentado ello, traemos a colación

las siguientes reflexiones expuestas por los abogados liberales en torno a la temática que nos concierne: a) Se advierte que existen motivaciones iniciales que influyen en la elección de la carrera de abogacía caracterizando la noción de justicia como “valor”. Sin embargo, durante el cursado, la idea respecto de la justicia y su relación con el Derecho se relativizan, generando poca reflexión sobre el contenido de la misma. b) Existe una fuerte presencia de un concepto formal de justicia, la misma es abordada desde una noción instrumental a medida que se avanza en la carrera y el ejercicio de la profesión. En consecuencia, la noción de justicia se separa de su contenido sustancial, generando la disociación de la utilización del Derecho con la idea de realización de justicia. c) Se refuerza dicha instrumentalidad cuando el Derecho, como herramienta en manos del abogado, es identificado solamente con intereses particulares sin atender a la satisfacción de otro tipo de valores.

En similar valoración abordaremos lo expuesto por los abogados de ONG con respecto a la noción de justicia en las diferentes etapas anteriormente mencionadas: a) Se observa claramente la noción de justicia como valor en las expectativas y motivaciones iniciales que influyeron en la determinación de la vocación jurídica de los entrevistados. b) A medida que existe un progresivo avance en el cursado de la carrera de abogacía, se evidencian ciertas contradicciones entre la noción ideal de justicia que ostentan inicialmente los entrevistados y la ausencia de transmisión de su contenido en el ámbito universitario -v. gr., transmisión de un concepto formal de justicia-. Esto lleva a la búsqueda y la satisfacción de sus intereses valorativos a través de la realización de diferentes actividades fuera de la currícula académica. c) Se evidencia en el desempeño profesional una idea de “justicia sustancial”, ligada a compromisos valorativos expresos, que orientan su conducta, tanto en lo personal como en lo profesional. En efecto, la constante búsqueda de la realización de justicia se realiza por medio de la representación de intereses colectivos y la formación de una sociedad más justa y democrática.

A esta altura, resulta conveniente realizar una síntesis del punto desarrollado, advirtiendo que “existe una clara tensión entre la percepción valorativa de la justicia en ambos perfiles de abogados. Como se puede observar en las reflexiones expresadas anteriormente, los abogados liberales poseen una noción instrumental y formal de la justicia que se evi-

dencia al momento de desempeñarse como profesionales en el campo jurídico. La misma noción instrumental de la justicia se resume en la subsunción de la ley vigente a un caso concreto, independientemente de los intereses colectivos que se satisfagan o se perjudiquen. *A contrario sensu*, podría concluirse que los abogados de ONG definen la justicia a través de la adhesión expresa a valores, otorgándole un elemento sustancial a la formalidad conceptual. Evidentemente esto conduce a la tensión entre un Derecho formal y abstracto y a un Derecho material”.

Antes de dar por concluido el abordaje de la dimensión de la justicia, resulta pertinente, para un análisis profundo de la cuestión, preguntarse dónde es ubicada la justicia, quién o quiénes se encargan de ella. Partiendo del análisis realizado, se observa que la justicia es ubicada y representada por diferentes sujetos, en uno u otro perfil de abogado. En esta dirección se entiende que la noción de justicia en el abogado independiente se reduce a un concepto formal e instrumental, lo cual lleva a la pérdida de contenido valorativo y a la falta de consideración de la misma en la actividad profesional. El lugar de la justicia, en efecto, es trasladado a la figura del juez, quien debe administrar justicia conforme a Derecho, lo que implica exigir, por la mayoría de las partes interesadas, la aplicación de la ley, la garantía del debido proceso y el comportamiento ético de las partes en el mismo. Sin embargo, en algunos casos puntuales se puede visualizar la petición en juicio de llegar a la justicia sustancial a criterio del juez.

Como hemos anticipado, la justicia para los abogados de ONG es la fuente movilizadora de su conducta. La misma se relaciona con una expresa adhesión a valores comunitarios. Es por esto que la actuación profesional de los abogados se relaciona con la búsqueda de una “verdad real” identificada con la lucha y representación de intereses colectivos y de clases más desfavorecidas. Cabe puntualizar que dicha noción no es trasladada a la figura del juez, sino, por el contrario, se efectiviza en la propia ciudadanía y en la responsabilidad individual que se ostenta como sujetos pertenecientes a una comunidad.

4. CONCLUSIÓN

Conforme a lo desarrollado en nuestro trabajo podemos dar por finalizado el análisis comparativo de las percepciones valorativas de los aboga-

dos. Efectuaremos un breve repaso de las cuestiones más trascendentes de nuestra exposición, haciendo mención de aquellas sobresalientes.

Para esto, consideramos, en primer término, que el desarrollo de nuestra investigación permitió dar continuidad a una línea de trabajo que se estaba llevando a cabo en el ámbito de la sociología jurídica. La importancia de abordar este campo de análisis implica articular la formación académica recibida por los alumnos de la Facultad de Derecho y su correlativa influencia en el campo profesional, siendo la formación de conciencia jurídica una temática trascendente para nuestra actualidad.

Basta con mencionar la importancia de conocer el proceso de socialización profesional, el cual posibilita realizar una evaluación tanto de la calidad educativa como de la institucional, contribuyendo a reforzar, o cambiar, las prácticas educativas íntimamente relacionadas con el desempeño profesional y las orientaciones valorativas de los egresados.

En segundo término, sin pretender ahondar en las reflexiones comparativas de ambos perfiles de abogados desarrolladas a lo largo del artículo, y sólo de manera sintética, queríamos traer a colación algunos puntos de reflexión, a saber:

Conforme a la evidencia empírica analizada, se nos posibilitó inducir la existencia de diferencias sustanciales en las orientaciones valorativas de ambos perfiles de abogados en el ejercicio de su profesión. Dichas diferencias pueden visualizarse en la manera en que estos profesionales orientan su conducta en el campo jurídico, articulando, por un lado, las orientaciones racionales hacia fines con la conducta de abogados liberales, y, por otro lado, las conductas racionales hacia valores con los abogados de ONG (Weber, 1998).

Llevadas estas inducciones al campo práctico, se evidencia una adhesión acrítica a los presupuestos positivistas, y una reproducción de los mismos en el desempeño profesional del abogado litigante, el cual es coherente con las prácticas institucionales y educativas recibidas en la Facultad de Derecho. Recordamos que dicha socialización educativa no favorece una orientación valorativa que contradiga las ideas dominantes sobre la función del Derecho y esto se manifiesta claramente en la forma en que se comportan profesionalmente los abogados indepen-

dientes. Se confirma, de esta forma, una notoria ausencia de contenidos referidos explícitamente a valores y a problemas axiológicos.

Respecto a los abogados de ONG, se observa que los mismos poseen una alta convicción ideológica y política, lo que genera contradicciones y ambigüedades durante el cursado de la carrera de Derecho. Se evidencia una constante tensión entre la formación instrumental y formal, propia de la socialización educativa, y la concepción de Derecho material o sustancial (Weber, 1998:603) que ellos manifiestan.

En efecto, se advierte que el desempeño profesional en las organizaciones permite hacer uso de lo jurídico de manera alternativa a los estándares sociales, visualizando los abogados de ONG al Derecho como una herramienta al servicio de la política e ideología, en representación de causas sociales. Se genera, por lo tanto, rupturas con el perfil tradicional del abogado, aquel que es identificado como un profesional técnico en Derecho.

En conclusión, se da por finalizada la presente exposición, ya que no es intención de la autora expresar un juicio valorativo sobre lo analizado, sino dotar al lector de la información y posturas relativas a la temática observada a fin de que él mismo juzgue sobre la trascendencia de la función que cumple la educación jurídica en la actualidad. Nuestra humilde intención es, en fin, contribuir con el análisis crítico sobre la enseñanza del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- AGULLA, Juan Carlos, *El profesor de Derecho. Entre la vocación y la profesión*, Buenos Aires, Cristal, 1990.
- BAUMAN, Zygmunt, *Pensando sociológicamente*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1994, pp. 7-24.
- BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993.
- BRIGIDO, A. M., "La enseñanza del Derecho: qué piensan los protagonistas", en *Ponencia presentada en el III Congreso de Sociología Jurídica*, Buenos Aires, 2002.
- BRIGIDO, A. M y A. TESSIO CONCA, "Los abogados en el ejercicio de la profesión y su perspectiva sobre la formación profesional", en *Actas del V Congreso de Sociología Jurídica*, Santa Rosa, La Pampa, 2004, pp. 659-667.

LA INFLUENCIA DE LA EDUCACIÓN JURÍDICA EN LA FORMACIÓN VALORATIVA DE
LOS ABOGADOS

MARIANA ANAHÍ MANZO

BUSTELO GRAFFIGNA, Eduardo, "El abrazo", en *Reflexiones sobre las relaciones entre el Estado y los Organismos No Gubernamentales*, en *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad Nacional de Quilmes, Bernal, Buenos Aires, 1998.

CAPELLA, J. R., "La crisis actual de la enseñanza del Derecho en España", en VV. AA., *La enseñanza del Derecho*, Seminario de Profesores de la Facultad de Derecho, Institución "Fernando el Católico", Zaragoza, España, 1985, pp. 27-28.

CARDIUX, Nancy y Manuela GONZÁLEZ, "El Derecho que debe enseñarse", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 1, nro. 2.

DURKHEIM, Emile, *Historia de la educación y de las ideas pedagógicas. La evolución pedagógica en Francia*, Madrid, Ediciones de la piqueta, 1992.

FUCITO, Felipe, *El profesor de Derecho en la Universidad de Buenos Aires y Nacional de La Plata. Un estudio comparativo*, La Plata, UNLP, 2000.

GONZÁLEZ, Manuela y Nancy CARDIUX, "La formación docente universitaria y su relación con los 'modelos' de formación de abogados", en *Cursos y de formaciones docentes*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2004.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1995.

KENNEDY, Duncan, "Legal Education s training for Hierarchy", en *The Politics of Law. A Progressive Critique*, New Cork, Panteón Books, 1982, pp. 40-61.

LISTA, C. y A. M. BRIGIDO, *La enseñanza del Derecho y la formación de la conciencia jurídica*, Córdoba, Sima Ediciones, 2002.

LISTA, C. y S. BEGALA, "El discurso jurídico de la enseñanza jurídica: entre lo instruccional y lo regulativo", en *VI Congreso de Sociología Jurídica*, Buenos Aires, 2005.

LISTA, Carlos A., "Acceso, permanencia y egreso de las carreras de abogacía de la Universidad Nacional de Córdoba: tendencias y perspectivas", en *Anuario VI del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, 2002.

– *El proceso socializador de los profesionales del Derecho: análisis de los objetivos de la enseñanza*, Informe presentado a la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de Córdoba, 1998.

– "Ingreso, matrícula y egreso de las carreras de abogacía en la Argentina: tendencias y perspectivas", en *Actas II Congreso Nacional de Sociología Jurídica*, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2001, pp. 805-816.

- MANZO, Mariana, *Influencia del actual modelo de enseñanza jurídica en las orientaciones valorativas del ejercicio profesional: análisis comparativo entre abogados litigantes y abogados representantes de ONG*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, 2007-2008.
- MARTÍNEZ PAZ, Fernando, *La enseñanza del Derecho*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Educación, 1995.
- QUEZADA, Sergio, *Del anonimato al protagonismo: los Organismos No Gubernamentales y el éxodo centroamericano*, Academia de Derechos Humanos, México, 1999, p. 325.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *La globalización del Derecho*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1998.
- TESSIO, Adriana, *Código y reglas en el proceso de formación profesional. Experiencias académicas de los estudiantes de abogacía de la Universidad Nacional de Córdoba*, Mimeo, 2003.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo, "¿Es posible un debate racional sobre educación universitaria?", en *La educación, política de Estado*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Academia Nacional de Ciencias Córdoba, Advocatus, 2000, pp. 31-48.
- *Universidad y Facultad de Derecho: sus problemas*, Buenos Aires, Eudeba, 1989.
- WEBER, Max, *Economía y sociedad*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1998.
- WOLKMER, Antonio, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura en el Derecho*, São Paulo, Alfa Omega, 1997.

El caso “Clínica Junín”: representación del conflicto y de la justicia en el discurso de los actores. Derechos sociales, democracia y ciudadanía

LETICIA GAVERNET*

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo¹ se inscribe en la línea de conflicto social y justicia, advirtiendo que en nuestro país los reclamos y pedidos de justicia han tenido un carácter amplio y polifacético, desde marchas por pedidos de educación, hasta trabajadores que ponen en funcionamiento las fábricas quebradas. Pero a pesar de las diferencias se puede observar que estas prácticas tienen en común el tratarse de acciones colectivas (no necesariamente en el sentido de movimientos sociales, sino de redes de interacción con funciones de sociabilidad, generación de conciencia colectiva e identidad), contenciosas (puesto que son utilizadas por personas que no tienen acceso regular a las instituciones y que actúan en nombre de sus reivindicaciones conduciéndose de un modo que resulta amenazante para otros) y a lo que se suma el descubrimiento en los últimos años del uso estratégico de lo legal.²

* Abogada. Maestría en Sociología, Centro de Estudios Avanzados y Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Becaria de pregrado período 2004-2005 en Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.

¹ El mismo forma parte del Proyecto de investigación: “El caso Clínica Junín: La representación del conflicto y de la justicia en el discurso de los actores”. Directora: Patricia Scarponetti. Colaboradora: María Alejandra Ciuffolini.

² Para el concepto de acción colectiva contenciosa, véase: FARINETTI, Marina, “Violencia y risa contra la política en el Santiagueñazo”, en *Revista del CECYP: Apuntes de investigación*, nro. 6, Buenos Aires, noviembre de 2000, pp. 9-32 y 77-126. Véase al respecto pp. 12 y 96; TARROW, Sydney, *El poder en movimiento. Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*, Madrid, Alianza, 1997; SCARPONETTI, Patricia, “El po-

En este marco, el caso de la “Clínica Junín” es una forma de protesta particular que se inscribe dentro del fenómeno de fábricas recuperadas que se inició a partir de la crisis del 2001 y a raíz del cierre de numerosas empresas que son puestas a producir por gestión de los propios trabajadores. En la investigación realizada se pretendió analizar las relaciones que el discurso visibiliza entre prácticas sociales, identidad y conflicto, utilizando la técnica de análisis de discurso. Se analizaron no sólo los fallos judiciales sino también entrevistas realizadas a los trabajadores que conforman la Cooperativa de la Clínica Junín, se buscó dar cuenta del esquema representativo con el que los actores (y en comparación con los operadores de la justicia) simplificaban y condensaban el mundo al señalar y codificar selectivamente objetos, situaciones, acontecimientos, experiencias y acciones.

Por razones de extensión, el presente trabajo aborda los principales hallazgos de la investigación antes mencionada respecto a las nociones de Derecho y justicia, y el uso que los sectores en conflicto y los operadores jurídicos hacen de las mismas en la defensa de sus intereses.

LA CRISIS DEL 2001

Para comprender el caso es necesario establecer que la crisis orgánica que afectó a nuestro país en diciembre de 2001 no es la crisis de “un tipo de capitalismo” o modelo de acumulación rentístico-financiero ni de “un tipo de democracia”, sino que implicó una crisis mucho más profunda que llevó a cuestionar la democracia desde su fundamento más básico: el de representación (involucrando crisis de legitimidad y gobernabilidad), y al sistema capitalista en su derecho fundamental: la propiedad privada (a través del movimiento de desocupados más grande del mundo y el incipiente fenómeno de empresas recuperadas), e hizo visible la opinión de la sociedad civil que había estado ausente por años.

Sin embargo, a pesar de que la crisis orgánica se expresaba como una crítica en las bases de la democracia y en el cuestionamiento del derecho a la propiedad privada, esto no se tradujo en la realidad, como una salida de la crisis, donde la sociedad civil impusiera su interés sobre

der del Derecho”, Documento presentado a la reunión del CLACSO: *Justicia y Sociedad*, Córdoba, 9 al 12 de agosto de 2004.

el de los otros grupos de poder que producían este empate hegemónico. Para Gramsci, “el ejercicio normal de la hegemonía está caracterizado por la combinación de fuerza y consenso, en equilibrio variable, sin que la fuerza predomine demasiado sobre el consenso”.³ Ante esta definición, los intelectuales progresistas⁴ plantearon la crisis argentina como un “empate hegemónico” entre las dos fracciones en pugna en el país, es decir, los grupos económicos locales versus las fracciones del capital extranjero representadas en los servicios privatizados.

En diciembre de 2001, ninguno de los dos sectores económicos en pugna estaba en condiciones de imponer, dentro de este equilibrio entre fuerza y consenso, su postura, generando un espacio para que la sociedad civil diera respuestas a nuevas demandas que no encontraban espacio en la estructura estatal. Pero, al mismo tiempo, se deben tener en cuenta “las condiciones de reestabilización capitalista generadas por las contratendencias presentes en toda crisis, si esa crisis no se traduce en la disgregación estatal y en la capacidad de las clases explotadas de asumir un papel dirigente”.⁵ A pesar de que la sociedad civil no asumiría un rol decisivo en la salida de la crisis, esto no imposibilitó que en pequeños sectores de las masas se desarrollaran ideas que se dirigían en tal sentido. Tal fue el caso de los trabajadores que integraron el movimiento de empresas recuperadas, los que, en su acción, “replanteaban la jerarquía relativa del derecho al trabajo y de la propiedad privada”.⁶

A estos acontecimientos debe sumarse que la depresión de la economía resquebrajó el mecanismo de coacción económica al fugarse los capitales, al confiscarse los ahorros de la clase media, en el contexto de devaluación que terminó con el régimen de convertibilidad y la estabilidad en los precios. El colapso financiero-institucional que se desencadena en diciembre de 2001 se expresaba en la fuga de reservas, la parálisis del circuito comercial y productivo, la caída de la producción industrial

³ GRAMSCI, Antonio, *Cuadernos de la cárcel*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1984.

⁴ BASUALDO, Eduardo, *Sistema político y modo de acumulación en la Argentina*, Buenos Aires, UNQ-FLACSO-IDEP, 2001.

⁵ SANMARTINO, Jorge y Manolo ROMANO, “Crisis de dominio burgués: reforma o revolución en Argentina”, en *Revista Estrategia internacional*, nro. 18, Buenos Aires, febrero de 2002.

⁶ PALOMINO, Héctor, “La Argentina hoy. Los movimientos sociales”, en *Revista Herramienta*, Buenos Aires, 2004.

y el comienzo de cierre de numerosas fábricas. Los índices de desocupación superaban todos los récords históricos y la precarización laboral se agudizaba; imperaban la desnutrición infantil, el hacinamiento en las viviendas, y los trabajadores cartoneros, que recorrían las calles de las ciudades para combatir la miseria.

Éste es el contexto donde se produce el conflicto de la Clínica Junín en Córdoba, que como todo movimiento social en la Argentina, refleja el esfuerzo de reconstrucción de los lazos sociales a través de nuevas formas de organización, y obtiene legitimidad al mostrar, de cara a la sociedad, soluciones originales para la pobreza y el desempleo por “fuera” del sistema económico institucionalizado.

MARCO CONCEPTUAL

En el marco de la investigación, se estableció que la protesta social (en tanto lugar de articulación de formas de visibilidad y enunciación de diversos reclamos y pedidos de justicia) tenía en nuestro país un carácter amplio y polifacético, donde, más allá de las diferencias, se evidenciaba un conjunto de prácticas comunes que podrían resumirse en los siguientes temas: 1) se trata de una “acción colectiva”, pero no necesariamente supone la existencia, ni es expresión exclusiva de los movimientos sociales.⁷ Estas acciones colectivas suponen la presencia de redes o estructuras de interacción, de las que se nutren los potenciales participantes activos de las demandas, protestas. Justamente estas redes, en torno a los intereses compartidos, son las que cumplen las funciones de sociabilidad y generación de conciencia colectiva e identidad, que se manifiestan en estos episodios de acción colectiva; 2) es una “acción colectiva contenciosa”. Ésta, como lo señala Tarrow (1997),⁸ puede ser breve o mantenida; institucionalizada o disruptiva, monótona o dramática; lo cierto es que siempre es usada por gente que no tiene acceso regular a las instituciones, que actúa en nombre de viejas o nuevas reivindicaciones y que se conduce de un modo que constituye una amenaza para otros, y 3) un hecho sobresaliente de los últimos años es el progresivo descubrimiento de la ley por parte de diversos actores de la protesta,

⁷ FARINETTI, *Violencia y risa contra la política del Santiagueñazo* cit.

⁸ TARROW, *El poder en movimiento. Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política* cit.

que lleva a algunos de ellos a un uso estratégico de lo legal y lo judicial “como espacio de acción política de los ciudadanos”⁹ (Scarponetti, 2004).

Cabe destacar que el poder de los movimientos sociales se pone de manifiesto cuando los ciudadanos corrientes unen sus fuerzas para enfrentarse a las elites, a las autoridades y a sus antagonistas sociales. Crear, coordinar y mantener esta interacción es la contribución específica de los movimientos sociales, que surgen precisamente cuando se dan las oportunidades políticas para la intervención de agentes sociales que normalmente carecen de ellas. Estos movimientos atraen a la gente a la acción colectiva por medio de repertorios conocidos de enfrentamiento e introducen innovaciones en torno a sus márgenes. En definitiva, el acto irreductible que subyace a todos los movimientos sociales es la “acción colectiva contenciosa”.

En cuanto al objetivo común, es claro que las personas se aglutinan para plantear exigencias comunes a sus adversarios, los gobernantes o las elites. Sin embargo, esto no obliga a asumir que todos los conflictos surgen de intereses de clase o que el liderazgo carece de autonomía, sino sólo que sobre la base de las acciones colectivas se encuentran intereses y valores comunes o solapados entre sí. El “reconocimiento” de este interés como denominador común traduce un movimiento potencial en una acción colectiva, donde se expresan sentimientos de identidad y solidaridad. Y el hecho de “mantener” la actividad colectiva frente a los antagonistas es lo que lo diferencia de una simple confrontación.

Respecto a la utilización de prácticas jurídicas alternativas, y tal como lo establece Wolkmer (2002): una de las alternativas posibles para trascender la exclusión y las privaciones proviene de la presión y la fuerza movilizadora de los nuevos sujetos sociales, que, por voluntad propia y por la conciencia de sus reales intereses, son capaces tanto de crear nuevos derechos como de luchar por el mantenimiento y la efectividad de los derechos ya conquistados.¹⁰

Para el autor, la práctica de una justicia alternativa se corresponde con el reordenamiento de la sociedad civil y con la consolidación de un

⁹ SCARPONETTI, *El poder del Derecho* cit.

¹⁰ WOLKMER, Antonio Carlos, “Sociedad civil, poder comunitario y acceso democrático a la justicia”, en *El otro Derecho*, nro. 26-27, Bogotá, ILSA, 2002, pp. 135-147.

espacio local más plural, democrático y participativo. Así, esta nueva justicia se traduce en una variante distinta de aquella que fue instituida como obligatoria y burocratizada, impuesta por el poder oficial del Estado, que toma partido por el cambio de lado, “hacia las mayorías sin justicia, oprimidas y marginalizadas”. Este derecho alternativo expresa el inconformismo y la crítica a la estructura jurídica estatal, con sus aparatos institucionales, y la necesidad de superación de la justicia tradicional.

Tal como establece el autor, el Derecho no puede ni debe ser identificado pura y simplemente con la ley descrita, sino que las normas deben reproducir la manifestación de “lo justo” y rebelarse como garantía frente a lo arbitrario sin límites de poder.

En relación con el marco legal en la problemática específica de las empresas recuperadas, y tal como explica Esteban Magnani,

la decisión de ocupar fábricas, como ya debe haber quedado claro, tiene su origen en una serie de necesidades sociales e individuales que no admiten opción. El desafío no es sólo la construcción de una fuerza física capaz de resistir los embates directos de otros actores sociales; también resulta necesario encontrar un marco legal que permita un funcionamiento que no sea legítimo sólo desde lo moral, sino también desde lo legal (al menos a mediano plazo), y que permita volcar las energías hacia la producción en lugar de tener que dedicarlas a la resistencia (...) Éste es el desafío para los abogados que representan a los distintos grupos de trabajadores: encontrarle un marco legal a esta necesidad de los obreros de ocupar, resistir, producir y vender los frutos de su trabajo en una empresa que, por las razones que sean, dejó de funcionar en manos de sus dueños...¹¹

EL ANÁLISIS DE LAS ENTREVISTAS

En relación con las entrevistas realizadas a los trabajadores de la clínica, se pudieron observar significativos desplazamientos referidos a la identidad y subjetividad de los mismos. Si bien su propia representación estaba marcada por el lugar de trabajo, a raíz del proceso de lucha se amplía la esfera de sus funciones, inscribiéndose en el ámbito de lo

¹¹ MAGNANI, Esteban, *El cambio silencioso. Empresas y fábricas recuperadas por los trabajadores en la Argentina*, Buenos Aires, Prometeo libros, 2003, pp. 91-92.

público y asumiendo una identidad colectiva. Los trabajadores se sienten parte de un proyecto donde todos son protagonistas y donde los aciertos o fracasos no son individuales sino que se atribuyen al colectivo, desarrollando sus potencialidades y brindando a la comunidad una salud distinta (alejada de los parámetros de lucro). Acerca del conflicto, se produce un desplazamiento de la lucha inicial, que se relaciona con la conservación de la fuente de trabajo, hacia la aspiración social de cambiar el modelo de salud vigente. De esta manera, queda establecido como prioritario el brindar salud a los sectores más necesitados juntamente con la defensa de la cultura del trabajo.

En cuanto a los derechos invocados en el discurso de los trabajadores, se establece que en la Constitución Nacional existe una confrontación entre el derecho al trabajo y el derecho a la propiedad privada, entendiendo que el derecho a la propiedad privada debe limitarse en función de que fue adquirida de manera fraudulenta. En algunos casos se enfatiza el derecho a trabajar y dar trabajo, en el marco de un discurso que aspira al cumplimiento de la ley al reclamar que se hagan efectivas las medidas judiciales que les permitirían desempeñar su trabajo.

En relación con la noción de justicia, si bien se reconocen deficiencias o privilegios en la normativa vigente, se solicita una modificación del esquema a raíz “de que la realidad de este país cambió”, es decir, estrictamente vinculado a la situación de crisis actual y no como un cuestionamiento de carácter general.

Cabe destacar que las demandas de igualdad pertenecen al plano del deber ser, puesto que existe una concepción de no estar siendo garantizadas en la actualidad. En última instancia se concibe que los derechos se adquieren mediante la lucha, pero se resalta la necesidad de que el Estado intervenga y las leyes se modifiquen para contener –y regularizar– su situación. Por ello, resulta significativo que, luego de su intervención en el proceso de lucha, el sujeto adquiere una nueva cosmovisión acerca de la politización del conflicto y concibe que las reivindicaciones sólo se obtienen mediante la presión política, el reclamo activo y la defensa efectiva de sus derechos.

En relación con la forma de organización mediante cooperativa, el fenómeno en el cual los trabajadores se encuentran inmersos –empresas

recuperadas-, la noción de justicia y las medidas reclamadas, el discurso enfatiza su inclusión dentro de la normativa vigente, el espíritu de la Constitución Nacional y la noción del Estado actual, es decir, que no se contraponen al sistema normativo argentino. Los trabajadores demandan la intervención del Estado y la modificación de la legislación actual para contemplar su situación, institucionalizando el conflicto.

EL ANÁLISIS DE LOS FALLOS

El análisis de los fallos nos sumerge en el debate entre diferentes concepciones del Derecho: por un lado, una ciudadanía que recoge y se cree merecedora de los derechos sociales (tal como fueran estipulados en la reforma constitucional del año 1994); por otro, la institucionalidad judicial inscrita aún en la lógica de los derechos individuales (y de la vieja definición del Derecho Laboral como primordial Derecho social), que no alcanza a comprender la realidad que enmarca el conflicto.

Tal como lo expresan Abramovich y Courtis,¹² existen dos grandes modelos o paradigmas de regulación jurídica que, si bien no son exhaustivos y sí tal vez demasiado genéricos, resultan trascendentes a la hora de vislumbrar el origen histórico y el contexto político-ideológico de la matriz regulatoria de cada Derecho. En primer lugar, encontramos el modelo del Derecho Privado clásico, que abstrae los rasgos más notorios de la codificación civil continental europea y la doctrina contractual clásica del Derecho anglosajón en los siglos XVIII y XIX. En segundo lugar, el modelo del Derecho social, que capta los aspectos modificatorios de la regulación de accidentes de trabajo y contratación laboral en Europa en el siglo XIX, y que se completa progresivamente con la intervención estatal en el campo de la educación, la salud y la seguridad social en el siglo XX.

Los rasgos que caracterizan al modelo de Derecho Privado clásico transcriben en términos jurídicos los presupuestos y prescripciones de la economía política clásica y la teoría liberal acerca de las funciones del Estado. Traducido a términos jurídicos, estos presupuestos generarían: 1) la construcción de sujetos de derecho individuales; 2) la equivalencia

¹² ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

de los sujetos de derecho, expresada en nociones tales como la igualdad ante la ley y la igualdad de las partes contratantes; 3) la consagración del principio de autonomía de la voluntad, la limitación de las funciones del Estado a la creación de reglas generales y abstractas (legislación); 4) la protección de bienes jurídicos individuales y de las condiciones institucionales de equilibrio económico (seguridad y defensa), y 5) el diseño de acciones procesales individuales, en las que la medida de legitimación es la afectación individual de derechos.

Éste es el discurso imperante en los actores jurídicos en el caso de la “Clínica Junín”, representados por la figura del juez de Instrucción y la Cámara de Apelaciones, quienes se enmarcan en la defensa de los derechos civiles entendidos como la necesidad de configurar un espacio autónomo de actuación del individuo donde la intervención del Estado sea mínima y se aseguren primordialmente derechos patrimoniales. El papel del Estado se reduce a definir, proteger y restablecer los derechos violentados, pero no se concibe la posibilidad de tomar decisiones que desplacen las decisiones individuales o que afecten bienes sujetos a estas decisiones.

En otro sentido, el segundo paradigma corresponde al derecho social, que si bien no sustituye completamente el modelo de derecho Privado clásico, implica la revisión de las disfunciones de este último, reformulando particularmente los presupuestos de la teoría de la sociedad y de las relaciones sociedad-individuo. De esta manera, el nexo entre los individuos ya no se concibe como inmediato y autónomo, sino que se encuentra mediado por la sociedad que conforman, y que cumple un rol regulador, mediador y redistributivo. Este paradigma de derecho social se relaciona con el modelo del Estado de bienestar o Estado social, que establece la necesidad de intervención estatal efectiva.

Los postulados del modelo de Derecho social, traducido en términos jurídicos, generan: 1) la introducción de dimensiones colectivas en el derecho; 2) la consideración de desigualdades materiales, de poder político y económico y de información generando principios de interpretación y reglas procesales acordes; 3) el establecimiento de limitaciones al principio de autonomía de la voluntad, como el establecimiento de los mínimos de interés público indisponibles por los individuos; 4) el Estado asumiendo funciones de promoción de oportunidades a grupos despla-

zados, a través de su gestión directa, sus funciones de regulación y control, la tutela de bienes colectivos o su actuación como mediador/pacificador en conflictos colectivos; 5) la incorporación de acciones procesales colectivas o transindividuales, en las que el actor legitimado representa intereses grupales o invoca la tutela de bienes colectivos.

Tal como se analizara en el plano discursivo en los fallos del caso de la “Clínica Junín”, ésta es la noción del derecho que impera en el discurso de los propios trabajadores y, en mayor medida, del fiscal de Instrucción de la causa, que no sólo demandan la defensa del derecho al trabajo (que fuera la primera expresión histórica del modelo del derecho social) sino que reclaman, de manera colectiva y con trascendencia social, la intervención estatal ampliándola al campo de la salud, la subsistencia y la seguridad social.

Resulta trascendente que el fiscal utilice para la argumentación la defensa de la seguridad jurídica, entendiéndola, por un lado, como el deber de abandonar los formalismos legales y atender a un análisis más “aggiornado” y abarcativo de todas las circunstancias del caso, y, por otro, considerando la inseguridad imperante como producto de la falta de contemplación de los delitos económicos, donde mediarían relaciones de poder e impunidad. Estas concepciones son completamente opuestas a las que establecerá la Cámara de Apelaciones, quien al aludir a la misma noción de seguridad jurídica se referirá al cumplimiento estricto de las previsiones legales en protección de todos los ciudadanos, sin involucrar un análisis fáctico que implique relaciones económicas y de poder involucradas en la normativa, su interpretación y aplicación efectiva por los operadores jurídicos en el caso concreto.

CONCLUSIONES

A raíz de la crisis que sufrió nuestro país en el año 2001, nuevas expresiones de protesta social hicieron visible una sociedad civil que se encontraba adormecida. Entre los nuevos fenómenos de acción colectiva contenciosa se destacan las empresas recuperadas, gestionadas por sus propios trabajadores, que cuestionan la noción de propiedad privada haciendo prevalecer la defensa del derecho al trabajo y una alternativa ante la exclusión y el desempleo.

En el caso de Córdoba, el proceso de recuperación de la Clínica Junín implicó para los trabajadores un cambio profundo: desde las prácticas cotidianas, la nueva asunción de los roles, hasta la trascendencia de lo colectivo, cuestionando profundamente la cosmovisión que los trabajadores poseían hasta entonces hasta la asunción de una nueva identidad. La politización implicó un aprendizaje y una práctica en el reclamo y la defensa de los derechos que continúa hasta la fecha. Asimismo, la lucha por conservar la fuente laboral resultó trascendental a la hora de enfrentar la exclusión, lo que implica un proceso de cambio o de límite a la cultura del desempleo que se instala en los noventa y que se había traducido en la desarticulación de los derechos de los trabajadores.

Ante esta situación, el Derecho y la judicialización del conflicto plantean un escenario de disputas limitado por la normativa vigente, donde el Estado y los operadores de la justicia tienen la opción de acompañar estos nuevos procesos.

En relación con esto, a nivel doctrinario y pragmático, los autores continúan preguntándose cuál es el valor jurídico real de la incorporación de los derechos económicos, sociales y culturales a la Constitución Nacional; si existen diferencias sustanciales respecto a los derechos civiles y políticos clásicos, y si estos derechos sociales son exigibles como derechos subjetivos ante los tribunales de justicia contemporáneos. En este sentido, autores como Abramovich y Courtis reafirmaban la necesidad de utilizar estrategias prácticas de exigibilidad jurídica de estos derechos sociales, puesto que generan obligaciones concretas al Estado (de regulación, de restricción hacia personas privadas o de provisión de servicios a la población), y que implican la posibilidad de demandar judicialmente de manera efectiva ante el incumplimiento. Como establecen los autores: "Lo que calificará la existencia de un Derecho social como Derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino la existencia de algún poder jurídico para actuar del titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida".¹³

Este análisis requiere que se identifiquen las obligaciones mínimas del Estado, lo que implica dimensionar el contexto social, político y económico que subyace en el conflicto, las demandas concretas de la

¹³ ABRAMOVICH y COURTIS, op. cit.

ciudadanía y sus potencialidades y límites en el marco de la democracia representativa actual.

En el caso de la “Clínica Junín”, encontrábamos divergencias en el discurso del marco legal, las nociones de Derecho y la justicia, en relación con las distintas concepciones de los derechos sociales consagrados constitucionalmente (por la incorporación de los tratados de derechos humanos en la reforma constitucional del año 1994). Entendemos que cuando nuestra Carta Magna otorgó rango constitucional a los tratados de derechos humanos ratificados por nuestro país (art. 75, inc. 22) se estableció la posibilidad de accionar contra el Estado y demandar tanto obligaciones positivas como negativas, incorporar un reclamo colectivo (en representación de un grupo social damnificado) que percibe desigualdades en el trato legal e intenta compensarlas y admitir un análisis profundo de la dimensión social involucrada en el caso.

Frente a esto, la ciudadanía percibe cambios estructurales y crisis socioeconómicas que modifican su situación, demandando nuevas y mejores formas de proteger y garantizar sus derechos fundamentales. Acuden a la dimensión jurídica como planteo estratégico de legitimación de sus nuevos reclamos, entendiendo que son merecedores de reconocimiento de estos derechos sociales. Para Ferrajoli, los derechos sociales implican derechos a prestaciones públicas como: el derecho al trabajo, a la salud, a la educación, a un salario justo, a la subsistencia y a la seguridad social, y donde los problemas suscitados con relación a estos derechos son sobre todo de carácter económico y político.¹⁴

En este sentido, los trabajadores de la Clínica Junín y el fiscal de Instrucción introducen en el análisis del conflicto las dimensiones de los derechos sociales como derechos fundamentales ligados al contexto socioeconómico actual. Los trabajadores son considerados como sujetos de derecho colectivo que, ante las desigualdades materiales, políticas y económicas requieren principios de interpretación favorables, protección excepcional de los valores involucrados (como el trabajo, la salud y la dignidad), requiriendo la desmercantilización del conflicto y la intervención positiva del Estado, el apartamiento de la concepción formalista del Derecho clásico y la incorporación de la dimensión sociológica al con-

¹⁴ FERRAJOLI, Louigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001, p. 51.

flicto. Los trabajadores y el fiscal de Instrucción representan el discurso de la ciudadanía, que reclama para sí la protección más abarcativa posible de los derechos sociales entendidos como primordiales y humanitarios, incorporados a nuestra Constitución hace ya 12 años como una nueva dimensión sustancial superadora de los derechos individuales clásicos.

Por otro lado, los operadores jurídicos, representados por el juez de Instrucción y la Cámara de Apelaciones, continúan aplicando la concepción tradicional del Derecho Privado, ligada a concebir el conflicto como afectación individual de derechos (aislado del contexto social en el que se produjo), indicando una responsabilidad e intervención mínima del Estado, y con una férrea defensa de principios procesales que obstaculizan el tratamiento del caso en profundidad y no se corresponden con esta nueva interpretación de lo social. Tal como lo establece Ferrajoli:

Así, pues, a una concepción exclusivamente procedimental o formal de la democracia corresponde una concepción asimismo formal de la validez de las normas como mera vigencia o existencia, que, puede decirse, representa el presupuesto de la primera; mientras que una concepción sustancial de la democracia, garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos y no simplemente de la omnipotencia de la mayoría, requiere que se admita la posibilidad de antinomias y de lagunas generadas por la introducción de límites y vínculos sustanciales -ya sean negativos, como los derechos de libertad, o positivos, como los derechos sociales- como condición de validez de las decisiones de la mayoría (...) De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y los derechos fundamentales establecidos por las mismas.¹⁵

Muchos autores entienden hoy que la verdadera democracia implica reconocer y admitir seriamente el carácter supraestatal de los derechos fundamentales, previendo que en la esfera judicial sean tutelados y garantizados, disociando la forma y la sustancia de cada decisión judicial, el reconocimiento "sustancial" de la democracia, la redefinición del rol del operador jurídico y su sujeción a la ley, y la concepción de una

¹⁵ FERRAJOLI, op. cit., pp. 24, 25 y 26.

ciencia jurídica investida de una función no sólo descriptiva sino crítica y proyectiva de la realidad en la que se encuentra inmersa.

Resulta significativo analizar que los derechos reconocidos resultan insuficientes a la hora de contemplar las crisis actuales y la emergencia de los movimientos sociales, por lo que el uso discursivo estratégico de las nociones de derechos sociales, democracia y ciudadanía implica un debate semántico que define posiciones políticas a la hora de establecer la protección jurídica de los nuevos actores sociales y la legitimidad de su reclamo.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- BASUALDO, Eduardo, *Sistema político y modo de acumulación en la Argentina*, Buenos Aires, UNQ-FLACSO-IDEF, 2001.
- FARINETTI, Marina, “Violencia y risa contra la política en el Santiagueñazo”, en *Revista del CECYP: Apuntes de investigación*, nro. 6, Buenos Aires, noviembre de 2000.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001.
- GRAMSCI, Antonio, *Cuadernos de la cárcel*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1984.
- MAGNANI, Esteban, *El cambio silencioso. Empresas y fábricas recuperadas por los trabajadores en la Argentina*, Buenos Aires, Prometeo libros, 2003, pp. 91-92.
- PALOMINO, Héctor, “La Argentina hoy. Los movimientos sociales”, en *Revista Herramienta*, Buenos Aires, 2004.
- SANMARTINO, Jorge y Manolo ROMANO, “Crisis de dominio burgués: reforma o revolución en Argentina”, en *Revista Estrategia internacional*, nro. 18, Buenos Aires, febrero de 2002.
- SCARPONETTI, Patricia, “El poder del Derecho”, Documento presentado a la reunión del CLACSO: *Justicia y Sociedad*, Córdoba, 9 al 12 de agosto de 2004.
- TARROW, Sydney, *El poder en movimiento. Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*, Madrid, Alianza, 1997.
- WOLKMER, Antonio Carlos, “Derecho alternativo: propuesta y fundamentos éticos”, en *Ética y Derecho: un diálogo*, Aparecida, Santuario, 1996.
- “Sociedad civil, poder comunitario y acceso democrático a la justicia”, en *El otro Derecho*, nro. 26-27, Bogotá, ILSA, 2002.

Actualidad
universitaria

Bases jurídicas de la educación para el desarrollo sostenible en el Mercosur

MARIANO H. NOVELLI*

I. PALABRAS PREVIAS

En el presente trabajo nos proponemos analizar el tratamiento jurídico que ha recibido la educación para el desarrollo sostenible, especialmente en el ámbito del Mercosur. Constituye un tema escasamente estudiado, a pesar de su importancia en nuestro tiempo, que ha sido expresamente reconocida por numerosos Estados y asimismo por organismos regionales e internacionales. Muestra de ello es la designación del período que se extiende desde 2005 hasta 2014 como “Década de la Educación para el Desarrollo Sostenible”, por Resolución 57/254 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.¹

Pero antes de integrar los conceptos de “educación” y “desarrollo sostenible” que hacen al objeto de este trabajo, creemos necesario brindar algunas ideas acerca de lo que cada una de estas dos nociones significa separadamente.

II. LA EDUCACIÓN EN EL MUNDO JURÍDICO

En primer lugar, nos referiremos a la “educación”, que es siempre un proceso dependiente de las variables tiempo y espacio, siendo dificultoso por ende lograr una definición lo suficientemente comprensiva.

* Abogado. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (UNR). Becario del Conicet. Coordinador de la Maestría en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la UNR. Becario Fulbright. Premios “Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe” y “Corte Suprema de Justicia de la Nación”.

¹ A/RES/57/254 (57º período de sesiones, 78ª sesión plenaria, 20 de diciembre de 2002).

No obstante, coincidimos con el doctor Ciuro Caldani en que la educación se ha de vincular al despliegue de las potencialidades de la persona.²

Un rasgo que nos interesa destacar es que el “educando” constituye un sujeto especialmente débil en el diálogo intergeneracional, un ser que es educado por personas “del pasado” para vivir un mundo “del porvenir”. Éste es un punto muy relevante con relación al tema que abordamos, ya que el desarrollo sostenible –como veremos– se enfoca muy fuertemente hacia el porvenir.

En el marco de la teoría trialista, que consideramos el más adecuado modelo de construcción del objeto jurídico,³ resulta razonable aseverar que la educación y el derecho confluyen, por distintos medios, en muchos logros comunes. Ha llegado a decirse que lo que no se obtiene por la educación, se busca por la autoridad del Derecho.⁴ Por consiguiente, hay que educar para el derecho y desarrollarlo como medio de educación.

En este contexto, el “fenómeno educativo” puede entenderse como un “fenómeno jurídico”, y el “mundo educativo”, como una perspectiva

² CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho de la educación”, en *Academia*, año 3, nro. 5, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2005, p. 138.

³ Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico, puede verse: GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1987; *Justicia y verdad*, Buenos Aires, La Ley, 1978; “Semblanza del trialismo”, en *El Derecho*, t. 113, pp. 733 y ss.; *La doctrina del mundo jurídico*, La Plata, Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 1962; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Derecho y política*, Buenos Aires, Depalma, 1976; *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84; *Perspectivas jurídicas*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985; *Estudios jusfilosóficos*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; *Filosofía de la jurisdicción*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998; “El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura”, en *El Derecho*, t. 126, pp. 884 y ss.; “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en *Investigación y Docencia*, nro. 32, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1999, pp. 33 y ss.; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; *Metodología dialéctica*, 2ª ed., Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007; NOVELLI, Mariano H., “La teoría trialista frente a la teoría pura. Reflexiones comparativas sobre tres cuestiones jurídicas relevantes”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, nro. 28, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2004/2005, pp. 115 y ss.

⁴ CIURO CALDANI, *Derecho de la educación* cit., pp. 138 y ss.

del “mundo jurídico”; de hecho, el “acto educativo” es también un “acto jurídico”,⁵ pues educar es repartir “potencia” e “impotencia”.⁶

Como reparto, el acto educativo es referible por normas, y los repartos y las normas de la educación son valorados por un complejo axiológico que culmina en la justicia. Es más: en un despliegue trialista, puede decirse que el “mundo educativo” resulta un conjunto de actos educativos captados por construcciones lógicas y valorados (los actos y las construcciones) por la expansión de los valores que conducen al desarrollo del individuo en su plenitud, como persona.⁷

El fin del acto educativo es, en última instancia, lograr la mayor “humanización” de los educandos,⁸ pero sin dejar de lado su necesaria “protección”.⁹

III. EL DESARROLLO SOSTENIBLE

Ahora bien, planteadas estas breves reflexiones acerca de lo que creemos valioso concebir como educación, pasaremos a analizar el otro concepto que da título a nuestro estudio. Abordaremos el “desarrollo sostenible” o “sustentable”,¹⁰ que es una de las ideas directrices más fuertes que se vinculan a la tutela ambiental.

Ante todo, es necesario precisar que la “sustentabilidad ambiental” está ligada a tres significativas problemáticas del mundo posmoderno,

⁵ En opinión que compartimos, expresa CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Reflexiones sobre Derecho, educación y ciencia”, en *Zeus*, t. 29, p. 177, que “aunque la educación es sobre todo un ámbito de amor, no cabe duda de que también posee significados de justicia que la hacen fenómeno de Derecho”.

⁶ Al decir de GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., pp. 54 y ss., “potencia” es todo lo que favorece al ser y, en los seres animados, a la vida; “impotencia” es todo lo contrario. También puede c., v. gr., CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La noción de potencia y la integración del Derecho en la vida”, en *El Derecho*, t. 136, pp. 955 y ss.

⁷ CIURO CALDANI, *Derecho de la educación* cit., p. 139.

⁸ CIURO CALDANI, *Reflexiones...* cit., p. 176.

⁹ Ídem, p. D-178. La protección se justifica, como explica Ciuro Caldani, porque –según hemos dicho supra– el educando es especialmente débil respecto de la sociedad que pretende imponerle su estilo de vida. Tal situación resulta notoria en la niñez y la adolescencia, pero igualmente en la adultez, pues estando en juego su personalidad, el educando es siempre un ser más débil en relación con la condición del administrado común.

¹⁰ En adelante, utilizaremos indistintamente los términos “sostenible” y “sustentable”.

que han de ser articuladas armoniosamente: la economía, la sociedad y la preservación del medio. Frente a corrientes ideológicas que justifican el deterioro ambiental y el agotamiento de los recursos, entendiendo los efectos no deseados pero inevitables del crecimiento económico, cobra vida el “desarrollo sostenible” como opción superadora.

El “desarrollo sostenible” ha sido definido como aquel que tiene en cuenta las necesidades del presente sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Tal es el concepto que acuñó en 1987 el “Informe Brundtland”, documento elaborado por la Comisión Mundial sobre el Medioambiente y el Desarrollo, cuya denominación oficial fue “Nuestro Futuro Común”.

Empero, si bien el “Informe Brundtland” cumplió un rol destacado para difundir mundialmente el desarrollo sustentable, la idea de un progreso económico no destructivo del ambiente ya había sido anteriormente plasmada en otros instrumentos internacionales. Verbigracia, el Principio 2 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano,¹¹ ya indicaba en 1972: “Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga”.

En la década del 90, terminó de consagrarse el desarrollo sostenible como finalidad común de todos los Estados. El hito constituido por la Conferencia sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo llevada a cabo en Río de Janeiro¹² coadyuvó decisivamente a ello, dado que incluyó entre sus objetivos “lograr un equilibrio equitativo entre necesidades económicas, sociales y ambientales, tanto en relación con las generaciones presentes como con las venideras”.¹³ Al mismo cometido contribuyó la Carta de las Ciudades Europeas hacia la Sostenibilidad,¹⁴ la cual, entre otros postulados, afirma que

¹¹ Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, celebrada en Estocolmo entre el 5 y el 16 de junio de 1972.

¹² Del 3 al 14 de junio de 1992.

¹³ El énfasis es nuestro.

¹⁴ Aprobada en Aalborg, Dinamarca, el 27 de mayo de 1994.

“la sostenibilidad ambiental significa preservar el capital natural. Requiere que nuestro consumo de recursos materiales, hídricos, energéticos, renovables, no supere la capacidad de los sistemas naturales para reponerlos, y que la velocidad a la que consumimos recursos no renovables no supere el ritmo de sustitución de los recursos naturales duraderos. La sostenibilidad ambiental significa, asimismo, que el ritmo de emisión de contaminantes no supere la capacidad del aire, del agua y del suelo para absorberlos y procesarlos (...) Implica además el mantenimiento de la diversidad biológica, la salud pública y la calidad del aire, el agua y el suelo a niveles suficientes para preservar la vida y el bienestar humanos, así como la fauna y la flora para siempre”.

En definitiva, podríamos resumir lo expuesto diciendo que el desarrollo sustentable es aquel que permite satisfacer las necesidades humanas, procurando minimizar la afectación de los recursos, al comprender su vital importancia para las generaciones futuras.

IV. EL NUEVO PARADIGMA

Los retos del desarrollo sostenible conllevan la exigencia de potenciar capacidades para orientar un desarrollo asentado en bases ecológicas, de equidad social, diversidad cultural y democracia participativa. Esto plantea el derecho a la educación y la formación ambiental como fundamento de la sustentabilidad, que permita a cada hombre y a cada sociedad producir y apropiarse saberes, técnicas y conocimientos para participar en la gestión de sus procesos de producción, decidir sus condiciones de existencia y definir su calidad de vida.¹⁵

De forma tal que la educación está llamada a erigirse en el mecanismo que involucre al ser humano en la consecución de la sostenibilidad, configurándose así un “nuevo paradigma”: la “educación para el desarrollo sustentable”, que constituye posiblemente la faceta más trascendente de la denominada “educación ambiental”.¹⁶

¹⁵ LEFF, Enrique, *Saber ambiental. Sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder*, 3ª ed., Siglo XXI - Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 265.

¹⁶ Recuerda LEFF, op. cit., p. 234, que ya “desde la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano celebrada en 1972, la educación ambiental se planteó como un medio prioritario para alcanzar los fines de un desarrollo sustentable”.

Interesa traer a colación las reflexiones de Carlos Galano, quien ha afirmado que

pocas veces en la historia reciente de la humanidad (...) se ha planteado, como en estos tiempos (...) la necesidad de un brusco cambio de rumbo, de una torsión copernicana, para impedir que la dirección impuesta por la racionalidad instrumental nos lleve al borde del abismo (...) Esa búsqueda, cada vez más frenética y consciente (...) relaciona los aportes de las ciencias de la complejidad con la biodiversidad cultural y natural.¹⁷

Agrega con razón este autor, entrando en lo que nos compete, que

un sistema educativo permeado por (...) consideraciones de cientificismo, sustentado en la fortaleza de las altas fronteras de los fragmentos disciplinares, torna inviable la narrativa ecosistémica y convierte en ilusorio el viaje metodológico por los territorios de la interdisciplina, sepultada por la polvareda de la hiperespecialización.¹⁸

Esto implica necesariamente el abandono de la visión simplista imperante durante mucho tiempo en las ciencias, para abordar los fenómenos desde la complejidad.¹⁹ Ésta es la única óptica idónea, a nuestro criterio, para que el hombre comprenda acabadamente su propio accionar, las causas y consecuencias, así como el modo de solucionar la tensa puja entre el crecimiento y la preservación.²⁰

¹⁷ GALANO, Carlos, "Educación para el desarrollo sustentable. Pedagogía de la complejidad", en *Ciencia, Cultura y Sociedad*, nro. 1, Buenos Aires, Fundación Charles Léopold Mayer para el Progreso del Hombre-Confederación de los Trabajadores de la Educación de la República Argentina-Escuela de Formación Pedagógica y Sindical "Marina Vilte", 2000, p. 83.

¹⁸ Ídem, p. 90.

¹⁹ La reforma paradigmática hacia la complejidad significa "cambiar las bases de partida del razonamiento, las relaciones asociativas y repulsivas entre algunos conceptos iniciales, pero de los cuales depende toda la estructura del razonamiento, todos los desarrollos discursivos posibles. Y se entiende claramente que es lo más difícil (...), no hay nada más difícil que modificar el concepto angular, la idea masiva y elemental que sostiene todo el edificio intelectual" (MORIN, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona, Gedisa, 2005, pp. 83 y s.). Como hemos ya referido, creemos que la teoría trialista, que constituye un modelo complejo acorde a la época actual, es la que explica más satisfactoriamente los fenómenos jurídicos.

²⁰ Ha sostenido LEFF, Enrique, *La complejidad ambiental*, [en línea] <<http://www.una.ac.cr/ambi/revista/79/Leff.html>> [Consulta: 9 de diciembre de 2007], que "la com-

V. BASES JURÍDICAS DE LA EDUCACIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE

A. ÁMBITO INTERNACIONAL

Hemos mencionado *supra* que transcurre actualmente el Decenio de las Naciones Unidas de la Educación para el Desarrollo Sostenible. Nos referiremos someramente a las características y propósitos que este Decenio presenta en el marco internacional, para luego avanzar sobre las previsiones normativas atinentes a la educación ambiental en el Mercosur.

Ante todo, es preciso señalar que la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) ha sido designada como el organismo rector en cuanto a la promoción del Decenio.²¹

En este contexto, la educación para el desarrollo sostenible es entendida como un “concepto dinámico e integral”, que apunta centralmente a la toma de conciencia del público. Según la Unesco, consiste en

la formación para dar a conocer o hacer comprender mejor los lazos existentes entre los problemas relacionados con el desarrollo sustentable y para hacer progresar los conocimientos, las capacidades, los modos

plejidad emerge como una nueva racionalidad y un nuevo pensamiento sobre la producción del mundo a partir del conocimiento, la ciencia y la tecnología; es el espacio donde se articulan la naturaleza, la técnica y la cultura. (...) Es una nueva cultura en la que se construyen nuevas visiones y se despliegan nuevas estrategias de producción sustentable y democracia participativa. (...) La complejidad ambiental se va construyendo en una dialéctica de posiciones sociales antagónicas, pero también en el enlazamiento de reflexiones colectivas, de valores comunes y acciones solidarias frente a la reapropiación de la naturaleza. Más allá del proyecto de interdisciplinariedad que plantea la articulación de los paradigmas científicos establecidos y las formas de complementariedad del conocimiento objetivo, la complejidad ambiental emerge de la inscripción de nuevas subjetividades y la apertura hacia un diálogo de saberes. (...) El saber ambiental nace de una nueva ética y una nueva epistemología, donde se funden conocimientos, se proyectan valores y se internalizan saberes. (...) El saber ambiental es un cuestionamiento sobre las condiciones ecológicas de la sustentabilidad y las bases sociales de la democracia y la justicia; es una construcción y comunicación de saberes que pone en tela de juicio las estrategias de poder y los efectos de dominación que se generan a través de las formas de detención, apropiación y transmisión de conocimientos”.

²¹ Punto 2 de la referida Resolución 57/254 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

de pensamiento y los valores de manera que se pueda dar a cada quien, cualquiera sea su edad, los medios de asumir la responsabilidad de crear un futuro viable y de aprovecharlo.²²

El “objetivo” del Decenio de las Naciones Unidas de la Educación para el Desarrollo Sostenible consiste en “integrar los principios, valores y prácticas del desarrollo sostenible en todas las facetas de la educación y el aprendizaje”.²³ Se advierte en la propia redacción del objetivo trazado por la Unesco, la riqueza de la “apreciación tridimensional” del fenómeno educativo, pues integra estrechamente actos educativos, construcciones lógicas y valores.

La educación para el desarrollo sostenible propuesta por Naciones Unidas aspira a fomentar los cambios de comportamiento necesarios para preservar en el futuro la integridad del medio ambiente y la viabilidad de la economía, y para que las generaciones actuales y venideras gocen de justicia social.

A tal fin, se pretende asignarle determinadas “características”. Ella ha de ser:

- Interdisciplinaria.
- Contextualizada.
- Holística.
- Articuladora de actores.
- Orientada a la acción.
- Preventiva.
- Participativa.
- Promotora del pensamiento crítico.²⁴

A su vez, la educación para el desarrollo sustentable debe contribuir a que los estudiantes adopten nuevos comportamientos en la protección de los “recursos naturales” del planeta.

²² [En línea] <<http://www.gam.org.uy/indexdecada.htm>> [Consulta: 10 de diciembre de 2007].

²³ Cfr. [en línea] <http://portal.unesco.org/education/es/ev.php-URL_ID=27234&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html> [Consulta: 10 de diciembre de 2007].

²⁴ Puede consultarse [en línea] <<http://www.sociedadcivil.cl/educasustentable/mconceptual.asp>> [Consulta: 11 de diciembre de 2007].

Las áreas que la Cumbre Mundial de Johannesburgo²⁵ designó como de interés prioritario para el desarrollo sostenible son: agua, energía, salud, agricultura y biodiversidad. Estos cinco sectores conforman la “Agenda WEHAB” –por sus siglas en inglés–,²⁶ debiendo la educación tenerlos como centro de interés.²⁷

B. ÁMBITO DEL MERCOSUR

Visto sucintamente el panorama internacional, analizaremos seguidamente las normas del Mercosur relativas a la educación ambiental.²⁸

1. TRATADO DE ASUNCIÓN

El Tratado de Asunción, acuerdo constitutivo del proceso integrador, enuncia en su preámbulo algunas pautas ambientales, pero como parte del programa político general.²⁹ No hace referencia en su texto a cuestión educativa alguna, en lo que constituye ciertamente el desaprovechamiento de una oportunidad histórica.

2. DIRECTRICES BÁSICAS EN MATERIA DE POLÍTICA AMBIENTAL

Las directrices básicas en materia de política ambiental³⁰ no son tampoco demasiado abundantes en la faz educativa, si bien la Directriz nro. 10 pauta que debe promoverse “el fortalecimiento de las instituciones para la gestión ambientalmente sustentable mediante (...) el perfecciona-

²⁵ Llevada a cabo entre el 26 de agosto y el 4 de septiembre de 2002.

²⁶ *Water, Energy, Health, Agriculture, Biodiversity*.

²⁷ Ver [en línea] <http://portal.unesco.org/education/es/ev.php-URL_ID=27234&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html> [Consulta: 10 de diciembre de 2007].

²⁸ Si bien excede el propósito del presente trabajo, no podemos dejar de mencionar que en el Derecho interno aborda la cuestión la Ley General del Ambiente 25.675, en sus arts. 14 y 15 (cabe v. el comentario de CAFFERATTA, Néstor A., “Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada”, en *Antecedentes Parlamentarios*, Buenos Aires, La Ley, 2003, t. 2003-A, pp. 691 y ss.). También varias provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley 1687) cuentan con normas especiales sobre educación ambiental.

²⁹ Hemos tratado la cuestión en NOVELLI, Mariano H., “Ambiente, globalización e integración. El Derecho Ambiental en el Mercosur”, en *Tratado de Derecho Ambiental*, Rosario, Nova Tesis, 2007, pp. 220 y ss.

³⁰ Aprobadas por Resolución 10/94 del Grupo Mercado Común.

miento de las instituciones de enseñanza, capacitación e investigación". Aunque mediante un lineamiento genérico, se halla en este instrumento una primera aproximación al postulado de una educación para la sostenibilidad en la región Mercosur.

3. ACUERDO MARCO SOBRE MEDIO AMBIENTE DEL MERCOSUR

Por su parte, el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur, instrumento jurídico ambiental rector,³¹ trae en su capítulo relativo a la Cooperación Ambiental, una disposición específica sobre educación para el desarrollo sostenible. Se trata del inc. 1) del art. 6º, que establece la obligación de los Estados parte de "promover la educación ambiental formal y no formal y fomentar conocimientos, hábitos de conducta e integración de valores orientados a las transformaciones necesarias para alcanzar el desarrollo sustentable en el ámbito del Mercosur".³²

Nuevamente destacamos en este punto la "tridimensionalidad" del objetivo propuesto, el cual expresamente consigna que la educación ambiental debe fomentar conocimientos ("construcciones lógicas"), hábitos de "conducta" e integración de "valores".³³ Incluye tanto la educación formal como no formal, que distinguiremos brevemente.

La "educación formal" comprende el sistema educativo altamente institucionalizado, cronológicamente graduado y jerárquicamente estructura-

³¹ Aprobado por Decisión 2/2001 del Consejo del Mercado Común, en Asunción el 22 de junio de 2001; en vigor desde el 27 de junio de 2004. Puede verse sobre el Acuerdo Marco: NOVELLI, *Ambiente...* cit., pp. 229 y ss.; LACIAR, Mirta Elizabeth, *Medio ambiente y desarrollo sustentable*, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 2003, pp. 97 y ss.

³² En opinión de LACIAR, op. cit., p. 125, la implementación de este inciso admite formas bien diversas, algunas de las cuales ya se están desarrollando de manera asistemática, a través de talleres organizados por el Subgrupo de Trabajo nro. 6 "Medio ambiente". Acerca del origen y las tareas prioritarias actuales de este subgrupo del Grupo Mercado Común, puede v. NOVELLI, *Ambiente...* cit., pp. 222 y ss.

³³ Como pone de resalto ALLENDE RUBINO, Horacio L., "Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur. Su declinación trialista", en *Derecho de la Integración*, nro. 17, Rosario, Centro de Estudios Comunitarios de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 2005, p. 7, a partir de la disposición que comentamos "la dimensión axiológica cobra virtualidad normativa, en la interacción del sistema, mediante la incorporación de la cuestión ética en el centro de las discusiones de la integración, convirtiéndola en el marco de la propia colaboración e integración de los Estados".

do, que se extiende desde los primeros años de la escuela primaria hasta los últimos años de la universidad. Conlleva una intención deliberada y sistemática que se concretiza en un currículo oficial. Es una educación reglada (sujeta a las disposiciones internas del proyecto educativo de cada institución), intencional (porque tiene como propósito inmediato dar conocimientos a los alumnos) y planificada (dado que la institución, previo a impartir la educación, organiza los contenidos y características de la misma).

La “educación no formal”, en cambio, permite adquirir y acumular conocimientos y habilidades mediante las experiencias diarias y la relación con el ambiente. Es un proceso continuo y espontáneo, que no se da de manera intencional. En materia ambiental, la riqueza de esta clase de educación radica en la adquisición de aptitudes y valores y en la adopción de acciones positivas hacia el medio natural y social, que se traduzcan en el cuidado de la diversidad biológica y cultural y que fomenten la solidaridad intra e intergeneracional.

Ambas clases de educación, tanto la formal como la no formal, están contempladas y son promovidas por el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur, en lo que nos parece un aspecto sumamente destacable. Incluso, se vuelve a mencionar la educación ambiental como una de las áreas temáticas que figuran en el anexo del Acuerdo, previstas para ser desarrolladas en posteriores instrumentos de política ambiental.

4. POLÍTICA DE PROMOCIÓN Y COOPERACIÓN EN PRODUCCIÓN Y CONSUMO SOSTENIBLES

Por último, la norma ambiental más reciente del Mercosur, aprobada el 28 de junio de 2007, hace también referencia a la educación para el desarrollo sostenible. Se trata de la denominada “Política de Promoción y Cooperación en Producción y Consumo Sostenibles”, que consta como anexo de la Decisión 26/2007 del Consejo del Mercado Común.³⁴ Dispone la misma, en su art. 6º, inc. e), que para lograr los objetivos de la Política, los Estados parte deberán asumir como lineamiento estratégico

³⁴ Para profundizar sobre esta norma del Mercosur, puede consultarse en NOVELLI, Mariano H., “Panorama actual en materia de producción y consumo sostenibles en el Mercosur”, en *UNR Ambiental*, nro. 8, Rosario, Comité Universitario de Política Ambiental de la Universidad Nacional de Rosario, en prensa.

“el fortalecimiento de la educación formal e informal sobre patrones de producción y consumo sostenibles”. Ello se reitera en el Apéndice, al indicarse entre los instrumentos a desarrollar para alcanzar las metas propuestas, los “programas de educación formal y no formal orientados a la adquisición de prácticas de consumo sostenible”.

Este interesante planteo que trae la reciente norma mercosureña se engarza –vale destacarlo– en uno de los propósitos previstos por la Unesco para esta Década de la Educación para el Desarrollo Sostenible. De hecho, en la propia página web de la Unesco se expresa que los métodos durables de producción son necesarios para la agricultura, la silvicultura, la pesca y la industria. A la vez, se afirma que es indispensable controlar los efectos nefastos sobre la sociedad y sobre los recursos de nuestros malos hábitos de consumo, para así garantizar a la población del mundo entero un acceso equitativo a los recursos.³⁵

La ligazón tiene hondo significado, pues el compromiso con miras a lograr una producción y un consumo sustentables depende estrechamente de la educación.

VI. CONCLUSIÓN

Concluyendo el breve panorama que hemos intentado brindar acerca de la educación para el desarrollo sustentable, tanto de un modo general como en el marco internacional y del Mercosur, deseamos reafirmar la crucial importancia de una educación ambiental basada en la complejidad, que atienda a la interdisciplina y a la transdisciplina, para formar personas involucradas en la protección de nuestro medio. Indubitablemente, el progreso tecnológico y económico debe ser complementado por una conciencia social cimentada sobre una apropiada educación ambiental, tanto formal como no formal.

En este sentido, estamos convencidos de que la asunción de la complejidad constituye la vía más efectiva a fin de alcanzar una verdadera “educación para el desarrollo sostenible”. Esperemos pronto afrontar con decisión esta urgente necesidad, y así avanzar exitosamente hacia la preservación del medio ambiente en el Mercosur.

³⁵ [En línea] <http://portal.unesco.org/education/es/ev.php-URL_ID=27555&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html> [Consulta: 12 de diciembre de 2007].

Asociación Internacional de Escuelas de Derecho: elección de la doctora Mónica Pinto como presidenta

El pasado 29 de mayo de 2008, la Junta Directiva de la Asociación Internacional de Escuelas de Derecho eligió a la doctora Mónica Pinto, Profesora Titular Regular de nuestra Facultad, como presidenta para el período 2008-2011, y al profesor Francis Wang, de la Kenneth Wang School of Law de la Universidad Soochow, de China, como presidente electo por el mismo período.

La entidad que presidirá la doctora Mónica Pinto durante los próximos tres años fue creada en 2005 en la ciudad de Estambul y cuenta con diversos objetivos, entre los cuales se destacan fomentar la comprensión y el respeto por los diversos sistemas jurídicos y culturas como contribución a la justicia y a un mundo pacífico; incrementar y reforzar la función del Derecho en el desarrollo de las sociedades a través de la educación jurídica; contribuir al desarrollo y al perfeccionamiento de las escuelas de Derecho y las condiciones de la educación jurídica en todo el mundo, y contribuir a la mejor preparación de los abogados.

Para el logro de estos cometidos, la Asociación se propone actuar como un foro abierto e independiente para la discusión de ideas diversas respecto de la educación jurídica y compartir las experiencias y las prácticas relativas a la educación jurídica, así como también asistir a los estudiantes en el conocimiento de diversas culturas y sistemas jurídicos; preparar a los graduados para prácticas transnacionales; intercambiar información sobre perspectivas jurídicas y pedagógicas.

Asimismo, estimula la investigación intercultural e interdisciplinaria; trabaja con otras entidades relevantes para desarrollar pautas que permitan adaptar la educación jurídica a las necesidades de las sociedades en proceso de cambio e incluye la identificación de las mejores prácticas relativas a los planes de estudio y métodos de enseñanza internacionales, transnacionales y comparados; y además publicará una revista académica sobre la educación jurídica global.

Resultados del relevamiento estadístico del Servicio de Consultorio y Patrocinio Jurídico Gratuito de la Universidad de Buenos Aires. Anuario 2006

VALERIA QUIROGA* y SEBASTIÁN SCIOSCIOLI**

EL VALOR DE LOS DATOS ESTADÍSTICOS EN EL ESTUDIO DE LA EVOLUCIÓN DEL SERVICIO

Ya han pasado diez años desde que por primera vez se diera comienzo a la ardua tarea de recopilación y relevamiento estadístico en el marco de uno de los principales servicios de extensión de la Universidad de Buenos Aires brindado a través de su Facultad de Derecho. En efecto, desde 1998 el Departamento de Práctica Profesional de dicha Facultad ha ofrecido constante y detallada información a través de la descripción de los principales indicadores y variables a partir de los cuales ha resultado posible, a su vez, estudiar la evolución progresiva del Servicio de Consultorio y Patrocinio Jurídico Gratuito. Asimismo, dicho caudal de información ha sido crucial para brindar las herramientas necesarias para el rediseño y mejora de éste con vistas a lograr una atención más eficaz y especializada, en particular en aquellas áreas jurídicas con mayor demanda por parte de quienes concurren a él.¹

* Licenciada en Relaciones Internacionales. USAL.

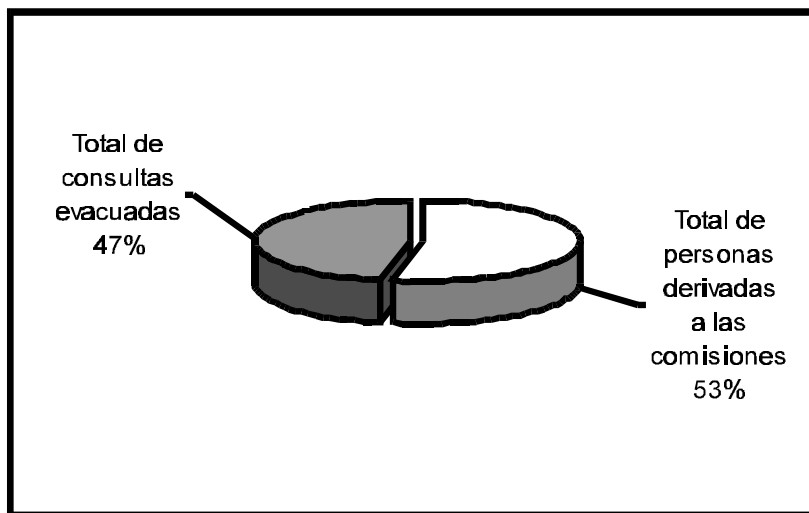
** Abogado. Mg. UBA.

¹ Los datos estadísticos expuestos pertenecen al Centro de Formación Profesional, sede principal del servicio, sito en Talcahuano 550 (Tribunales), Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Para mayor información sobre los distintos centros externos en donde se presta el servicio, véase SCIOSCIOLI, Sebastián, "Algunas notas sobre el patrocinio jurídico gratuito y el curso de práctica profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, vol. 4, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2004, pp. 243-244.

PERFIL DE LAS CONSULTAS Y CASOS

A fin de poder evaluar con claridad el impacto de la función social del servicio en la sociedad, comenzaremos por indicar la evolución interanual de personas atendidas y la cantidad de casos derivados a las comisiones en el servicio. De dichos gráficos puede observarse que de las 12.452 consultas efectuadas en el servicio, cerca de 7.000 (53%) fueron derivadas al servicio de patrocinio, para su atención por parte de las comisiones que funcionan en el Centro.² Asimismo, se puede señalar en este sentido que existió una reducción en la cantidad de casos derivados a comisiones en relación con el año anterior de alrededor del 8,7%.

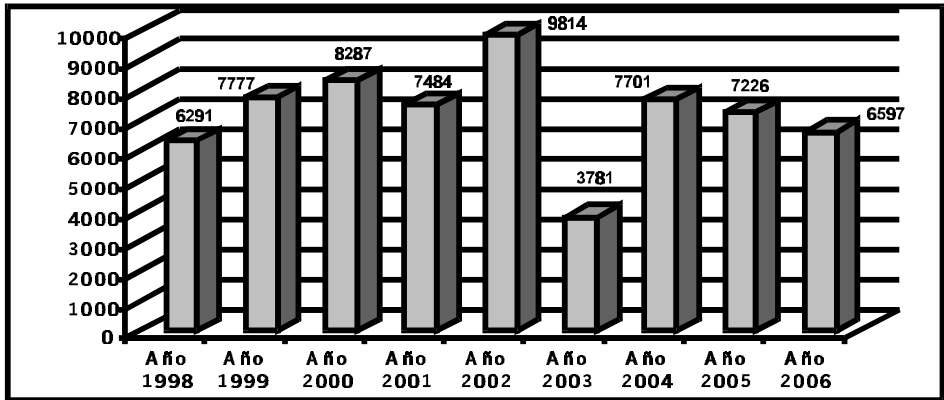
GRÁFICO 1. CANTIDAD DE CONSULTAS EVACUADAS Y CANTIDAD DE CASOS ATENDIDOS EN COMISIÓN



Fuente: Departamento de Práctica Profesional. Facultad de Derecho. UBA.

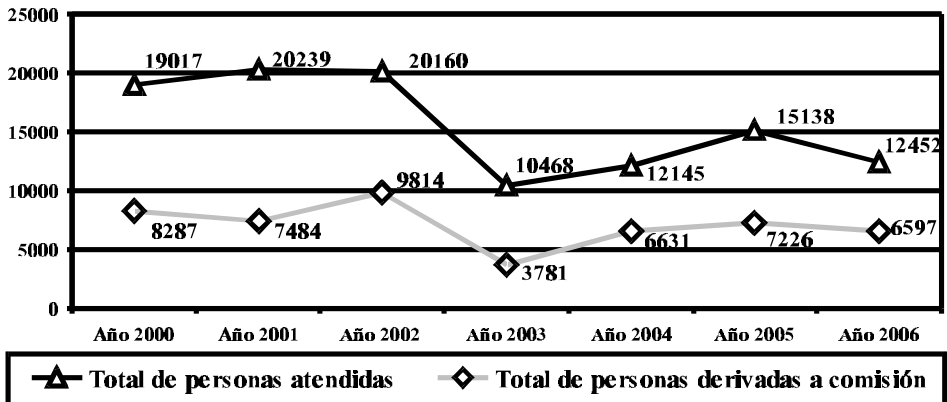
² Debe nuevamente aclararse que no todas las consultas terminan en un caso judicial. El servicio que presta la facultad se compone fundamentalmente de dos instancias. En primer lugar, se encuentra el Servicio de Consultorio, en donde existen profesionales encargados de asesorar jurídicamente a las personas que diariamente concurren al servicio en procura de respuesta a sus reclamos. Puede ocurrir que el problema que presente el consultante sea resuelto en esta instancia y no se requiera recurrir a la vía judicial. Por el contrario, si el abogado coordinador que asiste al consultante reconoce la necesidad de un patrocinio letrado, éste derivará a aquél al Servicio de Patrocinio, quien se ocupará de llevar el caso ante la justicia. Véase SCIOSCIOLI, Se-

GRÁFICO 2. CANTIDAD DE PERSONAS ATENDIDAS POR AÑO



Fuente: Departamento de Práctica Profesional. Facultad de Derecho. UBA.

GRÁFICO 3. CANTIDAD DE PERSONAS ATENDIDAS Y CANTIDAD DE CASOS DERIVADOS A LAS COMISIONES POR AÑO



Fuente: Departamento de Práctica Profesional. Facultad de Derecho. UBA

bastián, "Algunas notas sobre el patrocinio jurídico gratuito y el curso de práctica profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires", pp. 249-264.

Un dato interesante que puede observarse de estos gráficos radica en el descenso de la cantidad atendida de consultantes durante 2006 respecto del año anterior, de alrededor de un 17%.

En la misma tendencia ya señalada en informes anteriores, continúa siendo importante la cantidad de casos atendidos referidos a cuestiones de Derecho de Familia. Éstos, en efecto, llevaron por lejos la delantera en relación con las demás áreas tradicionales de consultas vinculadas con el Derecho Civil en general (es decir, todas aquellas referidas al Derecho Privado pero que no se vinculan ni directa ni indirectamente con el régimen de Derecho de Familia) y el Derecho Penal en particular.

En cuanto al resto de los datos estadísticos referidos al perfil de los casos atendidos durante el año 2006, puede señalarse, en lo que respecta a la naturaleza de los casos, la siguiente información:

GRÁFICO 4. ORIENTACIÓN JURÍDICA DE LAS CONSULTAS

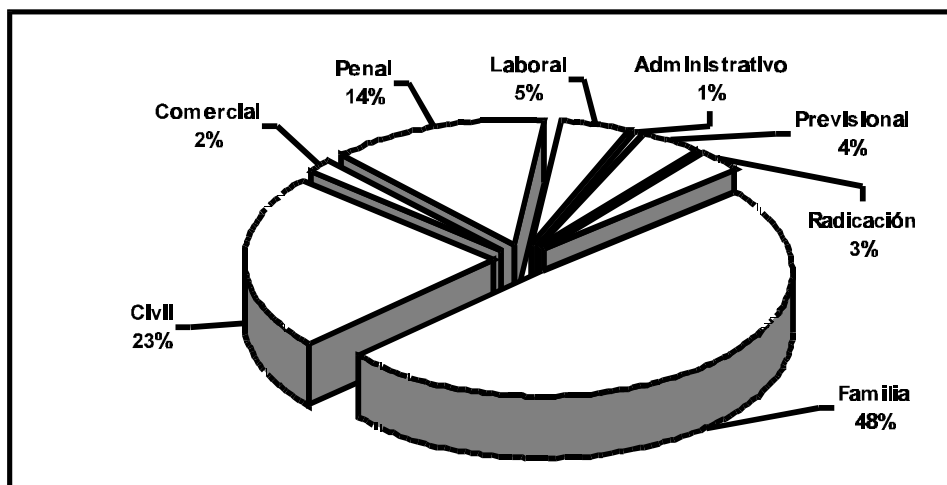


TABLA 1. ORIENTACIÓN JURÍDICA DE LAS CONSULTAS

Orientación jurídica de las consultas		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido
Válidos	Familia	3.138	25,2	49,4
	Civil	1.451	11,7	22,8
	Comercial	100	0,8	1,6

Orientación jurídica de las consultas		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido
Válidos	Penal	904	7,3	14,2
	Laboral	290	2,3	4,6
	Administrativo	34	0,3	0,5
	Previsional	244	2,0	3,8
	Radicación	196	1,6	3,1
	Total	6.357	51,1	100,0
Perdidos	Sistema	6.095	48,9	
Total		12.452	100,0	

Fuente: Departamento de Práctica Profesional. Facultad de Derecho. UBA

Puede volver a apreciarse en el cuadro siguiente que también, al igual que en informes anteriores, la cantidad de consultantes mujeres en el tema familia supera ampliamente al de consultantes hombres, quienes, por otra parte, encabezan –mas no por mucho– la nómina en las cuestiones laborales. Sin embargo, cabe advertir la tendencia en ascenso referida a que, en general, en casi todas las orientaciones, la mayor parte de las consultas pertenecen a consultantes mujeres, mas con especial cuidado deben leerse aquellas vinculadas con los temas previsionales y radicación. A menudo, ellas llevan ante el Centro temas pertenecientes no sólo a sí mismas, sino también otras consultas que involucran al resto de su entorno familiar (cuestiones referidas a sus esposos, pareja, hijos, entre otros).

TABLA 2. RELACIÓN ENTRE EL GÉNERO DE LOS CONSULTANTES Y LA ORIENTACIÓN JURÍDICA DE SU CASO

Orientación jurídica de las consultas		Sexo		Total
		Femenino	Masculino	
Orientación	Familia	1.840	863	2.703
	Civil	749	521	1.270
	Comercial	48	46	94

RESULTADOS DEL RELEVAMIENTO ESTADÍSTICO DEL SERVICIO DE CONSULTORIO Y PATROCINIO JURÍDICO GRATUITO DE LA UBA. ANUARIO 2006

VALERIA QUIROGA – SEBASTIÁN SCIOSCIOLI

Orientación jurídica de las consultas		Sexo		Total
		Femenino	Masculino	
Orientación	Penal	387	327	714
	Laboral	121	141	262
	Administrativo	9	18	27
	Previsional	149	68	217
	Radicación	128	53	181
Total		3.431	2.037	5.468

Fuente: Departamento de Práctica Profesional. Facultad de Derecho. UBA

La base de datos estadística permite también establecer relaciones entre la orientación jurídica de los casos con aspectos particulares del perfil del consultante, tales como edad, nivel de instrucción o de ingresos de los consultantes. Dicha información resulta de vital importancia para la facultad pues constituye un indicador importante a tener en cuenta respecto de la introducción de mejoras vinculadas con la atención del servicio en esos casos y permite luego el diseño de nuevas estrategias y propuestas que en el mediano plazo resulten más eficaces y funcionales que las existentes. No obstante ello, se aclara que estas relaciones deben ser consideradas en algunos casos como un dato parcial, ya que puede ser alto el número de consultantes que no ha respondido a la pregunta que determina la variable a analizar.

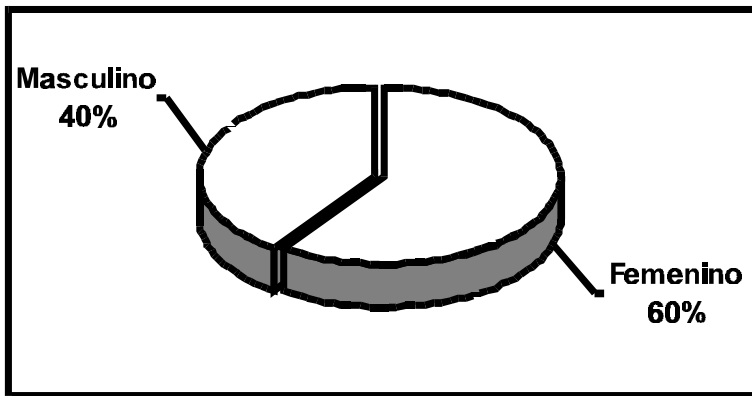
En el siguiente apartado procuraremos rescatar esta información a efectos de precisar de un mejor modo el perfil del consultante del servicio.

PERFIL DEL CONSULTANTE

Los datos estadísticos del Servicio de Consultorio y Patrocinio Jurídico Gratuito de la UBA también permiten identificar el perfil del consultante en función de distintas variables, de suma importancia para cualquier análisis posterior que involucre el servicio. Entre algunas de las variables estudiadas cabe mencionar el género, nacionalidad, nivel de instrucción, nivel de ingresos, lugar de residencia, entre otras.

En el año 2006, de las 12.452 personas atendidas, 6.649 fueron mujeres (cerca del 60%) y 4.508 fueron consultantes hombres.³ Este número vuelve a ratificar, en consonancia con lo dicho en un párrafo anterior, la tendencia presente en todos los años respecto de que el mayor número de consultas proviene de parte de las mujeres.

GRÁFICO 5. GÉNERO DE LOS CONSULTANTES



Fuente: Departamento de Práctica Profesional. Facultad de Derecho. UBA

Es interesante, también, asociar este dato con la edad de los consultantes que concurren al servicio. Puede verse, en este sentido, que el mayor número de consultas proviene del estrato etario situado entre los 29 y los 38 años para ambos sexos. Es en este estrato también donde se ubica el mayor porcentaje de consultas vinculadas con la mayor área de trabajo del servicio, relacionada con cuestiones de familia.

TABLA 3. RELACIÓN ENTRE EL GÉNERO DE LOS CONSULTANTES Y SU EDAD

Edad		Sexo		Total
		Femenino	Masculino	
Edad (categorizada)	Menores de edad	11	4	15
	Entre 18 y 28	1.307	711	2.018

³ Cabe advertir que este dato debe ser leído en comparación con el alto número de personas que no especificaron sexo.

RESULTADOS DEL RELEVAMIENTO ESTADÍSTICO DEL SERVICIO DE CONSULTORIO Y PATROCINIO JURÍDICO GRATUITO DE LA UBA. ANUARIO 2006

VALERIA QUIROGA – SEBASTIÁN SCIOSCIOLI

Edad		Sexo		Total
		Femenino	Masculino	
Edad (categorizada)	Entre 29 y 38	1.749	1.289	3.038
	Entre 39 y 48	1.460	1.047	2.507
	Entre 49 y 58	1.008	747	1.755
	Entre 59 y 68	568	428	996
	Más de 69	355	275	630
Total		6.458	4.501	10.959

Fuente: Departamento de Práctica Profesional. Facultad de Derecho. UBA

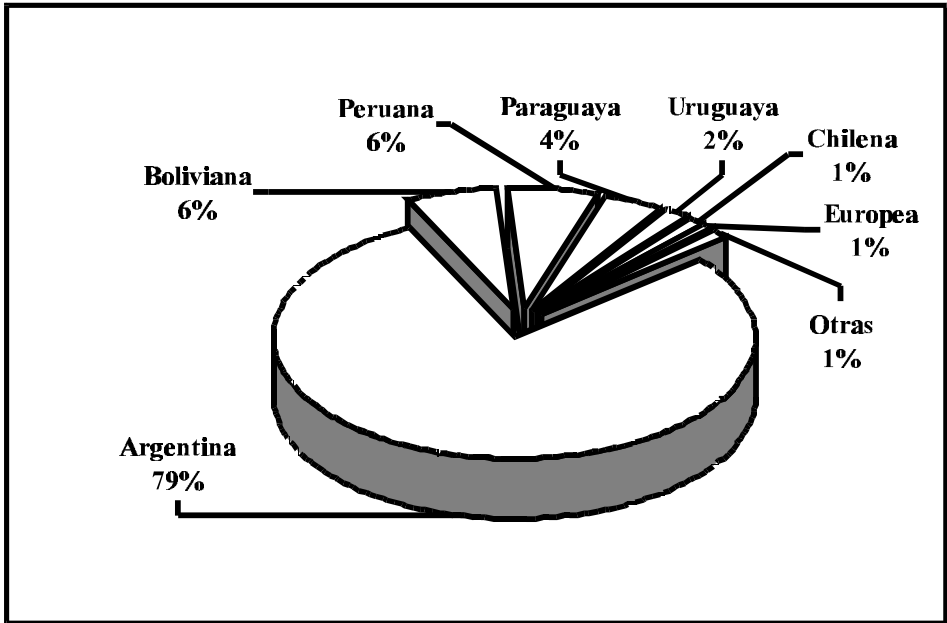
TABLA 4. RELACIÓN ENTRE LA ORIENTACIÓN JURÍDICA DE LOS CASOS Y LA EDAD DE LOS CONSULTANTES

Edad	Orientación								Total
	Fami- lia	Civil	Co- mer- cial	Penal	Labo- ral	Admi- nistra- tivo	Previ- sional	Radi- cación	
Menores de edad	2%	2%	2,5,0, 0,0,0,0	3%	4%				2%
Entre 18 y 28	28,3%	13,1%	10,1%	17,9%	25,7%	11,5%	1,9%	34,3%	22,1%
Entre 29 y 38	34,9%	26,0%	25,8%	26,7%	27,2%	15,4%	4,3%	44,4%	30,3%
Entre 39 y 48	21,4%	25,2%	20,2%	27,0%	20,2%	30,8%	8,2%	16,3%	22,3%
Entre 49 y 58	9,9%	18,8%	19,1%	15,6%	13,2%	15,4%	18,3%	1,7%	13,1%
Entre 59 y 68	3,2%	10,9%	13,5%	8,1%	10,1%	11,5%	38,0%	1,7%	7,5%
Más de 69	2,0%	5,6%	11,2%	4,3%	3,1%	15,4%	29,3%	1,7%	4,4%
Total	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Fuente: Departamento de Práctica Profesional. Facultad de Derecho. UBA

En cuanto a la nacionalidad, se observa que sumados los porcentajes de los consultantes de nacionalidad extranjera, el subtotal alcanza cerca del 31% del total de consultas al servicio en las que pudo determinarse esta característica. Este valor resulta ser bastante superior si se lo compara con el año 2004, de alrededor del 18%.

GRÁFICO 6. NACIONALIDAD DE LOS CONSULTANTES



Fuente: Departamento de Práctica Profesional. Facultad de Derecho. UBA

TABLA 5. NACIONALIDAD DE LOS CONSULTANTES

Nacionalidad (país/región)		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido
Válidos	Argentina	8.698	69,9	78,4
	Peruana	704	5,7	6,3
	Paraguaya	475	3,8	4,3
	Boliviana	669	5,4	6,0
	Uruguayaya	247	2,0	2,2
	Chilena	92	0,7	0,8
	Europea	94	0,8	0,8
	Africana	11	0,1	0,1
	Otras	58	0,5	0,5

RESULTADOS DEL RELEVAMIENTO ESTADÍSTICO DEL SERVICIO DE CONSULTORIO Y PATROCINIO JURÍDICO GRATUITO DE LA UBA. ANUARIO 2006

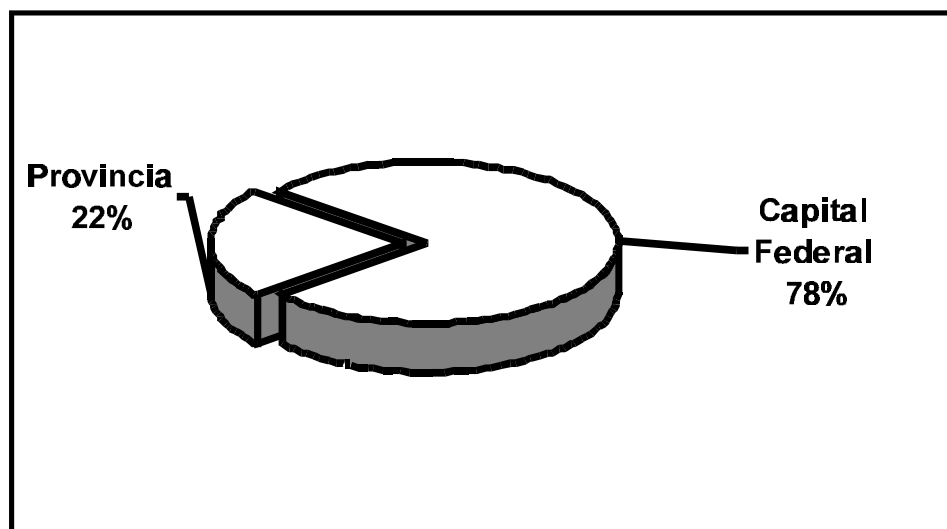
VALERIA QUIROGA – SEBASTIÁN SCIOSCIOLI

Nacionalidad (país/región)		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido
Válidos	Asiática	20	0,2	0,2
	Brasileña	32	0,3	0,3
	Total	11.100	89,1	100,0
Perdidos	Sistema	1.352	10,9	
Total		12.452	100,0	

Fuente: Departamento de Práctica Profesional. Facultad de Derecho. UBA

En cuanto al lugar de residencia, en relación con los valores pertenecientes a años anteriores, se mantuvieron relativamente estables. Prueba de ello es que mientras para el año 2004 el 79,2% de los consultantes vivía en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires mientras que el 20,8% lo hacía en algún partido del Gran Buenos Aires, durante el año 2006, sobre la base de los casos en que resultó posible conocer este dato, nuevamente cerca del 78% de los mismos provienen de personas que viven en la Ciudad.

GRÁFICO 7. LUGAR DE RESIDENCIA DE LOS CONSULTANTES



Fuente: Departamento de Práctica Profesional. Facultad de Derecho. UBA

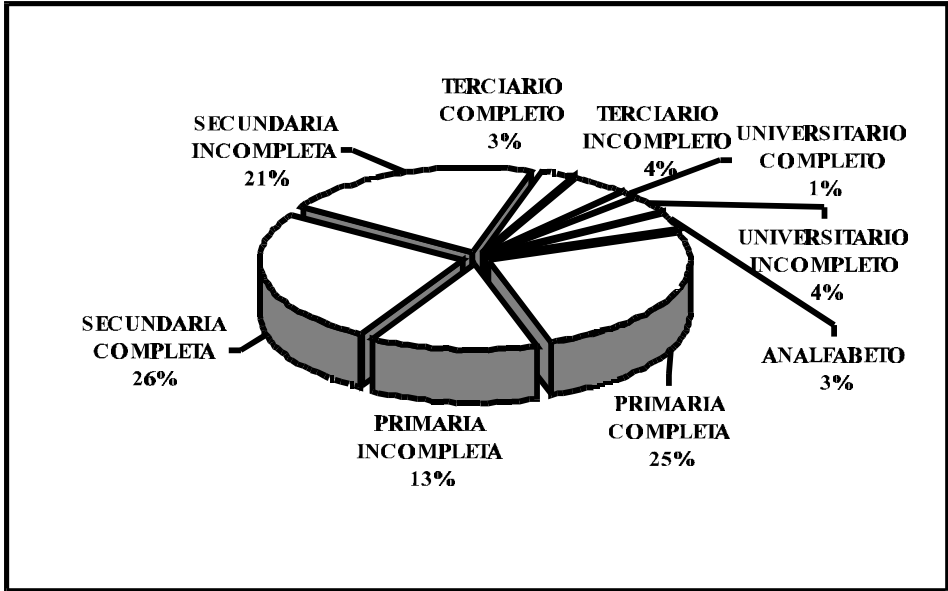
TABLA 6. LUGAR DE RESIDENCIA DE LOS CONSULTANTES

Residencia		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido
Válidos	Capital	8.530	68,5	77,6
	Provincia	2.463	19,8	22,4
	Total	10.993	88,3	100,0
Perdidos	Localidad desconocida	1.459	11,7	
Total		12.452	100,0	

Fuente: Departamento de Práctica Profesional. Facultad de Derecho. UBA

Con respecto al nivel de instrucción, se observa que la mayor parte de la población consultante tiene un nivel medio de educación y existe sólo un porcentaje pequeño de analfabetismo. Se incluye también, a continuación, una tabla que discrimina el tipo de orientación jurídica de los casos según el nivel de educación del consultante.

GRÁFICO 8. NIVEL DE INSTRUCCIÓN DE LOS CONSULTANTES



Fuente: Departamento de Práctica Profesional. Facultad de Derecho. UBA

RESULTADOS DEL RELEVAMIENTO ESTADÍSTICO DEL SERVICIO DE CONSULTORIO Y PATROCINIO JURÍDICO GRATUITO DE LA UBA. ANUARIO 2006

VALERIA QUIROGA – SEBASTIÁN SCIOSCIOLI

TABLA 7. NIVEL DE INSTRUCCIÓN DE LOS CONSULTANTES

Nivel de instrucción		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido
Válidos	Analfabeto	335	2,7	3,0
	Primaria completa	2.773	22,3	25,2
	Primaria incompleta	1.478	11,9	13,4
	Secundaria completa	2.835	22,8	25,8
	Secundaria incompleta	2.269	18,2	20,6
	Terciario completo	305	2,4	2,8
	Terciario incompleto	475	3,8	4,3
	Universitario completo	136	1,1	1,2
	Universitario incompleto	386	3,1	3,5
	Total	10.992	88,3	100,0
Perdidos	Instrucción desconocida	1.460	11,7	
Total		12.452	100,0	

TABLA 8. RELACIÓN ENTRE EL NIVEL DE INSTRUCCIÓN Y LA ORIENTACIÓN JURÍDICA DE LA CONSULTA

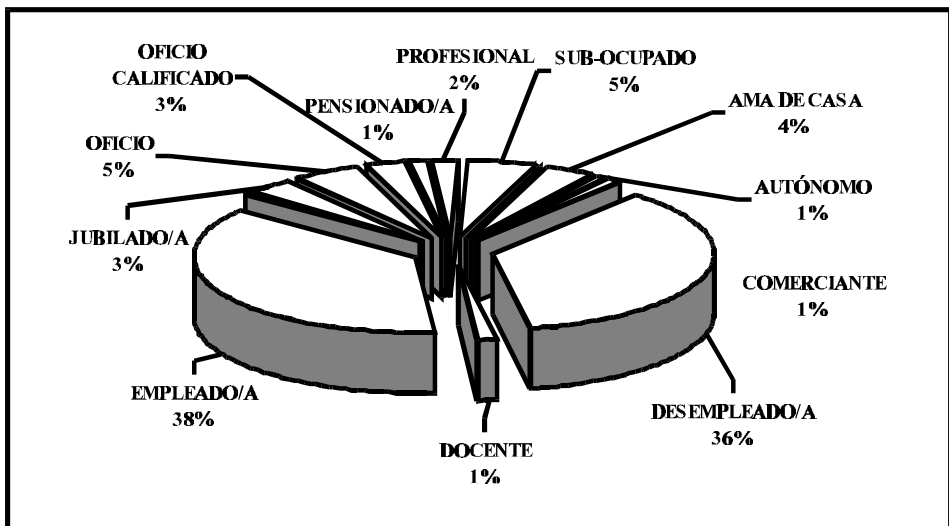
Nivel de instrucción	Orientación								Total
	Fami- lia	Civil	Co- mer- cial	Penal	Labo- ral	Admi- nistra- tivo	Previ- sional	Radi- cación	
Analfabeto	60	31	4	22	12	2	17	9	157
Primaria completa	641	345	16	175	54	4	76	39	1.350
Primaria incompleta	343	203	11	91	42	4	52	30	776
Secundaria completa	727	317	27	161	64	5	35	58	1.394
Secundaria incompleta	622	249	20	173	57	5	26	23	1.175
Terciario completo	63	29	4	17	3	2	2	6	126
Terciario incompleto	122	50	4	30	9	1	2	5	223
Universitario completo	15	10	2	11	5	1	1	1	46

Nivel de instrucción	Orientación								Total
	Fami- lia	Civil	Co- mer- cial	Penal	Labo- ral	Admi- nistra- tivo	Previ- sional	Radi- cación	
Universitario incompleto	76	25	5	21	14	1	4	5	151
Total	2.669	1.259	93	701	260	25	215	176	5.398

Fuente: Departamento de Práctica Profesional. Facultad de Derecho. UBA

Entre los que se encontraban trabajando en ese momento, se puede rescatar que en su mayor parte (cerca del 38%) los consultantes se ubican en el rango de “empleado”. Sin embargo, un alto porcentaje (36%) era desempleado a ese entonces. Este valor es sensiblemente mayor en relación con la estadística del año 2004, que señalaba un promedio del 30%. Este dato resulta sumamente importante por cuanto ejemplifica claramente la necesidad de existencia y continuo crecimiento del servicio para una protección jurídica más amplia hacia todas aquellas personas que, por carecer de recursos económicos suficientes, podrían encontrarse privadas del acceso a la justicia.

GRÁFICO 9. OCUPACIÓN DE LOS CONSULTANTES



Fuente: Departamento de Práctica Profesional. Facultad de Derecho. UBA

RESULTADOS DEL RELEVAMIENTO ESTADÍSTICO DEL SERVICIO DE CONSULTORIO Y PATROCINIO JURÍDICO GRATUITO DE LA UBA. ANUARIO 2006

VALERIA QUIROGA – SEBASTIÁN SCIOSCIOLI

TABLA 9. OCUPACIÓN DE LOS CONSULTANTES

Ocupación		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	Administrativa	4	0	0	0
	Ama de casa	395	3,2	3,6	3,7
	Autónomo	96	0,8	0,9	4,6
	Comerciante	99	0,8	0,9	5,5
	Desempleado/a	3.942	31,7	36,3	41,8
	Docente	125	1,0	1,2	43,0
	Empleado/a	4.028	32,3	37,1	80,1
	Empresario/a	3	0	0	80,1
	Estudiante	17	0,1	0,2	80,3
	FF. AA.	40	0,3	0,4	80,6
	Jubilado/a	365	2,9	3,4	84,0
	Oficio	528	4,2	4,9	88,8
	Oficio calificado	295	2,4	2,7	91,6
	Pensionado/a	160	1,3	1,5	93,0
	Profesional	200	1,6	1,8	94,9
	Subocupado	555	4,5	5,1	100,0
	Total	10.852	87,2	100,0	
Perdidos		1.600	12,8		
Total		12.452	100,0		

En la tabla siguiente, es posible establecer la relación entre el género de los consultantes y su ocupación.

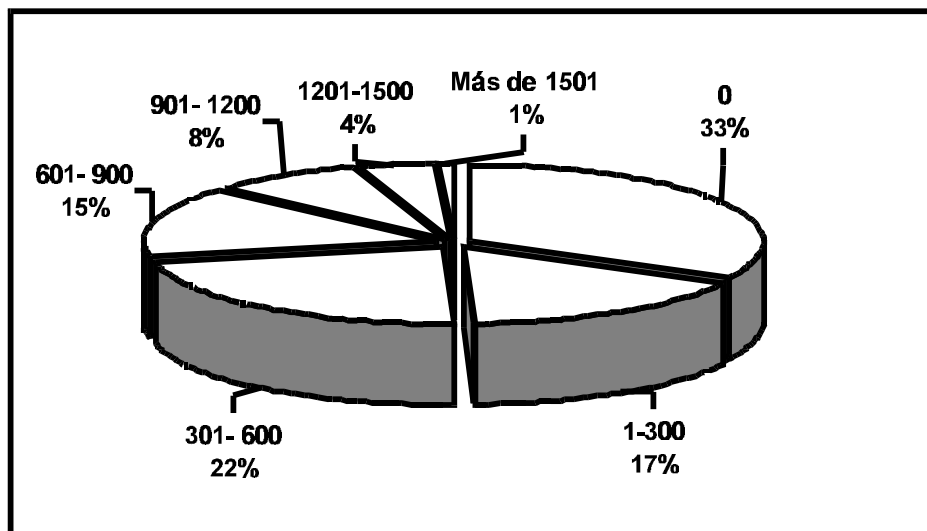
TABLA 10. RELACIÓN ENTRE EL GÉNERO DE LOS CONSULTANTES Y SU OCUPACIÓN

Ocupación		Sexo		Total
		Femenino	Masculino	
Laboral	Administrativa	3	1	4
	Ama de casa	389	6	395
	Autónomo	25	71	96
	Comerciante	36	63	99
	Desempleado/a	2.666	1.276	3.942
	Docente	93	32	125
	Empleado/a	2.275	1.753	4.028
	Empresario/a	1	2	3
	Estudiante	11	6	17
	FF. AA.	4	36	40
	Jubilado/a	187	178	365
	Oficio	146	382	528
	Oficio calificado	95	200	295
	Pensionado/a	126	34	160
	Profesional	134	66	200
	Subocupado	202	353	555
Total		6.393	4.459	10.852

Fuente: Departamento de Práctica Profesional. Facultad de Derecho. UBA

Estos datos guardan relación con el nivel de ingresos de los consultantes. Como puede observarse, la mayor cantidad se concentra entre las categorías en las cuales se ubican quienes no cuentan con ningún tipo de ingreso y quienes perciben como valor de dicho ingreso hasta \$ 300 (44%), seguida por aquellos que reciben entre \$ 301 a \$ 600. Puede observarse una vez más, en la tabla siguiente, la tendencia ya verificada en informes pasados: la desventaja a la que parecen estar expuestas las consultantes mujeres en relación con los hombres.

GRÁFICO 10. NIVEL DE INGRESOS DE LOS CONSULTANTES



Fuente: Departamento de Práctica Profesional. Facultad de Derecho. UBA

TABLA 11. NIVEL DE INGRESOS DE LOS CONSULTANTES

Nivel de ingresos		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido
Válidos	0	3.472	27,9	32,8
	1-300	1.758	14,1	16,6
	301-600	2.383	19,1	22,5
	601-900	1.580	12,7	14,9
	901-1.200	871	7,0	8,2
	1.201-1.500	433	3,5	4,1
	Más de 1.501	88	0,7	0,8
	Total	10.597	85,1	100,0
Perdidos	Sin datos	1.855	14,9	
Total		12.452	100,0	

Fuente: Departamento de Práctica Profesional. Facultad de Derecho. UBA

TABLA 12. RELACIÓN ENTRE GÉNERO Y NIVEL DE INGRESOS

Nivel de ingresos	Sexo		Total
	Femenino	Masculino	
0	2.341	1.131	3.472
1-300	1.246	512	1.758
301-600	1.415	968	2.383
601-900	690	890	1.580
901-1.200	342	541	883
1.201-1.500	163	270	433
Más de 1.501	30	58	88
Total	6.227	4.370	10.597

Fuente: Departamento de Práctica Profesional. Facultad de Derecho. UBA

Finalmente, como dijéramos, es posible trazar alguna relación entre este dato y aquel referido a la orientación jurídica de los casos, de modo de poder verificar, una vez más, la preeminencia ya citada de las cuestiones de Derecho de Familia.

TABLA 13. RELACIÓN ENTRE NIVEL DE INGRESOS Y ORIENTACIÓN JURÍDICA DE LAS CONSULTAS

Nivel de ingresos	Orientación								Total
	Fami- lia	Civil	Co- mer- cial	Penal	Labo- ral	Admi- nistra- tivo	Previ- sional	Radi- cación	
0	780	357	25	217	102	12	124	62	1.679
1-300	473	204	12	130	27	4	41	38	929
301-600	630	265	22	157	52	6	35	51	1.218
601-900	425	203	13	99	42	4	10	14	810
901-1.200	201	134	11	41	16	0	2	5	410
1.201-1.500	59	37	7	14	4	0	0	2	123

RESULTADOS DEL RELEVAMIENTO ESTADÍSTICO DEL SERVICIO DE CONSULTORIO Y PATROCINIO JURÍDICO GRATUITO DE LA UBA. ANUARIO 2006

VALERIA QUIROGA – SEBASTIÁN SCIOSCIOLI

Nivel de ingresos	Orientación								Total
	Fami- lia	Civil	Co- mer- cial	Penal	Labo- ral	Admi- nistra-R tivo	Previ- sional	Radi- cación	
Más de 1.501	8	3	0	2	2	0	0	0	15
Total	2.576	1.203	90	660	245	26	212	172	5.184

Actualmente, el Departamento se encuentra procesando las estadísticas correspondientes al año 2007. Asimismo, la Facultad de Derecho ha comprometido sus esfuerzos a fin de poder extender durante el presente año la recolección de estos datos al resto de los centros externos en donde funciona actualmente el Servicio de Patrocinio Jurídico Gratuito. Sin perjuicio de ello, la información expuesta resulta ser un importante indicador de la evolución del servicio, ya que permite formular diagnósticos, proyectar tendencias, entre muchas otras actividades, lo que la transforma, en definitiva, en una herramienta clave a estudiar al momento de introducir cualquier reforma en dicho servicio.

Bibliográficas

Reseña bibliográfica de: *Para una transformación de la Universidad. Nuevas relaciones entre investigación y docencia**

GUILLERMO RUIZ**

Compilado por uno de los especialistas más prestigiosos en educación superior, llega a su edición en español esta obra (editada originalmente en inglés en 2005) que reúne trabajos de autores de Europa, los EE. UU. y Australia y que constituye un volumen sumamente necesario para analizar uno de los temas más trascendentes en la investigación social contemporánea: la transformación de la universidad y en particular la relación entre la enseñanza y la investigación científica dentro de las universidades. Para abordar esta cuestión problemática no puede dejar de atenderse el “enorme desierto de cuestiones contiguas”, que atraviesan y redefinen los vínculos siempre cambiantes entre la docencia y la investigación en las universidades contemporáneas. Por ejemplo, en los diversos capítulos que componen esta obra se presenta el problema de la indagación disciplinar y el del saber a través de preguntas tales como si ¿el saber adopta la misma forma en el contexto de la investigación y la docencia para conectarlos? Así se concibe a lo largo del libro una metáfora discursiva basada en las “formas y en los espacios”: la investigación y la enseñanza “como campos que ocupan espacios” de la universidad. Esta manera de concebir ambas actividades nos invita a pensar y analizar los espacios que ellas ocupan y las formas que adoptan: ¿son

* R. A. Barnett (ed.), Barcelona, Octaedro, 2008. Publicado originalmente en inglés como *Reshaping the University: New relationships between Teaching, Scholarship and Research*, Maidenhead: McGraw-Hill, 2005.

** Doctor en Educación (UBA); Master of Arts in Education (UCLA-USA); Licenciado y Profesor en Ciencias de la Educación (UBA). Coordinador del Programa de Supervisión y Evaluación de la Gestión Docente de la Facultad de Derecho.

las mismas en todas las universidades? ¿Resultan equivalentes dentro de las unidades académicas que constituyen a las instituciones universitarias?

Precisamente, a partir de la metáfora espacial, el propio Barnett plantea, al inicio de su trabajo, que las relaciones entre la enseñanza y la investigación dentro de las universidades son semejantes a las que poseen “dos placas tectónicas situadas en el espacio total que representa la institución universitaria”, cuya cotidianeidad institucional se encuentra atravesada por mitos, por condicionamientos políticos, institucionales, y por movimientos culturales muy variados, todos los cuales son resignificados en la actualidad.

Esta obra compilada por Barnett pretende aportar fundamentos viables para valorar las posibilidades de transformar la universidad. En tal sentido, así como la universidad fue reformada en el siglo XIX a partir del modelo humboltiano, este trabajo plantea la necesidad de recrear nuevamente la universidad a partir de tres tipos de espacios orientados a la reflexión, la reforma y la innovación: el “espacio pedagógico y curricular”, el “espacio del saber” y el “espacio intelectual y discursivo”. Los capítulos en su conjunto constituyen un análisis de estos tres tipos de espacios dentro de la universidad y se agrupan en tres partes.

En la primera parte, denominada “Mitos y distorsiones”, se ubican los tres primeros capítulos que corresponden a los trabajos de Mark Hughes (“Los mitos en torno a las relaciones entre investigación y docencia en las universidades”), de Rajan Naidoo (“Las universidades y el mercado: distorsiones en la investigación y la docencia”) y de Michael Peters y Mark Olssen (“Conocimiento útil: redefinición de la investigación y la enseñanza de la economía del conocimiento”). En esta primera parte se plantea que las relaciones entre la investigación y la enseñanza universitaria están afectadas por la acción concurrente de dos fuerzas diferentes que convergen en la institución universitaria tanto de manera complementaria como contradictoria: los sistemas de creencias y los intereses de la sociedad. Los capítulos analizan el intrincado juego de fuerzas que tiene consecuencias en el desarrollo del trabajo académico dentro de las universidades. Se destaca el capítulo a cargo de Peters y Olssen ya que allí los autores demuestran el impacto que ha tenido la recomposición de derecha que se evidenció en las sociedades occidentales en las últimas

tres décadas dentro del ámbito universitario. El análisis conceptual del “neoliberalismo” que realizan los autores demuestra el profuso historial ideológico que éste posee así como los poderosos intereses que representa: el desarrollo económico y el mundo empresarial. La influencia fue trascendente y promovió que las instituciones y los actores universitarios se vieran influidos a orientar sus actividades, al menos tácitamente, para adoptar la cosmovisión promovida por esta recomposición de la moderna derecha, lo cual deformó muchas de las actividades que configuraban la universidad. Sobre todo en lo que respecta a la orientación desinteresada de la vida académica, sin otra búsqueda que la producción de conocimiento y su transmisión y recreación a través de la enseñanza.

La segunda parte del libro, llamada “Reconcepción de espacios”, incluye cuatro capítulos que pertenecen a: Peter Scott (“¿Divergencia o convergencia? Las relaciones entre docencia e investigación en la educación superior de masas”), Mick Healey (“Vínculos entre docencia e investigación: reflexión en torno a los espacios disciplinares y el papel del aprendizaje basado en la indagación”), Jane Robertson y Carol Bond (“Formas de ser en la universidad”) y Stephen Rowland (“El amor intelectual y la relación entre investigación y docencia”). A lo largo de esta sección, los trabajos intentan analizar el modelo que configura las actividades actuales que prevalecen dentro de las universidades y los vínculos que caracterizan las relaciones entre investigación y docencia. En tal sentido se evidencia, sobre todo en el capítulo de Peter Scott, que si bien muchas de las fuerzas que operan dentro de las instituciones universitarias promueven una separación cada vez mayor entre ambas dimensiones, otras tantas apuntan a la convergencia. Pero, por otro lado, las prácticas pedagógicas y los diseños curriculares contemporáneos se basan en sistemas de creencias (analizados en particular en el capítulo de Robertson y Bond) que ponen de manifiesto las arraigadas diferencias disciplinares, muchas de las cuales se explican a partir de su lejanía epistemológica. De todos modos, los cuatro capítulos que conforman esta parte del libro transmiten la impresión, a partir de la descripción de la situación actual, de que existen espacios para la creatividad y que desde ella se puede repensar y cambiar la enseñanza universitaria y la investigación científica, y también sus interrelaciones. Al respecto Barnett nos ilustra claramente que “los cielos se oscurecen y nos dejan en

la penumbra pero las nubes también se rompen y dejan pasar los rayos de luz. Pero ¿cuánta luz? ¿Y cuánto espacio entre las nubes nos falta?"

Finalmente, la tercera parte, "Posibilidades de espacios", contiene los capítulos de Lewis Elton ("El saber y el vínculo entre la investigación y la docencia"), Kathleen Nolan ("¿Publicar o compartir? Reflexión en torno a espacios de investigación"), Alison Phipps ("La creación de académicos: un proceso continuo"), Jan Parker ("Una apuesta en escena para la universidad teatral"), Bruce MacFarlane ("El servicio en la vida académica") y David D. Dill ("La degradación de la ética académica: docencia, investigación y la renovación de la autorregulación profesional"). Los trabajos de esta riquísima sección se agrupan para evitar caer en posiciones pesimistas cuando se piensa en la necesidad y en las posibilidades efectivas de transformar la universidad. Barnett de hecho nos señala que son muchos los condicionantes que amenazan con reducir los espacios de investigación y de enseñanza dentro de las universidades: la mercantilización de las funciones del mundo académico, la priorización del rendimiento tanto en la investigación como en la docencia, la elaboración de políticas "selectivas" de investigación, los modelos divergentes para producir conocimiento que también condicionan las posibilidades de aprenderlo, sistemas nacionales de evaluación de la calidad que resultan contrapuestos con la investigación y la enseñanza universitaria.

Precisamente, el mérito de esta sección radica en que los capítulos que la conforman presentan nuevas ideas y promueven prácticas pedagógicas y científicas que pueden contribuir al cambio universitario en un sentido superador de los condicionantes contemporáneos. Así, el capítulo de Elton presenta el "saber pedagógico" como una bisagra siempre esperanzadora para redefinir los vínculos entre la investigación y la docencia. Otra manera de poner en cuestionamiento las convenciones, y demostrar las posibilidades que tiene el aprendizaje a partir de la investigación científica dentro de los espacios universitarios, está dada por el rol que pueden adquirir las tesis doctorales, tal como se analiza en el capítulo de Nolan. Ellas constituyen una parte sustantiva del complejo entramado de actividades que contribuyen a la "creación de un académico". El capítulo de David Dill se concentra en el rol de los universitarios y propugna superar las actitudes defensivas. Si los académicos actúan en forma conjunta en beneficio del proyecto institucional, podrían con-

tribuir a la consolidación de sus espacios como marcos de referencia independientes, incluso en contextos políticos y económicos adversos. Aquí resulta clave recuperar y fortalecer la ética académica y dar lugar a las nuevas iniciativas en materia de gestión y gobierno de las instituciones, con anclaje en los intereses académicos de las instituciones universitarias orientadas al bien público.

En suma, este libro compilado y dirigido por Ronald Barnett constituye una apuesta para transformar la universidad en el siglo XXI a partir de la recuperación de la historia y la redefinición del proyecto institucional de fundamentos viables para valorar las posibilidades de un cambio orientado por la reflexión y la innovación.