

Academia

Revista
sobre
enseñanza
del Derecho
de Buenos Aires



Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires

Dirección

Mary Beloff

Maria Laura Clerico

Consejo Editorial

Gonzalo Álvarez

Martin Bórmier

Mónica Pinto

Juan Seda

Gurillermo Treacy

Cotaborador del Consejo Editorial

Sebastián Seisciol.

© Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2004
Av. Figueroa Alcorta 2265, C 4450KB, Buenos Aires, Argentina

ISBN 1669-4-54

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

Diseño, composición y armado

Caligrafix Servicios Gráficos Integrales S. r. l.

Av. Pte. Perón 1400, 2º, C1180AA Buenos Aires

info@caligrafix.com.ar - www.caligrafix.com.ar

AUTORIDADES FACULTAD DE DERECHO - UBA

DECANO

Atilio A. Alberini

VICEDECANA

Mónica Pinto

CONSEJO DIRECTIVO

TITULARES

CLAUSTRO DE PROFESORES

Andrés D'Alessio | Alberto J. Bueres | Mónica Pinto | Ricardo Guigou | Graciela Gindl
Abel Fieitas Orta de Rozas | Jorge Saenz | Marcello Gebhardt

CLAUSTRO DE GRADUADOS

Carlos Mas Velez | Samuel Jablonka | José Pizzorno | Javier Petramonio

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

Paula Streger | Marcelo González Zencaroni | Hernán Arce | Frnesio E. Tabucça

SUPLENTE

Claustro de Profesores

Rafael M. Manóvil | Jorge L. Kietmanovich | Enrique N. Zuketa Puccio | Susana G. Cayuso
Juan Octavio Galna | Norberto Spolansky | Pedro Di Lella | Cesar A. Siculer

CLAUSTRO DE GRADUADOS

Mónica Rico | Aldo Galloni | Fernando A. Barrera | Enrique Rodríguez Chiantore

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

David Escobar | Rodrigo Guevara | Sabrina Bertolotti | Norberto Berner

SECRETARIO ACADÉMICO

Gonzalo Alvarez

SECRETARIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN GENERAL

Alejandro Gómez

SECRETARIA DE INVESTIGACIÓN

María Cecilia Gómez Masa

SECRETARIO DE EXTENSIÓN UNIVERSITARIA

Juan Pablo Mas Velez

SUBSECRETARIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN GENERAL

Luis Mateo Jarreiro

SUBSECRETARIO ACADÉMICO

Sergio Brodsky

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora: Mary Beloff

Secretario: Pablo Perel

ÍNDICE

Doctrina

Cánones en el derecho constitucional 9

J. M. BALKIN y Sanford LEVINSON

Los oficios del jurista: la fragmentación de la profesión jurídica
y la uniformidad de la carrera judicial 85

Alberto M. BINDER

¿De una facultad de derecho hacia una *Fachhochschule* con
noción básicas de derecho? 117

Hans Peter BULL

Derecho de la educación 135

Miguel Ángel CIURO CALDANI

Clásicos

Nociones sumarias sobre el estudio del derecho administrativo 157

Rafael BITLSA

Históricas

Crónica de la Facultad: inauguración del Instituto de
Enseñanza Práctica de Derecho 177

Héctor LAPAILLE

Estudios e Investigación

Enseñar derecho pensando en el profesional del siglo XXI 185

Susana CAMPARI

Segmentación en la profesión jurídica: cambios ocupacionales
de los abogados argentinos, 1995-2003 201

María Inés BERGOLIO y Jerónimo CABBALLO

El derecho constitucional y las especializaciones 223

Alberto Ricardo DALLA VA

La enseñanza del Derecho en Brasil 235

Jacinto Nelson DE MIRANDA COUTINHO

La carrera docente como parte de la organización y de la formación de la docencia en la Universidad de Buenos Aires Andrea MOLINARI y Guillermo RUIZ	245
---	-----

Actualidad Universitaria

Res. (CS) N° 3.797 reforma de los contenidos de la asignatura "Derecho" del CBC	257
---	-----

Algunos resultados del relevamiento estadístico del Servicio de Consultorio y Patrocinio Jurídico de la Universidad de Buenos Aires María Valeria QUIROGA	271
--	-----

Notas sobre estrategias de enseñanza e INTERNET

Ética en internet. Nuevas herramientas para la enseñanza y aprendizaje de los contenidos éticos en la educación superior Sebastián SCIASCIOU	289
---	-----

Bibliográficas

Comentario a <i>Investigar en Derecho</i> , de Ana KUIZ y Nancy CARL VALL, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho UBA, Buenos Aires 2004, por Andrea GASTRUA,	297
---	-----

Comentario a <i>Derecho Constitucional</i> , Colección de Análisis Jurisprudencial, de Alberto Ricardo DALLA VU, La Ley, Buenos Aires, 2002, por Claudia SUÁREZ GALL,	301
---	-----

Comentario a <i>Elementos de Derecho Administrativo</i> , Colección de Análisis Jurisprudencial, de Tomás HUTCHINSON, La Ley, Buenos Aires, 2003, por Juan Octavio GAUNA (H),	307
---	-----

Comentario a <i>Casos de Responsabilidad Civil</i> , Colección Académica, de Lidia M. R. GARRIDO CERDASERA, La Ley, Buenos Aires, 2004, por Diego Martín PAPAYANNIS,	321
--	-----

Comentario a <i>Teoría General del Derecho</i> , Colección de Análisis Jurisprudencial, de Ricardo A. GUISBURG, La Ley, Buenos Aires, 2003, por Paula VITTIRO,	333
--	-----

Doctrina

LOS CÁNONES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL¹J. M. BALKIN y Sanford LEVINSON^{2*}

I. Introducción

En marzo de 1860, Frederick Douglass se dirigió a un auditorio en Glasgow, Escocia³ Douglass, el hijo de un hombre blanco y una esclava parcialmente india que se había escapado hacia la libertad, aprendió a leer y escribir por su cuenta y, hacia 1860, se había convertido en uno de los más prominentes abolicionistas en los Estados Unidos. Su tema ese día en Glasgow fue cómo interpretar la Constitución de los Estados Unidos.⁴ En particular, Douglass cuestionó si la Constitución protege la institución de la esclavitud o bien, por el contrario, la correcta lectura de la Constitución, la hacía un documento anti-esclavista.⁵

Douglass habló tres años después de la vergonzosa decisión de la Corte Suprema en *Dred Scott v. Sandford*,⁶ en la cual el Presidente del Tribunal Roger Taney sostuvo que los americanos negros, aún siendo negros libres, no eran ni podían ser ciudadanos de los Estados Unidos.⁷ Buscando encontrar un significado que su apoyo en la interpretación originaria de las personas que redactaron y ratificaron la Constitución de 1787, Taney argumentó que, desde 1787, un siglo de consenso sostuvo que los negros "no tenían derecho alguno que el hombre blanco estuviese obligado a respetar y que el negro podría, justa y legalmente,

¹ Traducción al castellano del texto en inglés realizada por Luciana Escobedo y Alejandro (JBA) y Sergio Nicolás Muñoz (Estudiante de Abogacía, JBA). Publicado originalmente en *Harvard Law Review*, Volumen 111, N.º 2, febrero 1998, págs. 964-1024. Agradecemos a los autores la autorización para publicar esta traducción en esta revista.

² J. M. Balkin es Profesor en la Escuela de Leyes de la Universidad de Yale. Sanford Levinson es de St. John's University. St. John's University, Jr. Regents Chair in Law en la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas. También agradecemos a Akhil Amar, Bruce Ackerman, John Langbein, Carol Kohn y a Peter Siegel por sus valiosos comentarios sobre un primer borrador de este comentario. Una versión más abreviada de este trabajo, aparecerá como la introducción de una colección de originales ensayos acerca de "normas jurídicas que estamos actualmente editando".

³ Douglass, Frederick, *Conferencia en Glasgow: ¿La Constitución de los Estados Unidos es pro-esclavitud o anti-esclavitud?* (Libro de mesa de 1860), en *2 Festschrift*, Philip S., *The life and writings of Frederick Douglass* (An 1898).

⁴ Ver *Douglass, Frederick, Life and Times of Frederick Douglass*, en *Vol. 1, 46*, Frederick, *Autobiographies* 453-56, 1845, 641-46, 661-64; Henry Louis Gates Jr., Editores, *First Library of A. A. College Edition* 1994-1994; Douglass, Frederick, *My Bondage and My Freedom* 42-43, 13-15, 240-50 (John Jay Poyntz CO, 1997) 1835; Douglass, Frederick, *Narrative of the Life of Frederick Douglass*, 40, 53-54, 66 (David W. Blight, editores, 1993) (1845); *The Life and Writings of Frederick Douglass*, *supra* nota 1, en el 16. B. ver también *William Mc Fee, Frederick Douglass* (1997) (discutiendo la denegación racial de Douglass).

⁵ Ver *Douglass, Life and Times of Frederick Douglass*, *supra* nota 2, p. 497.

⁶ 60 U.S. 393 (1853) (1857).

⁷ Ver *idem*, p. 432.

En ningún lugar de su texto Douglass señaló— las palabras "esclavo" o "esclavitud" aparecen explícitamente.¹³ En consecuencia, la Constitución difícilmente podía ser interpretada como pro-esclavitud. En realidad, es anti-esclavitud. "En todas las materias donde se enseña que las leyes son creadas como medios de opresión, crueldad y maldad", Douglass ironizó, "yo estoy en favor de una construcción restrictiva".¹⁴ Donde su texto fue poco claro o abierto, la Constitución debería siempre ser interpretada estrictamente a favor de maximizar la justicia y expandir los derechos humanos.¹⁵ De esta manera, nada impide al Congreso o a los Estados eliminar la esclavitud por medio de la legislación.¹⁶

Además, Douglass sostuvo que había fuertes argumentos fundados en una lectura literal para pensar que la esclavitud por sí misma, era inconstitucional. "La Constitución, Douglass notó, prohíbe sancionar una 'ley confiscatoria', es decir, una ley que implique traspasar a los hijos las mismas incapacidades y cargas impuestas sobre sus padres".¹⁷ Por lo tanto, cada ley de esclavitud en los Estados Unidos debería ser derogada sobre esta base.¹⁸

No mencionamos el discurso de Douglass en Glasgow con el mero fin de apoyar sus particulares argumentos constitucionales, ni siquiera para adherir a su enfoque de la interpretación constitucional.¹⁹ La cuestión que nos interesa es la siguiente: dado que los famosos comentarios de Roger Taney en 1857 acerca del significado de la Constitución aparecen y han aparecido por décadas en los libros norteamericanos de casos, ¿debería la conferencia de Douglass en Glasgow en 1860 aparecer allí también, quizás yuxtapuesta? ¿Es su discurso tan valioso o su presencia tan importante en los libros de casos como *Dred Scott* o alguna otra docena de casos de la Corte Suprema estadounidense que normalmente aparecen en los cursos introductorios de derecho constitucional?

¹³ Véase *idem*, pág. 471.

¹⁴ *Idem* en pág. 473-6.

¹⁵ Véase *idem*.

¹⁶ Véase *idem*, pág. 476.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ Notemos, sin embargo, que la regla interpretativa central de Douglass, aquella "Donde una ley es susceptible de tener dos significados, el primero haciendo e cumplir un inocente propósito y el otro haciendo e cumplir un propósito malicioso debemos en todos los casos adoptar aquí que la haga cumplir un propósito inocente" *id.* p. 475, tiene un paralelo interesante con las teorías de eufemismo o eufemismos impuestas como Ronald Dworkin. Véase *De Jean Ronald, Law's Empire* (1986) (apoyando la idea de que la interpretación legal debería hacer del derecho "el mejor derecho posible").

La opinión de Taney fue escrita por el presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la más alta magistratura en el territorio. En contraste, la conferencia de Douglass fue dada por un ex-esclavo —quien como resultado de la decisión en el propio caso Dred Scott— ni siquiera tenía el título de ciudadano de los Estados Unidos, y mucho menos era un abogado entrenado en su profesión o un funcionario de gobierno. Incluso más, la opinión de Taney, aunque inmediatamente atacada y vilipendiada por los opositores de la esclavitud, fue a pesar de ello, la ley suprema del país en aquel tiempo; requiriendo no una sino dos enmiendas constitucionales para ser modificada.²⁰ En cambio, la conferencia de Douglass en Glasgow consistió en un discurso político que nunca tuvo efecto legal y vinculante alguno. En efecto, lo que hace al discurso de Douglass tan interesante es precisamente el hecho de que estaba fuera del consenso de opiniones legales de aquel tiempo. Aunque muchos abolicionistas seguramente estaban de acuerdo con el punto de vista de Douglass en cuanto a que la Constitución prohibía la esclavitud²¹ —probablemente la mayoría eran abogados con experiencia en 1860, y ciertamente todos ellos podrían haber sido candidatos políticamente viables para ser nombrados en el poder judicial federal— consideraron sus argumentos como "extraños" o engañosas interpretaciones de la Constitución.²²

¿Pero, cómo, precisamente, estos hechos son relevantes, si es que lo son? ¿Debería alguno de estos textos, o ambos, o ninguno, aparecer en los

²⁰ La decimotercera Enmienda abolía la esclavitud pero no resolvió la cuestión de la ciudadanía. Véase Constitución de los Estados Unidos, Enmienda XI. La decimocuarta enmienda garantizó que todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos eran ciudadanas de los Estados Unidos y de Estado en el cual residían. Véase id., Enmienda XIV, § 1.

²¹ Véase Wiecek, William M., *The Sources of Antislavery Constitutionalism in America, 1760-1848*, p. 269 (1997). El más notable constitucionalista anti-esclavitud fue Lysander Spooner, quien casi según informó en algunos de los argumentos de Douglass's. Para una discusión sobre el trabajo de Spooner, véase Barrett, Randy E., *Was Slavery Unconstitutional Before the Thirteenth Amendment?*, *Lysander Spooner's Theory of Interpretation*, 28 PAC. L.J., 977 (1997).

²² Seguramente, aun muchos abolicionistas hubiesen acordado que los argumentos de Douglass eran engañosos, incluyendo en forma prominente a los seguidores de William Lloyd Garrison. Garrison acordaba con Taney que la Constitución protegía la esclavitud. Él lo denunció como "un pacto con la muerte y un acuerdo con el infierno" e insistió que los estados no tenían obligación de morar y permitir la secesión de la Unión. Merwin, Walter M., *Against Wind and Tide: A Biography of Wm. Lloyd Garrison* 205 (1967). Douglass comenzó como un Garrisoniano, pero más tarde se separó su concepción de Glasgow es un claro rechazo tanto a los pensamientos separatistas de Garrison como a su presunta cedería del significado político práctico de la Constitución. Véase Douglass, *supra* nota 1, págs. 279-80; *The Life and Writings of Frederick Douglass*, *supra* nota 1, págs. 48-66. Para un interesante acerca del significado legal y político de la conferencia de Douglass en Glasgow, véase Barish, M., *Agreements with Heaven: Other Owners of Our Faith*, 65 Fordham L. Rev. 303, 309-16 (1997), y Roberts, Dorothy E., *The Meaning of Black's Freedom to the Constitution*, 65 Fordham L. Rev. 1761, 1766-69 (1997).

libros de casos contemporáneos?" ¿Cual de ellos debería el estudiante norteamericano estudiar y debatir, cuál deberían los ciudadanos educados conocer, y cual debería conformar el trabajo de los expertos juristas en la actualidad? ¿Cua. de estos dos escritos, en resumen, debería componer el "canon" de material legal norteamericano?

Para algunos lectores, la discusión acerca de los "cánones legales" podría sugerir un tratado sobre derecho canónico o, quizás para lectores creativos, una discusión sobre el manejo de armas de fuego.⁴¹ El objeto de nuestro estudio es de algún modo distinto. Se refiere a la que es y la qué debería ser canónica en el estudio del derecho. Desde nuestro punto de vista, no hay mejor forma de entender una disciplina —sus temas básicos, sus actuales inquietudes e intereses— que estudiar qué es lo que sus miembros piensan que es canónico para esa disciplina. El estudio de los cánones y la canonicidad es la llave a los secretos de una cultura y sus modos de pensamiento característicos.⁴²

En las humanidades los debates sobre el "canon occidental" se han ido sucediendo por algún tiempo, a veces a través de controversias sobre qué textos deben ser asignados en los cursos básicos de humanidades.⁴³ También hubo debates análogos acerca de la canonicidad en las academias de derecho, pero con otros nombres y usanci en vocabulario diferente. Han existido debates sobre

⁴¹ En el interior de una plena revelación, recordamos que la conferencia de Douglass en Glasgow es actualmente reimpresa en uno y solo uno de los libros estándar de casos de derecho constitucional, un libro de casos que es, no por nada en forma coincidente, co-editado por uno de los co-autores de este comentario. Véase Paul Bator & Sanford Levinson, *Processes of Constitutional Decisionmaking: Cases and Materials* 107-1, 13th ed. 1992.

⁴² La palabra "canon" proviene del Griego *kanon*, significando "vara" o "regla" y originalmente significaba una "regla, ley o decreto de la iglesia." *The Oxford English Dictionary* 831 (2^a ed. 1989). Mas tarde vino a significar un "estándar de juzgamiento o autoridad [o] un examen, criterio, [o] medios de discriminación." *Id.* En consecuencia, no había de los "cánones" de la sociedad edipica. Históricamente, una de las más insistentes formas de discriminación fue la derivación de si contar un texto particular como Escritura Sagrada e incluido en la Biblia. Así, la palabra "canon" vino a significar una colección que es seleccionada y organizada de acuerdo con una regla o un conjunto de reglas, como los libros de la Biblia o el canon de textos en la Iglesia Católica. Los cánones musicales, por ejemplo, son composiciones organizadas de acuerdo con una estricta regla de imitación.

⁴³ Una de las tradiciones, hace alusión a significado de "canon", que también significa "cánon" en inglés. Véase *The American Heritage Dictionary of The English Language* 216 (3^a ed. 1991). De estos varios usos, la palabra canon ha adquirido la connotación adicional de autenticidad y calidad de lo sagrado.

⁴⁴ Véase Brian David, *Great Books: My Adventures With Homer, Rousseau, Woolf and Other Indescribable Writers of the Western World* (1990); Gates Henry Louis Jr., *Loose Canons: Notes on the Culture Wars* (1992); Louis Lawrence W., *The Opening of the American Mind: Canons, Culture, and History* (1991). Un particularmente notable (y para algunos, tutoral) debate tuvo lugar en la University of Stanford acerca de, entre otras cosas, lecturas requeridas en sus cursos básicos de civilización occidental. Véase Paul, Mary Louise, *Humanities for the Future: Reflections on the Western Culture Debate at Stanford*, en *The Politics of Liberal Education* 13 (Derryl J. Gies & Barbara Hanusch-Spire editors, 1992).

interdisciplinariedad, sobre narrativa, sobre identidad política y sobre la preservación de los precedentes liberales de la Corte *Warren* y la temprana Corte *Burger* como iconos normativos. Los expertos del derecho tienen su propio modo de debatir acerca de lo que es canónico, aún si no emplean ese término en particular.

Las cuestiones sobre la canonicidad del derecho han florecido en momentos de inquietud y agitación en la academia jurídica norteamericana. En los últimos veinticinco años, los estudiantes de derecho han sido testigos de la entrada (algunos la llamarían 'invasión') de enfoques interdisciplinarios, del ascenso del análisis económico del derecho, del desarrollo del feminismo, de la teoría racial crítica, y los estudios 'gay' del derecho y la creciente influencia tanto de la metodología de actores racionales como del posmodernismo. La demografía de las facultades de derecho también ha cambiado dramáticamente: más y más mujeres y minorías han asistido a las facultades de derecho y, en forma lenta pero firme, han obtenido el ingreso a las filas de profesorado. Simultáneamente, la comparativamente insular escuela legal norteamericana está 'yendo a lo global'. Después de muchos años de orgullosa autoreferencia, la escuela de derecho norteamericana está mostrando interés por los sistemas jurídicos y los problemas constitucionales de otros países. De seguro que este nuevo interés es parte de la exportación de la cultura legal norteamericana hacia otras tierras, pero también refleja una creciente curiosidad de cómo las cosas podrían ser hechas de otra manera aquí en los Estados Unidos.

Es precisamente en aquellos tiempos de agitación, crecimiento, cambio e innovación que las inquietudes sobre los cánones surgen en cualquier disciplina. La disciplina busca ya sea reconstruirse o cerrar sus filas al considerar que cualquier cosa puede ser considerada canónica en sus prácticas, sus métodos, o sus materiales de estudio. En las discusiones sobre los cánones legales, las analogías con los debates que tuvieron lugar en Stanford y otras universidades son demasiado tentadoras para resistirse.²⁴ Después de todo, los debates

²⁴ Vease, por ej., Anne Frances Lee, *Rule and the Core Curriculum in Legal Education*, 79 Cal. L. Rev. 1515 (1991) & n.3 (1991); Francis J. Moots III, *Legal Classics After Deconstruction: The Legal Canon*, 72 N. C. L. Rev. 177, 178-80 (1994); Brian J. Walsh, *Constructing the Canon*, 2 Mar. J. L. & Human. 221, 221 (1990). El canon constitucional fue el tema de un panel en 1995 en la Conferencia sobre Derecho Constitucional de la Asociación de Escuelas de Derecho Americanas (AALS) en la Universidad de Michigan. Vease AALS Conference Program, *Carricatures of Constitutional Law* (Ann Arbor, Mich., June 12-6, 1995). La cuestión más general, ¿Tenemos un canon legal? fue el tema de la sesión plenaria de la Conferencia de la AALS de 1994. Para una recopilación de los informes presentados en este encuentro, ver Symposium, *Do We Have a Legal Canon?*, 43 J. Legal Ed. 1, 1-26 (1994).

en los colegios de humanidades han suscitado una considerable controversia y cobertura de prensa, con algunos de sus participantes sugiriendo por momentos que nada menos que el futuro de la civilización occidental depende de aceptar su posición particular en el debate.

No obstante, esas comparaciones ocultan tanto como lo que revelan. En este comentario queremos considerar tanto las similitudes como las diferencias en los debates acerca de los cánones literarios y jurídicos. Más importante, queremos considerar qué hay en juego realmente al preguntar si todo campo del derecho está constituido por un canon. A la pregunta de qué es canónico debemos aproximarnos tanto desde el plano sociológico como prescriptivo. No podemos debatir el contenido "del canon" hasta que entendamos los propósitos por los cuales se formula la pregunta y las razones por las cuales se formula en un momento específico del desarrollo de la cultura jurídica. Además, debemos entender los debates sobre los cánones en referencia a un contexto institucional específico, pues estos debates son parte de formas más generales de desarrollo y lucha cultural. Debido a que somos profesores de derecho constitucional, empleamos muchos ejemplos en nuestro comentario pertenecientes a ese campo, pero esperamos que el lector los entienda como demostrativos de funciones más generales de los cánones jurídicos.

En la segunda parte de este comentario, debatimos los diferentes modos de constituir o definir un canon. Sostenemos que lo que se considera como un canon en derecho depende mucho de la audiencia y los propósitos para los cuales el canon se construye. Por ejemplo, el material jurídico puede ser canónico porque es importante para educar a estudiantes de derecho, porque asegura una necesaria culpa general para los ciudadanos de una democracia, o porque sirve como parámetro para evaluar teorías académicas sobre el derecho. Dado que los materiales legales tienen múltiples audiencias y funciones, no hay razón para pensar que el derecho o cualquier campo del derecho, tenga un único canon. En contraste, diferentes formas de *canonicidad* tienen una vinculación más cercana con alguna otra en las humanidades que con el derecho, y esta vinculación les otorga la apariencia de un canon unificado sobre el cual los participantes luchan. Finalmente, sostenemos que algunas de las más importantes formas de *canonicidad* tienen menos que ver con la elección de los materiales que con las herramientas para el entendimiento que las personas usan, a fin de pensar sobre el derecho —el trasfondo estructural del "habla jurí-

dica" que conforma las conversaciones dentro del derecho y que conciernen a éste.²⁷ Estos elementos de "profunda canonicidad" incluyen formas características de discusión jurídica, aproximaciones características a los problemas, estructuras narrativas subyacentes, formas inconscientes de categorización y el empleo de ejemplos canónicos.

En la tercera parte, explicamos cómo los rasgos canónicos de la pedagogía y de la teoría académica determinan, para bien o mal, como los estudiantes aprenden el derecho y cómo los académicos lo estudian y teorizan sobre él. En particular, aseveramos que el canon pedagógico en derecho constitucional está demasiado centrado en las opiniones de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Este foco en las opiniones de la Corte Suprema y la creciente subdivisión del plan de estudios del derecho constitucional han afectado sutilmente el contenido de la teoría constitucional. También pensamos que, como en las humanidades, pueden existir algunas ventajas en la expansión del rango de materiales incluidos para el estudio del derecho, pero nuevamente pensamos que las razones para expandir o cambiar el canon pueden ser diferentes en el derecho respecto de las humanidades. La cuarta parte es una breve conclusión.

II. Los diferentes significados de la canonicidad

A. Pedagogía, cultura general y teoría académica

Cuando pensamos en los debates sobre el canon en las humanidades, normalmente enfocamos en la cuestión de qué libros o autores deberían ser asignados y leídos en los cursos universitarios. Pero de hecho, muchos de los libros que son asignados en los cursos de humanidades son colecciones de materiales preseleccionados en la forma de antología. Considérese una muestra de los libros ofrecidos por la Compañía Editora Norton: *The Norton Anthology of American Literature*,²⁸ *The Norton Anthology of Short Fiction*,²⁹ *The Norton Anthology of English Literature*,³⁰ *The Norton Anthology of World Masterpieces*.³¹

²⁷ Para una discusión del concepto "law talk", ver J. M. Balkin & Sanford Levinson, *Constitutional Grammar*, 12 Tex. L. Rev. 1271, 174-78 (1982).

²⁸ *The Norton Anthology of American Literature* (Nina Baym, Wayne Finkler, Ronald Grooms, Laurence B. Hallam, David Kautsch, Arnold Kupper, Francis MacFar, Hershe, Paula William H. Patterson & Patricia B. Walcott eds., 2^a ed. 1994).

²⁹ *The Norton Anthology of Short Fiction* (R. V. Cassel ed., 3^a ed. 1986).

³⁰ *The Norton Anthology of English Literature* (M. H. Abrams ed., 5^a ed. 1986).

³¹ *The Norton Anthology of World Masterpieces* (Maynard Mack ed., 5^a ed. 1985; 10^a edición World Masterpieces, Quinta Edición).

The Norton Anthology of Modern Poetry,¹⁴ *The Norton Anthology of Literature by Women: The Tradition in English*,¹⁵ and *The Norton Anthology of African American Literature*.¹⁶ Estas antologías evitan el acoso a la energía y al tiempo de los profesores de humanidades, en elegir qué libros y poemas asignar y en editar los trabajos elegidos, y esa es la razón por la cual son tan utilizados. Ni esta economía es accidental. Ofrecer a la gente categorías prefabricadas con las cuales reflexionar y textos con los cuales pensar, son algunas de las más importantes funciones cumplidas por la construcción del canon.

Este ahorro de esfuerzo se debe al trabajo de los editores de antologías, quienes cuidadosamente filtran y seleccionan los materiales relevantes proporcionando actualizaciones a medida que son requeridas. De hecho, ha habido múltiples ediciones de varias de estas antologías sugiriendo tanto que esta categoría de "obras maestras del mundo" no es estable en su conjunto¹⁷ o, más felizmente, que las nuevas "obras maestras del mundo" son publicadas cada año.¹⁸

¹⁴ *The Norton Anthology of Modern Poetry* (Richard Ellman & Robert D'Avanzo eds., 1971).

¹⁵ *The Norton Anthology of Literature by Women: The Tradition in English* (Sandra M. Gilbert & Susan Gubar, eds., 1st ed. 1979).

¹⁶ *The Norton Anthology of African American Literature* (Henry Louis Gates, Jr. & Nellie Y. McKay eds., 1997).

¹⁷ Es interesante comparar las tablas de contenidos de la cuarta y quinta ediciones del Volumen I de la *Norton Anthology of World Masterpieces*, la que incluye literatura de los siglos dieciséimo hasta el presente. Entre los autores de la cuarta edición que son omitidos en la quinta, se encuentran François Ducloux de la *Requiem*, cuyo máximo sonnetístico verid. en pags. 169-170; *The Norton Anthology of World Masterpieces* 128-31 (Maynard Mack ed., 4th ed. 1955) en adelante *World Masterpieces, Fourth Edition* (Jean-Pierre Barrucand, verid. en pags. 167-168; André Luc, cuyo *The Return of the Prodigal Son* está incluido, verid. en pags. 131; R. Anna Ashmole, cuyo *Requiem* está incluido, verid. en pags. 169-170; Vladimíro Nájera, cuyo *Cloud Castle*, *Lakeesha* está incluido, verid. en pags. 169-72; Jean-Paul Sartre, cuyo *Nô* está incluido, verid. en pags. 169-71; R. B. y Richard Wright, cuyo *Boy Boy* *Unes* *Home* está incluido, verid. en pags. 169-70. Asimismo, algunos de los autores que están incluidos en ambas ediciones ahora son considerados haber "desviado" o "diferentes" "obras maestras". De allí William Faulkner está representado en la cuarta edición por *Old Man*, verid. en pags. 1648-1720, cuando la quinta edición ofrece *Barn Burning*, verid. *World Masterpieces, Fifth Edition*, supra, nota 3, en p. 1761-65, y *Splendid Night*, verid. en pags. 1766-1815; Camus *The Renegade of Camus*, verid. *World Masterpieces, Fourth Edition*, supra, en pags. 1857-70, es ahora apertamente *Old Man* en la *Fourth*, verid. *World Masterpieces, Fifth Edition*, supra, nota 3, en p. 1761-65. La cuarta edición, a su vez, incluye a un contingente de nuevos autores dentro del canon, incluyendo a Jorge Luis Borges, Samuel Beckett, W. S. Merwin, Ralph Ellison, Alexander Scrimgeour, Doris Lessing, Alvin Karpis, Yukio Mishima, Gabriel García Márquez, y Wole Soyinka. Verid. págs. 1761-70. Todos estos autores habían publicado significativos trabajos con anterioridad a la cuarta edición, la cual fue publicada en 1970, entonces lo que sea que explique su inclusión, no puede ser la existencia de llamantes nuevas obras disponibles para los editores de la edición de 1975.

¹⁸ También está la posibilidad de que los editores de los libros de textos, como Norton, esperasen de sus editores que produjeran nuevas ediciones (a lo largo de años o incluso en un año) para las copias nuevas de las ediciones previas. Esta posibilidad le asigna un nuevo significado a la expresión "mercado de libros".

En todo caso, las decisiones de los editores, acerca de cual entre muchos potenciales candidatos deben ser considerados canónicos en estas antologías, pueden hacer necesario un juzgamiento estricto.³⁷ Como Sandra Gilbert y Susan Gubar descubrieron cuando publicaron la Antología Norton de literatura escrita por mujeres pretendiendo cifrar "la tradición en la lengua inglesa",³⁸ los editores de antologías a menudo están sujetos a una severa crítica, tanto por sus elecciones y por aquellas elecciones que pretendan un status hegemónico.³⁹

Los profesores de derecho también confían en las antologías, aunque las llamamos "libros de casos". En efecto, seguramente no hay parte del ambiente académico que confíe más en las antologías que las escuelas de derecho norteamericanas. Enérgicos profesores algunas veces agregar materiales suplementarios de su propia invención y pueden hasta recomendar una recopilación o dos, pero la mayor parte de los estudiantes de derecho norteamericanos son alimentados con una dieta crecientemente gruesa (y crecientemente cara) de libros de casos.⁴⁰

Tal como los profesores de literatura deciden qué poemas y novelas enseñar, los editores de los libros de casos deciden a qué "casos y materiales" los estudiantes deberían ser expuestos en su trayecto intelectual, desde que son simples no iniciados hasta que llegan a ser abogados bien educados y "disciplinados". Ni tenemos dudas de que los propósitos y la agenda de las personas que crean estas colecciones usualmente difieren, estamos ya al-

³⁷ Ver, por ejemplo, Louis C. Kelly, Jr., "The Master's Pieces: On Canon Formation and the Afro-American Tradition", en *The Politics of Liberal Education*, *Antología* 25, en págs. 95, 107-08.

³⁸ *The Norton Anthology of Literature by Women: The Tradition in English*, edición agregada (Nueva York: W. W. Norton, 1985). La segunda edición ha sido ligeramente alterada. Ver *The Norton Anthology of Literature by Women: The Tradition in English* (Sandra M. Gilbert & Susan Gubar, eds., 2^a ed., 1986).

³⁹ Por ejemplo, Gail Goux se queja de que Gilbert y Gubar le dieron demasiada especie a "trabajos poco conocidos de signifi-cante contenido feminista", mientras ignoraron escritores "cuya prosa o poemas no siempre concuerdan con la experiencia femenina o bien no son aptos para una explicación feminista". Gail Goux, *One Woman Leads to Another*, *N.Y. Times*, 28 de abril 1985, 17, en p. 1. De ahí se acuerdo con Corwin, la antología debería haber sido titulada "la tradición feminista" antes que "la tradición" de escritoras en inglés. Id., Joyce Carol Oates duda que la antología "luxe" que es el objeto imprevisto de polarizar las escritoras en dos campos rivales: aquellas que negaron los reclamos del género y aquellas que los reconocieron". Joyce Carol Oates, *Woman Writer: Dilemmas And Opportunities* (1988), Las críticas a la antología, Oates sugirió, a veces vinieron desde "escritoras cuyo sentido de sí mismas no tiene la perspectiva del género" a pesar de que sus escrituras apuntan hacia una específica audiencia femenina y sus reputaciones literarias se desarrollaron en gran parte, por el apoyo literario. Id.

⁴⁰ En el campo aquí en la práctica americana, a diferencia de Gran Bretaña y la Europa continental (como en cualquier otro lado donde los libros de casos al estilo americano no han sido fácilmente popularizados). A veces, los profesores en estos países asignan a sus estudiantes tratados o simplemente les dan listas de casos y leyes para buscar en la biblioteca y ponerlos en su propio camino.

mente seguros de que la academia se beneficiaría con un debate por lejos más explícito (y más contruyectados) que la apagada discusión actual sobre qué visión del derecho subyace en cada libro de casos dado. De esta manera, uno de los propósitos de este comentario es provocar una larga y posrergada discusión entre quienes serían los constructores del canon jurídico, acerca de las razones para sus peculiares decisiones —una discusión que no abarque simplemente qué textos ellos incluyen y excluyen— sino también por qué estos textos son incluidos o excluidos.⁴¹

Comenzamos, no obstante, con un documento jurídico que no genera oposición alguna: la opinión de John Marshall en *McCulloch v. Maryland*,⁴² que estableció una visión expansiva del poder federal bajo la Constitución de los Estados Unidos. A menos dentro del campo del derecho constitucional, casi todos parecen acordar que *McCulloch* es canónico. En realidad, en un estudio reciente de los once mayores libros de casos de derecho constitucional titulado "¿Existe un canon en derecho constitucional?", *McCulloch* fue uno de los diez casos incluidos en todos los libros de casos.⁴³ Esta unanimidad sólo confirma la intuición de que cada estudiante de derecho debería conocer a *McCulloch*, y

⁴¹ A pesar de que este debate está largamente pospuesto, existen precedentes. Ver Brian Christopher T. Taveras a Taveras, *id.* *Constitutional Law Casebooks*, 21 S. Cal. L. Rev. 1 (1988). Más recientemente, han habido ocasionales discusiones acerca del rol de la raza en la currícula legal: ver, por ej. Allan Shapiro *id.*, en págs. 1415 & 148, acerca de la selección sobre la base del género de materiales en libros de casos de contratos. Ver, por ej. Lisa Mary Lee, *Re-reading Contracts: A Feminist Analysis of a Contracts Casebook*, 34 Am. U. L. Rev. 1063, 1070-111 (1985), y acerca de los presupuestos subyacentes en la estructura de los libros de casos de procedimientos civiles ver, por ej., Murray, *supra* n. 5. Good, *Metaphoricity and Materialism as Ideology*, 17 Mich. L. Rev. 135, 156-65 (1984). Incluye en su literatura la famosa aproximación de Harvard Wechsler a la judicialización federal. Ver Allan, *supra* n. 5. *Law Story*, 102 Harv. L. Rev. 488 (1989) (revsando Pau, Balco, Daniel J. Meisinger, Paul J. Mahan & David L. Shapiro, *Harvard Wechsler and the Federal Courts and the Federal System* (1998)). Frown, Richard H., Jr., *Conspiring Federal Courts: "Paranigals," 13 Const. Commentary* 1 (1995); White, Michael, *Who's Afraid of Henry Hart?*, 14 Const. Commentary 195 (1997).

⁴² 17 U.S. 14, Wheat 13, 10-8167.

⁴³ Ver Gershow, Jerry, *Is There a Canon of Constitutional Law?*, *Am. Pol. Sci. Ass'n News* (Law and Courts Section of the Am. Political Science Ass'n), Spring, 1993, at 2-4. La lista de Gershow de casos verdaderamente canónicos (ver *id.* en pag. 3), es la siguiente (en orden alfabético):

(1) *Brown v. Board of Educ.*, 347 U.S. 483, 495 (1954) (quejando inconstitucional la segregación de las escuelas públicas);

(2) *Garcia v. San Antonio Metro Transit Auth.*, 469 U.S. 528, 555-57 (1985) (confirmando la regulación federal de las empresas estatales bajo la cláusula de comercio);

(3) *Gibson v. Ogden*, 2 U.S. 19, Wheat 13, 22-23 (1804) (interpretando la cláusula de comercio y definiendo el concepto de comercio internacional);

(4) *Griswold v. Connecticut*, 384 U.S. 479, 485-86 (1966) (reconstruyendo el derecho constitucional a la intimidad e invalidando la ley que prohíbe la venta de anticonceptivos a personas casadas);

(5) *Lockett v. New York*, 384 U.S. 45, 64-65 (1966) (invalidando una ley de jurantía máxima para los empleados de panaderías).

debería ser capaz de ofrecer algún comentario sustancial sobre su *holding* y sus argumentos.⁴⁴ Sin embargo raramente aparecen artículos sobre *McCulloch* en las revistas de derecho norteamericanas.⁴⁵ Si uno intentase determinar qué es

(5) *MARTIN V. MARIETTA*, 5 U.S. 11 (Cranch) 112, 175-80 (1803) (anulando el poder de controlar judicialmente a la legislación del congreso).

(6) *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (4 Wheat.) 316-423 (1819) (analizando la constitucionalidad de Segundo Banco de los Estados Unidos).

(7) *New York Times Co. v. United States* (Ficando de las papeles de Pentágono), 403 U.S. 713, 714 (1972) (per curiam) (rechazando un pedido de que se dicte una orden judicial que impida la publicación de materiales que allegadamente comprometen intereses de seguridad nacional).

(8) *ROE v. WADE*, 410 U.S. 113, 164-67 (1973) (extendiendo el derecho a la intimidad de una mujer al derecho de ésta de abortar).

(9) *INS v. CHOWHATY SARK & TARI CO. v. SEWEE*, 143 U.S. 579, 582-588 (1912) (anulando la revisión de las revisiones del Presidente Truman a las alertas por violar la separación de poderes).

(10) *GOLDMAN*, nota, incidentalmente, que si el hubiese unido el libro de casos con la memoria anualidad (Bass & Levinson), la cual por el momento no alcanza una total cobertura de la Primera Enmienda a menos cinco casos adicionales hubiesen sido agregados a la lista de los diez casos comunes de todos los once libros estudiados, ver id. pag. 4.

(11) *DEWEY v. UNITED STATES*, 341 U.S. 494, 516-17 (1951) (rechazando la condena de los líderes del Partido Comunista por conspiración al intentar enseñar la necesidad del derramamiento violento del gobierno estadounidense).

(12) *HEARST v. ALANZA MODEL INC. v. UNITED STATES*, 179 U.S. 341, 261-62 (1904) (confirmando la validez de la Ley de Derechos Civiles de 1964 en virtud del poder del Congreso de regular el comercio interestatal).

(13) *MILNE v. COMMONS*, 417 U.S. 15, 22 (1973) (rechazando una prueba en tres fases para la delincuencia de lo que es obsceno).

(14) *New York Times Co. v. SOULS*, 126 U.S. 354, 280-92 (1888) (estableciendo un estándar constitucional para la Ley de difamación al Estado).

(15) *NLRB v. JONES & LAUGHLIN STEEL CORP.*, 361 U.S. 1, 30-31, 49 (1959) (conformando la validez de la Ley Nacional de Relaciones Laborales como un adecuado ejercicio de poder del congreso de regular el comercio interestatal). Finalmente, como Colburn misma, hay otros tres posibles candidatos incluidos en Bass & Levin aunque omitidos por uno de los libros: libros estudiados, ver id. págs. 1-4.

(16) *PLESSY v. FERGUSON*, 163 U.S. 577, 551-52 (1896) (confirmando la doctrina de "separados pero iguales" cuando fue aplicada a la segregación de los vagones de ferrocarril que hacen viajes interestatales).

(17) *HUNT v. GIBBS & LOWMEYER BROTHERS*, 290 U.S. 398, 447-48 (1933) (confirmando la validez de una ley municipal de las hipotecas en Minnesota por ser compatible con la Cláusula sobre Comercio Internacional).

(18) El caso de los Mataderos, 83 U.S. 110 (Wall.) 116, 74 (1871) (interpretando restrictivamente la cláusula de los privilegios e inmunidades de la enmienda decimocuarta construyendo los Privilegios para ser sólo aplicables a los derechos de los ciudadanos nacionales).

⁴⁴ Vale la pena destacar que Daniel A. Farber, William H. Ewald, Jr. y Philip F. Fricke, en su autorreconocidamente actualizado *Cases and Materials on Constitutional Law: Themes for the Constitution's Third Century* (que ha sido incluido en el estudio de Goldfarb), le dedica una decena de páginas a *McCulloch*, sumando su valor al intento de crear un libro de casos que es por lejos más rico que el de sus compendios: ver Farber, Daniel A., Ewald, William H., Jr. & Fricke, Philip P., *Cases and Materials on Constitutional Law: Themes for the Constitution's Third Century* 774-86 (1991). El libro cuenta con 1,200 páginas incluyendo el prefacio, las tablas de contenidos, y los casos, materiales anexos, e índice. Más aún, es la más reciente edición del que se ha dicho que es el libro de casos más extensamente adoptado en el campo. Stone, Geoffrey B., Stone, Louis M., Simmons, Cases P. & Davies, Mark V., *Constitutional Law* 13th ed. 1990, que totaliza 1,977 páginas y le dedica unos cuantos párrafos más a *McCulloch* que el libro de casos de Farber. Ver id. págs. 57-71. Tanto el libro de casos de Farber como el de Stone editado por McCulloch, Paul Brest y Sanford Levinson son los únicos en reimprimir una versión en edición del caso. Ver Bass & Levinson, supra nota 23, págs. 19-31, 47-47.

⁴⁵ Más aun, los expertos legales contemporáneos (así como en su mayoría necesarios) repudian justificar *McCulloch*. Sin embargo, los poderosas oleadas de política gubernamental de la cual estamos siendo testigos en Norteamérica pueden rápidamente cambiar todo esto. Las cambiantes corrientes políticas de nuestro tiempo han abierto un

canónico mediante el examen de la producción académica que se manifiesta en las revistas de derecho norteamericanas. McCulloch no dejaría casi huellas.

En suma, podemos encontrar una amplia divergencia entre aquello que los profesores de derecho enseñan y aquello sobre lo que escriben. Los profesores de humanidades están en alguna medida en una posición distinta. Contrástese el tratamiento del profesor de derecho a McCulloch con el tratamiento de un profesor de literatura hacia una obra de Shakespeare. Estas obras no son sólo enseñadas a los jóvenes, sino que también continúan siendo comentadas con gran entusiasmo por miembros muy importantes de la academia literaria, hasta - y quizá especialmente - cuando estos expertos aplican los en boga contemporáneos métodos de interpretación como deconstructivismo, el nuevo historicismo, y la teoría psicoanalítica lacaniana.⁴⁸ Las metodologías van y vienen, pero cada una es aplicada a Shakespeare a su turno.

Lo que es "canónico" en derecho varía de acuerdo con como el canon es definido, y el modo en que éste es definido depende del propósito del canon. Por ejemplo, considérense tres formas diferentes en que la pregunta relativa al canon puede ser articulada en el campo del derecho constitucional. Primero, podríamos preguntar qué casos y materiales deberían ser enseñados en los cursos de derecho constitucional y reimprimos en los libros de casos de derecho constitucional. Llamamos a éste el "canon pedagógico". Segundo, podríamos preguntar sobre qué casos claves y materiales debería estar advertida una persona educada en un debate serio sobre el desarrollo constitucional americano. Llamamos a este el "canon de cultura general". Tercero, podríamos preguntar qué casos claves y materiales - cualquier académico serio - a diferencia del abogado ordinario o la persona bien educada - debería saber y cualquier teoría seria del derecho constitucional debería tomar en cuenta. Llamamos a esto al "canon teórico académico".

El ejemplo de McCulloch sugiere que estos cánones pueden divergir, y de hecho lo hacen. En el diseño de un libro de casos, un editor preocupado por preparar

espacio para posiciones crecientemente radicales sobre los derechos y los poderes de los estados, y han animado tanto a nuevos como académicos a hacer argumentos federalistas que hubiesen sido par completo rechazados solo algunas décadas atrás, aun por muchos conservadores. Véase Patrick J. Dennis, *Justice*, 117 S. Ct. 2506, 2513, 84 L. Ed. 997 (U.S. Sup. Ct. 1997); Thomas, 514 U.S. 379, 845 (1995) (Thomas, J., dissenting); *Clinton v. City of New York*, 524 U.S. 417, 549, 551-502 (1995) (Thomas, J., concurring); Randy E. Barnett, *Restoring and Preserving*, 44 UCLA L. REV. 745, 756-59, 791-91 (1997); Gary Lawson & Patricia B. Lawson, *The "Proper" Scope of Federal Power: A Jurisdictional Interpretation of the Sweeping Clause*, 41 DUKE L. J. 675, 771-74 (1992).

⁴⁸ Ver, e.g., *Caesar's Speech*, in *Learning To Curse: Essays in Early Modern Culture 1590-1640*, Stephen Greenblatt, *Shakespearean Negotiations: The Circulation of Social Energy in Renaissance England* (1989).

abogados para litigar en temas contemporáneos puede elegir enfocarse en temas corrientes del derecho constitucional a expensas de los que contribuyen a la cultura general. Por ejemplo, asumimos que, como un asunto de cultura general, los estudiantes de la Constitución (y de la Corte Suprema) deberían saber algo sobre *Dred Scott v. Stanford*—un caso que ayudó a precipitar una guerra civil—. Esto es así a pesar de que *Dred Scott* es casi completamente irrelevante para el litigio contemporáneo en asuntos constitucionales. De modo similar, muchos casos y materiales que son valiosos para los propósitos de cultura general no son necesariamente cruciales para explicar cualquier teoría académica seria. Pocos académicos creen que los principios o el *holding* de *Dred Scott* sean importantes para la moderna teoría constitucional (excepto quizás como un símbolo para ser vilipendiado continuamente).⁴²

B. Audiencia y función

Cada una de nuestras formulaciones de un canon de derecho constitucional implícitamente asume una "audiencia" para el canon. La audiencia es el grupo de personas que se supone serán formadas o instruidas por el canon: (en el caso del canon académico teórico) quienes se supone utilizarán el canon como un conjunto de problemas estándares o materiales que necesitan ser explicados y justificados. Nuestra primera descripción de canon pedagógico, por ejemplo, presumió que la audiencia apropiada eran los estudiantes de derecho; nuestra definición del canon teórico asumió que la audiencia relevante eran los juristas académicos. Pero éstas no son las únicas posibilidades, y en la medida en que variamos la audiencia proyectada para un canon determinado los contenidos del canon pueden también variar. Los casos claves y los materiales de derecho constitucional que cada pulitólogo debería saber, por ejemplo, no son necesariamente los mismos de aquellos con los cuales deberíamos esperar que los ciudadanos ordinarios estén familiarizados.

Además, los contenidos del canon pueden variar dependiendo de la función específica del canon para una audiencia particular. Considérese el canon pedagógico, por ejemplo. ¿A qué precisamente—nosotros, profesores de derecho constitucional—estamos preparando para hacer a nuestros estudiantes? Si estamos interesados solamente en la preparación de estudiantes para la práctica

⁴² Este ataque proviene especialmente de "originales contemporáneos" quienes son naturalmente interesados en separarse de la retórica de ganabista auto-consciente, acordada por Taney. Ver, e.g., Eric Foner, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law* (1988) (enumerando en *Dred Scott* los orígenes de un repuntaje indeciso debido a la mala gestión suya propia).

jurídica diaria. ¿debería importarnos si los estudiantes conocen acerca de *Prigg v. Pennsylvania*⁴⁸, en el cual Pennsylvania intentó crear la protección del debido proceso para los negros acusados por los cazadores de esclavos de ser esclavos fugitivos?⁴⁹ Después de todo, como rápidamente muchos estudiantes señalan a quienes se les asigna *Prigg*, la esclavitud desde hace largo tiempo está prohibida en este país. Dedicar tiempo a un caso de 1842, obviamente significa menos tiempo para dedicar a los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema, los cuales por lejos probablemente interesen más a los jueces ante los cuales nuestros estudiantes pueden algún día ejercer la profesión. En efecto, si la preparación para las cosas prácticas es el objetivo central de la pedagogía, ¿por qué los estudiantes de derecho deberían dedicar tanto tiempo a asunto constitucional alguno, siendo que la mayoría raramente se enfrentará con esos asuntos?

Si los profesores de derecho piensan que es importante introducir a sus estudiantes en temas no económicos de derecho constitucional —o, expresándolo de otra forma, si estos temas forman parte del canon pedagógico para los estudiantes de derecho— entonces, debe ser al menos en parte porque los educadores jurídicos creen que los abogados deben desempeñar (o deberían desempeñar) una especial función de "ciudadanía" en una democracia. Presumiblemente, esta función de ciudadanía requiere que los abogados sepan algo sobre el sistema legal americano, incluyendo la constitución de los Estados Unidos. En consecuencia, los educadores jurídicos, como profesores de abogados, deberían estructurar sus cursos con este rol en mente. Por supuesto, cuando las funciones del canon pedagógico son fijadas de esta forma, predicablemente se superpone con el canon de cultura general.

Luego, considérense las funciones posibles a las que sirve el canon de cultura general —los materiales que cualquier persona educada debería conocer a fin de participar y contribuir a discusiones serias y generales sobre el derecho norteamericano—. Es importante reconocer que estas discusiones son usualmente normativas antes que meramente descriptivas, especialmente cuando son llevadas a cabo entre los propios norteamericanos. Éstas discusiones generalmente tratan lo concerniente a si ciertos aspectos particulares de su derecho son de hecho provechosos para EE. UU. y si ciertos cambios radicales podrían no ser deseables.

⁴⁸ 34 U.S. 126 (Pens.) 510 (1842).

⁴⁹ Ver id. en págs. 550-51, discutiendo el texto de la Ley de Pennsylvania de 1825 "Ley para efectivar las disposiciones de la Constitución de los Estados Unidos relativas a los viajes forzados a la producción de las personas libres de color y para prevenir los secuestros".

Además, la gente podría pensar que la cultura general en asuntos constitucionales es importante porque ella fomenta orgullo y adhesión a la comunidad política norteamericana. Al menos algunos casos pueden formar parte del canon porque parecen promover un atractivo retrato de la "Buena América". Incluso más, el deseo de engendrar orgullo puede llevar a la omisión del canon de cultura general de ciertos casos y eventos jurídicos porque ellos presentan una imagen menos atractiva del debido proceso en los Estados Unidos.

Por el contrario, si la función del canon de cultura general es ayudarnos a aprender sobre las transgresiones y errores del pasado americano y a aprender cómo estos han conformado irrevocablemente el mundo en el que hoy vivimos, podríamos incluir una selección diferente de casos y materiales. por ejemplo, casos y materiales sobre esclavitud, discriminación racial, controles sobre la inmigración y libertades de los trabajadores obreros chinos, y el maltrato a los Nativos americanos. Ese canon de cultura general podría ser el suplemento de íconos supuestamente positivos como *Brown v. Board of Education*⁵⁰, y *New York Times Co. v. Sullivan*⁵¹ con casos menos inspiradores como *Dred Scott*⁵².

⁵⁰ 347 U.S. 483 (1954).

⁵¹ 376 U.S. 253 (1964).

⁵² 349 U.S. 211 (1955). Deberíamos confirmar una condena sobre la base de que sus afirmaciones implicaban que Debs aprobaba la objeción a la conscripción al servicio militar en violación a la Ley de Espionaje de 1917. Ver el 412 b-17. Debido a que Oliver Wendell Holmes acusó el caso del peligro claro y presente en el caso *Schenck v. United States*, 249 U.S. 51 (1918), *Schenck* casi siempre ha sido de un lugar de privilegio en los libros de casos, al tiempo que a veces se relega a Debs a una nota al pie de página. Ver, e.g., Abraham Lincoln & Jonathan D. Miller, *Cases And Materials On Constitutional Law* 1001 & 1210 (ed. 1997) describiendo a Debs simplemente como "un socialista prominente". De allí que nos preguntemos cuántos estudiantes nunca aprenden que los Estados Unidos encarcelaron a Eugene V. Debs, indudablemente el socialista más importante de su época, hasta resolvió casi el seis por ciento de los votos (sobre 900,000 votos) para la presidencia en la elección de 1920 (y quien ganó el mismo número aproximado de votos en 1924 cuando estaba cumpliendo una condena de diez años que había sido confirmada en forma unánime por la Corte Suprema). Ver *Brief & Comments*, *supra* nota 23, pp. 110-52; *The Reader's Companion to American History* 270 (Eric Foner & John A. Garraty eds., 1991); *Story, Seidman, Sussman & Tushnet*, *supra* nota 41, pp. 1095-97. En su lugar, el énfasis sobre *Schenck* y sobre *Abrams v. United States*, 250 U.S. 416 (1919), conduce a muchos estudiantes a asumir que la opresión gubernamental a los disidentes fue en efecto restringida a lo que Holmes memorablemente llamó "pequeños anillos" (*cf.* p. 324 (límites "justos de silencio"). En fin, nosotros pensamos que hay buenas razones para revertir el tratamiento que se le da a *Schenck* y Debs, a fin en aquellos libros de casos que arma'mente le reconocer lo significativo de Debs. Véase Gerald Gorman & Kathleen M. Sullivan, *Constitution*, *Law* 1030, 401 f.ª ed. 1991; William B. Ewald, Yale Law School, Jesse H. Carter, Steven H. Shiffrin & Richard H. Fallon Jr., *Constitutional Law* 617-18 (8ª Ed. 1992); Stone, Seidman, Sussman & Tushnet, *supra* nota 41, at 1095-97; libro de casos de Lockhart apropiadamente a la declaración de Harry Kalvin: "Colocar el caso en el contexto moderno es algo así como si George McClellan hubiese sido enviado a pelear por sus críticas a la Guerra [de Vietnam]"; Lucchese, *Kammar, Chappell, Shiffrin & Fallon*, *supra*, pp. 117-18 (sección alteración en el texto) citando a Harry Kalvin, *Ernest Fleischel and the First Amendment* (Frederick 40 U. CH. L. REV. 215, 217, 1973) (estas últimas omisiones). Por supuesto, su necesidad de identificar la guerra entre corchetes también sugiere, que debido, la mayoría de nuestros estudiantes necesitará que les indiquen quien fue George McClellan.

*United States v. Debs*⁵¹, *Korematsu v. United States*, y el Caso *Chinese Exclusion*⁵²

El canon teórico puede todavía tener otras funciones. Este sería el material que constituye el foco central de los teóricos de profesión en el derecho constitucional. Esto es, lo concerniente a los materiales que un joven profesor asistente debe estudiar si aspira a ser reconocido como un participante activo del campo.⁵³ A causa de que esta función del canon teórico académico se encuentra tan cercanamente vinculada a la búsqueda de solidaridad disciplinaria, status, y respeto dentro de la profesión de la academia jurídica, no deberíamos sorprendernos de que dicho canon difiera en gran medida del canon pedagógico dirigido a abogados inexpertos. La academia jurídica se ha convertido cada vez más en interdisciplinaria, aún cuando las escuelas de derecho todavía desempeñan su profesional y tradicional función de entrenar futuros miembros de colegio de abogados. Como resultado, la audiencia experta en derecho se ha convertido en otra forma de academia jurídica, distinta a los estudiantes (la audiencia del canon pedagógico) o conciudadanos (la audiencia presumida para el canon de cultura general).

El canon académico teórico hoy ciertamente incluye "materiales" al igual que "casos", de modo más importante, incluye en forma creciente el trabajo de académicos no juristas. Algunos familiares ejemplos incluyen los trabajos del filósofo John Rawls y del economista Ronald Coase⁵⁴. A pesar de que ninguno de estos académicos es abogado, el desconocimiento de su trabajo sería un signo de incompetencia en un profesor de derecho que enseñara en

⁵¹ 333 U.S. 211 (1948). *Korematsu* ratificó la constitucionalidad del confinamiento en campos de guerra de los ciudadanos americano-japoneses. Verid, págs. 213-24.

⁵² *Chae Chan Ping v. United States* (El caso de la exclusión china), 130 U.S. 581 (1889). El caso de la exclusión china confirmó los plenos poderes del gobierno federal para expulsar extranjeros chinos que trabajaban como obreros en los Estados Unidos. Verid, págs. 610-11.

⁵³ Presuntamente hemos considerado un aspecto de este tema en nuestro comentario sobre la lista de Fred Shapiro de los cien casos más citados de todos los tiempos en las revistas jurídicas. Véase J. M. Ely y Sanford Levinson, *How to Win Cases and Influence People*, 71 Chi.-Kent L. Rev. 843-856, 860-66 (1996). Idehanendo el artículo de Fred R. Shapiro, *The Most Cited Articles Revisited*, 71 Chi.-Kent L. Rev. 35 (1996). Hemos sugerido, por ejemplo, que alguien que desee convertirse en un "jugador" en la academia legal, está bien aconsejado en convertirse en un adepto de la jurisprudencia sobre la Primera y la Decimocuarta Enmienda, antes que estudiar y escribir sobre el poder del Presidente para involucrarse en aventuras en el extranjero sin la previa aprobación del Congreso. Verid, págs. 854-56. Si esta asignación de energías es socialmente útil es otra cuestión. Pero no hay razón para pensar que los trabajos siempre son ser al menos útiles, al menos fuera de los confines de sus respectivas disciplinas.

⁵⁴ Ver, e.g., Rawls, John, *Political Liberalism* (1993); Rawls, John, *A Theory of Justice* (1971); Coase, R. H., *The Problem of Social Cost*, 3 J. L. & Econ. 1 (1960).

ciertas áreas. En efecto, sospechamos que el trabajo de Rawls y Coase es más canónico —a menos dentro del mundo de la academia jurídica que se esfuerza por el éxito profesional— que otros materiales claramente legales, como la opinión de la Corte Suprema en *Prigg v. Pennsylvania*.

Este es, por supuesto, un postulado empírico, y uno podría intentar probarlo contando laboriosamente las citas en artículos publicados en revistas "líderes" de derecho (como la *Harvard Law Review*). En efecto, Fred Shapiro ha hecho precisamente esto, y determinó que el artículo más frecuentemente citado de todos los tiempos, en artículos publicados en revistas jurídicas, (y supuestamente dirigidos a académicos del derecho) es *El problema del costo social*⁴⁷ de Coase. A causa de que Shapiro no contó las citas en los libros, no sabemos la frecuencia real de las citas a la *Teoría de la Justicia* de Rawls, pero apostaríamos fuertemente a que de verdad aparecen muy a menudo.

Sin embargo, un simple experimento mental debería probarlo de un modo igualmente convincente. La canonicidad no es una simple cuestión de lo que uno piensa que es importante; es también una cuestión de lo que uno piensa que otros piensan que es importante. En su clásica novela académica *Changing Places*, David Lodge describe el juego académico de la "Humillación" en el cual un jugador nombra un trabajo que él o ella no ha leído y gana un punto por cada otra persona que sí lo ha hecho.⁴⁸ El ganador del juego es la persona mejor capacitada para demostrar cuán ignorante es, sojuzgado por el hábito colectivo de lectura de sus colegas. Por tanto, ganar requiere un conocimiento tanto de lo que uno ha leído (y no leído) y de lo que es probable que otros consideren suficientemente importante leer. Lodge describe un joven especialmente competitivo, miembro del Departamento de Inglés de la Universidad de Estado Eufónico quien no pudo resistir ponerse por encima de cada uno al admitir que él nunca había leído *Hamlet*.⁴⁹ El ganó el juego, a pesar de que luego le fue denegada la titularidad como consecuencia.⁵⁰

Una forma de construir un canon teórico para académicos, entonces, es jugando un juego imaginario de "Humillación". El ganador sería la persona que no ha leído trabajos del canon vigente. Así, para entender el corriente rol del

⁴⁷ Ver Shapiro, *supra* note 55, pp. 359-367.

⁴⁸ Ver Lodge, David, *Changing Places: A Tale of Two Campuses* 135 (Penguin Books, 1992), 177.

⁴⁹ Ver *id.* pag. 176.

⁵⁰ Ver *id.*

saber interdisciplinario del canon teórico-académico, pregúntese a sí mismo qué sería más embarazoso para un profesor de derecho: confesar en un encuentro profesional que no ha leído la *Teoría de la Justicia* o *El problema del costo social* por un lado, o *Prigg v. Pennsylvania*, por otro.⁶¹

Como este ejemplo sugiere, el canon de interés para los académicos puede ser bastante diferente del canon que es importante para el abogado practicante.⁶² Una razón para las significativas diferencias en la formación del canon entre varios grupos socio-legales es que cada grupo constituye una comunidad diferente con diferentes presupuestos interpretativos, propósitos y prácticas. De este modo, una creciente divergencia en la construcción del canon entre estos grupos puede ser un síntoma de una creciente división entre comunidades interpretativas y una creciente diferenciación en los propósitos entre los académicos, abogados y jueces (además de la diferenciación profesional que siempre ha existido entre abogados y ciudadanos). Cada comunidad interpretativa puede tener su propio canon (o conjunto de cánones), y si bien estos cánones seguramente se superponen, ellos pueden divergir en ciertos aspectos.

Esta divergencia sugiere un punto al cual volveremos más adelante en este comentario. Una razón para el renovado interés en los cánones y en cuestiones de canonicidad puede ser un deseo de restablecer un denominador común dentro de una imaginaria comunidad interpretativa de jueces, abogados y académicos que muchos temen se está separando.⁶³ La imposición de los cánones es invariablemente una suerte de acción de vigilancia, no importa cuán

⁶¹ Otros lectores podrían imaginar cuál confesión de ignorancia en las normas de selección de las facultades de derecho, resultaría más gravosa si copiase en el propio legajo. Las listas adecuadas de normas, el legajo puede ser empleado para construir el canon de casos y materiales que cualquier abogado practicante debe saber. Parece, por ejemplo, imaginar el siguiente intercambio en una discusión con Judge Federal: Bueno, ese es un argumento muy interesante, Doctor, pero ¿hántase en conflicto con *Martinez v. Madison*? (Abogado mínimo: ¡Nota de los traductores: interacción que puede indicar ignorancia, sorpresa, desconcierto.)

⁶² El canon de interés para los académicos puede diferir también del canon que es importante para un juez que busque ejemplos de precedentes. Véase Harry T. Edwards, "The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession," 91 *Mich. L. Rev.* 34-42 (1994) (arguyendo que la brecha entre los académicos de derecho y los jueces debería ser completada por medios de enseñanza "práctica" que combinen teoría con doctrina). También véase, Judge Edwards' Indictment of "Impractical" Scholars: The Need for a Bill of Particulars, 91 *Mich. L. Rev.* 2010, 2012-18 (1995) (En coincidencia con el juez Edwards en cuanto a que la brecha entre la academia y la práctica legal existe, pero disociando con sus conclusiones).

⁶³ Esta parece ser ciertamente la base del sincero ataque de Judge Edwards contra la academia legal contemporánea. Véase Cassam, *More Anti-Academic Under Lawyers' Law: The Crisis in The Legal Profession Is Transforming American Society* 194-220, 250 (1994); Edwards, *supra* nota 52, at 61-63.

benignas sean sus motivaciones," y la policía frecuentemente aumenta su control cuando teme que el orden social se está desmoronando.

C. Cánones jurídicos y literarios

Sostuvimos que hay múltiples cánones en derecho que varían según la audiencia y la función. Hay múltiples maneras de definir el canon y hay múltiples comunidades interpretativas que pueden, cada una, tener un canon, cada cual, crecientemente separada de la otra. Reconocer estos rasgos de la cultura jurídica nos ayuda a entender por qué es especialmente probable que las comparaciones entre los debates acerca del canon en literatura inglesa y en las humanidades en general, estén mal encaminadas.

Primero, el canon pedagógico de las humanidades, muy a menudo está vinculado estrechamente al canon de cultura general y al canon académico teórico. La pregunta qué se debería enseñar en los departamentos de Inglés está mucho más conectada con las cuestiones respecto de qué debería saber la gente culta educada, cuál es la "mejor" literatura (incluyendo qué literatura produce mejores efectos en sus lectores), qué obras literarias debe tomar en cuenta cualquier teoría sobre la grandeza artística, y sobre qué clase de cosas (incluyendo obras de literatura) los críticos literarios deberían escribir. Muchos (pero ciertamente no todos) los educadores de humanidades ven a la función de cultura general — a noción de que cada persona educada debería saber algo sobre Dante o (desde otra perspectiva) debería tomar contacto con la literatura que describa la opresión racial — como directamente conectada al objetivo pedagógico de producir personas cultas, si no virtuosas. Así como William Bennett piensa que enseñar a los jóvenes literatura clásica producirá mejores ciudadanos⁶⁴, así también sus críticos de la izquierda buscan introducir novelas y poemas sobre la raza y el género para formar e iluminar sus cargas educativas.

En resumen, tenemos la fuerte sospecha de que los cánones pedagógicos, de cultura general, y académico teórico, están más estrechamente relacionados

⁶⁴ Hay después de todo, una razón, que todo refiere a la "disciplina." Véase el debate en J. M. Balkin, *Interdisciplinary and Culturalization*, 31 *Wash. & Lee L. Rev.* 949, 972-37 (1984). Hemos hecho una observación similar al evaluar la pretensión de Philip Bobbitt que la abogacía constitucionalista construida por el uso de una gramática legal determina. Véase Balkin & Brink, *supra* note 21, p. 1773 (questionando que Bobbitt es un "gramático de nuestra cultura constitucional" determinado a identificar — y vigilar — los límites de lo que cuenta como el peripatético "lenguaje del habla jurídica" constitucional).

⁶⁵ Ver Bennett, William J., *The Book of Virtues: A Treasury of Great Moral Stories* (1991) ("El libro de las virtudes para la literatura sobre moral").

con los debates acerca del canon en la curricula de las humanidades de lo estar en el derecho académico. Transferir por entero estos debates al ambiente jurídico probablemente confunda las cosas. Como estudiosos que hemos explorado las analogías entre los modos de pensamiento artístico y legal⁶⁰, juzgamos importante enfatizar que uno no puede explorar útilmente estas analogías sin notar diferencias significativas cuando aparecen. Las analogías con los debates acerca del canon literario pueden ser de ayuda sólo si desagregamos problemas que los debates literarios (por razones institucionales) pueden tender a plegar.

Una segunda diferencia deriva de la primera. Los profesores de inglés, a diferencia de los profesores de derecho, no suelen ofrecer en sus cursos literatura mal escrita o mal razonada a fin provocar el debate.⁶¹ Los profesores de derecho, sin embargo, regularmente incluyen ese tipo de textos en su canon pedagógico. Los libros jurídicos de casos en los Estados Unidos a menudo contienen casos que los autores del libro consideran erróneamente decididos o, aun si presentan la solución correcta, muestran formas de razonamiento que los autores desearían cuestionar o criticar. Los libros de texto del primer año, especialmente en las asignaturas del *common law*, a menudo contienen conjuntos de casos aparentemente contradictorios y materiales seleccionados para introducir consideraciones de competencia política o, de otro modo, estimular la discusión y provocar el pensamiento.⁶² Por lo tanto, hay sólidas razones educativas por las cuales el canon pedagógico de casos que debería enseñarse a los estudiantes de derecho, puede contener algo más que los materiales del canon académico.⁶³

De hecho, los profesores de derecho habitualmente incluyen casos y materiales que no sólo están razonados erróneamente, sino también injustamente, porque son insensibles al pobre y al oprimido, porque justifican violaciones a las libertades civiles o porque son racistas o sexistas. El caso *Plessy v. Ferguson*,⁶⁴ que dio la bendición constitucional a la discriminación racial,⁶⁵ es probablemente el ejemplo canónico de ese tipo de casos. Los profesores de

⁶⁰ Ver, e.g., Sanford Levinson & J. M. Balkin, *Law, Music, and Other Performing Arts*, 119 U. Pa. L. Rev. 1597 (1996).

⁶¹ Un curso avanzado podría ofrecer lo que nosotros hoy en día consideramos material "mal" escrito, pero el propósito sería revelar las vastas diferencias en gusto y sensibilidad entre nuestra época y las anteriores.

⁶² Por el contrario, el canon pedagógico puede contener muchos menos materiales que los que los académicos del derecho debaten en su trabajo, porque las consideraciones pedagógicas (más la escasez de tiempo) a menudo impide que un profesor de derecho enseñar por entero el canon técnico en uso.

⁶³ 61 U.S. 517 (1856).

⁶⁴ Ver id. págs. 550-51.

inglés a veces si ofrecen textos que ellos consideran racistas o sexistas, pero usualmente no los consagran en el canon. El propósito es preferiblemente revelar el racismo y el sexismo en lo que actualmente es considerado canónico. En efecto, se percibe una urgencia en algunos grupos para expurgar del canon (o al menos restar importancia) a trabajos famosos que ahora son vistos como irremediabilmente racistas o misóginos.

Quizá la diferencia más impactante entre las academias jurídicas y literarias sea institucional. Una parte importante de los cánones del derecho está compuesta por los materiales producidos por los tribunales y las legislaturas. Estas instituciones influyen fuertemente en el contenido que los profesores de derecho enseñan y los estudiantes de derecho aprenden. Por ejemplo, sería en cierto grado extraordinario si un libro de casos de derechos sociales omitiese la Ley de Reforma Social de 1996 simplemente porque los autores lo encontrasen espantoso en términos normativos u objetable estilísticamente. En efecto, un profesor de derecho que ignorase completamente los pronunciamientos de las legislaturas y de los tribunales no sería simplemente excéntrico: estaría cometiendo *mala praxis* profesional.

En cambio, la academia literaria no tiene una única institución o conjunto de instituciones que exitosamente procuren su derecho de producir nuevos textos que *deben* ser objeto de estudio académico por los académicos literarios o su derecho de ofrecer interpretaciones autorizadas de los textos "clásicos". Los integrantes de ciertos departamentos de literatura bien pueden considerarse a sí mismos "supremos" y a los miembros de otros departamentos como "inferiores".²¹ Pueden considerar su propio trabajo como válido e insistir en que sea aceptado por aquellos a los que consideran menos brillantes. Pero aun el más megalómano de estos profesores concederá que, para bien o para mal, no existe una designación oficial de una autoridad en materia de interpretación. Ningún experto o grupo de ellos pueden reclamar plausiblemente un poder de decisión "final" para interpretar si Hamlet estaba fingiendo locura o qué quiso realmente decir William Blake en su famoso poema sobre el tigre.²²

²¹ El U.S. Constitution Article III distinguendo a la Corte Suprema de "arguably" los tribunales inferiores como aquellos que el Congreso puede legalmente ordenar y establecer.

²² Conforme *Consett v. Ames*, 358 U.S. 118 (1958) (afirmando la supremacía del poder judicial y de la Corte Suprema en materia de interpretación constitucional). Para una reciente defensa de tal supremacía jerárquica en el derecho, véase Larry A. Sager & Frederick Schauer, *An Extrajudicial Constitutional Interpretation*, 111 Harv. L. Rev. 1359, 1352-86 (1997).

Tampoco podría alguna "legislatura literaria" publicar poemas o novelas que se convirtieran automáticamente en el centro de interés de la academia.

El derecho, por otro lado, tiene la suerte —o la desventaja, dependiendo del punto de vista de cada uno— de poseer instituciones que proclaman el *status* privilegiado de sus propios pronunciamientos. Esta es la razón más obvia de por qué las opiniones judiciales (y especialmente las opiniones de la Corte Suprema de los Estados Unidos) predominan en los libros de casos norteamericanos. Poros académicos del derecho creen ahora que quienes conforman la Corte Suprema sean tan sabios que sus posiciones merezcan el privilegio de colocarse por encima de las opiniones de los académicos. (En todo caso, cada vez más las opiniones de los jueces están escritas por sus relatores, quienes apenas salen un año de las facultades de derecho). Incluso algunos profesores de derecho insisten en que los pronunciamientos de la Corte Suprema no son interpretaciones autorizadas del verdadero significado de la Constitución.⁷³ Pero todos estos expertos pasan valioso tiempo en sus clases y utilizan el valioso espacio de sus materiales de estudio para analizar los pronunciamientos de la Corte. Es casi imposible, por una cuestión práctica, superar la visión de que la Constitución es lo que la Corte Suprema dice que es y que el derecho es lo que los tribunales, los legislaturas y los órganos administrativos dicen que es.

Sería fácil y erróneo, pensamos, explicar esta diferencia solamente sobre las bases de que el estudio del derecho es el estudio del poder y el estudio de la literatura no lo es.⁷⁴ Hay suficiente poder en juego en cualquier institución académica. Las carreras (profesionales) se crean y destruyen, las reputaciones se elogian y difaman, los fondos se colectan y distribuyen y las mentes de los estudiantes pueden devenir más refinadas pero también menos originales. El poder sustancial que puede ejercerse por medio de la aparentemente inofensiva "búsqueda de conocimiento" es la principal razón que explica por qué los críticos contemporáneos de la academia están tan alarmados por lo que ocurre dentro de sus torres de marfil. La cuestión no es la presencia o ausencia de

⁷³ Ver, e.g., Thomas, Sanford, *Constitutional Faith* 95 (1988); Patrick, Michael, *Seneca, the Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is*, 83 Geo. L.J. 217-218 (1994).

⁷⁴ Esta distinción es, por supuesto, un tópico familiar en el estudio de, Derecho y literatura. Ver, e.g., West, Robert L., *Adjudication Is Not Interpretation: Some Reservations About the Law as Literature Movement*, 54 Tenn. L. Rev. 203, 205, 207 (1987); cf. Cora, Robert M., *Violence and the Word*, 95 Yale L. & Lib. Studies (1986) afirmando que la adjudicación involucra una violencia que está "por supuesto fuera de lo real" como opuesta a aquella violencia que se representa en la literatura. Para una crítica a esta distinción en el contexto de la epistemología, véase Davidson & Ballin, *supra* nota 66, págs. 161-14.

poder, sino la forma de ese poder y los modos por los cuales ese poder se organiza. El estudio del sistema legal en los Estados Unidos está organizado en derredor de instituciones que están separadas de la academia y pueden reclamar status canónico sin la ayuda de los profesores que los estudian. Damos que cualquier conjunto de instituciones políticas o culturales tenga la misma relación con el trabajo de los profesores de humanidades.

D. *Canonicidad profunda*

Podemos aproximarnos a la cuestión de la canonicidad de otra manera. Nuestros tres ejemplos de cánones en el derecho constitucional presuponen que lo que hace canónico a un canon jurídico son los "casos y materiales", del mismo modo que el canon occidental es una colección de libros, obras teatrales y poemas. Sin embargo, los educadores que defienden el canon occidental no están interesados en estas obras meramente en su propio beneficio; quieren que los estudiantes las lean a fin de que éstos accedan a las aproximaciones básicas y a las cuestiones que han sido centrales para la cultura occidental desde los griegos en adelante. Esto implica una noción muy diferente de canonicidad: la canonicidad de ciertos modos de pensar, hablar y argumentar que son características de una cultura. Nosotros llamamos a estos modos de pensar, hablar y argumentar "canonicidad profunda".⁷⁵ Configuran una parte importante de lo que hace a los cánones constitutivos de una cultura o disciplina en particular. Por razones de conveniencia, distinguimos cuatro diferentes formas de canonicidad profunda.

1. *Argumentos canónicos.* —La primera forma de canonicidad profunda está constituida por el tipo de argumentos que los miembros de una cultura o disciplina en particular emplean de forma característica. Phillip Bobbit, por ejemplo, sostiene que la cultura constitucional norteamericana se distingue y legitima por formas de argumentación características.⁷⁶ Bobbit plantea que existen seis modalidades —textual, estructural, histórica, prudencial, doctrinal y ética— que subyacen en toda interpretación constitucional, que cada estilo de argumento tiene igual status constitucional; y que seguir estas modalidades —y no otras— le otorga su legitimidad a la argumentación cons-

⁷⁵ Debemos esta expresión a Stanley Fish.

⁷⁶ Ver Bobbit, Philip, *Constitutional Interpretation* (1982).

titucional.⁷⁷ Nosotros somos de algún modo escépticos respecto de los planteos de Bobbit acerca de la exclusividad y la legitimidad; sin embargo pensamos que su aproximación general a la retórica jurídica es tan sólida como importante.⁷⁸ La "charla jurídica" que abogados, jueces, políticos y ciudadanos emplean al discutir la Constitución está estructurada en un conjunto de *topoi* (tópicos para argumentos) retóricos repetibles, como texto, estructura, intenciones, consecuencias. Justicia natural, y así sucesivamente.⁷⁹ Estos *topoi* proveen la base común a partir de la cual los norteamericanos hablan y razonan sobre la Constitución. Una gran parte del aprendizaje del derecho es adquirir la habilidad de memorizar, reconocer y manejar estos *topoi* y hacer de su uso en la argumentación y discusión, una costumbre arraigada. El canon de los *topoi* constitucionales permitidos (un canon que cambia a través del tiempo) es uno de los determinantes centrales de nuestra cultura constitucional.

2. *Problemas y aproximaciones canónicos* —Una segunda variedad de canonicidad profunda está constituida por las aproximaciones y preguntas que una cultura o una disciplina emplea o se formula a sí misma. Estas aproximaciones y preguntas incluyen las clases de asuntos que la cultura o disciplina encuentra interesantes, en oposición a aquellos que ve como tediosos o irrelevantes. También incluyen aquellas ideas tan básicas que ni siquiera aparecen en la "pantalla de radar" de la imaginación. Este canon incluye tanto lo que es problematizado de forma manifiesta como aquello considerado tan importante que ni siquiera es necesaria su explotación para los miembros de la cultura. Llamamos a esto el "canon de problemas y aproximaciones". Del mismo modo en que Thomas Kuhn lo señaló, al manifestar que ciertas generaciones de científicos comparten "paradigmas" comunes de investigación,⁸⁰ así también los miembros de una cultura o disciplina pueden tener su propias problemáticas distintivas y métodos de encuadramiento y resolución de problemas.

⁷⁷ Ver Bobbit, Philip, *Constitutional Fate: Theory of The Constitution* (1982); See also, *supra* nota 76, en p. 11-12.

⁷⁸ Ver Balkin & Falkow, *supra* nota 17, en p. 1734-38.

⁷⁹ Sobre la aproximación "topica" a la interpretación legal en general, ver Newman, Theodore, *Topics And Law: A Contribution To Basic Research in Law* (W. Cole Durham, Jr. trans., 1993) y Balkin, J. M., *A Night in the Topics: The Reason of Legal Rhetoric and the Rhetoric of Legal Reason*, en *Law's Stories: Narrative And Rhetoric In The Law* págs. 211-24 (Peter Brooks & Paul Gewirtz eds., 1996).

⁸⁰ Ver Kuhn, Thomas S., *The Structure of Scientific Revolutions* 43 (2^a ed. 1970).

El canon de problemáticas y aproximaciones es tan característico de una disciplina como la cuestión relativa al asunto propuesto. Diferentes grupos de académicos —por ejemplo, politólogos de orientación racional y antropólogos culturales— suelen tener diferentes vías de aproximarse a una cuestión y encuentran a menudo cosas de importancia muy diferentes en una determinada situación. Por cierto, ellos pueden tender a caracterizar la situación en formas bastante disparatadas y aun contradictorias. A ser el derecho una disciplina académica, ella también tiene sus modos característicos de formular y aproximarse a las distintas cuestiones. Pierre Schlag, por ejemplo, ha intentado demostrar que los académicos del derecho sue en enmarcar las cuestiones en términos de lo que Schlag llama "pensamiento jurídico normativo".⁴¹ En otras palabras, para los académicos del derecho, el punto en análisis es desarrollar normas que podrían ser seguidas por algunos tribunales o legislaturas, u ofrecer métodos para decidir casos correctamente. Aun cuando los académicos del derecho evadan reformas políticas específicas, Schlag insiste, ellos todavía hablan en términos de desarrollo de posiciones político-normativas determinadas, un estilo retórico que es muy similar y en definitiva deriva de sus hábitos jurídicos de debatir reglas y políticas.⁴²

De este modo, señala Schlag, los académicos del derecho raramente cuando intentan habitualmente convertir la enseñanza de otras disciplinas en un conocimiento que pueda ser utilizado en un test criminal u ofrecido como autoridad en una argumentación jurídica ante un juez o legislatura.⁴³ Dado que las otras disciplinas no buscan preguntas ni producen información con estos objetivos en mente, el pensamiento jurídico-normativo inevitablemente delinea y (en la visión de Schlag) domestica su trabajo.⁴⁴ Sin embargo, en la medida en que los académicos del derecho sean delimitados por sus aproxi-

⁴¹ See also Pierre, *Narratives of and the Politics of Ethics*, 39 U. Pa. L. Rev. 801, 804 (1991).

⁴² Ver Schlag, Pierre, *Normative and Narrative in Law*, 41 Stan. L. Rev. 107, 127 (1991); Schlag, *supra* nota 41, en págs. 801-10. La aproximación canónica respecto evidente en la típica "conferencia" de trabajo judicial en las cuales los aspirantes que buscan un lugar en la academia jurídica que en parte la necesidad de la citada aproximación a los fines de ofrecer propuestas de reforma legal que puedan corregir algunas de las deficiencias identificados en el cuerpo normativo. La "charla" del debate. Pocas son las condiciones que se atreven a eludir tal prescripción normativa, y mucho menos sostener la irrelevancia de la normalidad respecto de la academia jurídica, exenta. La vez por la misma razón son aún menos los que quieren reconocer la más modesta posición que aún se tienen la suficiente formación o experiencia para atreverse a ofrecer soluciones a problemas de equitatividad de derecho o de la sociedad en general.

⁴³ Ver Schlag, Pierre, *Others in the Maze*, 91 Mich. L. Rev. 1051, 1059-60 (1991).

⁴⁴ Verid. en p. 1067.

maciones canónicas —por cierto, siempre que la práctica académica del derecho esté constituida por estas aproximaciones— los académicos del derecho continúan imaginando, interrogando y respondiendo preguntas precisamente de este modo. Las suposiciones del pensamiento jurídico normativo resultan de tal forma centrales para el trabajo de los académicos del derecho, que habitualmente ellas no son siquiera debatidas; tales suposiciones aparecen sin decirlo.

- 3) *Narraciones canónicas* —Una parte igualmente importante y penetrante del canon retórico está constituida por las "narraciones canónicas." Cada sociedad tiene un conjunto de historias acerca de sí misma, las cuales son repetidas constantemente y eventualmente adquieren un *status* de mito.¹⁰ Estas historias explican a los miembros de esa sociedad quiénes son y cuáles son los valores que más aprecia. Estas historias tradicionales son tanto descriptivas como prescriptivas: ellas no solo enmarcan nuestro sentido de lo que ha pasado y cómo los eventos se desarrollaron en el futuro, sino que también explican cómo esos eventos deberían desenvolverse.¹¹

La interpretación constitucional está llena de esas historias tradicionales. Hay historias acerca de los norteamericanos como pioneros con coraje que ganaron el Oeste, historias acerca de Norteamérica como una nación de inmigrantes que vinieron a estas tierras en busca de libertad e igualdad de oportunidades, e historias acerca de Norteamérica como un país peculiar que siempre ha existido libre de aquellas formas de feudalismo y jerarquía social características del Viejo Mundo o, al menos, se ha esprendido conscientemente de ellas.¹² Estas historias y otras como ellas son tan centrales para la interpretación constitucional como las opiniones de cualquier jurista. Verdaderamente, son tan familiares que usualmente no reconocemos las muchas formas en que son invocadas para enmarcar y justificar argumentos jurídicos.

¹⁰ Acerca del debate sobre las "historias tradicionales" en el derecho, véase: Gerald P. Katz, *Law and Literature* (Oxford: Basil, 1981), p. 5 (1982).

¹¹ Sobre el papel de las construcciones narrativas en la configuración de las creencias, véase: W. I. M. Culture Software: A Theory of Ideology, la publicarse en 1998 (en un libro en cap. 4, en arch. en por los autores), Benja, Jerome, *Acts of Meaning* (30 July 1998), <http://www.1111.com/ConstitutionalLawAsFiction/NarrativeInTheRhetoricOfAuthority> (1998), and Sutton, Richard, *Gunfighting Nation: The Myth Of The Frontier In Overpelt's Critique* (Oxford: O 1998).

¹² El argumento también acerca de la particularidad de Norteamérica está en: Henry Louis, *The Liberal Tradition in America: An Interpretation of American Political Thought Since the Revolution* (1st ed. 1955). El *Actus* clásicos para el mundo del libro, pese a no estar señalado como un mito sino como un hecho, es: Torga, Fredrick Jackson, *The Frontier in American History* (1920).

Considérese, por ejemplo, el más canónico de los casos constitucionales, *McCulloch v. Maryland*. En *McCulloch v. Maryland* encontramos al presidente del tribunal, John Marshall, fundamentando una concepción expansiva del poder del estado federal no sólo mediante una interpretación textual y estructural, sino también al contar una historia acerca de lo que América era y en lo que se convertiría. "A lo largo de esta vasta república, desde St. Croix hasta al Golfo de México, desde el Atlántico hasta el Pacífico", Marshall sostuvo, "el ingreso debe ser recaudado y gastado, los ejércitos deben marchar y ser abastecidos... ¿Debe preferirse aquella construcción de la constitución que vuelva estas operaciones dificultosas, riesgosas y costosas?"⁸¹ Es particularmente notable que Marshall elija atribuir a los Estados Unidos fronteras más amplias que aquellas en verdad existentes en 1809, cuando *McCulloch* fue escrito. En la narración de Marshall —aquella que sería repetida incontables veces bajo el nombre más familiar de "Destino Manifiesto"— los Estados Unidos estaban destinados a convertirse en un gran país no sólo en espíritu sino también por sus recursos y su extensión: y los grandes países necesitan constituciones que les otorguen la flexibilidad para crecer y alcanzar su prometida grandeza.

Como Lewis Henry LaRue ha señalado, es esta narración familiar del destino norteamericano, mucho más que cualquier otra cosa, lo que sostiene y justifica la interpretación constitucional expansiva del poder federal en *McCulloch*.⁸² La narración no es todo, pero seguramente es algo. Si contamos una historia diferente —una historia Jeffersoniana sobre una tranquila tierra de granjeros agrarios que esperaban evitar la corrupción producto de la ambición y avaricia de las monarquías europeas, que sólo buscaban vivir sus vidas en paz y armonía en pequeñas y cerradas comunidades— bien podríamos imaginar que para el gobierno federal debería resultar "dificultoso, riesgoso y costoso" recaudar ingresos, conformar ejércitos, desplazarse a lo

Richard Slotkin ha reinterpretado la tesis de Turner sobre el límite como parte de una gran serie de mitos norteamericanos de cómo profundamente arraigados en la cultura norteamericana, incluyendo los mitos del "La Guerra Salvaje", de "Bonanza" y "Regeneración mediante la violencia." Slotkin, Richard, *The Fatal Environment: The Myth of The Frontier in the Age of Industrialization, 1800-1890*, en p. 51-63; 985. Slotkin, supra nota 86, en p. 1-21; cf. Slotkin, Richard, *Regeneration Through Violence: The Mythology of The American Frontier, 1600-1860*, en pags. 563-66 (1993) (describiendo el mito de la regeneración mediante la violencia en la historia, cultura y mitología norteamericanas).

⁸¹ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 408 (1819).

⁸² Ver LaRue, supra nota 86, en pags. 88-90. LaRue lo denomina "historia de cambio y crecimiento."

largo del continente y conquistar todo en su camino. Si contásemos una historia que contrapusiese la depravación y el amplio alcance de los codiciosos monarcas y sus primeros ministros a las virtudes simples de una ciudadanía confiada de sí misma, bien podríamos detener la marcha de cualquier potencial mecanismo de exaltación nacional.

De igual manera, una historia tradicional acerca de los disidentes protestantes que huían de la persecución religiosa en Gran Bretaña parece delinear gran parte del derecho de libertad de culto en este país. Esta historia tradicional retrata a la religión como un elemento peligroso y potencialmente opresivo en la sociedad civil, que fomenta la intolerancia y el conflicto social y que por ello debe estar estrictamente separada de los órganos de poder estatal. De acuerdo con esta historia tradicional, cuanto más ferviente sea una creencia religiosa, y cuanto más determinante sea un movimiento religioso al hacer valer su autoridad sobre sus seguidores, más amenazante es, por un lado, las formas fanáticas o exóticas de entusiasmo religioso y, por el otro, la jerarquía de la iglesia católica, se convierten en ejemplos representativos de los rasgos más divisivos y opresivos de la religión. A la inversa, la expresión religiosa es más bienvenida cuando ella se asemeja a versiones diluidas o domesticadas de la línea principal del protestantismo. En el pasado, esta historia tradicional ha sido usada para justificar la opresión de los mormones y los católicos en nombre de la protección de los gobiernos norteamericanos (a pesar de que irónicamente, las persecuciones que originalmente llevaron al éxodo de Gran Bretaña fueron llevadas a cabo por protestantes). En el presente, el mito es invocado contra los protestantes evangélicos, los conservadores cristianos, judíos ortodoxos, y todas las formas de cultos y religiones contemporáneas.⁵⁰

La historia tradicional de la huida de los primeros europeo-norteamericanos de la persecución religiosa está siendo disparada por un nuevo mito de pluralismo y multiculturalismo. No es sorprendente que, este nuevo mito ayude a generar muy diversas conclusiones doctrinales: dado que los americanos son personas profundamente religiosas con diferentes formas de espiritualidad, el Estado debería tomar en cuenta la religión y debería reconocer e incluso ayudar a fomentar nuestros valores espirituales. La diferencia entre

⁵⁰ Ver el *enunciado* 1993.

este nuevo mito y el anterior está simbolizado por la diferencia entre la hostilidad expresada por los jueces Black, Douglass y Brennan hacia el apoyo del Estado a las escuelas parroquiales y la relajación de aquellas restricciones en las opiniones de la actual Corte Suprema⁹.

Quizás, las historias básicas utilizadas en la interpretación constitucional norteamericana sean historias acerca del progreso de la nación norteamericana y sus leyes. Robert Gordon ha observado que "el argumento jurídico norteamericano desde la Independencia en adelante, reposó firmemente sobre un núcleo narrativo de progreso liberal y la historia de la modernización liberal —por la cual, el derecho seguía y facilitaba la evolución de la sociedad lejos de la tiranía feudal y la superstición, hacia una creciente libertad—".¹⁰

En razón de que la narrativa del progreso está tan profundamente enraizada en la cultura norteamericana, no es sorprendente que se hayan servido de ella tanto los liberales como los conservadores. La historia del progreso inevitable ha permitido a los progresistas armonizar las injusticias del pasado con sus aspiraciones para el futuro. En la imaginación progresista, principios immanentes al tiempo de la Revolución (o bien la Independencia o la Reconstrucción) se despliegan y se realizan mediante las luchas históricas, emergiendo y manteniéndose puros del localismo y las injusticias del pasado.¹¹

Gordon propone la teoría de Abraham Lincoln de la Declaración de la Independencia como un ejemplo de esta narrativa progresista.¹² Por medio de un relato narrativo del inevitable progreso de la libertad norteamericana, Lincoln resolvió la tensión immanente en un documento que "declaró que todos los hombres son iguales al mismo tiempo que estableció una política que legalizaba la esclavitud".¹³ Los autores de la Declaración, explicó Lincoln, no intentaron sustener la evidente mentira según la cual en aquel momento todos estaban realmente gozando realmente de esa igualdad, ni tampoco que ellos estaban a punto de conferirla inmediatamente sobre ellos. De hecho no tenían poder para conceder esa gracia. Ellos simplemente intenta-

⁹ Ver *Agostini v. Felton*, 117 S. Ct. 1007, 10 S. W. 1099 (rechazando *Imperial v. Felton*, 471 U.S. 419 (1985)) *Rosenberger v. Revival of the United States*, 515 U.S. 307, 345 (1995).

¹⁰ Robert W. Gordon, *The Struggle Over the Past*, 24 *Am. Stud.* 13, 19-20 (1990).

¹¹ Ver *id.* en págs. 28-29.

¹² Ver *id.* en pag. 130.

¹³ *Id.*

con declarar el derecho de modo que su realización pudiera seguir tan rápido como las circunstancias lo permitieran. Ellos intentaron construir una máxima estándar para una sociedad libre, la cual debería ser familiar a todos y reverenciada por todos, que fuera constantemente observada, por la cual se trabajara constantemente y, a pesar de que nunca fuera perfectamente alcanzada, constantemente aproximada y, a partir de allí, extendiendo constantemente y profundizando su influencia, y aumentando la felicidad y el valor de la vida a todas las personas de todos los colores en todas partes.⁴⁴ Sin embargo, la narrativa del progreso (ya sea que fuera inevitable o fruto de una lucha dura) puede también funcionar en una dirección conservadora. La gente puede invocar comparaciones entre el presente y las injusticias del pasado como prueba de que el país ha dejado atrás la supremacía blanca o la denegación de libertades civiles, y que otras reformas mayores resultan innecesarias o bien desviaciones de la senda del progreso. Precisamente porque fuimos más en la era McCarthy, debido a los triunfos pasados de los Movimientos de Derechos Civiles y de los Movimientos de Mujeres, las alegaciones de racismo profundamente enraizado, sexismo y otras injusticias que subsisten, pueden ser desestimadas o dejadas de lado como exageraciones o, al menos, vistas con un ojo escéptico. En esta dirección, la narrativa progresista puede volverse en contra de las causas progresistas. Como Reva Siegel, señaló, regímenes jerárquicos de injusticia no desaparecen como resultado de las reformas legales pero a menudo se reconfiguran e incluso prosperan en nuevos ambientes legales.⁴⁵ La feliz historia de la reforma legal progresista puede enmascarar los elementos de injustos status jerárquicos que aun subsisten, ayudados e instigados por las mismas reglas que pretendieron eliminarlos.⁴⁶

Tal vez con motivo del triunfo de los usos conservadores de la narrativa progresista, es que muchos progresistas y críticos radicales del derecho norteamericano han ofrecido una contranarrativa de permanencia, estaticidad o inevitable retorno. Esta narrativa es usualmente pesimista, sostiene que

⁴⁴ Lincoln, Abraham, "The Great Equalization Speech at Springfield, Illinois" (June 26, 1857), in Abraham Lincoln: A Documentary Portrait Through His Speeches And Writings 88, 90 (Don E. Fehrenbacher, ed., 1964).

⁴⁵ Ver Siegel, Reva, "Why Equal Protection No Longer Promotes The Evolving Facts of Status: Enduring State Action as Status," *Harvard Law Review* 115, 1 (1999): 311-9, 319-21.

⁴⁶ Ver Siegel, Reva B. L., "The Rule of Love: Wife Beating as Premeditated and Provoked Homicide," *Harvard Law Review* 105, 3 (1990): 451-90, 460-5, n. 1, *supra* at 472-73, n. 1, at 473-48.

la sociedad americana ha sido, y siempre continuará siendo, racista o sexista o, de otro modo, profundamente injusta. Desde el punto de vista de la narrativa estática, las decisiones sucesivas, las leyes y las reformas aparecen como nuevas formas mediante las cuales se preservan los status jerárquicos, se confirman los intereses de los poderosos, se debilitan las buenas intenciones y se perpetúan las injusticias.⁹⁹

Sin embargo, las narrativas de permanencia pueden ser también efectivas herramientas de la retórica conservadora. La gente puede justificar el *status quo* argumentando que la naturaleza humana permanece constante, que nuestras tradiciones permanecen esencialmente inalteradas desde sus primeros días o que, como la Corte Suprema aseveró en *Plessy v. Ferguson* el derecho "es impotente para erradicar instintos raciales o para abolir distinciones basadas en diferencias físicas".¹⁰⁰ En nuestros días, la palabra "culturales" puede ser sustituida por la palabra "físicas", con similar efecto.

Un tercer y muy familiar tipo de narraciones canónicas se sirve del cambio antes que de lo estático, pero sostiene que el cambio implica un empeoramiento. Entre los ejemplos se incluyen las narrativas de la Era Dorada frente a las cuales el presente aparece devaluado y corrompido, y las historias acerca del momento en que la Constitución era entendida de forma adecuada, un parámetro del cual los tribunales y políticos posteriores se han apartado reiteradamente. Estas narrativas nos impulsan a reconocer nuestras fallas, a confesar nuestros pecados y a retornar a las viejas formas. A primera vista, estas construcciones narrativas, en su sustancia, parecen exclusivamente conservadoras. La vívida comparación de Robert Bork entre la cultura americana contemporánea (y la jurisprudencia constitucional contemporánea) y

⁹⁹ Tal vez la representación más elocuente de esta forma narrativa sea Derrick Bell, cuyos sermões reflexivos acerca de la subsistencia del racismo norteamericano fueron recogidos en varios trabajos. Ver Bell, Derrick, *And We Are Not Saved: The Elusive Quest for Racial Justice* (1988, Bk., Derrick, *Faces At The Bottom of The Well: The Permanence of Racism* (1992), Bell, Derrick, *Race, Rights and American Law* (1993). Los académicos de izquierda a menudo procuran combatir las cuestiones al usar la narrativa de permanencia a la narrativa del progreso. Pese a que el racismo y el sexismo son persistentes y penetrantes han sido debilitados a través del tiempo; sin embargo, debemos estar atentos en todo momento respecto de su constante presencia en nuestras vidas y su posible resurgimiento. El argumento de Reva Siegel —según el cual los estatutos status jerárquicos alcanzan una "preservación mediante la transformación"—modifica la narrativa de permanencia al enfatizar las rasgos duraderos de las elites sociales y al aceptar elementos significativos del progreso, pero esta historia conserva, no obstante, una profunda ambigüedad acerca de las perspectivas de reforma. Siegel, *supra* nota 98, en pag. 216; Siegel, *supra* nota 97, en p. 101.

¹⁰⁰ *Plessy v. Ferguson*, 161 U.S. 522, 551 (1896).

Sodoma y Gomorra son sólo los ejemplos más recientes.¹⁰¹ Sin embargo los progresistas también han apelado a eras doradas y han llamado a un retorno a un pasado más justo y sensato. Inclusive los revolucionarios encuentran provechoso llamar a una restauración de una tradición inventada. Un buen ejemplo es la historia de la Cláusula Comercial como fue contada por quienes apoyaban al *New Deal*. De acuerdo con esta historia, la teoría limitada y formal de la Corte Suprema sobre el poder regulatorio federal durante la era anterior al *New Deal* fue un abandono de la sensata y pragmática aproximación de Marshall y la generación fundadora.¹⁰² Por lo tanto, la concepción del *New Deal* sobre la facultad de comerciar de rango amplio y flexible no fue una deformación judicial de la Constitución, sino, antes bien, un retorno a un correcto entendimiento de la relación entre poder federal y estadual.¹⁰³

4. *Ejemplos canónicos* —La forma final de canonicidad profunda opera sobre un nivel en cierta forma algo diferente del resto. Ella se refiere al tipo de ejemplus que los juristas, abogados, jueces y estudiantes de derecho toman como característica de una categoría o problema en particular. Denominamos a este fenómeno como de selección de "ejemplos canónicos".

Psicólogos cognitivos desde Eleanor Rosch en adelante han notado que los seres humanos tienden a focalizar sobre ciertos componentes de categorías que ellos reconocen como los más representativos o destacados. Rosch llamó a estos ejemplos "prototipos".¹⁰⁴ Los "prototipos" son sinécdoques para

¹⁰¹ Ver Bork, Roberts II, *Slouching Towards Gomorrah: Modern Liberalism And America's Decline* (1996).

¹⁰² El ejemplo canónico de esta historia se halla en Robert L. Scales, *The Commerce Clause and the National Economy, 1815-1946*, 55 *Harv. L. Rev.* 1945 (1946).

¹⁰³ La teoría de Bruce Ackerman sobre los momentos constitucionales es una historia por momentos equivocada de auto-de limitación y auto-descubrimiento popular (cuando no progresista), como he a la narración del *New Deal*, era del retorno como una hipotesis. Ver: Ackerman, Bruce, *We the People: Foundations* (1991-1992) (en adelante Ackerman, *Foundations*) y Ackerman, Bruce, *We the People: Transformations* (in press) (en adelante Ackerman, *Transformations*). Según Ackerman, la Corte de la era Lochner era más probablemente la autocrítica necéscara del entendimiento originario. Ver Ackerman, *Foundations*, supra en p. 152-56. Sin embargo es importante reconocer que la generosa interpretación de Ackerman sobre la era Lochner resultó crucial para su propia narrativa y ayuda a explicar la necesidad imperante del pasado y los límites de la actualidad que Ackerman considera característica de los momentos constitucionales.

¹⁰⁴ Ver Rosch, Eleanor, *Cognitive Reference Point*, y *Cognitive Psychol.* 312, 314-46 (1975). Rosch, Eleanor, *Cognitive Representations of Semantic Categories* 1041, *Experimental Psychol. Gen.* 132, 492-94 (1975). Rosch, Eleanor, *Principles of Categorization*, en *Cognition and Categorization* (Eleanor Rosch & Barbara B. Lloyd eds., 1978) (en adelante Rosch, *Principles of Categorization*); Eleanor Rosch & Carolyn E. Mervis, *Family Resemblances: Studies in the Internal Structure of Categories*, y *Cognitive Psychol.* 473, 574-4, 175.

¹⁰⁵ Inevitable los traductores, el término sinécdoque tiene una raíz latina cuya significación sería "partir por completo". El sinécdoque literal es "trozo que consiste en extender, resumiendo o abreviando, de algún modo la significación de las palabras para designar un todo con el nombre de una de sus partes o viceversa, un

categorías, es decir el *clásico tropo*¹⁰⁵ por el cual se considera que una parte representa el todo. Estos son los ejemplos canónicos por los cuales y mediante los cuales los individuos razonan acerca de las categorías, y de aquí que sean ejemplos por los que se desarrolla gran parte del razonamiento humano. Rosch encontró que los individuos tienden a recordar prototipos más fácilmente que ejemplos no prototípicos y que más probablemente los usen para extraer inferencias acerca de otros miembros de la categoría.¹⁰⁶ Rosch llamó colectivamente a estos varios hábitos psicológicos de pensamiento "efectos de prototipo".¹⁰⁷

Una de las más importantes formas de comprender la cultura jurídica es estudiar los ejemplos canónicos a los que los miembros de una cultura habitualmente apelan para formular problemas y discutir asuntos. Situaciones, categorías, hipótesis de hecho, y aún los problemas mismos pueden ser los ejemplos canónicos alrededor de los cuales los académicos del derecho y demás pensadores jurídicos tienden naturalmente a focalizar y organizar su pensamiento.¹⁰⁸

Por consiguiente, ofrecemos dos ejemplos de lo que entendemos como ejemplos canónicos en el pensamiento jurídico (a pesar de que no estamos seguros de que nuestros ejemplos de ejemplos canónicos no sean ellos mismos ejemplos canónicos de ejemplos canónicos). Ante todo, creemos que hay ciertos tópicos que son canónicos en los debates de la teoría jurídica. Cuando los estudiosos de la jurisprudencia hablan acerca de cómo funciona el razonamiento jurídico, a menudo toman sus ejemplos canónicos de tópicos del *common law* y, aún más frecuentemente, del derecho constitucional. Estos asuntos son canónicos probablemente porque son centrales para la

género con el de una especie o al contrario, una cosa con el de la materia de la que está formada etc.". Fuente: Diccionario de la Real Academia Española, 24^a ed. (30, Madrid, 1992).

¹⁰⁵ Nota de las traductores: el significado de *clásico* es "Ejemplo de las palabras en sentido del que propiamente les corresponde, aunque tiene con ellas alguna semejanza o analogía". El *tropo* comprende a metonimia, la sinecdoque y la metáfora en todos sus variaciones". Fuente: Diccionario de la Real Academia Española, 24^a edición, Madrid, 1992.

¹⁰⁶ See Rosch, George. *Wonders, Fire, And Dangerous Things: What Categories Reveal About The Mind* 40-41 (1987) (comparando las cosas del lenguaje experimental de Rosch).

¹⁰⁷ Rosch, *Principles of Categorization* (1991) 104, 110-17, ver también Lakoff, *Women, Fire, and Danger* (describiendo las categorías de Rosch a la teoría cognitiva).

¹⁰⁸ Cf. Jed Kusner, *Reading the Constitution as Spoken, not Written* (1994) (analizando una teoría normativa de la interpretación constitucional basada en la aplicación de "casos paradigmáticos" Steven L. Winter, *Transcendental Justice: Metaphoric Reasoning and the Creative Lawyer*, 112 J. Phil. Rev. 105, 107 (1994) (relacionando el lenguaje del mundo creativo para el pensamiento jurídico).

formación de los estudiantes en el primer año de la carrera de derecho y porque muchos académicos norteamericanos que enseñan teoría jurídica también enseñan alguna forma de derecho constitucional. Por cierto, el hecho de que extraigamos del derecho constitucional muchos de los ejemplos que formulamos en este artículo, no es otra cosa que una gran evidencia de la influencia que ejerce el derecho constitucional en gran parte de las personas interesadas en la teoría jurídica. Los tópicos del *common law* y del derecho constitucional se han convertido, para bien o para mal, en los ejemplos canónicos de derecho para los teóricos jurídicos norteamericanos. En otros lugares hemos notado que la mayoría de los artículos más frecuentemente citados de todos los tiempos se refieren a asuntos de derecho constitucional, aun cuando existen muchos más temas de igual o mayor importancia para los responsables de las políticas gubernamentales y para los letrados de la matrícula.¹⁶ Cada año la *Harvard Law Review* comienza su número inicial con palabras introductorias de algún académico notable acerca del periodo de la Corte Suprema correspondiente al año precedente. Estos publicitados ensayos casi nunca tratan de temas como antimonopolio, seguridad social o los problemas regulatorios de la corporación de seguro y el depósito federal. Casi siempre tratan acerca del derecho constitucional, incluso en años en los cuales la gran mayoría de la carga de la Corte Suprema involucra casos no constitucionales. Estas palabras introductorias simbolizan la hegemonía del derecho constitucional en la imaginación tanto de los académicos que las leen y escriben, como de los estudiantes que las editan. Sin embargo, al demostrar cómo los abogados razonan, o cuán penetrante es la indeterminación del derecho, incluso sobre la naturaleza del deber jurídico, la utilización de ejemplos basados en el derecho constitucional puede resultar engañoso. Los problemas de derecho no siempre son los problemas de derecho constitucional. El Código Comercial Uniforme, la Ley Federal de Comunicaciones, o las reglas de Texas de Procedimiento Civil podrían resultar mejores ejemplos. Aunque ante otras audiencias y para otros propósitos, cualquiera de estos cuerpos normativos o bien todas o los podrían proveer ejemplos canónicos. Pero ello no es sino una evidencia más del rol que los ejemplos prototípicos cumplen en la estructuración del pensamiento. Cuando nosotros decimos que

¹⁶ Ver Becker & Lesh, *supra* nota 5, en p. 164.

el derecho constitucional tiende a proveer ejemplos canónicos para los teóricos del derecho, no estamos sosteniendo que esta tendencia sea algo bueno. Simplemente estamos advirtiendo lo que muchos profesores de derecho comercial y societario han reconocido por años: los teóricos del derecho parecen estar muy interesados en el derecho constitucional a pesar de que la vasta mayoría de las fuentes del derecho —y los problemas que necesitan tratamiento por el derecho— se ubican en otra parte.

Este mismo campo canónico nos provee, no de forma sorprendente, nuestro segundo ejemplo. Debido a la lamentable historia norteamericana de esclavitud y racismo, los afroamericanos se han convertido en el ejemplo canónico de una minoría desaventajada u oprimida: el ejemplo canónico de un grupo social merecedor de protección legal y, por cierto, el ejemplo canónico de un grupo racial. Las Enmiendas de la Reconstrucción fueron escritas pensando principalmente en los negros, y los afroamericanos seguramente constituían el ejemplo canónico de lo que el juez Stone denominó "discreta e insular minoría."¹⁰⁹ Desde que los movimientos sociales han buscado obtener gradualmente la igualdad para otros grupos desaventajados (incluyendo mujeres, hispanoamericanos, discapacitados y, más recientemente, homosexuales) las analogías han sido efectuadas habitualmente con relación al problema de discriminación hacia los afroamericanos. En suma, los afroamericanos constituyen el ejemplo canónico cuando se piensa sobre cuestiones de igualdad en los Estados Unidos. Sin embargo la discriminación racial y de género difieren en varios aspectos.¹¹⁰ Puede efectuarse una

¹⁰⁹ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, 15 L. Ed. 2d 552 (1954).

¹¹⁰ Sobre el debate canónico acerca de las diferencias entre la discriminación racial y de género: *The canonical discussion of race differences between racial and gender discrimination* ver Richard A. Wasserstrom, *Racism, Sexism, and Preferential Treatment: An Approach to the Topics*, 24 *UCLA L. Rev.* 311 (1977); Cf. Sylvia A. Law, *Rethinking Sex and the Constitution*, 130 *U. PA. L. REV.* 955, 964 (1981) (señalando que los argumentos sobre las diferencias físicas integradas pueden ser invocados más placiblemente en casos de género que en los de raza, en razón de la capacidad reproductiva de la mujer). Obviamente, las mujeres no escapan a la denuncia de "discreta e insular minoría" desde que, entre otras cosas, ellas constituyen la mayoría de la población. Ver Eric John Hart, *Democracy and Distrust* 47-70 (1980). Estos argumentos sobre las diferencias entre discriminación de género y discriminación racial fueron esgrimidos antes de la amplia aceptación de las expropiaciones raciales de una subordinación para la protección igualitaria. Desde una más reciente perspectiva, podría señalarse que las mujeres y los negros pueden estar subordinados de muchas maneras diferentes. Un efecto, sus diferentes formas de subordinación se vuelven más complejas en el caso de las mujeres de color. Ver Kimberlé Crenshaw, *Unarguing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, 1989 *U. Chi. L. Rev.* 132, 40; Angela P. Harris, *Race and Essentialism in Feminist Legal Theory*, 42 *Stan. L. Rev.* 581, 586 (1990).

observación similar respecto de la discriminación contra los gays y los discapacitados. Aún dentro de la clase de minorías étnicas, los hispanoamericanos y los norteamericanos asiáticos enfrentan diferentes problemas que los que enfrentan los afroamericanos.¹¹

El recurso a los afroamericanos como ejemplo canónico de un grupo racial en el pensamiento jurídico tiene otros muchos efectos interesantes e importantes. Tiende a hacer hipotéticos los debates sobre las relaciones raciales, aún cuando el *status* norteamericano multicultural y multirracial se está volviendo cada vez más evidente. Además, el hecho de ver a los afroamericanos como el ejemplo de grupo racial tiende a hacer invisible la identidad racial blanca. Al ver a los negros como el ejemplo más representativo de una raza se hace parecer a los blancos como un ejemplo mucho menos adecuado, y refuerza la idea de que pertenecer a una raza significa ser de raza negra y no una persona blanca.

Cuando recordemos esta forma de canonicidad, nos damos cuenta de que la cultura jurídica norteamericana está llena de ejemplos canónicos. Considerese el uso de las disputas entre granjeros y estancieros para explicar el funcionamiento del teorema de Coase, el empleo de los accidentes automovilísticos para debatir acerca del funcionamiento del derecho de daños, y el aprovechamiento de la exigencia de edad mínima de treinta y cinco años para el cargo de presidente a fin de ilustrar un "caso fácil" que simbolice la determinación propia de los textos legales. Cada época también tiene sus ejemplos canónicos de activismo judicial que inciden en su visión del rol de la magistratura: *Lochner v. New York*¹² en una época, *Brown v. Board of Education* en otra, *Roe v. Wade*¹³ en otra más.

Los ejemplos de ejemplos canónicos pueden multiplicarse, pero dos son los puntos importantes para nuestros fines. Primero, la selección de los ejem-

¹¹ Ver Tania Kohn, *Strangers From A Different Shore: A History Of Asian Americans* 234-84 (1989); Richard Osoyo, *Rodrigo's Fifteenth Chronicle: Racial Mixture, Latin Critical Scholarship, and the Black-White Binary*, 35 J.X. L. REV. 1181, 1197 (1997); Henry Kang, *Negative Artifice Against Asian Americans: The Inherent Insignificance of Osoyo's Defense of Affirmative Action*, 31 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 1, 28 (1996); Delucent Brown, *Multicultural Empowerment: It's Not Just Black and White Anymore*, 47 Stan B. Rev. 157, 159-60 (1995); Frank H. Wu, *Change America: Three Arguments About Asian Americans and the Law*, 45 Am. U. L. Rev. 811, 812 (1996); Iraniel Wu, *Neither Black Nor White: Asian Americans and Affirmative Action*, 15 B.C. Third World L.J. 245, 28-84 (1995). Note, *Racial Violence Against Asian Americans*, 105 Harv. L. Rev. 1926, 1930-33 (1993).

¹² 198 U.S. 45 (1905).

¹³ 410 U.S. 113 (1963).

plos canónicos opera con frecuencia en un segundo plano antes que como una opción consciente, ello se debe precisamente a que estos ejemplos son formas de canonicidad profunda. Segundo, el uso de estos ejemplos canónicos tiene con frecuencia importantes efectos ideológicos —efectos que pueden ser tan poderosos y tan importantes como la elección de cuáles casos y materiales estudiar en el curso canónico de primer año—.

E. Aproximaciones prescriptivas y sociológicas

La idea de canonicidad profunda sugiere que gran parte de la formación del canon se gesta más allá de la aprehensión consciente de los miembros de una cultura o disciplina. Mucho de lo que es canónico no es el resultado de un planeamiento consciente sino del desarrollo casual de los contornos constantemente cambiantes de una cultura, de una disciplina o una comunidad interpretativa. Seguramente, individuos y grupos pueden discrepar vigorosamente acerca de lo que es canónico, pero lo que surge puede ser muy diferente de lo que ellos desean. Parafraseando a Marx, individuos y grupos construyen cánones, aunque no como ellos quieren. Más aun, las partes contendientes pueden acordar sobre cosas ya tomadas por ciertas y, de esta forma, ya son tan canónicas para su pensamiento que ni siquiera aparece la idea de cuestionarlas. En definitiva, los cánones y lo canónico son emprendimientos colectivos que involucren tanto los elementos conscientes como los inconscientes de una cultura. Ellos son creaciones históricas en las cuales el diseño racional y la ingeniería de precisión son el pensamiento deseado.

Al comienzo describimos la cuestión de la canonicidad en términos prescriptivos: preguntamos qué casos y materiales *deberían* ser incluidos en una versión particular del canon, sea pedagógico, de cultura general o teórico. Por supuesto, la noción de lo que *debe* ser canónico supone la posibilidad de constituir el canon más próximo a los deseos de nuestro corazón. Sin embargo, podemos preguntar como una determinada comunidad interpretativa forma de hecho su canon y por qué. En cuanto a este último, estamos especialmente interesados en saber por qué la gente coincide o disiente respecto de su idea de lo que es canónico y cómo y por qué sus juicios cambian a lo largo del tiempo.

El estudio sociológico del canon —qué fuerzas sociales explican la creación de un determinado conjunto de materiales canónicos— y el estudio prescriptivo del canon —qué materiales uno *debe* leer o asignar a otros— pue-

den coincidir. Una vez que entendamos cómo se construye un canon, podemos ser capaces de ofrecer una crítica ideológica de su sustancia y de los procesos por los cuales se forma. Por ejemplo, podemos descubrir que determinada construcción del canon brinda poca atención a cierto tipo de cuestiones (por ejemplo, el modo en que la propiedad de esclavos estaba integrada a cada aspecto del derecho norteamericano)¹¹³ y que como resultado de ello, esta construcción le otorga un determinado sesgo normativo a las cuestiones que la gente considera que son importantes para todo aquel que teoriza acerca del derecho.¹¹⁴ Si uno cree que fijar agendas y demarcar preguntas afecta significativamente la forma en que se responden estas preguntas, entonces una aproximación sociológica a la formación del canon puede tener una considerable importancia normativa para el estudio del derecho.

En realidad, una aproximación sociológica nos conduce a una cuestión de la canonicidad más esencial: ¿por qué los debates acerca de los canones del derecho deberían emerger en este momento de la historia de la academia legal? Los debates acerca del canon emergen cuando lo que es canónico no es más tomado por seguro, sino que pasa a ser controvertido de alguna forma significativa. Tal como se dijo con anterioridad, los debates también pueden suscitarse cuando una imaginaria unidad de pensamiento y práctica parece desmoronarse. Pueden surgir cuando las fuerzas de la reproducción cultural, que aseguran la replicación de las suposiciones interpretativas en las sucesivas generaciones de cultores de una disciplina, ya no operan más como alguna vez parecieron hacerlo. Cuando una generación previa no puede reproducir cierta uniformidad de suposiciones interpretativas en una nueva generación —ya sea por cambios en la demografía, por una experiencia recalcitrante, o por factores económicos— se suscita una crisis de confianza que se manifiesta en los debates acerca de los propósitos del emprendimiento común. Una de las formas mediante la cual esta crisis sale a la luz es en las controversias sobre lo que es canónico. Estas controversias surgen reiteradamente en la historia de cualquier disciplina. Allí es el turno para que la academia legal sea condimentada por sus propios desconformes.

¹¹³ La respuesta general es demasiado convencional. Ver el análisis magistral en Morris Thomas D. Southern, *Slavery and the Law*, (Oxford, 1987) 6-15 (1991).

¹¹⁴ Para un debate sobre este punto, ver Emerson Sanford, *Slavery in the Canon of Constitutional Law*, 68 *Chicago Kent L. Rev.* 1087, 1017 (1993).

Una clave para entender el origen de la preocupación acerca del canon, en definitiva, está constituida por los cambios demográficos en la composición de la academia jurídica y los correspondientes cambios en la formación y prácticas de las organizaciones profesionales. Una academia cada vez más "diversa" generará, casi con seguridad, diversas nociones acerca de qué vale más la pena enseñar, estudiar y discutir. Por cierto, el mismo fenómeno ha ocurrido en los *colleges*¹⁰ norteamericanos de humanidades, a medida que un grupo cada vez más variado de gente de la pasada generación ganaba un lugar en el mundo académico, produciendo predecibles luchas sobre el canon en los departamentos de humanidades. De esa forma, con motivo de los cambios en la demografía, economía y política, los miembros de la academia jurídica pueden empezar a preguntarse a sí mismos si los libros de casos debiesen incluir materiales provenientes de "nuevas" o "diferentes" perspectivas —por ejemplo, citas a la literatura de teoría feminista y racial¹¹ crítica, extractos de novelas y obras, cobertura de la esclavitud, y así sucesivamente—

Un segundo origen posible de la preocupación acerca del canon jurídico es el surgimiento del academicismo interdisciplinario. El ingreso de otras disciplinas al estudio del derecho amenaza con cambiar el canon pedagógico, el canon de cultura general y el canon académico teórico de un solo golpe. En cierto punto, la hermenéutica, la teoría de la elección pública y la teoría feminista, amenazan con convertirse en cuestiones tan importantes para la academia legal como la *dormant commerce clause*¹² o los refinamientos doctrinarios del *promissory estoppel*.¹³ (Quizá este punto ya haya sido alcanzado). Por supuesto, el surgimiento del estudio interdisciplinario puede ser en tanto la cau-

¹⁰ Nota de los traductores: en el sistema educacional estadounidense, la educación universitaria posterior a la escuela secundaria (*high school*) tiene dos fases. La primera fase se denomina *college* y en general dura alrededor de cuatro años, otorgando el título de bachiller (*bachelor*). La segunda fase se denomina *graduate school*, y equivale a nuestras licenciaturas, o más bien a los cursos superiores de nuestras facultades.

¹¹ Nota de los traductores: doctrina jurisprudencial norteamericana por la cual se mitiga a los Estados la "falta de legislar en materia de comercio interestatal, facultando para ello al Congreso. Se trata de una doctrina que la Suprema Corte extrajo de la anual "*Commerce Clause*", contenida en el artículo I, b) de la Constitución norteamericana. Fuente: *Black's Law Dictionary*¹⁰ Ed. J. West Publishing Co., Traductores Paul Minnesota, 1990 (4^{ta} reprint - 1995).

¹² [Nota de los traductores: por la doctrina del "*promissory estoppel*" se establece un impedimento a una conducta, derecho o pretensión, que se deriva de una promesa formulada por quien es objeto de ese impedimento. Se crea así una excepción a la regla por la cual una promesa unilateral no crea una obligación exigible, al impedir escapar a esa promesa si la otra parte se basó razonablemente en ella, modificando su conducta en consecuencia de forma que el incumplimiento de la promesa le daría un daño injustificable. Fuente: Guillermo O'Donnell, *De las Cajas y Eleanor C. Houck*, Diccionario Jurídico, Editorial Heliasta, Buenos Aires - 1993.]

sa de la preocupación actual, con el canon como un síntoma de cambios sociales e institucionales más generales que, a su turno, han dado cabida a los cuestionamientos acerca de la canonicidad. En cualquier caso, cuando un distinguido jurista y ex académico escribe una publicación sobre teoría del derecho titulada *Overcoming Law*,¹⁶ uno podría creer que las visiones tradicionales de qué es canónico para el estudio del derecho están en problemas.

Una tercera razón del creciente interés en la conformación del canon constitucional en particular, está relacionada con la percibida amenaza a los tan amados precedentes de la tan amada Corte Warren, que parecen ser a diario atacados por los actuales miembros de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Visto desde esta óptica, el problema del canon constitucional parece centrarse en establecer si casos como *Miranda v. Arizona*¹⁷ y *Brown v. Board of Education* son vacas sagradas que no pueden ser tocadas o si son revisables como cualquier otra cosa. Un canon constitucional se convierte en un medio para asegurar su continua vitalidad. Por ejemplo, Cass Sunstein, un reconocido teórico constitucional liberal, ha afirmado que "una aproximación a la interpretación constitucional" es inaceptable si implica la incorrección de *Brown v. Board of Education*.¹⁸ Esto es más que la exigencia de que *Brown* debe ser enseñado a los estudiantes de derecho; después de todo, ese es también el caso de *Lichter v. New York*. Mas bien, Sunstein sostiene que *Brown* es normativamente canónico. Uno puede criticarlo tanto como puede sugerir que Mozart es un salvajemente sobreestimado compositor de música para los banquetes del siglo dieciocho. Una persona se reconoce como culta al afirmar la genialidad de Mozart; un abogado se reconoce como debidamente formado al afirmar la corrección de *Brown*.

Es de señalar que en este debate acerca de la canonicidad los liberales son quienes defienden el canon académico teórico contra los "bárbaros" de la derecha. Hay aquí una cierta ironía. Aferrarse a la idea de que estos casos de la Corte Warren y los de la temprana Corte Burger son conocidos es "funcionalista" en el sentido de que los liberales de izquierda en la academia actual podrían desdenar si la cuestión fuese planteada en términos epistemológicos. En el estudio sociológico del canon constitucional, enton-

¹⁶ POUER, Richard A., *Overcoming Law* (1995).

¹⁷ 384 U.S. 431 (1966).

¹⁸ SUNSTEIN, Cass R., *In Defense of Liberal Education*, 43 J. Legal Educ. 22, 26 (1993).

ces, podríamos considerar la curiosa relación entre el pragmatismo antifundacionalista que asevera que todo conocimiento es revisable si son provistas suficientes buenas razones y los teóricos constitucionales quienes exigen que cualquier teoría de derecho constitucional debe explicar y justificar *Roe v. Wade*, a la vez que debe expresar las razones por las que *Bowers v. Hardwick*¹¹⁹ está decidido de forma incorrecta. Existe algo inevitablemente fundacionalista acerca de los cánones y lo canónico, lo cual tomamos para incluir en todos los postulados de la fórmula: "una aproximación a la interpretación constitucional es inaceptable si involucra la corrección de X". La idea de un canon verdaderamente antifundacionalista, si no es un oxímoron, debe crear al menos un perpetuo estado de tensión intelectual.¹²⁰

F. Contextos institucionales y extraños compañeros

Los intentos de los liberales por canonizar los precedentes liberales nos recuerdan que debemos entender los debates acerca del canon en su contexto institucional. Por cierto, los factores institucionales ayudan a producir algunas de las más significantes diferencias en los debates literarios y jurídicos sobre el canon. Ambos debates involucran una lucha por la autoridad pero los términos de esta lucha son diferentes en cada caso porque el contexto institucional difiere. Las diferencias en el significado político del ataque al canon provienen en gran parte de las diferencias sobre cómo la autoridad es creada en derecho y en las humanidades y en quién tiene el control sobre los respectivos cánones.

En los departamentos de humanidades los cánones tradicionales están siendo atacados principalmente desde la izquierda del espectro político. Sin embargo, los cánones de la teoría pedagógica y académica en derecho constitucional son discutidos tanto por la izquierda como por la derecha. No es sorprendente que la teoría crítica de la raza y el feminismo deseen desafiar partes del canon pedagógico con reminiscencias de los debates sostenidos en los departamentos de humanidades. Menos análogo es el ataque al canon teórico —el con-

¹¹⁹ 478 U.S. 186 (1986).

¹²⁰ Obviamente, estos debates sobre cómo debería ser el canon de la teoría académica pueden también influir en la construcción del canon pedagógico. Por ejemplo, dependiendo de nuestros principios fundamentales, debemos prestar atención en Miranda u bien en los escritos de los antifederalistas. Esta escusa de las muchas formas en que la construcción del canon de la teoría académica afecta el contenido del canon pedagógico y el canon de cultura general.

junto de casos correctamente decididos que cualquier teoría seria del derecho constitucional debe explicar— desde la derecha política. Aquí encontramos liberales de izquierda defendiendo un canon normativo que incluye casos como *Roe v. Wade* contra los ataques de la derecha política, encabezada y simbolizada por el ala derecha de la Corte Suprema y los tribunales del periodo de Bush y de Reagan.

Esta guerra bifronte en el ámbito del derecho puede producir ciertos cambios de roles interesantes. Cuando el académico constitucional liberal Cass Sunstein declaró la perdurabilidad correcta de *Brown v. Board of Education*, estaba jugando un rol que no difiere del de los conservadores en materia cultural Donald Kagan y E. D. Hirsch, quienes han intentado preservar el canon occidental de los grandes libros de la amenaza del multiculturalismo y la reconstrucción.²¹ De manera análoga, uno podría imaginar a los académicos liberales defendiendo a *Roe* o *Regents of the University of California v. Bakke*²² contra los gustos de Antonin Scalia o William Rehnquist. Sin embargo, la defensa del canon, sostenida por Sunstein no estaba dirigida hacia algún juez conservador con la esperanza de causar estragos a los precedentes liberales, sino que, antes bien, apuntaba a un académico aun más de derecha: Stanley Fish.²³ La política reúne a compañeros extraños, pero los creados por los cánones pueden ser aun más extraños.

Este curioso estado de cosas se debe, en gran parte, a las diferencias institucionales entre la educación jurídica y la de humanidades y, en particular, a diferencias en las formas en que se crea la autoridad y se la defiende en las academias de humanidades y de derecho. Debemos señalar previamente que los ataques al canon en las humanidades han provenido primeramente de "la izquierda". Sin embargo, esta expresión combina muchas líneas de pensamiento diferentes. La primera tendencia, que puede ser denominada como "izquierda política", promueve el igualitarismo radical en asuntos de raza, clase, género y orientación sexual. La segunda tendencia, que podríamos llamar "izquierda metodológica", es un ataque epistemológico y metodológico a todas las formas recibidas de canonicidad y objetividad; puede tomar la forma de antifundacionalismo, postestructuralismo, posmodernismo, estudio de la cul-

²¹ Ver Sunstein, *supra* nota 108, 26.

²² 435 U.S. 658 (1978).

²³ Ver Fish, *supra* nota 118, 27.

tura como forma de poder/saber, etc.²⁴ Sea o no sea esta postura verdaderamente relativista en lo cultural, suele ser tratada de esta forma por sus oponentes. Ahora bien, se puede estar metodológicamente 'a la izquierda' sin estar políticamente 'a la izquierda' y viceversa, pero en la actual academia de humanidades, las dos tendencias parecen ir de la mano. Por el contrario, los ataques a la derecha metodológica y al compromiso con el canon parecen estar identificados, si no con el conservadurismo político, por lo menos, con fuerzas políticas más moderadas. (Sin embargo, en el invernadero de la academia de humanidades contemporáneas, uno puede ser bastante liberal y aun así encontrarse en la delantera de estos debates.)

Como resultado, los ataques contemporáneos al canon de las humanidades por parte de 'la izquierda', a menudo sirven tanto a una determinada agenda política como a una agenda metodológica: la cual en el presente contexto parece servir a esa agenda política.²⁵ No obstante, uno de los más importantes rasgos de las alianzas —incluyendo las alianzas intelectuales— es que ellas nunca son permanentes y carentes de contexto, sino que toman su fuerza de los contextos políticos e institucionales en los cuales se verifican. Si en algún momento uno cambia tal contexto aun levemente, a veces se pueden encontrar variaciones sorprendentes y, de allí, extraños compañeros.

Así es con la academia jurídica, al menos cuando es vista desde la perspectiva de la academia de humanidades. Los liberales de izquierda que desean defender el *status* canónico de los precedentes liberales de la Corte Warren deben resguardarse de los ataques desde la derecha política y la izquierda metodológica, pero no necesariamente de la izquierda política. Los estudiosos de la teoría racial crítica (*Critical Race Theory*)—quienes presumiblemente están aún más a la izquierda política que los profesores Sunstein o Fish— también reputarían la defensa de *Brown v. Board of Education* como una condición indispensable de cualquier teoría constitucional seria. Ellos pueden sostener que *Brown* representa algo bastante diferente de lo que Antonin Scalia cree que representa, pero esto apunta a su significado y no a su *status* canónico.

²⁴ Para una perspectiva crítica de estas tendencias en la academia legal, véase Susan S. Sussman, *The Canon in Constitutional Law* 3-12-26-29 (abril 1995) (manuscrito inédito, en archivo con los autores).

²⁵ Sin embargo, véase Brian J. M. Transcendental Deconstruction, transcendent justice, 92 Michigan Law Review 1171-138, 1191-92, 1247-76 (1994) argumentando que esta conexión está sobrestimada porque los usos políticos progresistas de la deconstrucción pueden ser manipulados para servir a una política diferente.

En sentido contrario, el Profesor Fish ha estado jugando un juego por completo diferente. Al sugerir que todos los cánones pueden ser históricos,¹²⁶ Fish ha advertido simplemente la tensión inherente entre las actuales metodologías de moda y los fundamentalistas de la Corte Warren. Raspe a un pragmático liberal —Fish parece decir— y encontrará un fundamentalista de la Corte Warren. A pesar de que muchos de los académicos de la generación más joven reconocen (y proclaman a viva voz) que la Corte Warren está muerta y ausente, ellos quieren preservar todavía muchas partes del canon de la Corte Warren.

Pero, ¿esta la preservación del canon realmente en las manos de los profesores de derecho? Esto nos conduce a nuestro segundo punto acerca de la importancia del contexto institucional. Las diferencias en los debates sobre el canon entre los cuerpos de los profesores de derecho y de humanidades nacen de las diferencias existentes respecto del control de la autoridad en el ámbito del derecho y en el de las humanidades. Los académicos de las humanidades tienen mayor control sobre el canon académico teórico de su disciplina que los académicos del derecho. Ellos enseñan en los cursos, asignan los libros y se convierten en árbitros de calidad y gusto en la producción intelectual y en partes significativas de la "alta cultura". De allí, por ejemplo, aquello que es estudiado en los departamentos de historia y que es considerado bueno o malo es, no sorprendentemente, definido en gran parte por lo que los historiadores quieren enseñar, lo que ellos piensan que vale la pena estudiar, y qué historia consideran que está bien hecha y bien escrita. Por supuesto, en razón de que los doctos de humanidades no tienen el control sobre la cultura popular, ellos no controlan todo lo canónico en sus disciplinas: aún así poseen una considerable autoridad.

En cambio, los profesores de derecho constitucional tienen mucho menos control sobre el contenido del canon teórico académico de su disciplina. Este canon está ampliamente conformado y controlado por fuerzas que están más allá de su control directo: los tribunales y los órganos políticos. Los profesores de derecho ejercen su control primariamente a través de la influencia sobre sus estudiantes y sus colegas académicos y a través de su trabajo como

¹²⁶ Ver Fish, Stanley, *Is There a Right to All True Canons and Postmodernism?* 41 *J. Legal Educ.* 1, 20 (1999). (Destacando que "la percepción de que los cánones están socialmente construidos... antes que ser una postura más conducente a mirar a historia en la que cursos se establecerían esos principios").

asesores jurídicos y abogados. Esta influencia no es insignificante: gran parte de este comentario está dedicada a mostrar que el modo en el que se enseña el derecho constitucional puede incidir en el desarrollo de la doctrina constitucional. No obstante, el poder de los profesores de derecho sobre el canon académico teórico de derecho constitucional languidece en comparación con el control que los historiadores tienen sobre la cuestión de establecer qué es considerado apropiado como historia o tema de estudio histórico.

De esta forma, los teóricos constitucionales liberales de izquierda son defensores de un canon académico teórico sobre el cual ellos tienen comparativamente escaso control. Cuando las fuerzas políticas que los rodean exigen una reconsideración de los precedentes liberales, ellos son empujados hacia una postura jurisprudencial que celebra el *stare decisis*⁹⁰ y el *rule of law*,⁹¹ en definitiva, una postura que celebra la naturaleza canónica de estos precedentes. No es así para el profesor de humanidades de izquierda, el poder de cambiar los cánones académico teórico, pedagógico y de cultura general en su disciplina está ampliamente dentro de su propio control. Puede tomar la ofensiva, sabiendo que triunfar es al mismo tiempo ganar el control del aparato que genera el canon. Los académicos de humanidades en una era conservadora deben, por otro lado, enfrentarse continuamente una acción de retaguardia hasta que jueces con su misma concepción estén en el estrado. Aún en ese punto, no adquieren el control del canon teórico académico sino que una vez más se encuentran a sí mismos como los armadores del equipo que se ha convertido en ganador. En cualquier caso, durante los momentos más urgentes de su lucha para preservar el trabajo de la Corte Warren y sus precedentes atemporales, la última cosa que sientan necesitar probablemente sea un bromista del departamento de inglés señalando que todo es socialmente construido. De ahí que, al comparar las diferencias institucionales entre el derecho y las humanidades, podemos señalar que los cánones pueden crear los más extraños compañeros de habitación cuando apenas se tiene la opción de decidir dónde pasar la noche.

⁹⁰ [Nota de las traducciones: obligación de los jueces inferiores judiciales. Principio jurídico conforme al cual los tribunales deben basarse en los sentos en los casos precedentes o precedentes. Fuente: Guillermo Casassa y Florin F. Huet, E. *Quinceiro jurídico*, Editorial Hirszt, Buenos Aires, 1992.]

⁹¹ [Nota de las traducciones: exigencia de respeto por la ley o la legalidad. Fuente: Guillermo Casassa y Florin F. Huet, E. *Quinceiro jurídico*, Editorial Hirszt, Buenos Aires, 1992.]

III. Cánones constitucionales y pensamiento constitucional

Las peleas sobre el canon en la literatura parten —en su gran mayoría— de la base de que existe cierta conexión entre el material que constituye el canon y la forma de pensar de los individuos. El material con el que se ocupan más frecuentemente estudiantes y profesores establece los criterios para determinar qué es normal y qué es anormal, qué es lo esperado y qué es fuera de lo común y cuáles son los buenos y malos ejemplos en la práctica. Sin embargo —tal como lo hemos señalado— lo más canónico, en sentido profundo, son los hábitos de razonamiento. Estos son los responsables de guiar la selección y retención del material denominado canónico. El contacto con el citado material, a su turno, ayuda a reproducir y reforzar los hábitos de la mente que establecen qué elemento es considerado parte del canon. Así las cosas, es falso afirmar que el material considerado canónico determine por sí mismo el pensamiento, ya que aquel puede simplemente reflejar el tipo de razonamiento que guía su continua selección. Desde que el material considerado canónico es a la vez causa y efecto del razonamiento, la trama de causalidades que establece cómo los cánones ejercen influencia en nosotros es, inevitablemente, un asunto complejo.

Al hablar de un "canon", nos estamos refiriendo en realidad a un proceso de reproducción: se trata de la reproducción de las herramientas de comprensión, el "software cultural" que utiliza la gente para formular problemas y comprender el mundo, así como sus propias acciones.¹²² Desde esta perspectiva, lo que hace canónicos a los cánones es, precisamente, el hecho de que ellos se auto-reproducen a lo largo de las distintas generaciones de la mente humana. El establecimiento de un determinado canon dirige la atención hacia determinado material, en contraposición a otros. Dado que tanto el espacio como la atención que pueda prestar la mente humana son limitados, la transmisión frecuente de trabajos referidos a un determinado canon ayuda a prestarles mayor interés y así asegurar su perpetuación y proliferación. Sin embargo su efecto es aún más profundo. Al arropar cada vez más porciones de limitado espacio de las mentes humanas e imaginaciones, las obras canónicas comienzan a definir la verdadera naturaleza de lo que merece ser materia de debate o razonamiento. Su efecto es arrullador, lo que contribuye a asegurar su rol cen-

¹²² Bakhtin, *op. cit.* pp. 114, 25.

tral así como un éxito multiplicador en el futuro.¹¹⁸ Así, las cosas no devienen canónicas simplemente por el hecho de ser importantes; a menudo suelen convertirse en importantes por ser consideradas canónicas.

A. Comparativismo y protagonismo de los tribunales

Heimos identificado al canon pedagógico o de enseñanza en derecho constitucional como el conjunto de casos y materiales (ejemplos históricos, historia legislativa, discursos de presidentes y legisladores, etc.) regularmente enseñados y leídos en los cursos de derecho constitucional u que, al menos, deberían serlo. Toda indagación acerca del canon pedagógico no sólo debe interesarse en el contenido, sino también en la forma. No sólo debe referirse a los temas que se estudian, sino que debe además concernir al tipo de material utilizado para ello, ya sea que se trate de casos, leyes, debates académicos o estudios prácticos. Esta última cuestión formal tiende a ser dejada de lado. La cuestión no consiste en establecer cuáles casos de la Corte Suprema deberían estudiarse, sino, antes bien, si deberían estudiarse los casos de la Corte Suprema, en lugar del primer discurso inaugural de Lincoln o las palabras de James Madison acerca de la constitucionalidad del Banco de los Estados Unidos.

Las cuestiones sociológicas se relacionan aquí con las normativas. Una de las razones por las que el canon constitucional es construido -casi en su totalidad- en términos de lo establecido por los casos de la Suprema Corte, radica en el protagonismo de los tribunales en el estudio del derecho. En realidad, más que el protagonismo de los tribunales se trata del protagonismo de la Suprema Corte. Pese a que gran parte de lo decidido en materia de derecho constitucional es establecido en las cortes de circuito o de distrito,¹¹⁹ los libros de casos de derecho constitucional tienden a enfatizar exclusivamente las decisiones de la Suprema Corte.

La confrontación entre las decisiones de la Corte Suprema y las interpretaciones efectuadas por distinguidos estadistas tales como James Madison,

¹¹⁸ Hemos hecho una afirmación similar respecto de las listas de doctrina jurídica a través de lo cual también se intenta establecer grupos de material al canon. Véase Baker y Levinson, nota 37, pag. 843.

¹¹⁹ Véase por ej. *Action for Children's Television v. FCC*, 31 F.3d 644, 659-60 (D.C. Cir. 1994) (en donde el televisorante constitucional una norma que prohibía la exhibición de programas "indecentes" entre las seis de la mañana y las diez de la noche); *Mozart v. Hawkins County Bd. of Educ.*, 658 F.2d 1058, 1067 (6th Cir. 1981) (rechazando una demanda por "la First Amendment" basada en la prohibición por padres de algunos programas que intentaban evitar la exposición de su hijo a material secular).

Wendell Phillips, Frederic Douglass y Abraham Lincoln brinda una visión diferente del pretendido rol asignado a la Corte Suprema de ser el único intérprete autorizado del significado de la Constitución. La preponderancia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en los cánones pedagógicos de derecho constitucional tiene importantes efectos ideológicos: tiende a reforzar el poder de decisión final de la Corte Suprema en materia de interpretación constitucional. A la inversa, tiende a desalentar la posibilidad (y la deseabilidad) de las interpretaciones "protestantes" de la Constitución, que consideran que cada ciudadano tiene el deber de interpretar aquélla por sí mismo.

Por otra parte, el protagonismo de la Corte Suprema en el canon constitucional implica que los estudiantes de derecho nunca lleguen a considerar, de manera sistemática, aquellos aspectos de la Constitución que jamás son materia de debate, tales como los periodos establecidos entre elecciones, el bicameralismo, la limitación impuesta a la reelección del presidente, o las considerables dificultades que debe afrontar todo aquel que desea enfrentarse a una reforma constitucional según lo establecido en el artículo V. Estas cuestiones estructurales de la Constitución son —cuanto menos— tan importantes como la *dormant commerce clause* o la protección brindada por la primera enmienda a la libertad de expresión en materia comercial, aunque casi nunca forman parte del contenido de la enseñanza a los estudiantes de derecho.

Ello no representaría mayormente un problema si la pedagogía legal estuviese solamente interesada en la preparación de los estudiantes para el ejercicio de la profesión. Casi ningún abogado que ejerza la profesión se verá obligado a plantear en un litigio si es o no defendible el hecho de que Vermont tenga el mismo número de senadores que Texas. (Claro que muchos de los estudiantes de derecho rara vez llegan a intervenir, incluso, en aquellos casos en los que está en juego la *dormant commerce clause* o la Primera Enmienda). Sin embargo, muchos profesores de derecho creen que su función es formar a ciudadanos-abogados tanto como abogados-practicantes, especialmente porque los Estados Unidos continúan romando una excesiva parte de sus hileras de las filas de abogados entrenados profesionalmente. Debemos reconocer que, al desatender estos importantes rasgos estructurales de la Constitución, estamos causando un daño a la nación con graduados cuya ignorancia respecto de cuestiones fundamentales los inhabilita para el debate de muchos asuntos vitales.

de gobierno. Nuestros estudiantes de derecho, entrenados en las universidades para tener plena fe en la Constitución sin considerar ninguna de sus manifestadas imperfecciones —a decir verdad, lisas y llanas tonterías—, tendrán poras herramientas para analizar la adecuación de las instituciones que nos fueron legadas por nuestros padres fundadores.

Así como el canon pedagógico es inerte respecto de estos importantes asuntos, también parece estar completamente desinteresado en las comparaciones con las constituciones de otros países y épocas. Excepcionalmente algunos pocos libros de casos de distintas asignaturas incluyen material proveniente de sistemas jurídicos extranjeros. Esta ausencia resulta particularmente notoria en los cursos de derecho. Por supuesto que si uno está interesado en el comparativismo, casi no se necesita atravesar nuestras propias orillas. La primera comparación a realizar podría efectuarse respecto de otras constituciones locales, incluyendo los desechados Artículos de la Confederación, las cincuenta constituciones estatales que complementan la Constitución de los Estados Unidos,¹¹ o incluso la Constitución de los Estados Confederados de América, que presenta varias diferencias importantes respecto de la Constitución anterior a la guerra. Mas allá de nuestras fronteras, uno podría también prestar atención a las constituciones escritas de más de cien países distintos,¹² la Carta de las Naciones Unidas y el Tratado de Roma.¹³ Esta lista, por supuesto, ni siquiera incluye las opiniones judiciales de los tribunales constitucionales de otros países. A través de estas opiniones podríamos no sólo comparar el tratamiento de asuntos estructurales específicos o cuestiones vinculadas a los derechos humanos, sino también los métodos de interpretación empleados por los citados tribunales. Así como existe más de una forma de definir la democracia

¹¹ V. Symposium, *Constitutional Structures of Congress*, *University of Chicago Law Review* 39 (1993).

¹² Los jueces de los tribunales estatales alguna vez han interpretado las prescripciones de las constituciones locales de distinto modo que la Suprema Corte en sus decisiones. A modo de ejemplo, uno de que la Corte se negaba a reconocer la existencia de un derecho al acceso igualitario a la educación en San Antonio (*Independent School District v. Rodriguez*, 41 U.S. 646 (1979)), algunos tribunales estatales hallaron el derecho de los hijos de sus residentes locales a una educación básica, estado en el que se une a el caso *Rodriguez* (véase *Edgewood v. Kirby*, 51 Tex. 381 (1977), 38 Tex. 381 (1977), 38 Tex. 381 (1977) en el que se interpreta la constitución de Texas con el sentido de que ella protege el derecho a la "igualdad sustancial de oportunidades para acceder a las facilidades educativas").

¹³ V. *Constitutions of the countries of the world*, Albert P. Margiech & Gilbert H. Fane eds., 1997.

¹⁴ Véase, por ejemplo, J. H. W. Lee, "The Transformation of European Law into U.S. Law, 1789-1890," un fragmento de artículo que compara el desarrollo ocurrido bajo el Tratado de Roma con las primeras acciones en la historia de la Constitución de los Estados Unidos.

cia, seguramente hay más de una forma de interpretar una disposición constitucional.⁵⁴ Tanto el análisis histórico, como el generalmente llamado "comparado" (por ej. el estudio de otras culturas jurídicas) son verdaderos casos especiales de comparativismo. El comparativismo opera tanto temporal como espacialmente: incluso nos transporta atrás en el tiempo o hacia a otros lugares. En ambos casos el fin perseguido es el mismo. Se trata de hacer que el objeto de nuestro estudio —en este caso la Constitución de los Estados Unidos— nos resulte "ajeno". Los críticos literarios conocen la técnica similar de la "desfamiliarización". Esperamos ver cómo un problema resuelto de una manera determinada puede ser solucionado de otra forma, o como se ve un aspecto específico de nuestra vida política cuando es separado de otros asuntos concomitantes que descuidadamente mezclamos con aquel.

La omisión habitual por parte de los académicos del derecho norteamericano al no considerar las demás constituciones y doctrinas constitucionales como pedagogía constitucional tiene dos efectos ideológicos significativos. En primer lugar, tiende a reforzar la idea de que la Constitución de los Estados Unidos es el modelo de constitución escrita, por lo tanto, las demás constituciones serán analizadas según sus semejanzas o diferencias respecto de aquella. En segundo lugar, convierte a la Constitución de los Estados Unidos no solo en una norma descriptiva, sino también prescriptiva para el diseño constitucional. Esta tendencia se manifiesta cada vez que los constitucionalistas norteamericanos ofrecen con vehemencia asesoramiento a los sistemas políticos en desarrollo que procuran elaborar una Constitución. Como la mayoría de sus profesores, los estudiantes de derecho raramente lidian con la posibilidad de

⁵⁴ Por desgracia observamos que la Suprema Corte actual parece decidida a calibrar y a favorecer la ignorancia de su propia historia. En los últimos años de su existencia, la Corte tiene en cuenta la historia de la Unión europea, los derechos humanos de los Estados Unidos, la opinión mayoritaria del juez Scalia. "Creemos que semejante análisis es inapropiado para la tarea de interpretar una constitución que, por su parte, 'hay sido el vehículo a los fines de la civilización', *Pratt v. Bowen* 349 U.S. 246, 237 n. 11 (1955). En los veintidós propios padecimientos de la Corte, el juez Scalia, uno podría pensar que un seguidor de la interpretación histórica debería demostrar cómo es similar, al menos con la idea para la comprensión de sus rasgos y donde haya. Sin embargo, Scalia sostiene, en un análisis de *Insular National* 319, que tales requerimientos son completamente irrelevantes desde que "nuestro federalismo no es esencialmente europeo" (id. en 258 n. 1). Se trata de "la contribución original de los autores de la constitución a la ciencia y a la política". *Id.* En *United States v. Lopez* 514 U.S. 549, 555 (1995) (opinión concorde de J. Kennedy, Kennedy y Sotomayor). *Comptroller v. Commonwealth* 365 N.E.2d 101, 102 (1977) (opinión concorde de los jueces Warren y Brennan). Esta puede ser verdadera o no, pero resulta realmente irrelevante desde el punto de vista del comparativismo, conforme al cual es necesario prescindir a través de la romanización con las artes. En cualquier caso, la que sea o no la propia es el "poder judicial" a la "impunidad", *Lamson, Chavarría* 1999.

que existan otras formas de estructurar un gobierno o de resolver los problemas propios de las instituciones democráticas tal es el caso, por ejemplo, de la elección entre sufragio por representación proporcional y las elecciones en las que "el vencedor se lleva todo", o bien entre modelos parlamentarios y aquellos que dan especial importancia a la separación de poderes.¹⁵

B. Preocupaciones prácticas y "Problemas Atemporales"

Las preocupaciones de la "práctica legal" ejercen una influencia algo diferente sobre el canon pedagógico. Los autores de libros de casos suelen considerarlas relevantes para proyectar la forma en que la doctrina jurídica es "realmente" puesta en práctica. En la medida en que los libros de casos definen la forma en que se analizan determinados problemas, podríamos estar frente a una profecía que se autorrealiza. Sin embargo, no resulta de ninguna manera claro que los libros de casos muestren la práctica legal. Más bien, ellos tienden a reflejar la práctica tal como es imaginada por los académicos. La mayoría de ellos apenas tienen idea de cuántos casos se litigan en las diferentes áreas, o cuanta atención prestan los abogados litigantes a ciertas cuestiones —y no a otras—. Sin perjuicio de ello, los académicos del derecho establecen un criterio

¹⁵ En efecto, uno de elementos trasnochadamente desatendidos dentro del actual canon constitucional es la preocupación por los hechos. Los libros de casos de derecho difícilmente ofrecen un tipo de información empírica que pueda permitir a los estudiantes evaluar la exactitud de los a veces, lamentablemente erráticos pronunciamientos de la Suprema Corte sobre el mundo exterior.

Considérense, por ejemplo, el "efecto desalentador" que los estudiosos del derecho de tendencia liberal temen que produzca la regulación de la prensa. ¿A eso tenemos acaso alguna razón para creer que el temor a un proceso por calumnias tiene un efecto mayor en el comportamiento de la prensa que, por ejemplo, el temor a la represalia de un anunciante principal de la publicación? Véase Frederick Schauer, *Free Speech, on the Law of Defamation* 51 *Berk. L. Rev.* 431, 446-47 (1984); Frederick Schauer, *Unraveling Free Speech*, 91 *Colum. L. Rev.* 1321, 1326-1330 (1982).

Considérense luego las dudas de los conservadores a las virtudes del federalismo. Al derribar un esquema federal regulador de los derechos radioactivos, la *Justice of'Connor* sostuvo: "La soberanía estatal no es un fin en sí mismo. Antes bien, el federalismo asegura a los ciudadanos las libertades que derivan de la difusión del poder soberano." *New York v. United States*, 505 U.S. 144, 161 (1992) (Cardoza *Concurrence*). Véase *Thompson*, sup. L. 3, 712, 759 (1991) (Blakely, J., *Concurrence*). Sin embargo, tal como señala Larry Kramer, son pocos los estudiosos, sin mencionar a los miembros de la Suprema Corte, que se hayan dedicado lo suficiente a justificar alguno de tales pronunciamientos acerca la relación entre federalismo y libertad. Véase Larry Kramer, *Understanding Federalism*, 47 *Harv. L. Rev.* 1415, 1450 (1994). Hay muchos tipos de federalismos diferentes y muchas libertades que pueden ser protegidas en mayor o menor grado por estas diferentes formas. Por otra parte, si la descentralización es la clave para promover la libertad, en modo alguno resulta claro que el poder de la estar concentrado a nivel estadual y no de los condados o municipalidades.

Los estudiantes que lean estos y otros pronunciamientos rara vez están informados de cuán dañosa son muchas de las descripciones judiciales del pueblo fuera de la banca. Probablemente no se debería esperar que los jueces entrenados en facultades de derecho sean especialistas en análisis empírico y social, pero, si así fuera, o generarían importantes cuestionamientos acerca del rol de los jueces,

—tal vez derivado— con demasiada frecuencia, de las opiniones de la Suprema Corte— en lo relativo a qué asuntos son "calientes" y, por lo tanto, dignos de ser impuestos a sus estudiantes.

Esta necesidad de delinear la práctica según la forma en que es imaginada por los académicos, lleva a enfatizar los "problemas actuales." Nuevamente aquí, el protagonismo de los tribunales —y, en particular, de la Suprema Corte— juega un papel importante. Es por ello que se ve gran cantidad de material dedicado a las áreas en las cuales la doctrina jurídica virtualmente cambia con cada término de la Suprema Corte. En el ámbito de la protección igualitaria, por ejemplo, los casos sobre eliminación de la segregación racial,¹⁵ en las escuelas han sido seguidos por casos de acciones afirmativas,¹⁶ y, ahora, la atención parece estar dirigida considerablemente hacia los derechos electorales. Se puede rastrear la inventiva cambiante de los académicos al advertir cuándo ciertos temas adquieren un espacio significativo relevante en los libros de casos de derecho constitucional. Es posible, por ejemplo, prestar atención al número de páginas dedicadas al discurso racista antes y después del caso *R.A.V. v. City of St. Paul*.¹⁷ Por otra parte, el crecimiento de ramas particulares de los estudios académicos (por ejemplo, doctrina legal feminista) puede modificar el contenido de los libros de casos, aún cuando la Corte Suprema ya no reciba una gran cantidad de casos de discriminación de género. El canon pedagógico seguramente obedece a las fuerzas de mando tanto en la cultura jurídica y académica como en los tribunales.

Aun así, la noción de "canonicidad" suele oponerse a los asuntos del momento y colocarse dentro de los considerados "atemporales." Esto conduce a un inevitable conflicto entre dos posibilidades: estudiar los "*leading cases*" o bien los problemas que resolver (o deberían resolver) los abogados y jueces y que desde la óptica del académico son verdaderamente importantes.

El deseo de atemporalidad suele relacionarse con aquel deseo de enseñar casos de "buena doctrina". Habitualmente, son casos y materiales que se transforman en lo que la comunidad docente considera como que son asuntos importantes (y "atemporales") del derecho constitucional. Sin embargo, la

¹⁵ [Nota de los traductores: *desegregation* e *eliminación de normas o conductas que impliquen segregación racial*.]

¹⁶ [Nota de los traductores: *affirmative actions*, programas o normas que exigen una acción positiva para eliminar o evitar conductas, actitudes o situaciones discriminatorias.]

¹⁷ 505 U.S. 377 (1992).

atemporalidad del canon puede ser parcialmente ilusoria: puede que refleje las inquietudes del momento disfrazadas de preocupaciones eternas. Después de todo, la noción de lo que es "importante" y "atemporal" es construida por la cultura jurídica, y se encuentra en constante cambio. Si el estudio histórico del canon nos enseña algo, es que la atemporalidad ya no es lo que solía ser.

El concepto de atemporalidad, nos conduce sin embargo hacia la idea de transmitir una tradición, que nos remite a una concepción distinta de la canonicidad. El "canon de cultura general" está compuesto por aquellos casos y materiales mejor diseñados para formar al estudiante en la "tradición" del discurso constitucional norteamericano, e introducirlo en aquello que todo miembro de una determinada comunidad interpretativa debería conocer. ¿En qué consiste esta comunidad interpretativa? Es una comunidad interpretativa tal como la imagina otra comunidad interpretativa compuesta por académicos del derecho. Los académicos imaginan una comunidad de abogados, jueces y estudiosos del derecho inteligentes y formados. (Podríamos comparar esta comunidad con la comunidad imaginaria integrada por hombres y mujeres instruidos, que se supone que es producida por la educación en humanidades).

Todo lo que hemos dicho sobre la forma *versus* el contenido (qué tipo de materiales frente a qué otro tipo de asuntos) también es aplicable a esta tradición. El protagonista de los tribunales y, en particular, de la Suprema Corte, es sin duda un aspecto central de las actuales definiciones de cultura general. A juzgar por los libros de casos de derecho constitucional existentes, aparentemente todo el mundo debe conocer el caso *Marbury v. Madison*,¹⁵² pero no el "Bark Veto" de Andrew Jackson,¹⁵³ la Carta Europea de Derechos Humanos, o la Ley Fundamental Alemana.

¹⁵² 5 U.S. 13 (Cranch) (1803). De hecho, uno de nuestros colegas, el congresista John Dingell, me enseñó para siempre el caso *Marbury* porque meía demasiado tiempo de clase explicarlo en relación a las ventajas que ofrecen a su enseñanza. Esta confesión es, simplemente, otra forma de admitir el aspecto más Derivativo desarrollado con anterioridad, por el cual todos los canones deben ser entendidos en términos "competitivos" y "económicos". Los cánones están compuestos por materiales que compete por el espacio limitado de los estudios de cursos de conocimiento experto, y por el tiempo —dentro de las limitadas horas que son dedicadas a un curso determinado—. Sin embargo, tiempo y memoria influyen, en la historia irregular de cánones: podemos leer y absorber todo. De hecho, vivimos en condiciones de cada vez mayor re posición de conocimientos y espacios temporales, en donde la sola idea de "imponerse un a priori a dar" su propio campo a darles a sus estudiantes un vistazo "completo" de "qué" "cómo" parece ser cada vez más ridículo. El docente debe decidir qué merece ser enseñado en un curso que, usualmente, no dura más de cuarenta y ocho horas. El editor de un libro de casos se enfrenta igualmente a un límite de páginas que recubre, como mucho, una edición vulgarizada de los textos y, en el peor de los casos, la cruel exclusión de materiales —que en otras circunstancias sería meritorio—.

¹⁵³ Véase Barr & Frankel, *supra* nota 21 p. 49.

Esta tradición, como muchas otras, es una "tradición inventada". Aparece en un momento determinado de la historia y luego se refiere a ella misma como si siempre hubiese estado allí. Podemos descubrir la invención de esta tradición averiguando cuando ciertos materiales ingresan o abandonan el canon de cosas que cada abogado, juez, estudiante o académico del derecho constitucional debiera saber, y conectando estos cambios con los problemas políticos y sociales del momento. Aquí se detallan sólo algunos ejemplos de las preguntas que uno podría hacer sobre el canon de cultura general en derecho constitucional:

- (1) ¿Cuál es la relación entre el desarrollo de los libros de casos jurídicos y el protagonismo de los tribunales en la tradición cultural? En el siglo XIX y en los años del siglo XX, la teoría constitucional fue de más de incumbencia de los politólogos antes que de los profesores de derecho.¹⁹
- (2) ¿Cuándo los artículos de las revistas de derecho se convirtieron en partes esenciales de canon de la teoría académica? Sospechamos que la respuesta es que es un fenómeno reciente. ¿Cuando los tratados se volvieron importantes para el canon y cuando empezaron a perder su importancia? Los tratados de Joseph Story y Thomas Cooley seguramente fueron influyentes a lo largo del siglo XX, así como los tratados de Williston, Corbin y Wigmore lo fueron en años posteriores. Sin embargo, las revistas de derecho editadas por estudiantes han reemplazado gradualmente a los tratados como el lugar de reunión para los comentarios de los expertos contemporáneos.²⁰ Es este

¹⁹ Esta situación empezó a cambiar con James Bradley Thayer, un profesor de derecho cuyo trabajo en revistas de derecho devino altamente influente. Véase Jay Bybee, *A Hero Faded: James Bradley Thayer* (Elk New, U.L. Rev. 1, 5-6 (1993)).

²⁰ El cambio tuvo lugar en medida que muchos de los destinatarios de la doctrina de los autores de derecho se convirtieron académicos, tales que jueces o profesionales litigantes. Los dos últimos grupos son en la actualidad los destinatarios principales de los tratados de derecho.

Mary Ann Glendon, en su crítica a la academia legal contemporánea, elige "el declive en el prestigio del tratado legal" como motivo de alarma. Glendon, *supra* nota 13, en 294. Hasta mediados de los años '70', escribe Glendon, "tratados como el de Horatio Loss sobre regulación de recursos de Oilfield, el Acuerdo de defensa de la competencia, el de Charles Alan Wright y Arthur Miller sobre derecho procesal civil, y el de John H. Wigmore sobre prueba, han sido considerados como un artículo de fe y como la expresión más elevada de la erudición legal. Sus autores eran las super-estrellas de la academia jurídica". Según la visión de Glendon, este "estado de cosas" fue cambiando a fines de los años '60, cuando "la academia jurídica fue alcanzada por una nueva generación de profesores" quienes "comenzaron a evitar el saber puramente doctrinal y se aparraron de las más antiguas tradiciones de redacción de tratados". Id. Como resultado, Glendon afirma, "la proporción entre ensayos prácticos y teóricos publicados en las publicaciones de derecho principal es hoy de 45 por ciento a 55 por ciento". Id. Ella contrasta su inclinación por la tradición tratadista con la dura opinión del profesor George Post, quien en 1981 proclamó que la redacción de tratados "ha sido abandonada a los priores" y que "el tratado ya no

resante observar que en el derecho constitucional, hay una importante excepción: la obra *American Constitutional Law*, de Laurence Tribe.¹⁴¹

- (3) ¿En qué momento el caso *Marbury* adquiere particular importancia en la cultura general y en los cánones pedagógicos? Una suposición es que *Marbury* adquirió particular importancia en el siglo XX. Sería interesante examinar el peso dado al caso *Marbury* durante el periodo que precedió a las controversias derivadas del *New Deal* cuando la supremacía judicial era una preocupación importante. Seguramente, *McCulloch* y *Gibbons v. Ogden*¹⁴² debieron haber adquirido nueva importancia en una época en que se expandió el poder legislativo federal.
- (4) En el mismo orden de ideas, podríamos preguntarnos cuándo *Calder v. Bull*¹⁴³ —que contiene una de las primeras discusiones acerca del derecho natural— devino central para el canon constitucional. ¿Siempre fue visto como trascendente o su importancia surgió al mismo tiempo en que fueron dictados los casos *Griswold v. Connecticut*¹⁴⁴ o *Roe v. Wade*? De igual forma, sospechamos que los problemas actuales le están otorgando nueva trascendencia e importancia a la disidencia del *Justice* Harlan en el caso *Lochner v. New York*. La disidencia más famosa en el caso *Lochner* siempre ha sido la del *Justice* Holmes, condimentada como lo está con aforismos memorables y eslóganes dignos de ser citados. Sin embargo, mientras el disenso canónico de Holmes ofrece poco más que un implacable mayoritarismo, el cuidadoso análisis de Harlan de las actuales propuestas y verosímiles efectos de la legislación, probablemente coincide más profundamente con los constitucionalistas liberales contemporáneos que buscan distintos acercamientos al escrutinio judicial. En una época anterior, al tratar de liberarse de los excesos de *Lochner*, la aceptación por parte de la voluntad de la mayoría resultó sin duda heroica y merecedora de integrar el canon. Pero en una época en la cual las condiciones inconstitucionales, las libertades positivas, las acciones afirmativas y los derechos de los homosexuales forman

constituye siquiera un premio para aquellos que compiten por el liderazgo del pensamiento jurídico". Id. en 204-05 (citando a George L. Push, *Social Science Theory and Legal Education: The Law School and the University*, 33 J. Legal Educ. 435, 441 (1981)) (fueron omitidas las mareas internas de la cital).

¹⁴¹ Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law* (2^a ed. 1988).

¹⁴² 23 U.S. 19 (Wheat) (1824).

¹⁴³ 10 U.S. 13 (Dall) (1798).

¹⁴⁴ 381 U.S. 479 (1965).

parte de la agenda de los estudiosos, el enfoque más mesturado de Starlan podría resultar cada vez más relevante y atractivo.

Estas preguntas presuponen una cuestión mucho más amplia: algunos casos y materiales pueden languidecer en relativa oscuridad durante décadas o, incluso, siglos —excepto, tal vez, para algunos entendidos— y luego, repentinamente, pueden transformarse en asuntos centrales para los cánones pedagógico, teórico o de cultura general. Este cambio de suerte, por lo general no es casual sino que está relacionado con los problemas constitucionales del momento actual. En otras palabras, los casos y las opiniones se vuelven atemporales cuando llega el momento adecuado.

En realidad, muchos de los primeros libros de casos no comenzaban con lo que muchos consideran hoy la joya de la corona del canon constitucional, *Marbury v. Madison*, en cambio comenzaban con los procesos de reforma previstos en la V Enmienda.¹⁴ Esto podría reflejar los asuntos de interés de los politólogos, quienes aún dominaban la materia en la primera parte del siglo. También podría reflejar una forma más continental de pensar acerca del derecho constitucional: el estudiante debería comenzar por los aspectos estructurales y la regla de reconocimiento, preguntándose, en primer lugar, cómo sabemos que algo es parte de la Constitución y cómo se incorporan cosas a ésta. En muchos de estos primeros libros de casos, las cuestiones relativas a los derechos individuales son consideradas secundarias,¹⁵ mientras que son consideradas centrales por el derecho constitucional de hoy.

¹⁴ Véase e.g. Noel T. Dowling, *Cases on American Constitutional Law* (1901 [1933] (comenzando por "The Constitution and the Amending Process"); Oliver Peter Field, *A Selection of Cases and Authorities on Constitutional Law* (18 [1930] (comenzando por "The Formation and Modification of the Constitution of the United States"); HALL, James Parker, *Illustrative Cases on Constitutional Law* (1932^a ed. revisada y ampliada, 1947) (comenzando por la sección sobre "Establishment and Amendment of Constitution"); Uno podría comparar estos libros de casos con aquel de Harvard publicado durante el apogeo de la era del Proceso Legal: véase FLETCHER, PAUL A., SUMMERS, ARTHUR E., DR. WHEAT, MARK & BROWN, FRANK J., *Constitutional Law, Cases and other problems* (1949 [1994]). Este libro de casos comienza, tal como muchos de los libros de casos contemporáneos, con las bases históricas de la revisión judicial. En su 4^a edición en 1994, Dowling lanzó las observaciones introductorias a la reforma y las recompuso con el "Origen de la Doctrina de la Revisión Judicial". Dowling, Noel T., *Cases on Constitutional Law* (1994) (4^a ed. 1994). Interesante y simbólicamente, este material aparece incluso antes de la texto de la propia Constitución. Para el sucesor del libro de casos de Bowling: véase Noel T. Dowling & Gerald Gunter, *Cases and Materials on Constitutional Law* (3^a ed. 1996), que nuevamente en su última reencarnación como *Gunter & Dowling*, supra nota 52. El debate acerca de las reformas constitucionales y el artículo VI ha sido relegado hasta ahora a una simple nota al pie de página en "Other Congressional Powers". *Id.* en 2001.

¹⁵ Véase e.g. HALL, supra nota 45, en cuyo índice de contenidos dedicada a la cobertura primaria de los asuntos estructurales. ROSENTHAL, Henry, *Cases on Constitutional Law* (1900-1901 [1930]).

C. Pedagogía y teoría académica

A pesar de que los cánones pedagógico y de cultura general son conceptualmente distintos de los cánones de la teoría académica, seguramente afectan la estructura de la teoría constitucional normativa. La selección de casos y materiales en los libros de casos y otros materiales de enseñanza reflejan y perpetúan particulares (algunos dirían anticuados) modos de entender las cuestiones jurídicas. A través de decisiones estructurales, el canon pedagógico puede dirigir nuestra atención hacia ciertos problemas y asuntos, a ejarnos de otros, o hacernos ver determinadas situaciones como paradigmáticas y otras como secundarias.

El tratamiento de la Primera Enmienda es un buen ejemplo. Durante muchos años, el paradigma de la difamación sediciosa efectuada por un disidente político ha sido tomado como el ejemplo canónico para la teoría de la libertad de expresión; esta concepción alcanzó la apoteosis en *Brandenburg v. Ohio*,¹⁴³ en donde la Corte Suprema abandonó las doctrinas sobre defensa de la sedición que protegían fuertemente al discurso disidente.¹⁴⁴ Algunos profesores que se concentraron en el canon clásico de los casos de libertad de expresión parecen reconocer que hoy muy pocos disidentes extremos enfrentan la posibilidad del castigo penal por lo que dicen. Esto podría ser el resultado de las propias doctrinas jurídicas liberales, o podría ser la consecuencia de cambios más profundos en nuestra cultura. En cualquier caso, las verdaderas controversias centrales de nuestra era alrededor de la Primera Enmienda—financiamiento de las campañas políticas, expresión del gobierno, regulación de los medios de comunicación y establecimiento de requisitos inconstitucionales—, no encajan fácilmente en el paradigma del disidente aislado emitiendo opiniones impopulares. Como resultado, los libros de casos no hallaron una forma totalmente adecuada para lidiar con ellos.¹⁴⁵ Un ejemplo particularmente notorio de este

¹⁴³ 393 U.S. 464 (1969) (*per curiam*).

¹⁴⁴ Véase *id.* en 447.

¹⁴⁵ En contraposición, los problemas del discurso racista y de la pornografía han sido asimilados en la organización del canon pedagógico con mucha menos dificultad: encajan perfectamente en el paradigma tipo del individuo aislado (o grupo de individuos) que dice cosas que disgustan a otros. Después de todo, uno de los primeros casos sobre discurso racista fue *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952), e incluso el propio *Brandenburg* podría estudiarse como un caso de este tipo. En verdad, el caso de discurso racista más reciente de nuestra era, *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992), consiste en una norma penal anticuada. Del mismo modo, los autores de libros de casos pueden (y así lo hacen) simplemente incorporar debates sobre feminismo y pornografía luego de materiales tradicionales sobre obscenidad. Véase e.g., Gormley &

fenómeno se presenta en el conocido libro de casos de Gerald Gunther, el cual, durante muchos años, dividió el universo de la libertad de expresión en: expresiones sediciosas, regulaciones de tiempo, lugar y modo, expresión simbólica y "Problemas Adicionales".¹⁴⁹ Cuando casi todas las cuestiones claves de la libertad de expresión de nuestro tiempo se han convertido en "problemas adicionales", se percibe que los abordajes teóricos centrales de la Primera Enmienda necesitan un replanteo urgente.

Un segundo tipo de efecto sobre la imaginación especulativa se relaciona con la creciente especialización del derecho constitucional, que es una resultante del incremento de casos de derecho constitucional y de demandas fundadas en derechos constitucionales que deben ser protegidos mediante el control judicial. Podríamos entender esto como la victoria de los casos excepcionales descritos en la nota número cuatro al pie de página del caso *United States v. Carolene Products Co.*¹⁵⁰ por encima del caso típico de control judicial descrito en el texto de esa opinión.¹⁵¹ Cuantas más oportunidades haya para el control judicial en materia de derechos individuales, mayor será la especialización.

Por ejemplo, especialmente a partir de la década de 1960, los libros de casos de derecho constitucional comenzaron a abreviar el material referido al procedimiento penal por razones de espacio. En la actualidad, solamente el libro de casos editado por William Lockhart, Yale Kamisar, Jesse Choper, Steven Shiffrin y Richard Fallon conserva una cantidad importante de este tipo de materiales, seguramente, sospechamos, porque uno de sus editores es el profesor Kamisar, un reconocido especialista en derecho procesal penal.¹⁵² En síntesis, el derecho procesal penal, desafortunadamente, se ha convertido en una espe-

149. Véase, supra, nota 13, pp. 1-26-33. No dudamos de que sería mejor tratar estos materiales en forma independiente, por ejemplo, como parte del estudio sobre la cláusula de la protección igualitaria ("Equal Protection Clause"). Mas bien, nuestra intención es mostrar que los libros de casos han perdido muchos temas de importancia para meterlos dentro del esquema tradicional, aun cuando este este ya saturado.

150. Guttman, *Op. cit.*, *Cases and Materials on Constitutional Law* (1985) (1103 ed. 1986). Estos problemas "adicionales" de la Primera Enmienda incluyen: la difamación, la obscenidad, la censura previa, la publicidad comercial, los piquetes de trabajadores, la libertad de expresión y el financiamiento de campañas políticas. Véase *id.*, en *supra*, nota 13. Sin embargo, igualmente, Gunther no incluye las siguientes: la ley junto con los casos de foro público: *New York Times Co. v. FCC*, 404 U.S. 393 (1964) y *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 435 U.S. 241 (1978). Véase Guttman, *supra*, pp. 100-05.

151. 314 U.S. 444 (1942) (1938).

152. Este es el argumento de Beales, J. M., *The Footnote*, 83 *Nw. U.L. Rev.* 275, 301 (1968).

153. El libro de casos de Lockhart también es el único que todavía incluye material sustancial sobre la pena capital. Véase Lockhart, Kamisar, Choper, Shiffrin & Fallon, *supra*, nota 32, en 53-54. Sin embargo, entre los demás libros de casos, solo Brest & Levinson incluye como caso importante a *McCleskey v. Kemp*.

cialidad que ha dejado de ser enseñada por la mayor parte de los "especialistas" en derecho constitucional (incluyendo a los autores de este artículo). Ello trae aparejada dos consecuencias desafortunadas.

En primer lugar, los teóricos del derecho constitucional tienden a desatender los variados espectros de interpretación constitucional que aparecen en los casos sobre procedimiento penal y que pueden afectar o ayudar a predecir las opiniones de los jueces "ordinarios" de tribunales superiores— en otro tipo de casos. Por ejemplo, el debate entre los *Justices* Black y Frankfurter sobre "incorporation" fue ampliamente sostenido en el área del derecho procesal penal.⁵⁴ En nuestros días, la interpretación del *Justice* Scalia de la "confrontation clause"⁵⁵ parece vinculada a sus interpretaciones formalistas de otras partes de la Constitución.⁵⁶

En segundo lugar, si los teóricos del derecho constitucional no prestar atención a los problemas del procedimiento penal, éstos tenderán a ser concebidos como asuntos propios de la administración de justicia antes que como cuestiones de interpretación constitucional. Las enmiendas referidas al proceso penal serán, en breve, ajenas a la formación jurídica de una generación entera de estudiosos del derecho constitucional.⁵⁷

Hemos presenciado en nuestro tiempo el "encogimiento" del *Bill of Rights* de tal manera que en la percepción de los profesores de derecho constitucional éste sólo llega a abarcar la Primera Enmienda, la "Takings Clause"⁵⁸ y la Clausula del Debido Proceso. Esta forma de ver las cosas destruye la idea de que las partes que componen el *Bill of Rights* están interrelacionadas.⁵⁹ Sólo los espe-

44 U.S. 299 (1989), en el que se rechazó el cuestionamiento al proceso de pena de muerte fundado en la discriminación racial. Véase id. en 299-32, *Burt & Treves*, *supra* nota 21 en 691-86 (versión editada de McGraw-Hill). El hecho de que la voz "insuena" en la entrada de índice temático del libro de casos de *Gantner & Sullivan* remita al lector al tema "derecho a morir", resulta significativa relevante a los fines del canon actual. *Greenwell, Sullivan*, *supra* nota 21 en 1-2. Esto se debe, sin lugar a dudas a que el derecho a morir encaja fácilmente en las categorías del debido proceso sustantivo, las que aun son centrales para el canon pedagógico, mientras que el derecho a ser libre de la muerte está conceptualizado bajo la Clausula de Castigos Crueles e Inusuales y de la Octava Enmienda y, de ese modo, es relegada a cursos sobre procedimiento penal.

54 Véase e.g. *Barthol v. California* 342 U.S. 165 (1952); *Adamson v. California* 332 U.S. 45 (1947).

55 [Nota de los traductores: esta expresión se refiere al derecho del acusado de confrontar con quienes testifiquen en su contra, de conformidad con la enmienda sexta.]

56 Véase Kunkin, George, *The Constitutional Carechism of Antonin Scalia*, 90 Yale L.J. 1297, 1330-34 (1985) (1990).

57 Sin embargo, véase AMAR, Akhil Reed, *The Constitutional and Criminal Procedure* (1993) (abordar de las previsiones del procedimiento penal, del *Bill of Rights* a través de la lente de la interpretación textual y estructural de la Constitución).

58 [Nota de los traductores: puede entenderse como el equivalente de la "clausula de expropiación".]

59 El trabajo de Akhil Amar sobre el *Bill of Rights* constituye uno de los pocos intentos de leer las enmiendas de forma conjunta como partes de una sola Constitución. Véase AMAR, Akhil Reed, *The Bill of Rights: Creation and*

cialistas en el proceso penal siguen y comentan críticamente las interpretaciones efectuadas por la Corte Suprema sobre buena parte del *Bill of Rights*. Por lo tanto, entre los estudiosos de derecho se pierde la usual cultura de la discusión acerca de la tarea llevada a cabo por la Corte Suprema al interpretar las distintas partes de la Constitución. Un problema vinculado a ello podría estar surgiendo ahora, en la medida en que los cursos sobre libertad de expresión se sigan dictando separadamente de los cursos sobre la cláusula de igualdad y el debido proceso.

En efecto, incluso en las restantes áreas de los libros de casos de derecho constitucional, ciertos pasajes de la Constitución son tratados como periféricos y se ven ser dejados fuera de los programas de estudio (por ejemplo, los impuestos interestatales y la inmunidad intergubernamental) o bien son solo enseñados en cursos especializados (por ejemplo, los derechos electorales).⁵⁴ La marginalización o exclusión de ciertos temas contenidos en la Constitución bien podría afectar la decisión acerca de cuáles son los paradigmas que dominan el debate de la teoría constitucional y cuáles conforman la imaginación de los estudiosos del derecho constitucional.

En otras palabras, a medida que la especialización crece aceleradamente, los estudiosos dedicados a la "gran teoría" constitucional observan cómo su tarea se reduce a explicar una parte cada vez menor del derecho constitucional. Si esto sucede, sus visiones teóricas podrían resultar cada vez más limitadas o cada vez más sujetas a las anteojeras y limitaciones que surgen siempre que una teoría es confrontada solamente con una serie limitada de situaciones.

Habitualmente, la selección de casos y materiales en un libro de casos de derecho constitucional refleja una narrativa del desarrollo de la Constitu-

Reconstructing the Narrative, en *Journal of Law and Society*, pp. 46-65. Los estudiosos antes mencionados han contribuido a las profesiones que enseñan "la Primera Enmienda" a incluir en el mismo curso de derecho constitucional a las expresiones sediciosas y el sustitutivo federal de las escuelas religiosas —dado que tanto la Cláusula de Libertad de Expresión como las Cláusulas de Religión aparecen en el texto de la Constitución—, mientras se ignoran las profundamente interesantes implicancias de la Segunda Enmienda. Estas se pliegan y se debilitan ser especialmente importantes para todo aquel que pretenda relevarse el "valor como lo que el poder" que subyace en las disposiciones de libertad de expresión y de prensa contenidas en la Primera Enmienda, ya que hay pocas dudas de que muchos integrantes de la generación fundadora venían a la posesión de armas por el miedo como el plato "cultural" y los malos gobiernos corruptos. Véase *Thomas Hart*, *The Federalist and the Founding*, en *Vol. 1*, 1977, *ed. de* [1977] véase también, *A. Paine*, *The Rights of Man*, and *Constitutional Interpretation*, en *Vol. 1*, 1977, *ed. de* [1977] (relacionando con los temas políticos y las doctrinas de la Primera y la Segunda Enmiendas).

⁵⁴ Por otra parte, es posible que haya lugar a nuevas y más especializadas librerías de casos. Véase, e.g., *Samuel Issacharoff*, *et al.*, *Law & Society*, *Richard H. Pines*, *The Law of Democracy: Legal Structure of the Political Process* (1993).

ción y del derecho constitucional. Por ejemplo, el autor de un libro de casos puede presentar los materiales como la evolución histórica de la doctrina frente a un objetivo específico: la "situación actual". Ésta puede ser retratada como algo bueno o como algo negativo, pero el objeto de la narración consiste en concebir al derecho constitucional como trabajando hacia un determinado estado de cosas. La evolución del derecho constitucional puede transformarse en una historia del progreso en el reino del declive gradual desde una edad dorada anterior, ya sea que se trate de la era de los Fundadores, la Reconstrucción, el *New Deal* o los apacibles días de la Corte Warren.⁵⁹ Se podrían acomodar los casos y materiales como una dialéctica de principios y contra-principios que luchan entre sí en cada uno de los materiales del derecho.⁶⁰ Finalmente, si uno quisiera hacer un abordaje preponderantemente genealógico, los casos podrían simplemente presentarse como un reflejo de las inquietudes políticas y culturales de sus respectivos tiempos, mostrando cómo la ley fue distinta en un momento previo y, sin duda, cambiará en el futuro nuevamente. Cada libro de casos cuenta una historia, si sabemos escucharla; en realidad, es casi imposible organizar un libro de casos que no cuente historia alguna.

D. Expandiendo el canon

En los debates acerca de la formación del canon de las humanidades, los participantes han disentido menos sobre si los escritores canónicos como Shakespeare o Homero deben ser mantenidos y más sobre la posibilidad de expandir el canon de modo de incluir nuevos materiales escritos por mujeres, minorías u otros escritores que no provengan de Europa occidental. En el derecho la cuestión análoga consiste en determinar si en sus cursos de derecho los estudiantes deben conocer las "vozes marginadas". Los ejemplos de estas "vozes marginadas" del discurso constitucional contemporáneo podrían con seguridad incluir a mujeres, homosexuales y minorías raciales y étnicas. Pero también se podría incluir dentro de los grupos reingados a los legos de cualquier raza, género u orientación sexual ya que, por su falta de *status* profesional, casi siempre son excluidos de los debates constitucionales serios. El estudioso del

⁵⁹ Véase Robert W. Gordon, *The Struggle Over the Past*, 44 *UCLA L. REV.* 225, 193 (1996).

⁶⁰ Un ejemplo excelente lo constituye la obra de Friedrich Kessler & Grant Green, *Contracts, Cases and Materials* (2^a ed. 1950), que más recientemente fue editado como Friedrich Kessler, Grant Green & Anthony T. Gormer, *Contracts: Cases and Materials* (3^a ed. 1986).

canon debería preguntarse hasta qué punto esta exclusión del debate es sectaria o injusta.

La marginación es una cuestión tanto normativa como descriptiva. Muchas personas han sido olvidadas o marginadas de los debates jurídicos actuales. Todo revisor de los cánones referentes a estas materias debe elegir entre ellos y luego estar en condiciones de ofrecer razones convincentes de su elección. Para los relatos de esclavos y mujeres votantes podría considerarse la incorporación de las siguientes voces marginadas: los colonos mormones de Utah —quienes fueron compelidos a abandonar principios centrales de su religión (incluyendo la poligamia) para que el territorio de Utah pudiera incorporarse a la Unión—,¹⁶ los fundamentalistas religiosos contemporáneos¹⁷ —quienes suelen ser despreciados o tratados con condescendencia por la Norteamérica laica—, los miembros del movimiento "indio" contemporáneo —quienes han desarrollado visiones distintas sobre la interpretación del derecho constitucional y del *common law*—,¹⁸ William Lloyd Garrison —quien sostuvo que el Norte debería separarse del Sur porque la Constitución era "un pacto con la muerte y un acuerdo con el infierno"¹⁹— y John C. Calhoun —cuius non solum fue defensor incondicional de la esclavitud, sino que fue también un teórico del derecho constitucional de gran imaginación, cuya doctrina de las mayorías concurrentes es sorprendentemente apropiado para el debate actual sobre los derechos electorales y la constitucionalidad de la redistribución de los distritos electorales tomando en consideración la raza—.²⁰ Muchos de estos ejemplos podrían sugerir que la marginación es mercedida en ciertos casos, sin embargo, difícilmente pueda negarse que las decisiones acerca de cuáles de estos grupos relegados debieran ser reconocidos y cuáles dejados de lado, se encuentran muy politizadas.

La "marginación" abarca cuestiones de forma y de contenido. Desde la perspectiva de los profesores de derecho concentrados en la actividad de los

¹⁶ Erastus Davis y Season, 31 J.S. 311, 346 (1890); Murphy v. Ramsey, 14 J.S. 4, 43-47 (1846); Reynolds v. United States, 98 L. 145, 216-163 (1878); Thomas G. A. Gossett, *Mormonism: A History of the Latter-day Saints, 1830-1963*, en p. 17-18, 107-111 (1965) (esallando la persecución a los mormones); Leonard J. Arrington & Dale G. Brant, *The Mormon Experience: A History of the Latter-day Saints, 1830-1963* (2^a ed. 1992) (ibidem).

¹⁷ Yonsee, e.g., *Mormon v. Hawthorn County Bd. of Educ.*, 107 F.2d 1058 (9th Cir. 1937).

¹⁸ Yonsee v. J. Kimball, 530 F.2d 1004 (9th Cir. 1975); *White Lake River Maroon v. Canadian Stud. L. & Literature* 65, 57-58 (1996); David C. Williams, *The Minor Movement and the Second Amendment Revolution: Conquering with the People*, 11 Cornell L. Rev. 179 (1996).

¹⁹ *White Maroon*, *supra* nota 22, en 202, 203.

²⁰ *White v. J. Kimball*, *supra* nota 22, en 202, 203.

tribunales, los ejemplos más claros de materiales "nuevos" que podrían ser incorporados al canon jurídico son los casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos más antiguos y olvidados; de este modo, la gente podría discutir si los casos sobre esclavitud como *Prigg v. Pennsylvania* o *The Antelope*¹⁶⁵ debieran ingresar en el canon pedagógico y si, a la inversa, se perdería realmente algo si se dejaran de enseñar en el primer año de la carrera los casos sobre impuestos al comercio interestadual o, incluso, sobre regulación de la pornografía para hacer lugar a otros temas. Otra cuestión igualmente importante consiste en decidir si las resoluciones de los tribunales debieran ser complementadas por otros materiales no judiciales. Uno de nosotros (Levinson) es coeditor de un libro de casos en el que se ha decidido conscientemente eliminar varios de los casos típicos,¹⁶⁶ a la vez que se decidió incluir discursos emitidos por James Madison y Frederick Douglass, el veto de Andrew Jackson al proyecto de ley de reforma de la carta de (Segundo) Banco de los Estados Unidos, una opinión del *Attorney General* de los Estados Unidos referente a la entrega de correspondencia abolicionista en el estado de Mississippi, juntamente con pasajes del texto del debate entre Lincoln y Douglas sobre el debido acatamiento de la decisión de la Corte en *Dred Scott*.¹⁶⁷

Una razón para incluir en el canon los debates entre Lincoln y Douglas, reside en el hecho de que ellos son importantes para la cultura general. Pero además plantean cuestiones fundamentales sobre la teoría constitucional y el rol de los materiales canónicos en la elección de uno u otro modo de aproximación a la Constitución. Creemos que es de vital importancia enfatizar el rol

¹⁶⁵ 39 U.S. 412 (1840) (1842).

¹⁶⁶ Un estudio reciente de Jerry Gindman muestra que el libro de Bazz & Lawson tiene una cantidad de casos menor (98) a nivel de los más importantes libros de casos utilizados en las facultades de derecho. El libro de casos de Gindman tiene la cantidad mayor (191) y en sus folios se encuentra el libro Stone con 172. Véase Gindman, *supra* nota 41, en pág. 4.

¹⁶⁷ Estas secciones reflejan el punto de vista según el cual estos materiales son mucho más memorables de ser incluidos en el canon, véase, por ejemplo, *Carver v. Carver Coal Co.*, 398 U.S. 238 (1970) una franquicia minero que pertenece frente a la Corte del maltrato y grupo *Lochner* y uno de los casos omitidos en la tercera edición de Bazz & Lawson.

Dado que el libro de Bazz & Lawson ya no se dedica al estudio avanzado de la Primera Enmienda, omisión e tratamiento de materia es tales como el clásico *New York Times Co. v. Sullivan* y todo el conjunto de casos sobre pornografía y financiamiento de las campañas electorales. Sin embargo, la omisión de la Primera Enmienda tiene además otras repercusiones. Nosotros nos creemos con el tema de financiamiento de las elecciones es uno de los temas más importantes del derecho constitucional contemporáneo y por lo tanto la omisión de sus cuestiones jurídicas a la legislación sobre financiamiento de las campañas Lasudas en la Primera Enmienda, constituye un libro, es decir que los intereses pedagógicos de introducir a los estudiantes al estudio del derecho y la interpretación constitucional deben prevalecer sobre los intereses de la literatura técnica y los intereses de los abogados practicantes.

crucia, de los funcionarios no judiciales (e, incluso, la ciudadanía en su totalidad) en la interpretación constitucional. Pocos jueces de la Corte Suprema han ejercido una influencia teórica y práctica en nuestro orden constitucional tan importante como Abraham Lincoln. Sin embargo, debido a que muchos de los libros de casos y cursos actuales están rigidamente concentrados en la Corte Suprema, terminan por ofrecer una comprensión sumamente distorsionada de sistema constitucional norteamericano a los desafortunados estudiantes expuestos a esos materiales. Estos estudiantes, inevitablemente, terminarán por creer que la interpretación constitucional es competencia exclusiva del Poder Judicial —y, en particular, de la Corte Suprema— tanto como propuesta teórica como empírica. Como propuesta teórica, esto resulta pernicioso. Como propuesta empírica, resulta absurdo. Este desconocimiento intencional de los intérpretes no judiciales constituye una forma de marginación bastante distinta de aquella a la que estamos acostumbrados, aunque no por ello menos seria.¹⁶¹

De forma análoga es desatendido en la mayoría de los libros de casos el fenómeno que, después de todo, explica lo sucedido entre 1861 y 1865: la existencia de un sistema jurídico de *chattel slavery*¹⁶² en los Estados Unidos. Pensamos que existen muchas razones para incluir materiales sobre esclavitud en el canon de la pedagogía constitucional.¹⁶³ Un propósito podría consistir simplemente en señalar que la tradición constitucional norteamericana —y, aún más allá, el *rule of law* en sí mismo— a menudo se ha entrelazado y ha promovido el fortalecimiento de males tales como la esclavitud. En el período previo a

¹⁶¹ Sin embargo, el nuevo libro de casos inclusivo de Ernest A. Levinson, ha prestado atención suficiente al problema de los esclavos (ya sea ilegales o legales) fuera del Artículo V. Esta cuestión, que resulta central en el temprano trabajo de Bruce Ackerman, *Private Arrangements: Foundations Supreme* (1993), en págs. 31-34. Ackerman, *Transformations* (Oxford: Oxford UP, 1992) también tiene que ver adecuadamente asimilada por el canon constitucional. Pese a que los libros de casos dedican innumerables páginas a las variadas interpretaciones de la Decimocuarta Enmienda, ninguno consigna más que una limitada atención al estado problemático de la ratificación de la Decimocuarta Enmienda. En orden a garantizar una exposición de dos teorías en favor de la Decimocuarta, el Congreso de la Reconstrucción se negó a poner en sus asientos a senadores y representantes sureños. *Reconstruction* (New York: Basic Books, 1965). Más aún, el Congreso se negó a votar con respecto a aquellas delegaciones de intereses sureños a reconocer a legitimar a los gobiernos de los estados del sur —incluyendo gobiernos que se creían necesarios para la ratificación de la Decimocuarta Enmienda— hasta que aquellos gobiernos confirmaron la ratificación de la Decimocuarta Enmienda. Véase id., *Reconstruction*, en contraposición, sostiene que el cuestionamiento más profundo de la tradición constitucional norteamericana reside en determinar cómo, de suponer un relato verdaderamente satisfactorio sobre la ratificación de esta necesaria pero problemática Enmienda, véase id., *Reconstruction*, que concluye seriamente las precisiones de Ackerman en pluralidad de garantías en todos los canones del derecho constitucional: pedagógico, de cultura general y teórico.

¹⁶² [Nueve de los esclavos, se hicieron libres y los otros una vez en de "descho de propiedad sobre los esclavos".]

¹⁶³ Véase generalmente Levinson, *Supra* nota 161, en particular su capítulo sobre las cuestiones relacionadas con la esclavitud en los cursos universitarios de derecho constitucional.

la guerra —etapa formativa del pensamiento constitucional norteamericano— los abogados hábiles fueron capaces (y, por cierto, eso era lo deseado) en ofrecer cualquier cantidad de argumentos legales concernientes a la esclavitud, de la misma forma en que ofrecían fundamentos sobre el *status* constitucional de la navegación, la inmigración de indigentes o la regulación del comercio interestadual. Al concentrarse sobre el tema de la esclavitud se pone en evidencia que el registro de la Constitución y los constitucionalistas respecto de esta cuestión es considerablemente más confuso de lo que muchos admiradores de la Constitución pueden admitir. De modo más general, los estudiantes deben reconocer, a pesar de su natural admiración hacia la Constitución, que la tradición constitucional está repleta de racismo y sexismo en total coincidencia con lo que Holmes inolvidablemente denominó "las necesidades percibidas del momento".¹¹ Cuando estas "necesidades percibidas" incluyeron la supresión caspiada de lo que en nuestra era consideramos "derechos humanos básicos", los "intérpretes autorizados" y abogados de elite de Washington —y de otros lugares— no tuvieron dificultad alguna en acomodar sus interpretaciones de la Constitución a aquellas necesidades.

Esta justificación para la inclusión de materiales sobre esclavitud es historicista. Se espera con ello demostrar al estudiante que, en los diferentes momentos de la historia, los argumentos constitucionales han sido evaluados y contruidos en distintas formas y que la Corte Suprema ha cambiado frecuentemente de opinión acerca de lo reputado como análisis constitucional correcto. Por otra parte, el enfoque también es crítico, dado que intenta hacer presente a los estudiantes que la Corte Suprema, al querer hablar en nombre de la Constitución, hizo a menudo cosas muy perversas cuyos efectos aún perduran entre nosotros. Si reconocemos el pasado con altibajos de la Constitución podemos entender mejor que las interpretaciones constitucionales de nuestro propio tiempo también pueden ser cómplices de males a los que muchos de nosotros no queremos enfrentarnos.¹²

A primera vista, este enfoque crítico o historicista parece tener mucho en común con las críticas feministas y de las minorías sobre el canon literario. Sin embargo, sus acercamientos difieren en varios aspectos de importancia. En la literatura, los creadores del canon son mucho menos propensos a castrear

¹¹ Holmes, Jr., G. W., *The Constitution and Black DeWitt's Case*, ed. (Harvard Univ. Press, 1982), 108-9.

¹² Vance, Louis J. M., *Agreements with Hell and other Objects of Our Faith*, 55 *Yale Law J.* Rev. 1351 (1981), 997.

novelas racistas olvidadas del siglo diecinueve para su inclusión en el canon que a concentrarse en demostrar el racismo inherente a las obras aceptadas en la actualidad que conforman el canon literario vigente, y sugerir la inclusión de escritores afro-americanos injustamente dejados de lado. De la misma forma, los teóricos del feminismo literario podrían estar interesados en elementos sexistas o machistas habituales en la literatura popular del pasado, pero probablemente no procurarían la inclusión permanente de la literatura sexista dentro del canon, como manera de instar a la gente a leer y cuestionarlo. Así, los propósitos de expansión del canon son bastante diferentes en el derecho y en la literatura. Tanto un historicista constitucional como un crítico literario feminista intentarían revelar la historia del sexismo y el racismo en sus respectivos ámbitos. Sin embargo, en el caso del derecho el resultado consistiría en atesorar estos ejemplos en el canon de modo que los estudiantes puedan cuestionarlos y aprender sobre la historicidad de las visiones constitucionales de lo bueno y lo justo. Por el contrario, un crítico literario feminista podría descartar estos textos luego de revelarlos como ejemplos de las injusticias del pasado (que perduran en la ideología actual). Tal como sucede con la inclusión de la esclavitud en el canon constitucional, el ataque feminista al canon literario está concebido con el fin de revelar la ideología. Pero ello se ha hecho por diferentes razones y con diferentes consecuencias para el proceso educativo.

E. La simbiosis entre teorías y cánones

El canon de la teoría académica no incluye todos los casos y materiales utilizados regularmente por los abogados y los tribunales en la defensa de los argumentos constitucionales. Estos materiales tienden a ser comparativamente más recientes y están guiados por consideraciones doctrinales específicas. Por el contrario, el canon de la teoría académica está constituido por los casos y materiales que resultan tan importantes para los árbitros de este canon (los académicos del derecho) que cualquier teoría de derecho constitucional deba dar cuenta de ellos. Aquí el canon es como un conjunto de puntos doctrinales que toda teoría de derecho constitucional debe estar en condiciones de contestar. Por lo tanto, también podemos llamarlo el canon de la "construcción teórica". Es el canon utilizado para construir y poner a prueba las teorías más relevantes del derecho constitucional y de los pronunciamientos constitucionales. El clásico ejemplo de un caso que resulta "de explicación obligada" es, desde luego, *Brown v. Board of Education*.

La construcción de un canon de la teoría académica está acompañada por la formación de un "anti canon" de casos, que toda teoría que se precie de tal debe demostrar que han sido resueltos incorrectamente. Son ejemplos de ello: *Lochner v. New York*, *Plessy v. Ferguson* y *Korematsu v. United States*. Nuestra noción de lo que es canónico nos indica que debemos justificar el fallo *Brown* (un buen caso) y refutar *Lochner* (un mal caso). En contraposición, nadie considera importante explicar por qué *Bunting v. Oregon*¹³ o *Hebe Co. v. Shaw*¹⁴ han sido resueltos correctamente o incorrectamente.¹⁵ Por cierto, estas nociones gemelas de canonicidad y anti canonicidad normativa también resultan centrales para los cánones pedagógicos y de cultura general. Los casos resultan trascendentes para ser enseñados y recordados puesto que sirven de iconos (y demonios) de una tradición constitucional inventada.

Los problemas "canónicos" de la justificación de *Brown* o la desvalorización de *Lochner* se presentan constantemente a medida que nos formamos en derecho constitucional. Los héroes y villanos doctrinales se nos presentan ya identificados y a la espera de que los confrontemos. Por cierto, el típico curso moderno de derecho constitucional bien puede ser visto como estructurado alrededor de una justificación y una demonización ritual de casos canónicos específicos. (¿Cuántos cursos de derecho constitucional han adoptado como tema central "El fantasma de *Lochner*"?) En ocasiones puede sentirse que toda la teoría constitucional moderna está llevada por el deseo de justificar (o condenar) ciertos casos (y todos sabemos cuáles son).

Uno de los rasgos más interesantes del canon de la teoría académica consiste precisamente en su tendencia a obligarnos a reconocer ciertos casos como "héroes" o "villanos" de modo que un libertario seguramente pueda ser considerado "fuera de la corriente dominante" si —como es el caso con Richard Epstein— aprueba realmente un caso como *Lochner*. Este punto no es de poca importancia. Muestra al canon y a la canonicidad como vehículos para la normalización de creencias e hipótesis interpretativas y, por tanto, instrumentos del control social para la comunidad interpretativa relevante. Un teorico del

¹³ 243 U.S. 246 (1916).

¹⁴ 248 U.S. 297 (1918).

¹⁵ En *Bunting v. Oregon* se obligó a los dueños de empresas de trabajo a establecer una paga mínima a la hora a los trabajadores. Véase *Bunting v. Oregon*, 243 U.S. 246 (1916). En *Hebe Co. v. Shaw* se impugnó una regulación para los comerciantes de alimentos. Véase *Howe*, 248 U.S. 205 (1918). Ambos casos son interesantes porque fueron "controlados" en la "era" *Lochner*, durante la cual la Corte Suprema se aferraba por los "casos" de la época de legitimación.

derecho constitucional debe explicar por qué *Dred Scott* o *Plessy v. Ferguson* constituyen derecho constitucional incorrecto (además de ser moralmente aterradoros) o, de lo contrario, está fuera de juego.¹²⁶ De esta forma, resulta central en toda discusión acerca del canon constitucional la demarcación de los iconos y demonios del derecho constitucional, e inherentemente a esta delimitación se halla la unificación de las posiciones que pueden entonces ser usadas para unificar el discurso (y el pensamiento) sobre el derecho constitucional.

En efecto, la evidencia más notable de esta unificación se relaciona con el texto constitucional en sí mismo. Los materiales ajenos a la Corte Suprema no sólo son inexorablemente excluidos del canon pedagógico y del canon de cultura general, sino que además resulta insostenible que el propio texto completo de la Constitución es parte necesaria de estos cánones. Hay partes significativas del texto constitucional que ningún académico del derecho considera importante para explicar, dentro de esta comunidad interpretativa estas partes del texto constitucional han sido expulsadas de la Constitución. A modo de ejemplo, podrían citarse la Segunda Enmienda, la Cláusula de la Forma Republicana de Gobierno y la Cláusula de Privilegios e Inmunidades contenida en la Enmienda Decimocuarta.¹²⁷

Se desafía al canon de la teoría académica ofreciendo un contra-canon: esto es un conjunto diferente de casos y materiales. Se presenta un contra-canon (como el pedagógico o el de cultura general) para redescubrir casos, materiales y pasajes del texto constitucional que han sido desatendidos y que apuntan a direcciones opuestas, o bien resultan incómodos para las

¹²⁶ Michael Klarman ha formulado una crítica extremadamente provocativa al "normativismo" del saber constitucional. Véase Michael J. Klarman, *Rethinking the Civil Rights and Civil Liberties Revolutions*, 112 *Yale L. Rev.* 1625-31 (1996). Mark Graber ha señalado recientemente que "la teoría constitucional contemporánea descansa en tres premisas: el fallo *Brown v. Board of Education* era correcto, *Lochner v. New York* era incorrecto y *Dred Scott v. Sandford* también era equivocado." Mark A. Graber, *Desperately Seeking Slavery: Dred Scott and Contemporary Constitutional Theory*, 14 *Const. Commentary* 25, 29 (1997).

¹²⁷ Uno de los textos más leídos en la mayoría de los cursos de derecho constitucional es el Preamble, en el cual, entre otras cosas, se establece que la Constitución debe ser compilada para "promover el 'bienestar general' y 'para establecer la justicia'." U.S. Const. preamble. Es posible que la razón por la cual el Preamble no ha figurado más prominentemente en la interpretación constitucional reside en que no se presenta como una norma operativa. Sin embargo, esto plantea la pregunta de por qué no debería ser interpretada de esa forma. Aun cuando el Preamble no establece ningún derecho ni poder nuevo, poco a ser considerado, al leer que las Enmiendas Novena y Decima, como una regla de interpretación aplicable al documento en su totalidad. La analogía se plantea tal vez con la Segunda Enmienda, la cual contiene una cláusula referida a la necesidad de milicias bien organizadas, lo que presumiblemente explica por qué está garantizado el derecho a portar armas. De mismo modo uno podría sostener que las disposiciones de la Constitución deben ser literalmente interpretadas en orden a promover los fines fijados en el Preamble.

teorías académicas actualmente en boga que han sido creadas para explicar el canon existente.

Por lo tanto, una razón importante para expandir el canon pedagógico o el de cultura general es la de criticar las teorías normativas vigentes en el derecho constitucional. Ello así porque las teorías constitucionales tienden a ser adaptadas con el fin de resolver ciertos problemas canónicos: por ejemplo las teorías del proceso legal fueron adaptadas para considerar los intereses del federalismo y la separación de poderes. Sin embargo, la adaptación de estas teorías a otro tipo de problemas suele resultar difícil. Por lo tanto, aplicar una teoría famosa —por ejemplo, el principio de competencia institucional, la noción de derecho como integridad, las teorías del tipo de *Carolene Products* sobre garantías en el proceso— a una área "diferente" de adjudicación constitucional —por ejemplo, la esclavitud— puede resultar un ejercicio tan entretenido como instructivo. Cuando se comienza a hablar acerca de hacer la mejor ley sobre esclavitud que sea posible, de preservar la deliberación democrática en la regulación de la esclavitud, o de la importancia relativa de la determinación de la competencia estadual o federal en materia de esclavitud, comienzan a verse las limitaciones y la estrechez de las teorías constitucionales contemporáneas.

En particular, estos ejercicios de pensamiento nos ayudan a ver cómo las teorías constitucionales realmente tienden a evitar que se ponga en duda la justicia básica del sistema jurídico, al ofrecer formas intrincadas e intelectualmente exigentes de análisis jurídico para sustituir o desviar las investigaciones que pudieran deslegitimar nuestro sistema constitucional. Cuando estas teorías son aplicadas a prácticas universalmente censurables, podemos entender más claramente el modo en que incentivan un apartamiento de la realidad.

Por lo tanto, no debería sorprendernos el hecho de que las teorías constitucionales dominantes existan en una relación simbiótica con los cánones pedagógico y de cultura general, cuyos materiales describen y justifican las teorías constitucionales normativas ayudan a establecer qué partes de la tradición constitucional deben ser exploradas y destacadas (dado que estas teorías funcionan mejor en relación con estas áreas). Al mismo tiempo, los cánones pedagógico y de cultura general tienden a otorgar a estas teorías constitucionales mayor solidez y plausibilidad que la que podrían obtener de cualquier otra forma. La construcción de los cánones pedagógico y de cultura general

permite a las teorías constitucionales contemporáneas evitar momentos de incomodidad y proseguir con su proyecto de legitimación.

IV. Conclusiones

Comenzamos este comentario preguntando si el discurso de Frederick Douglass en Glasgow debería formar parte del canon, posiblemente en yuxtaposición con la vergonzosa opinión de Roger Taney en *Dred Scott*. Pensamos que así debería ser; de hecho creemos que es, particularmente, un buen ejemplo de cómo debiera expandirse el canon constitucional.

Al decir esto, reconocemos en todo sentido que no podemos crear o hacer valer un canon constitucional por nuestra cuenta. Esa tarea no pertenece a una sola persona ni a un grupo de personas. Por el contrario, los cánones son creados por todos nosotros, del mismo modo en que —a su vez— nuestras formas de pensar son delineadas por ellos. Aun así, nosotros participamos en la construcción del canon que legaremos a las generaciones futuras y, por ello, ofrecer nuestros puntos de vista es para nosotros tanto un derecho como un deber, con la esperanza de que ellos puedan influir en otros. Por lo tanto, afirmamos de buen grado que el discurso de Douglass en Glasgow merece un lugar en los cánones de la pedagogía constitucional; por cierto, creemos que es algo que todo abogado instruido y todo teórico del derecho constitucional debería conocer. Creemos esto por tres razones.

En primer lugar, el discurso de Douglass es importante porque está elaborado por una persona que no es miembro de ningún cuerpo gubernamental y ni siquiera es un abogado profesional. En este orden de ideas, demuestra a los estudiantes que todos los norteamericanos, incluso aquellos que hasta ahora han sido excluidos de la ciudadanía, tienen el derecho —y el deber— de interpretar la Constitución y decidir por ellos mismos qué significa ese documento.

En segundo lugar, el discurso de Douglass es importante porque fue pronunciado por una prominente figura de un movimiento social: el movimiento contra la esclavitud. Creemos que el desarrollo constitucional norteamericano es con demasiada frecuencia enseñado como la historia de decisiones adoptadas por jueces que, aun cuando están hasta cierto punto influenciados por las circunstancias que los rodean, se manejan de conformidad con normas jurídicas autónomas o de una forma inusual o misteriosa. La historia del derecho

constitucional es pensada alternativamente como la historia de grandes juristas que muestran a los demás el camino, ya sea por su sabiduría o su insensatez. Imaginar al desarrollo constitucional de esta forma deja de lado el hecho de que los cambios constitucionales—incluso los cambios en la interpretación constitucional—son a menudo resultado de acciones políticas de grupo, lo que luego es reconocido y santificado por distintas elites jurídicas y judiciales.¹⁷⁸

Los miembros de la Internacional de Trabajadores del Mundo tuvieron una presciencia mucho mayor sobre el significado de la Primera Enmienda que Oliver Wendell Holmes o, incluso, Louis Brandeis.¹⁷⁹ A la inversa, el relato estándar que destaca el "liderazgo" de la Corte Suprema en *Brown v. Board of Education* suele pasar por alto el limitado impacto de esa sentencia en la década que siguió a su dictado.¹⁸⁰ Asimismo, ignora la importancia de la voluntad del Presidente Truman al desafiar a los líderes militares norteamericanos en 1947 y ordenar también la integración racial en las fuerzas armadas. La elección del año 1948, entre otras cosas, confirmó que el electorado en general—aún así, vez no en el "Sur Profundo"—estaba dispuesto a recompensar a un Presidente que se comprometió con los derechos civiles. También, por supuesto, la voluntad de Truman de adoptar tales decisiones reflejó cambios en la demografía política norteamericana y el surgimiento de un progresivo aumento del electorado negro cada vez más activista.

Los académicos del derecho que ven a la Corte Suprema como guía de la opinión pública deben explicar, entre otras cosas, las razones por las que el Presidente habría propuesto, y el Senado confirmado, personas fuertemente discrepantes con el saber convencional vigente a momento de su selección. Sospechamos firmemente que es la opinión pública la que más frecuentemente maneja a la Corte Suprema—aun cuando lo hace de formas convenientemente

¹⁷⁸ Para el debate acerca del rol central de los movimientos sociales en la conformación del discurso de élite sobre la Constitución, véase J. M. Balkin, *The Construction of Status*, vol. Vols. I, 2 (1998), 233B-42 (1997).

¹⁷⁹ Véase Ruggan, David M., *Free Speech in the Forgotten Years 1916-1931* (1997). Ali Robb sostiene, "el comercio generado a raíz de las luchas de la Internacional de Trabajadores del Mundo (IWM) por la libertad de expresión refuta la creencia generalizada según la cual los norteamericanos antes de la Primera Guerra Mundial no prestaron mucha atención al significado de la libertad de expresión. Este comentario tuvo lugar de forma ahumadora fuera del sistema judicial. En su mayor parte el comentario fue más analíticamente sofisticado, y más sensible a las preocupaciones por la libertad de expresión que las típicas decisiones judiciales del periodo." *id.* en p. 128.

¹⁸⁰ Vease e.g., Rosenfarb, Gerald N., *The Hollow Hope* 35-41 (1992).

¹⁸¹ "Jinca de los traductores: 'Deep South' (subregión del sur de Estados Unidos. El término también es utilizado para hacer referencia a la cultura y las costumbres del sur.)

complejas— y no al revés.¹⁸¹ Si prestáramos mayor atención a las realidades empíricas de la política norteamericana —algo que es inusual en los libros de casos de derecho constitucional— podemos tener una visión muy distinta de la denominada “dificultad con la mayoría” como la cuestión teórica central del derecho constitucional.¹⁸² Los académicos del derecho suelen preguntarse si los tribunales deberían consentir o esperar que los nuevos derechos sean establecidos por la legislación o una enmienda al texto constitucional. Lo que en realidad deberían preguntarse es si las decisiones judiciales no reflejar las discusiones políticas e ideológicas surgidas en la sociedad, que son traducidas al discurso jurídico profesional.

En la actualidad, los derechos de los homosexuales están en la agenda de los tribunales federales, no porque los jueces encerrados en sus torres de marfil hayan decidido que es tiempo de comenzar a hablar de aquellos, sino debido a la revolución del concepto social de heterosexualidad y homosexualidad generada por el crecimiento del movimiento por los derechos de los homosexuales que siguió a los levantamientos de Stonewall. Tampoco resulta irrelevante el hecho de que un número importante de funcionarios políticos, tanto elegidos como designados, estuvieran dispuestos a confesar su condición de gay o lesbiana. Los movimientos sociales juegan un papel clave para influir en el desarrollo de la cultura, y, en consecuencia, en el cambio de los significados sociales, de suerte que los jueces puedan luego “descubrir” nuevos derechos en la Constitución, muchas veces elaborando argumentos brindados con anterioridad por disidentes ajenos a las ataduras del discurso profesional. El discurso de Douglass nos recuerda que la interpretación de la Constitución, aun cuando se halle provisionalmente en manos de elites entrenadas profesionalmente, reposa —en definitiva— en las manos de la cultura política de la mayoría de los Estados Unidos o —para decirlo en términos históricos— descansa en las manos del pueblo.

En tercer lugar, el discurso de Douglass merece un lugar en el canon constitucional —junto con *Dred Scott* y *Prigg v. Pennsylvania*— debido a que acerca a los estudiantes, a los abogados que ejercen la profesión, a los ciudada-

¹⁸¹ En palabras de Mr. Justice, “no importa si la Constitución protege a la homosexualidad, la Corte Suprema protege el resultado de las elecciones”. Davis, *Justice Peter, Mr. Douglas and His Best* 77 (Elmer Ellis ed. 1998).

¹⁸² Cf. George Mark A., *The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deferral to the Judiciary*, 7 *Stud. Am. Pol. Dev.* 35-72 (1993) (las maras de crisis internas fueron amiguadas) (enfatizando que “la Corte sue e está dispuesta a resolver asuntos que le son delegados por un agradecido Congreso renuente a pagar los costos políticos de una decisión”).

nos y a los académicos del derecho, a una pregunta central del derecho constitucional, que genera un gran desconcierto en nuestras almas, una pregunta que nosotros, al igual que las generaciones que nos precedieron, hemos tratado de evitar hacernos y confrontar en innumerables oportunidades: ¿cómo puede una persona ser leal a una Constitución en un país con condiciones profundamente injustas y que proclama que estas condiciones están justificadas o permitidas por el propio texto de la Constitución? ¿qué deberíamos hacer si descubrimos que la propia Constitución puede ser un documento maligno que mantiene al mal en su lugar, si sospechamos que, incluso, podría tratarse de "un pacto con la muerte o un acuerdo con el infierno"?

¿Deberíamos, tal como lo hizo William Lloyd Garrison, proclamar a la Constitución como un acuerdo de ese tipo y negarnos a cumplirla? ¿Deberíamos, como Roger Taney, autor de *Dred Scott*, aceptar las condiciones actuales y la Constitución que las permite por estar nosotros defendiendo el *rule of law* y la voluntad de los Fundadores? ¿Deberíamos, al igual que Joseph Story, el autor de *Prigg v. Pennsylvania*, devolver al esclavo que se escapó a su amo hacer cumplir el pacto constitucional con los estados esclavistas que creemos profundamente injusto, justamente porque se trata de un acuerdo y porque es necesario evitar ciertas calamidades aun mayores: es decir, una guerra civil? ¿O tal vez deberíamos, como Frederick Douglass, negarnos entretanto a reconocer las maldades que contiene la Constitución y denunciar las maldades que se cometen en su nombre? ¿Deberíamos interpretar la Constitución para permitir el mal, sabiendo que podría ser dañino o, tal vez, convenciéndonos a nosotros mismos de que, después de todo, no es tan dañino? ¿O bien deberíamos interpretar la Constitución "estrictamente" favoreciendo nuestra visión de los derechos humanos y la justicia, prescindiendo de la concepción original o, inclusive, de los consensos actuales sobre su significado, en la esperanza de que la Constitución y el país puedan algún día transformarse en lo que al presente es una promesa?

Nuestras razones para incluir a figuras como Douglass y Garrison —así como Taney y a Story— en nuestros cursos de derecho constitucional evidencian nuestra concepción acerca qué es más importante en la tarea de la pedagogía del derecho. Somos profesores de derecho, no de justicia y, aún así, la cuestión de la justicia —y el constante fracaso del derecho para alcanzarla— nunca puede estar ausente de nuestras mentes por mucho tiempo. Cuando enseñamos dere-

cho a nuestros estudiantes, los introducimos en un mundo ¹⁶. Se trata de un mundo en el que habitarán por varios años, un mundo que tenemos la esperanza de que les permita, no solo como abogados, sino también como ciudadanos, llevar una vida mejor y más digna de ser vivida. Pero nuestro ingreso a un mundo como éste implica inculcar simultánea y exitosamente de un canon, una regla de conducta y una disciplina de pensamiento que de forma a nuestras imaginaciones, colonice nuestra conciencia y nos ayude a transformarnos, para bien y para mal, en la clase de personas que somos. Imaginar que uno puede escaparse de esta canonicidad es una fantasía. Imaginar que podemos tener un mayor grado de conciencia acerca de los cánones que constituyen nuestra vida profesional, no lo es. Es tiempo de que emprendamos esta tarea.

¹⁶ O sea, como habría dicho Robert Cover, los hacemos parte de un *canon*. Véase Robert M. Cover, *The Supreme Court, 1982 Term: Foreword: Names and Narrative*, 97 Harv. L. Rev. 4, 4 (1983).

the 1990s, the number of people in the UK who are aged 65 and over has increased by 1.5 million, and the number of people aged 75 and over has increased by 1.2 million (Office of National Statistics 1999).

There is a growing awareness of the need to develop strategies to meet the needs of the ageing population. The Department of Health (1999) has published a strategy for the ageing population, which sets out the government's commitment to improve the health and quality of life of older people. The strategy is based on three main principles: (1) to ensure that older people have access to the services they need; (2) to ensure that older people are able to live independently; and (3) to ensure that older people are able to participate in society.

The strategy is based on three main principles: (1) to ensure that older people have access to the services they need; (2) to ensure that older people are able to live independently; and (3) to ensure that older people are able to participate in society. The strategy is based on three main principles: (1) to ensure that older people have access to the services they need; (2) to ensure that older people are able to live independently; and (3) to ensure that older people are able to participate in society.

The strategy is based on three main principles: (1) to ensure that older people have access to the services they need; (2) to ensure that older people are able to live independently; and (3) to ensure that older people are able to participate in society. The strategy is based on three main principles: (1) to ensure that older people have access to the services they need; (2) to ensure that older people are able to live independently; and (3) to ensure that older people are able to participate in society.

The strategy is based on three main principles: (1) to ensure that older people have access to the services they need; (2) to ensure that older people are able to live independently; and (3) to ensure that older people are able to participate in society. The strategy is based on three main principles: (1) to ensure that older people have access to the services they need; (2) to ensure that older people are able to live independently; and (3) to ensure that older people are able to participate in society.

The strategy is based on three main principles: (1) to ensure that older people have access to the services they need; (2) to ensure that older people are able to live independently; and (3) to ensure that older people are able to participate in society. The strategy is based on three main principles: (1) to ensure that older people have access to the services they need; (2) to ensure that older people are able to live independently; and (3) to ensure that older people are able to participate in society.

The strategy is based on three main principles: (1) to ensure that older people have access to the services they need; (2) to ensure that older people are able to live independently; and (3) to ensure that older people are able to participate in society. The strategy is based on three main principles: (1) to ensure that older people have access to the services they need; (2) to ensure that older people are able to live independently; and (3) to ensure that older people are able to participate in society.

The strategy is based on three main principles: (1) to ensure that older people have access to the services they need; (2) to ensure that older people are able to live independently; and (3) to ensure that older people are able to participate in society. The strategy is based on three main principles: (1) to ensure that older people have access to the services they need; (2) to ensure that older people are able to live independently; and (3) to ensure that older people are able to participate in society.

LOS OFICIOS DEL JURISTA: LA FRAGMENTACIÓN DE LA PROFESIÓN JURÍDICA Y LA UNIFORMIDAD DE LA CARRERA JUDICIAL*

Alberto M. BINDER**

La profesión jurídica nutre diversos oficios que no siempre se reconocen entre sí como provenientes de un adiestramiento común o de una misma carrera profesional. El ejercicio de la judicatura en distintos niveles, las funciones de fiscal, el ejercicio privado de la abogacía —ya sea como profesional independiente o integrado a la estructura empresarial—, los defensores públicos, el asesoramiento a entidades oficiales, los funcionarios públicos de los ministerios o los asesores parlamentarios, la enseñanza del derecho o la investigación jurídica, son sólo diferentes formas de ser abogado, aunque hoy aparezcan como actividades que no se relacionan mucho entre sí, como producto de la fraccionamiento de la profesión jurídica.

Esta fragmentación produce una notable incommunicación entre estos distintos oficios generando incompreensión acerca de las distintas funciones del derecho. Además, la enseñanza universitaria no distingue entre los distintos oficios que deberá desempeñar en el futuro el estudiante y con ello ayuda a la incompreensión y a la incommunicación.

Por otra parte, al interior de las instituciones judiciales se produce el mismo fenómeno pero de un modo inverso. No se diferencian de un modo claro los distintos oficios y todos ellos quedan englobados en una misma "carrera judicial". De este modo quien actúa como secretario de un tribunal, como fiscal, defensor de oficio —o, incluso, quienes cumplen funciones de administración en los tribunales— entienden que su actual oficio es sólo un paso para poder acceder a otro dentro de la judicatura, ya que ésta se encuentra, finalmente, en las escalas superiores del prestigio y la remuneración. De este modo, ya por la fragmentación o por la uniformidad de la carrera judicial, la profesión jurídica tiene una indeterminación inicial que genera efectos importantes tanto sobre la visión del sistema judicial, como sobre el papel que se le exige a cada uno de esos oficios y

* Publicado en la revista *Sistema judicial del CEA*, Año 1, n.º 1. El material de este artículo ha sido extraído parcialmente del libro *De las repúblicas acreas al Estado de derecho* (Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004). Los editores agradecen al autor su autorización para la publicación en este número.

** Vicepresidente del INEJIP desde el año 2001.

sobre la cultura dominante dentro de las organizaciones. A la vez, su reflejo sobre la enseñanza universitaria provoca una desorientación inicial en el joven profesional que lo lleva a asumir con mayor rapidez y ansiedad las rutinas y los roles predeterminados por las propias instituciones.

Esta realidad básica —todavía muy poco estudiada— debe ser mencionada, ya que es un condicionante básico de los perfiles, las herramientas y las actitudes de los hombres y mujeres del sistema judicial. Generalmente ellos han tenido que completar la formación que les requiere el oficio de un modo autodidacta y esforzado, nutriendose de las reglas que impone la organización desde su propia cultura, sin dirección ni ayuda. Este factor inicial de indeterminación tendrá una gran influencia sobre la posterior selección de los recursos humanos, el diseño de nuevas formas de capacitación, las actitudes de los operadores judiciales frente a ellos, la repercusión de las reformas judiciales en los otros oficios "no judiciales", etc. No obstante, poco se ha tomado en cuenta esta base estructural de la profesión jurídica, y cabría preguntarse si ello no ha sido una de las causas de las enormes dificultades que la reforma judicial ha encontrado en este campo específico.

1. La adaptación al sistema judicial

Como ya hemos señalado, esto influye en la actitud básica de quien debe ingresar a un oficio directamente vinculado al funcionamiento de las instituciones judiciales. Generalmente, el ingresante está más que dispuesto a tirar por la borda todo lo que pudo haber aprendido —mal o bien— dentro de las escuelas de derecho para absorber lo más pronto posible las rutinas, los trámites y los "secretos" de la organización a la que ingresó. Él intuye —no sin razón— que su estabilidad laboral y su éxito dependerán mucho más de ese conocimiento y de su capacidad de adaptarse a él y admitirlo como la cultura oficial.

Una de las razones más fuertes de la resistencia de los sistemas judiciales al proceso de reforma judicial proviene de esta circunstancia. Un conjunto de elementos tales como las formas de evaluación, los compromisos adquiridos al ingresar al sistema, la fuerte estandarización de las formas de trabajo, la sobrecarga endémica de trabajo, etc., coadyuvan para que el reclamo de adaptación del sistema sobre el ingresante sea muy fuerte. Esta estructura asegura no solo una permanente reproducción de las reglas informales de funcionamiento de todo el sistema, sino una cuota importante de adhesión interna que

solo en los últimos tiempos comenzó a resquebrajarse, en gran medida, por los reclamos externos de la reforma judicial. De este modo, se produce una segunda degradación de la formación jurídica que profundiza, a veces irremediablemente, los defectos iniciales de la formación del abogado. Tradicionalmente, en las escuelas de leyes ya se ha producido una primera degradación de la formación jurídica, ya que la enseñanza del derecho ha quedado convertida en la transmisión de la práctica forense. Esto se ve agravado por el hecho de que tal conocimiento no se presenta como un saber artesanal o práctico, sino como un discurso científico, aunque no pueda ocultar sus evidentes connotaciones morales o políticas. Un punto importante dentro de ese tipo de formación jurídica es el adiestramiento, formal o informal, de los modos de adaptación al sistema judicial (como "ganar" un caso), con el mandato implícito de hacerlo.

El abogado que defiende intereses particulares no tiene por qué sacrificarlos por su actitud "crítica" frente al sistema judicial, pero la indeterminación de la formación jurídica convierte esto en un patrón de todos los oficios jurídicos, que no tiene razón para seguir esa regla. El mandato de adaptación que introduce la enseñanza universitaria cumple una función importante en las actitudes que se desarrollarán a lo largo de la carrera profesional.

De este modo se completa el círculo: la fragmentación-uniformidad de los oficios jurídicos —es decir, su indeterminación— genera inseguridad y la necesidad de aprender el oficio prácticamente sin tomar en cuenta la enseñanza previa, obligando al rápido e intenso aprendizaje de aquello que asegure una inserción no traumática en las instituciones judiciales, a costa, inclusive, de la formación jurídica. El mandato implícito de adaptación escondido tras el predominio cultural de la práctica forense prepara al ingresante para una inserción de este tipo. Indeterminación—inseguridad y adaptación—sumisión son los binomios que encuadran gran parte del desarrollo profesional. Frente a ello la pregunta sobre qué derecho enseñar y para qué enseñarlo sigue siendo un tema pendiente de la reforma judicial.

2. Rigidez y cristalización de la formación: la tradicional ausencia de la capacitación

La situación reseñada se ve agravada por el hecho de que no ha podido romperse con la idea dominante en el interior de las organizaciones acerca de los conocimientos necesarios para llevar adelante los distintos oficios jurídicos o judiciales. Al contrario, la proyección de las necesidades ya señaladas convier-

te el juego de indeterminación-adaptación en toda una cultura dominante que sabe, con absoluta claridad, que es lo que se necesita para ser un buen juez, un buen fiscal o un buen defensor.

La cristalización de la dinámica de adaptación y su conversión en un saber que se transmite de generación en generación, le otorgan una rigidez muy grande a todo el sistema judicial.

En una primera etapa, que todavía se extiende en algunos primeros países, ello se manifestó no solo en la ausencia de un programa de capacitación sistemático, sino en la convicción de que ello no era necesario, ya que el saber de adaptación se encontraba en la misma rutina del trabajo. Asimismo los criterios de selección y nombramiento, así como las reglas de ascenso en las distintas carreras, estaban totalmente imbuidos de esta filosofía, de modo que el peor estigma para el ingreso o el ascenso ha sido, en muchas ocasiones, el hecho de no manejar bien el despacho o los trámites.

Afortunadamente, poco a poco, este conjunto de ideas (que conforman una de las estructuras de la ideología judicial) se ha debilitado. Pero ello no significa que hayan perdido toda su fuerza e influencia. Al contrario, comienza a reaparecer en dos instituciones cuyo destino es aun incierto en el marco del proceso de reforma. Nos referimos a las escuelas judiciales y a los consejos de la magistratura o judicatura.

3. Los consejos de la judicatura o magistratura

Nadie niega ya que las distintas instituciones judiciales deben tener un sistema permanente y consistente de formación y capacitación. Sin embargo, el consenso que existe y la sencillez de esa idea no han rendido todavía sus frutos. Sin duda, han existido y existen muchas circunstancias que han contribuido a esta debilidad inexplicable de las escuelas judiciales: falta de presupuesto, falta de profesores o de libros, etc. Sin embargo, creemos que uno de los factores principales es que todavía se descree, en un nivel profundo, que sea necesario algún otro tipo de capacitación que no sea el conocer los trámites y las rutinas de los despachos. La persistencia de la falta de políticas de control de la sobrecarga de trabajo, que hacen que el esfuerzo de capacitación sea una carga extra, no siempre reconocida por otros sectores del sistema judicial, ha contribuido también a la falta de consolidación de la idea de capacitación.

Por tal razón, los planes de capacitación suelen quedar atrapados en la ratificación de la cultura interna o en la enseñanza de un saber "externo" que podrá ser apreciado pero es considerado un lujo que el sistema judicial, por sus urgencias, no está en condiciones de asumir. No está claro aún, inclusive, si ello no tiene una gran influencia en las formas organizativas que se proponen. Por ejemplo, las formas autogestionarias de la capacitación no sólo sirven para aprovechar los recursos de las propias instituciones judiciales, sino como un sistema de capacitación integral en distintos niveles. Pero también se convierten en fórmulas absolutas de preeminencia de la cultura interna. Lo mismo ocurre con los planteles permanentes de profesores o los modelos de administración. Son pocas, en realidad, las experiencias de sistemas de capacitación estructurados sobre tramas abiertas (v. gr. Chile). Las dificultades propias de la formación en épocas de este problema, el excesivo énfasis en la discusión de modelos (basados en la primacía de algún instrumento —cuando, en realidad, se debe utilizar todos e integrarlos de un modo armónico—), la utilización del problema de la falta de capacitación para esconder actitudes reaccionarias al cambio y, en especial, la ausencia de un debate profundo sobre la función de las escuelas judiciales, que supere lo obvio o ya aceptado, es uno de los nudos como reaparece la vieja idea de los sistemas judiciales: "no hace falta profundizar la formación, la capacitación es un lujo insostenible en estas épocas, todo funcionaría mejor si cada uno supiera bien la parte del trámite que le corresponde".

Algo similar ocurre con los consejos de la judicatura en cuanto ellos funcionan como instituciones de selección y nombramiento. Pensados como un mecanismo que permitiría superar los principales vicios del nombramiento y selección de los operadores judiciales han ido demostrando que ellos no sólo no son inmunes a esos vicios, sino que los adoptan con llamativa facilidad. La adopción acrítica del perfil tradicional de esos operadores, la rápida incorporación de la idea de que las instituciones judiciales requieren gente que "conozca" el oficio, más cierto rechazo a la apertura de las carreras institucionales, abren un interrogante acerca de su función en el proceso de reforma judicial, que requiere sin duda una profunda renovación de los planteles judiciales o una fuerte política de capacitación sobre bases nuevas.

No se puede desconocer, sin embargo, que también existen experiencias del trabajo de estos consejos, que han producido una renovación importante de los antiguos operadores, que han llamado la atención sobre la defi-

cencia de la formación (y la han tenido en cuenta en sus nombramientos) o han producido impacto en las necesidades de capacitación al reclamar requisitos de formación más estrictos. El debate sobre el funcionamiento de estos consejos en el proceso de selección está aún abierto, pero será necesario esperar para analizar si los nuevos planes profesionales nombrados con estos mecanismos realmente producen un cambio cualitativo en el perfil profesional y en el servicio que se presta al ciudadano.

4. Los empleados del sistema judicial: la delegación de funciones y la distorsión del oficio judicial

Sin embargo, existe otro fenómeno básico que se debe analizar si no se quiere que la discusión sobre los recursos humanos en el sistema judicial tenga una alta cuota de artificialidad. Se trata de la delegación de funciones en empleados subalternos, entendiéndose por éste el desempeño de tareas que, por ley, son indelegables o forman parte del núcleo central del oficio de que se trate, por parte de empleados administrativos que realizan esta tarea con mayor o menor autonomía. Se ha pretendido siempre ocultar este tema o considerar que se trata de una necesidad del sistema judicial de equilibrar el trabajo ante una demanda que no tiene control, y que, si no se utilizara el mecanismo de la delegación de funciones, llevaría a las instituciones a una crisis sin solución. Sin duda ello es así, pero no debe ser aceptado ya que se trata de uno de los principales y peores síntomas de las deficiencias del sistema judicial.

Esta delegación de funciones adquiere en algunos países características dramáticas. Por ejemplo, empleados administrativos se hacen cargo de los principales actos de instrucción de las causas penales, toman decisiones importantes vinculadas con la libertad de las personas, son apenas controlados por los jueces, preparan proyectos de sentencias que esos mismos jueces no tienen tiempo de revisar, seleccionan las actas que los jueces leerán para tomar sus decisiones, asisten casi con exclusividad a las audiencias de testigos o declaraciones de imputados o de las partes, realizan audiencias de conciliación y otras muchas prácticas de simular importancia que varían según las características de cada uno de los sistemas procesales. Esta delegación de funciones se realiza en todos los niveles. Incluso en muchos tribunales superiores existe un elevado nivel de delegación hasta el punto que casos que tardaron años en llegar a una máxima instancia de resolución, y que buscan

una decisión que muchas veces compromete interpretaciones judiciales, se fallan sobre la base exclusiva de "anteproyectos" realizados por una región de relatores, asistentes, etc.

No es posible seguir analizando el problema de los recursos humanos en el sistema judicial sin considerar la delegación de funciones como un problema central. En primer lugar, porque una distorsión tan básica afecta a la totalidad del funcionamiento de cada una de las organizaciones y también distorsiona profundamente el sistema de necesidades de capacitación. En segundo lugar, porque un produce un dilema que se ha planteado en numerosas ocasiones: si se capacita a los funcionarios en sus tareas específicas, en lugar de las distorsionadas por la delegación de funciones y al mismo tiempo, no se modifica el entorno organizacional o el sistema procesal, se aumenta la disfunción del sistema en su conjunto, por lo que la capacitación no podría ser evaluada desde el punto de vista de mejoramiento de la eficiencia. Es decir, se revierte el proceso de adaptación, lo que es deseable desde el punto de vista de la reforma judicial, pero se debe asumir que en el corto plazo puede aumentar la disfunción del sistema, salvo que este cambio vaya íntimamente ligado a otros procesos de transformación. Por el contrario, si se asume como una constante la delegación de funciones y la distorsión de los roles internos, entonces esa capacitación no estaría ayudando al proceso de cambio. La búsqueda de un equilibrio en el marco de este problema ha sido más bien una aspiración que una realidad que produjera una metodología específica.

Por otra parte, se produce otra distorsión en sentido inverso. La delegación de funciones ha sido uno de los principales obstáculos para la creación de una carrera administrativa dentro de las principales instituciones judiciales, carrera que permita una genuina especialización y tecnificación de los auxiliares de los tribunales. Ya sea porque no existe la especificidad de ese conocimiento (diluido en la amplia gama de habilidades que debe tener un empleado judicial que varía desde "coser" un expediente a redactar una sentencia) o porque el empleado judicial tienen mayor interés en prepararse para cargos judiciales futuros que en desarrollar una carrera puramente administrativa.

De este modo, muchos programas de capacitación han fluctuado entre hacer de los empleados pequeños jueces, o especializarlos en las tareas propias de un auxiliar administrativo. Tampoco en este aspecto se ha encontrado un punto de equilibrio que permita avanzar en la transición hacia nuevos sistemas

judiciales. Incluso el problema de la carrera administrativa dentro de los sistemas judiciales no ha adquirido todavía un lugar relevante en los procesos de reforma judicial, pese a que ha sido señalada como uno de los problemas existentes.

5. Compromiso en la función judicial: la idea de servicio al ciudadano

Para completar un conjunto de elementos que nos permitan considerar el tema del sistema judicial en un contexto más amplio, es necesario agregar dos dimensiones más: la primera va del interior hacia el exterior del sistema judicial y tiene que ver con el trato al ciudadano. La segunda es la inversa, es decir, la mirada externa sobre los operadores del sistema judicial.

Una crítica que se repite a menudo y que ha formado parte de los diagnósticos que en el contexto de la reforma judicial se han hecho sobre el componente humano, señala que no existe una consideración adecuada dentro del sistema judicial del trato al simple ciudadano, ni un compromiso claro con la idea de que la administración de justicia es un servicio para él.

Esta actitud general se expresa en acciones concretas. Por ejemplo, el trato que se le da al testigo dentro de las instrucciones judiciales. Existe una práctica bastante arraigada de tratar de un modo descuidado —y a veces, hasta irrespetuoso— a quien concurre a los tribunales a prestar el auxilio de brindar información. Ya sea porque se considera que el testigo le presta un "servicio" a una de las partes, o por la prepotencia con que muchas veces se llevan adelante las investigaciones penales, lo cierto es que se lo hace concurrir varias veces sin motivo, se lo hace esperar, se toma su declaración haciéndole sentir que está bajo sospecha, jamás se agradecen sus servicios, rara vez se compensan sus gastos y nunca se le comunica el resultado del pleito al que ayudó a definir. Esto se repite con las víctimas o con los jurados en aquellos países donde existen, y mucho más aún con las personas que simplemente necesitan averiguar algo o realizar alguna gestión.

Todo ello es indicativo de una visión muy particular al interior del sistema judicial, marcado por la despersonalización y la pérdida del sentido de las funciones judiciales. La falta de inmediación en los procesos, el carácter sacramental de las actas y los expedientes ayudan, además, a que la idea de prestar un servicio concreto a las personas y respetar a los litigantes como los actores privilegiados del sistema judicial, no formen parte de la conciencia corriente de los operadores judiciales.

Asimismo, la ausencia de un compromiso con la idea del servicio judicial refuerza el carácter egocéntrico de las instituciones judiciales y contribuye aún más a la rigidez de sus prácticas y costumbres. Incluso la arquitectura judicial refleja este proceso de deshumanización ya que el espacio se organiza más desde la lógica del traslado de expedientes que desde la posibilidad de encuentro humano.

En consecuencia —y, por supuesto, con un grado de generalización que no podemos eludir— el ambiente de los sistemas judiciales es deshumanizado. Desde el desarrollo de los programas de capacitación también se ha debatido poco sobre todos los procesos de deshumanización inciertos en las organizaciones judiciales y su influencia sobre los perfiles de los hombres y mujeres que trabajan en ellos. Más bien, se ha pretendido encarar este tema desde la ética, sin considerar los innumerables factores, aparentemente menores pero de gran influencia, que fortalecen este proceso. Un contexto deshumanizado es, pues, una de las características centrales del medio ambiente en el que se desenvuelven los planes de formación y el desarrollo de la carrera profesional. La influencia de estos factores, tanto sobre cada una de las personas como sobre los procesos de cambio, todavía no ha sido estudiada con profundidad desde un instrumental más rico que las apelaciones morales o la expresión de finalidades vagas o reclamos generales.

6. Prestigio y desprestigio de la función judicial. La mirada externa

El reflejo de esa actitud interna, más o menos generalizada, es el modo como se estigmatiza a los funcionarios del sistema judicial desde el "exterior" de ese sistema. Si la identidad se construye tanto desde la autopercepción como desde la señalización externa, el problema de la identidad y el perfil de los nuevos operadores judiciales está marcado también por la rigidez de esa consideración externa. Por una parte, la figura del juez ha sido y sigue siendo uno de los arquetipos en las tradiciones morales y por ello conserva un valor mezcla de respeto, miedo y sentido de lo sacro. Por la otra, la memoria y la constatación casi cotidiana de muchos de los defectos del sistema judicial generan una imagen de insensibilidad, crueldad y corrupción que también se ha convertido en un patrón fuerte de nuestra cultura, incluso a través de su utilización recurrente como personaje literario o cinematográfico. La indeterminación de los oficios jurídicos ayuda a que este patrón —de un modo u otro, siempre rígido— se difunda hacia otros sectores de la profesión jurídica. Si le agregamos a ellos las miradas

(también complejas) del abogado particular podemos concluir que los operadores del sistema judicial deben enfrentarse a un proceso de estigmatización fuerte y arraigado que, sin duda, dificulta su inserción en procesos de cambio.

El hecho de que estos patrones externos no sólo provengan del presente, sino que estén influidos por elementos culturales de larga data, hace que no sea fácil enfrentarse a ellos porque sus modificación no tiene una relación inmediata (ni lógica ni temporal) con la modificación concreta de actitudes y formas de trabajo. Esto se ha constituido en un factor de desaliento de no poca importancia, que dificulta el protagonismo de los operadores del sistema judicial en el proceso de cambio. Esta circunstancia se ha visto agravada por la creciente preocupación de los medios masivos de comunicación por el sistema judicial y la mayor difusión de juicios públicos que permite —afortunadamente— conocer el desempeño de muchos funcionarios judiciales. Sin embargo la imagen que pueda transmitir por esos medios un funcionario judicial, en especial cuando ella es negativa, se extiende con una rapidez y fuerza antes desconocida. De este modo, asistimos a un refuerzo del factor de desaliento que influye de un modo determinado en la actitud de muchos operadores judiciales hacia la redefinición de sus propios perfiles o los empuja irremediablemente hacia el interior del sistema judicial, cuya cultura endogámica les ofrece refugio y comprensión, agravando uno de los elementos más nocivos del sistema judicial (la cultura del secreto) y ahondando la incomunicación con el resto de la sociedad.

Todos los factores señalados que buscan sentar las bases de una comprensión más compleja del conjunto del problema que el proceso de reforma judicial plantea respecto de los recursos humanos, muestran, a nuestro juicio, que poco se ha avanzado en una nueva comprensión de este tema. Al contrario, la mayoría de las acciones que se desarrollan en este campo siguen atrapadas en visiones reduccionistas, aparentemente más "pragmáticas", pero ineficaces para integrar esta dimensión en el conjunto del proceso de transformación o para hacer de ella un factor de cambio con mayor impacto que el observado hasta el momento.

7. La carrera judicial

7.1. *Clientelismo político e inestabilidad*

El marco de referencia desarrollado puede ser sintetizado del modo siguiente: la indeterminación de la formación profesional genera un grado de

Inseguridad, producto de la incertidumbre que provoca en el ingresante un grado de vulnerabilidad, ya que debe aprender las reglas del oficio con muy poco apoyo en su aprendizaje anterior. Sin embargo, esa formación anterior bajo el predominio de la práctica loreense si introduce un fuerte, aunque implícito, mandato de adaptación que en el contexto del tipo dominante de organización de las instituciones judiciales, se convierte en una rápida sumisión a la cultura organizacional. Por otra parte, la rigidez de las imágenes interna y externa sumada a una práctica generalmente insensible y distorsionada, terminan por confrontar un cuadro de deshumanización del operador judicial que encuentra grandes dificultades para modificar sus roles y para insertarse en los programas de reforma judicial. Esta plataforma no ha sido tomada en cuenta en los programas de capacitación, no sólo por falta de profundidad en el diseño y en el debate, sino por la pervivencia de esa misma cultura organizacional que arrastra a sus integrantes a un aprendizaje de la mano del desarrollo mismo de las rutinas y los trámites. Las condiciones adversas de trabajo y falta de inversión de este campo agravan esta situación y llevan a que el problema de los recursos humanos gire en falso o no avance lo suficiente, en especial respecto de las grandes expectativas que se ponen en él.

Este marco de análisis permite introducirnos en el problema de la "carrera judicial". No utilizamos aquí el término en el sentido más específico de la carrera de los jueces, ya que en muchos países ella comprende formalmente también a fiscales, defensores, peritos, etc. Por lo tanto, entenderemos aquí "carrera judicial" como el conjunto de mecanismos institucionales relacionados con el ingreso, promoción y control de distintos tipos de funcionarios vinculados a las principales instituciones judiciales.

Por otra parte, tampoco utilizamos el concepto de la "carrera judicial" en un sentido exclusivamente formal. Es cierto que, en un sentido, ella significa solamente la existencia de esos mecanismos institucionales, pero también es cierto que en muchos países en los que existe dicho funcionamiento, los planteles de las principales instituciones judiciales son relativamente estables.

El primer elemento que se suele poner en consideración es la inestabilidad de los funcionarios judiciales producto de la dependencia de su nombramiento de los sectores políticos. "El amiguismo y el clientelismo político-senatorial han sido los elementos determinados en la confrontación de nuestro aparato judicial, que ha perdido por ende su verdadera condición de servicio

público, alejando a los sectores de menores ingresos de su campo de acción y creando la incertidumbre entre aquellos que pueden acceder a él.¹ Esto se agrava en aquellos países en los que el nombramiento judicial se debe ratificar en un periodo relativamente corto (cuatro o seis años), vinculando esos nombramientos de un modo más directo aun al ritmo electoral. Se ha señalado que ello es uno de los factores esenciales de la dependencia política del sistema judicial y que por ello se debe buscar mecanismos de nombramiento desvinculados totalmente de esos sectores políticos.

Este fenómeno se repite sin duda en muchos países y ha sido reconocido ampliamente como factor de dependencia muy visible. Sin embargo, es necesario realizar algunas aclaraciones. En primer lugar, pese a esos ritmos de nombramientos periódicos no siempre se producen cambios muy grandes entre las personas que ocupan esos cargos. Más bien, el fenómeno que ha provocado es el del acercamiento permanente de sectores profesionales a los sectores políticos. Además, esta forma de clientelismo (que a veces es muy estable) ha servido más para impedir el ingreso de nuevos profesionales que para dejar afuera a quienes ya están formando parte de las instituciones. La lógica corporativa y el carácter cerrado de las instituciones judiciales lograron adaptarse a este mecanismo de inestabilidad convirtiéndolo en un refuerzo de su carácter excluyente.

Frente a la fuerte crítica hacia esta realidad se buscan formas de nombramiento desvinculadas totalmente de esos sectores políticos. Sin embargo, aquí aparecen nuevos y no menores problemas. En primer lugar, la adopción de criterios puramente técnicos (no políticos en sentido amplio) no siempre significa la desaparición de la lógica corporativa. Al contrario, puede estar al servicio de su intensificación y favorecer aún más las políticas de exclusión de otros profesionales. Por otra parte, una desvinculación tajante de los sistemas de nombramiento vuelve a poner sobre la mesa el problema de la legitimidad de los funcionarios judiciales, que ya ni siquiera son nombrados por quienes son representantes del pueblo. Este debate se intensifica, por un lado, cuando el sistema político está en crisis y toda la clase política sospechada y, por el otro, cuando se trata de jueces de alto nivel, vinculados a interpretaciones de tipo constitucional.

¹ C. Lewis, Milton Hay, "Fundación, institucionalidad y justicia" apart. "La importancia de la justicia para la democracia y el desarrollo" en *Hacia el mejoramiento de la justicia*, vol. III, Santo Domingo, República Dominicana, 1996, pág. 69.

Lo cierto es que la relación entre el grave problema del clientelismo político que afecta el nombramiento y la independencia de los funcionarios judiciales (no siempre sus estabilidad, al contrario) y la adopción de criterios "técnicos" o "neutros" de nombramiento y promoción no son tan directos ni tan claros. La relación entre los hombres y mujeres del sistema judicial que ejercen funciones de gobierno (a través de sus funciones específicas) y el resto del sistema político debe todavía ser explorada con mayor profundidad y, posiblemente, cuando se vayan superando las políticas de emergencia fuertemente influidas por la crisis del sistema judicial, las ideas sobre este tema adquirirán nuevas dimensiones y una mayor profundidad.

7.2. Arbitrariedad y control interno

La fragilidad de la carrera judicial (este concepto parece mucho más pertinente que el de "inestabilidad") no sólo proviene de sus defectos iniciales, vinculados a los modos de selección y nombramiento, sino que se intensifica a lo largo de su desarrollo y se agrava al llegar el funcionario a las instancias superiores de las Instrucciones. Esto se logra mediante dos mecanismos que muchas veces se combinan: uno, la presión interna que produce un control arbitrario y sin reglas claras, y otro, la presión externa que produce el vínculo entre los grupos de funcionarios (tribus o familias judiciales) con sectores externos, generando otra fuerza de control arbitrario. Un funcionario judicial está generalmente sometido a ambos tipos de arbitrariedad, sin mayor (o ninguna) protección.

El primer mecanismo se vincula a las formas de control disciplinario y evaluación del trabajo. En primer lugar, es bastante común que se pretenda realizar políticas fuertes de evaluación sin establecer con claridad cuáles son los criterios de evaluación, que combinen las exigencias cualitativas y cuantitativas de un modo armónico. De este modo, la evaluación depende de criterios difusos (por más que estén formalizados en leyes o reglamentos) que se vuelven más difusos aún en manos del evaluador. Por último no suele quedar claro el papel que cumplirán tales evaluaciones en el desarrollo de la carrera profesional del evaluado.

El proceso de reforma judicial, urgido en muchas ocasiones por las fuertes críticas a la corrupción o a la deficiencia en la formación de los recursos humanos, ha recurrido con demasiada facilidad al mecanismo de sistemas de control altamente centralizados. Superintendencia de los tribunales, oficinas

de control interno. Inspectores judiciales, etc., generalmente con un vínculo muy fuerte con los tribunales superiores, han intensificado este tipo de control interno, sin cambiar sustancialmente las razones de la arbitrariedad. Los criterios siguen siendo difusos, las facultades de esos inspectores muy amplias (llegan, incluso, a servir de modos indirectos de vigilar el desarrollo del caso desde los tribunales superiores) y las reglas de actuación demasiado informales o fácilmente sustituibles por actuaciones personales, que no respetan las reglas elementales de un proceso justo (p. ej. en las actuaciones disciplinarias).

Ello no quiere decir que no deban existir mecanismos de control muy fuertes, pero el diseño de esos mecanismos no se puede realizar por fuera del contexto general de la institución y con una visión reduccionista o ingenua que desconoce o cierra los ojos frente a las funciones reales que ese control puede realizar. Otras veces se pretende justificarlo en algún tipo de "despotismo ilustrado", muchas veces alentado por la cooperación internacional, entusiasmada con la existencia de algún funcionario bien intencionado o claramente honesto que promete políticas de "depuración" sin caer en la cuenta (o sin querer hacerlo) que de ese modo se fortalece uno de los mecanismos centrales de la fragilidad de la carrera judicial que justamente, se quiere remediar para hacerla independiente.

7.3 Las familias o tribus judiciales

Los jueces no solo están sometidos a este tipo de disciplina interna sino que, para el desarrollo de su carrera profesional, es bastante común que se integren más o menos activamente a grupos internos de las instituciones que por distintas razones (ideológicas, generacionales, religiosas, amistad, etc.) se forman y mantienen con bastante duración. Se los suele conocer como "familias" o "tribus" judiciales y tienen un control importante en el nombramiento o la promoción de sus propios miembros.

Estos grupos, que aparentemente brindan protección y ayuda a quienes los integran, representan en realidad otra forma de dependencia y fragilidad. En primer lugar, porque ellos también ejercen alguna forma de control interno, pero, antes que nada, porque tales grupos mantienen vínculos con algún sector externo que puede ser político, empresarial o profesional.

Estas familias o tribus judiciales suelen ser mixtas, formadas por integrantes que ahora se encuentran en el interior de alguna de las instituciones

judiciales y por otros que antes lo estuvieron pero ahora forman parte de oficinas de abogados, de sectores profesionales dentro de algún grupo empresarial o político (muchas veces ambos) o de otras instituciones del Estado.

Estos grupos mixtos aprovechan deliberadamente esta situación. Es común, inclusive, que muchas oficinas de abogados recluten deliberadamente a miembros de estos grupos para asegurarse un tipo de acceso a los despachos de los funcionarios o un tratamiento privilegiado. También se pueden llegar a dar estructuras más complejas donde un mismo sector ocupa de un modo más o menos consciente o articulado espacios de diverso tipo (algunos son funcionarios judiciales, otros asesores políticos, otros abogados privados) generando una circulación de influencia, prestigio y recursos económicos que asegura la estabilidad y el crecimiento de la tribu judicial. El temprano ingreso a estos grupos, de estudiantes superiores o jóvenes graduados asegura un permanente reclutamiento y el perfeccionamiento cualitativo del grupo.

Un funcionario independiente que quiere desarrollar su carrera sin compromisos o que quiere ingresar libremente a las instituciones judiciales, se encuentra con obstáculos más complejos y más extendidos que el simple y velado clientelismo político. Los modos y formas de la dependencia de los funcionarios judiciales forman también una estructura compleja que el proceso de reforma judicial no logró todavía afectar con profundidad.

7.4. Otras razones de debilidad (*discriminación, pauperización, condiciones de trabajo, etc.*)

Finalmente, un conjunto de factores, aparentemente menores, completan el cuadro de fragilidad al que están sometidos la gran mayoría de los funcionarios judiciales. El primero de ellos surge de las propias condiciones de trabajo. La sobrecarga de trabajo no sólo produce una grave deficiencia en el servicio, sino que pone a los funcionarios en un alto grado de vulnerabilidad. Ellos, por la misma presión del trabajo, no pueden cumplir siquiera con muchas de las normas que regulan su labor. No pueden asistir a las audiencias, no pueden cumplir con los plazos aunque ellos sean perentorios; no pueden fundamentar precisamente las decisiones, aunque ello las torne inválidas, y no pueden dejar de delegar sus funciones esenciales aunque ello esté expresamente prohibido. Prácticamente ningún funcionario judicial en América Latina y el Caribe —inclusive los miembros de los tribunales superiores— lograría superar positivamente una evaluación

que tomara en cuenta el estricto cumplimiento de la ley. Ello genera debilidad, incertidumbre y temor: en definitiva, dependencia.

Un segundo factor de fragilidad proviene de las propias condiciones económicas a las que están sometidas las instituciones judiciales. No sólo bajos salarios, sino falta de materiales elementales, carencia absoluta de recursos para gastos extraordinarios, etc. Esto no sólo genera problemas en el servicio, sino una cierta situación ya estructural de resignación que se manifiesta, incluso, el escaso uso que muchas veces se hace del presupuesto existente. La debilidad económica, en especial de los tribunales y funcionarios de inferior jerarquía, es también un designio evidente de la falta de relevancia de la función que se traslada fácilmente a la figura del funcionario.

Finalmente, fuertes corrientes de discriminación dentro del sistema judicial: hacia sectores con determinadas ideas, hacia sectores raciales (en aquellos países cuya población tiene un fuerte componente de los pueblos indígenas) e, incluso, religioso. Estos factores de discriminación están íntimamente vinculados a la existencia de los grupos internos, cuyo predominio en épocas o sectores determinados, puede influir en las prácticas de discriminación. Vemos, pues, que si un objetivo importante del proceso de reforma judicial es lograr que los funcionarios judiciales puedan ejercer sus funciones con estabilidad, sin presiones externas, sin asumir compromisos espurios, sin manifestar debilidad sino fortaleza, de modo tal que cada uno pueda desarrollar del mejor modo sus habilidades y conocimientos, sin estar sometido a preocupaciones que nada tienen que ver con su ejercicio profesional, el camino no sólo está en sus etapas iniciales sino que corre el riesgo de no ser recorrido jamás con profundidad. Para hacerlo no basta con declamar la importancia de la independencia judicial y la necesidad de una carrera judicial que asegure los beneficios de la estabilidad y la promoción por mérito. Hace falta asumir la estructura compleja y fuertemente arraigada de la dependencia y sumisión judicial, y atacarlo con diversas acciones, desde diversos ángulos. Pareciera, sin embargo, que la proclamación de la importancia de este tema no ha alcanzado aún una parigal preocupación por la profundidad de las acciones. Sin embargo, el desarrollo de ideas realizado hasta aquí estaría muy incompleto si no se diera cuenta de algunos otros fenómenos que comienzan a influir de un modo decisivo en el problema de los recursos humanos dentro del sistema judicial.

8. Mujeres en el sistema judicial: un equilibrio creciente

El primero de ellos tiene que ver con la modificación de la tradicional exclusión de las mujeres del sistema judicial. Progresivamente se fue modificando esta situación, primero, admitiendo que las mujeres ocuparan puestos de mayor importancia en áreas consideradas de su "natural" incumbencia como son las de familias o menores. Luego, en las defensorías públicas, también por el carácter tutelar de esa función. Sin embargo, el protagonismo de las mujeres en todos los sectores del sistema judicial y, en los últimos años, en puestos importantes dentro de las instituciones judiciales está en aumento. Asimismo la matrícula de las escuelas de derecho muestra un crecimiento notorio de las estudiantes mujeres. No es objeto de este punto analizar las causas del cambio de tendencia, sino reflexionar si ello produce algún impacto dentro del problema de los recursos humanos del sistema judicial y su conversión hacia nuevas prácticas, tal como pretende la reforma judicial.

Sería muy difícil analizar, sin caer en lugares comunes, los efectos de la creciente incorporación de las mujeres en lugares de protagonismo dentro de las instituciones judiciales. Además, ello llevaría a generalizaciones sobre "las mujeres" que suelen ser falsas e irritantes. Lo que aquí interesa es que esa incorporación significa la aparición dentro del sistema judicial de un grupo nuevo y que como tal, por el hecho de ser nuevo, tiene mayores posibilidades de incorporar los nuevos valores y actitudes que pretende el proceso de reforma judicial. Además de ser un grupo nuevo y masivo en algunos sistemas judiciales, se trata de un sector más permeable a comprender las situaciones de vulnerabilidad, ya que él mismo se encuentra en gran medida en una situación de ese tipo. Por lo tanto, los factores de deshumanización pueden tener menor influencia, sin perjuicio de que las condiciones de indeterminación y sumisión, están tan presentes en hombres como en mujeres, ya que provienen del tipo de formación profesional.

Más allá de algunos estudios puntuales sobre este tema, no se ha investigado con profundidad —y, mucho menos aún, debatido— el papel que este nuevo sector puede cumplir dentro de la reconversión de los recursos humanos del sistema judicial. A su vez la reforma judicial, debería aprovechar en términos estratégicos su creciente incorporación y desarrollar mecanismos que mitiguen los reclamos de adaptación hacia él. La adopción de formulas de discriminación positiva en algunos casos (v. gr., cupos reservados en los tribunales

colegiados) puede ser un mecanismo productivo. De todos modos, lo que sí debe quedar claro es que, como todo sector nuevo, tiene potencialidad para ser un factor favorable al cambio, pero nada impide que asuma rápidamente los principios, valores y rutinas de la vieja organización y les dé también un renovado impulso que consolide las viejas estructuras.

9. Rebelión y sumisión: el movimiento asociacionista y la carrera judicial

Taniprimo estaría completo el cuadro si no se destacaran otras actitudes de los operadores del sistema judicial, que día a día toman mayor importancia. Se trata de aquellos funcionarios que asumen el costo de la ruptura con muchos de los valores establecidos por las organizaciones, y llevar adelante su trabajo con independencia de criterio y, muchas veces, con altas cuotas de sacrificio y valentía personal. Estos casos no solo deben ser destacados por su valor personal, sino porque cumplen un papel importante dentro del proceso de cambio.

Por una parte, muchas veces ellos constituyen una muestra de que es posible realizar las tareas de un modo diferente (v. gr., cumpliendo estrictamente las leyes fundamentales) y son un estímulo para sus colegas, en especial los más jóvenes, que pueden entonces resistir mejor el reclamo de adaptación. Otras veces sin embargo, ellos son mostrados o se muestran a sí mismos como una prueba de que no es necesario realizar reformas profundas dentro del sistema judicial, ya que éste puede funcionar de un modo diferente. Es decir, se olvida el carácter excepcional y los costos de una actitud de este tipo.

Generalmente esas actitudes han sido aisladas o asumidas por grupos muy minoritarios dentro de las instituciones judiciales, carentes de mayor apoyo. Sin embargo, ellas han surtido formas asociativas de jueces muy activos. El movimiento de asociación de jueces, es decir, la formación de asociaciones profesionales que representan sus intereses y defienden sus miembros, se ha ido acrecentando en los últimos años. No sólo en cada uno de los países sino a nivel regional (la Federación Latinoamericana de Magistrados, p. ej.) y mundial. Ello representa un cambio importante en la estructura altamente jerarquizada de las instituciones judiciales.

No obstante estas asociaciones todavía enfrentan problemas. En primer lugar, ellas generan en los algunos países cierto rechazo en los tribunales superiores, ya que se las ve como una merma del tradicional poder de

éstos frente a los jueces interiores. Esto se ha intensificado cuando estas organizaciones o un sector de ellas han reclamado una mayor democratización interna del manejo de las instituciones judiciales. En segundo lugar, han encontrado cierta resistencia entre los propios integrantes al asumir otros temas diferentes de los estrictamente gremiales (tales como salarios, etc.) De este modo, ven mermada su capacidad de acción para luchar contra otras formas de dependencia judicial, en especial cuando se trata de formas y estructuras arraigadas. La existencia de sectores minoritarios, pero a veces muy activos (Magistrados para la Democracia, p. ej.) ha servido para dinamizar en su conjunto al movimiento asociacionista, que debe crecer, no obstante en un ambiente bastante generalizado de sumisión a las reglas del control interno verticalizado.

El movimiento de reforma no ha prestado suficiente atención a este fenómeno. Resulta llamativo el hecho de que, si bien se proclama la imprescindible participación de los operadores judiciales en el proceso de cambio, rara vez se apoyan las iniciativas de ellos para mejorar su situación concreta. No sólo estas asociaciones suelen carecer de apoyo de parte de las propias estructuras judiciales, sino que la misma cooperación internacional ha prestado poca atención al movimiento de jueces, mucho menos aún a los sectores que son minoritarios pero adhieren con mayor fuerza al proceso de cambio.

Esta falta de atención debe ser revisada porque se pierde la oportunidad de fortalecer los canales de participación que han surgido de la propia iniciativa. El hecho determinante que hace que los programas de cooperación internacional no les presenten atención es que ellos prefieren establecer vínculos fuertes con los tribunales y autoridades superiores y no generar conflictos con ellos. De este modo, en lugar de fortalecer la independencia judicial y de otros funcionarios y la carrera judicial, se fortalece uno de los mecanismos más fuertes de sometimiento que es el control interno a través de la estructura verticalizada.

10. Los operadores del sistema judicial: entre la parálisis y el estupor

Este cuadro de conjunto genera una situación compleja para los operadores del sistema judicial, que hoy se encuentran tensionados por reclamos difíciles de satisfacer, incongruencias en el diseño de los planes de reforma y

una crisis general que los deja con poco margen de maniobra o directamente paralizados.

Por un lado, existe un reclamo en crecimiento de independencia, capacitación técnica, honestidad y dedicación al trabajo. Sin duda, todos ellos son exigibles a los funcionarios y jueces. Sin embargo, existe también una muy escasa disposición de aceptar las consecuencias de una actuación de este tipo por parte de ellos. Por ejemplo, los medios de comunicación y, a veces, el conjunto de la sociedad, reaccionan de un modo airado cuando un juez sentencia de un modo diverso de la opinión pública, aun cuando no exista ninguna sospecha de venalidad. O se reclama que los funcionarios tengan mayor contacto con la sociedad y luego se critica cuando tratan de hacerlo de un modo masivo.

Por otra parte, las expectativas negativas también han adquirido rigidez y existe poca disposición a reconocer los cambios que se van realizando. Así, pese a los esfuerzos que puedan hacer muchos operadores del sistema judicial sienten que no tienen forma de revertir la imagen negativa, mucho aun cuando un solo caso de corrupción o dependencia vuelve a ratificar esa imagen para todos ellos.

Asimismo, las contradicciones no provienen de la sociedad, sino del interior mismo de las organizaciones y sus autoridades. En muchas ocasiones, por ejemplo, se les pide a los funcionarios una participación directa en los asuntos y que rechacen la delegación de funciones, pero no se modifican las condiciones de sobrecarga de trabajo. O se asumen cambios importantes en las estructuras procesales, pero luego no se hace nada para implementarlas.

Esta contradicción está instalada en los propios programas de cooperación y ayuda internacional que establecen como eje prioritario la independencia judicial pero luego excluyen a los funcionarios de la verdadera gestión de esos programas, que quedan instalados en el nivel de las cúpulas, quienes así ven reforzado su poder. Lo mismo se podría decir de la dirigencia política, que proclama la necesaria fortaleza del sistema judicial pero luego no está dispuesta a aceptar las consecuencias de esa fortaleza; o de los académicos, que sostiene una visión crítica sobre el sistema judicial pero luego mantienen la enseñanza o las estructuras universitarias en la misma situación anterior, sin asumir la influencia de ese sector sobre el funcionamiento de todo el sistema judicial. En fin, ¿qué campo les queda, entonces, a quienes quieren participar del proceso de cambio o, incluso, ser actores relevantes de él? ¿Que es lo que, en realidad y sin hipocresías, se espera de los operadores del sistema judicial?

Estos interrogantes han sumido a muchos funcionarios y jueces en una situación de parálisis que los convierte en espectadores no muy entusiastas del proceso de cambio. A otros los ha llevado a una situación de estupor que, poco a poco, se puede ir convirtiendo en un renovado rechazo a la reforma judicial que ha tenido capacidad para desnudar sus deficiencias, pero todavía no ha diseñado una adecuada participación de esos operadores en los proyectos de reforma.

Todo esto no debe ser tenido como si ellos fueran las víctimas de todo este proceso. Las víctimas son los ciudadanos que por décadas—incluso siglos—no han contado con un sistema judicial eficiente, que resuelva sus problemas más básicos.

Pareciera, entonces que no queda otro camino que asumir estas incongruencias y modificar todas aquellas en las que exista alguna posibilidad de hacerlo. La confianza de la sociedad y la normalización de sus expectativas, por el contrario, requerirá tiempo y buenos resultados del sistema judicial. Pero no debemos olvidar que los ciudadanos siempre han tenido buenas razones para no creer —y hoy para dudar— respecto de sus sistemas judiciales.

11. Primer debate: ¿es necesaria la carrera judicial?

Sobre las bases analizadas en este artículo nace el primer debate sobre este tema. Si entendemos por "carrera judicial" la creación de mecanismos que fortalezcan la independencia, la idoneidad, la dedicación y la honestidad de los funcionarios del sistema judicial, ¿es este el momento de hacerlo? ¿O ello consolidaría las burocracias mezquinas, poco dispuestas al cambio, con altos grados de sumisión, que aprovecharían estos nuevos mecanismos para encerrarse nuevamente sobre sí mismas, sin modificar profundamente su dependencia e inepticia? ¿No es preferible, durante la transición hacia nuevas estructuras judiciales, tener sistemas flexibles, que preparen mejor el ingreso de nuevos funcionarios, que cambien sustancialmente los planteles y avances en el cambio de otras reglas de juego, y que debiliten los reclamos de adaptación?

Para algunos, consolidar a los actuales planteles de funcionarios del sistema judicial equivale prácticamente a condenar a muerte al proceso de reforma judicial, ya que ellos trasladarán las viejas prácticas y rutinas a los sectores que se hayan modificado y serán el principal factor de recomposición del actual sistema. La carrera judicial es un objetivo a construir, pero antes es necesario provocar un cambio importante en las personas, incluso generacional.

Por otra parte, se sostiene que esa posibilidad no sólo entraña graves problemas legales y constitucionales, sino que, en el fondo, tampoco existen en la gran mayoría de los países muchos profesionales de recambio. Además, al conjunto de factores de inestabilidad se sumaría el de una burocracia nueva e inexperta (para otros esto es una virtud no un defecto, ya que pueden asumir con mayor libertad los nuevos valores del sistema) lo que generaría una situación de ineficiencia prolongada inadmisible para las expectativas a corto plazo de la sociedad. Este debate ha influido de un modo muy concreto a la hora de establecer los criterios de selección propios de los nuevos organismos de nombramiento y selección de funcionarios, aunque no se puede decir todavía que exista una tendencia clara en alguno de los dos sentidos.

Este debate se refleja en otro tema, que tiene mayores sustentos teóricos y se ha dado ya en diversas circunstancias. Se trata de la conveniencia de que los jueces sean vitalicios —es decir, conserven su puesto mientras dure su buena conducta— o si ellos deben tener un plazo para el ejercicio de la función. Quienes sostienen la conveniencia del carácter vitalicio señalan que éste es uno de los mecanismos más concretos para que el juez pueda ser independiente, ya que no tiene que establecer contactos con ningún sector. Para los contrarios, la situación es inversa: ella consolida a jueces que ya pueden tener compromisos y estabilidad les permite cumplir con esos compromisos sin que los mecanismos de control puedan efectivamente llegar a evitarlo. En una época donde el sector profesional no se halla preparado para el funcionamiento de los nuevos sistemas, la falta de idoneidad puede ser una hipoteca sobre toda una generación. Existen, sin embargo, posiciones intermedias que proclaman un carácter vitalicio que se adquiere luego de un tiempo (ratificación del parlamento, evaluación del Consejo de la Magistratura, etc.).

También ha aparecido algún debate, aunque sin mayor intensidad, sobre la conveniencia de legitimar el nombramiento de algunos funcionarios del sistema judicial con elecciones populares.

No tanto de la totalidad de ellos sino respecto, por ejemplo, de fiscales, jueces de paz, o municipales. Este debate suele quedar acrapado en categorías generales y, por lo tanto, encuentra argumentos ya agotados sobre la conveniencia de un sistema u otro (como sucede, p. ej., con los jurados). No obstante, si se diversifica el problema y se argumenta de un modo diferente cuando se trata de la elección del fiscal general o de los funcionarios judicia-

los vinculados al poder local o de alguno de los miembros de los consejos de la Magistratura, la discusión adquiere una nueva riqueza. Este debate no ha sido estimulado por el proceso de reforma judicial, que ha puesto más énfasis en los aspectos técnicos y éticos de las magistraturas. Sin embargo, contiene una gran riqueza de matices y vuelve a introducir, saramente, el problema de la legitimidad de las funciones judiciales.

12. Segundo debate: el papel de los operadores del sistema judicial en los procesos de reforma

El segundo debate, cuya importancia y límites quedan más claros en este punto, se relaciona con la importancia de la variable de los recursos humanos en el proceso de cambio. Para algunos, ella es la principal y determinante, ya que todos los otros cambios serán puestos en marcha por hombres y mujeres concretos, que si no modifican sus patrones de conducta, volverán ilusiones las innovaciones. Por lo tanto, el problema y la solución es básicamente un problema de personas. Si ellas no cambian su "mentalidad" entonces no habrá reforma judicial.

Desde otros sectores se contesta sosteniendo que nadie desconoce la importancia de esta dimensión, pero las personas actúan en organizaciones complejas y deben cumplir reglas, rutinas y adoptar valores que no son emanación de su propia y exclusiva personalidad. El proclamado cambio de "mentalidad" que es una realidad netamente subjetiva—no se dará por una reconversión de estilo religioso a los valores de la reforma judicial. Lo que debe cambiar son los modos de interacción entre los sujetos y las reglas que regulan o influyen de muchas maneras en esa interacción. A su vez, el contexto organizacional actúa como la matriz básica de tipo cultural que cubre todas las interacciones personales dentro del sistema judicial. Por ello la dimensión de los recursos humanos es incapaz por sí sola de producir algún cambio ya que resulta altamente dependiente de patrones culturales y organizacionales muy rígidos, que moldean la "mentalidad" en el proceso de adaptación.

Se han buscado fórmulas de armonización ya que existe consenso acerca de que, de todos modos, la actuación sobre el recurso humano es siempre relevante. Sin embargo, a la hora de definir estrategias, que a su vez influyen de un modo directo sobre las prioridades y sobre el uso de los recursos, este debate reaparece en su versión más lineal. No se ha encontrado todavía una fórmula de

consenso que permita integrar de un modo armónico estas dos visiones y, mucho menos aún, se han logrado acuerdos en el plano estratégico.

La falta de resolución de este debate es otro de los factores que contribuye a dejar poco clara la expectativa de participación de los operadores del sistema judicial en los procesos de cambio. O se espera todo de ellos (y esto se constituye en una pesada carga) o les corresponde una cuota en el cambio que nadie ha logrado explicar con precisión. Dada la enorme importancia que este punto tiene sobre el diseño de los planes de reforma y las ambigüedades que los propios programas de cooperación tienen al respecto, se hace necesario ahondar una discusión que desde hace tiempo ha quedado anclada en sus términos originales.

13. Tercer debate: ¿han funcionado las escuelas judiciales?

Pareciera que si se reconoce de un modo unánime la importancia de la variable de los recursos humanos en el proceso de cambio y, además, se recomienda generalmente una modificación estructural y profunda del sistema judicial, la rápida creación de modelos intensivos de capacitación y su organización e institucionalización en escuelas judiciales debería haber sido una prioridad del proceso de cambio o, por lo menos, ya deberían existir modelos y resultados concretos para evaluar con profundidad. Lo importante es destacar que en el mundo actual, teniendo en cuenta la experiencia de muchos países, la escuela judicial surge como la alternativa más seria y de mayores posibilidades para ir en busca de un más eficiente e idóneo servicio de justicia. Según Néstor Pedro Sagüés, en un proceso de mejoramiento de las técnicas sobre la materia, la escuela judicial está llamada a desempeñar un papel decisivo, casi imprescindible, "sea como mecanismo de selección, centro formativo y de entrenamiento de los futuros jueces, o como ente de perfeccionamiento profesional, su implementación —en un mundo jurídico cada vez más complejo y especializado— vendría a ser necesaria".² Contra estos argumentos hay quienes opinan que esta tarea que se pretende encomendar a las "escuelas judiciales" es una función que compete a las universidades.

² FERRERASOLLA, Antonio: "Escuela judicial", en *Señales sobre sistemas de mejoramiento y producción de magistrados judiciales y del Ministerio Público* (Asunción del Paraguay, 1993), pp. 21-24.

El tema de las escuelas judiciales ha estado presente desde el inicio de los distintos procesos de reforma judicial. Se han invertido sumas considerables, se han establecido contactos con otros países que cuentan con sistemas probados, se han estudiado los distintos modelos, pero todavía las expectativas puestas en las escuelas judiciales no se han satisfecho, ni por su adopción masiva —como era de esperar— ni por su calidad —como es imprescindible—. No es éste el lugar para analizar las razones para ello, sino para rescatar el debate que estos relativamente escasos resultados han reavivado.

De algún modo, este debate es tributario del anterior, aunque tiene unos puntos específicos. En primer lugar, para algunos, las escuelas judiciales no han dado el resultado esperado porque el problema central se halla en la formación profesional básica que imparten las escuelas de leyes y ellas prácticamente no han hecho modificaciones acordes con el proceso de reforma judicial. Es más, la necesidad de creación de estas escuelas reside, muchas veces, en la ausencia de cursos en las facultades de derecho relacionados con la práctica y función judicial. De este modo se pretende especializar a quien no tiene elementos básicos. Se busca construir el techo de la casa antes que sus cimientos. Sólo se deben utilizar los recursos en llevar adelante programas de capacitación de emergencia, para evitar la inmediata distorsión de las nuevas instituciones y concentrar esfuerzos en la reforma de la enseñanza básica de la profesión, asumiéndola como un tema prioritario del proceso de reforma.

Desde otras opiniones se contesta que, si bien es cierta la crítica de la enseñanza profesional básica —que en algunos países se agrava por las deficiencias de los otros niveles de la educación— y se reconoce la necesidad del cambio en las universidades, postergar el tema de la capacitación permanente o subordinar a ello la creación de las escuelas judiciales, introduciría unos plazos y otros problemas que finalmente paralizarían los cambios en uno y en otro nivel. Lo que se debe hacer es asumir estas deficiencias, tratar de repararlas mediante planes de nivelación o buscar algún tipo de integración con las universidades (ya sea en el nivel del posgrado o en los tramos finales de la carrera) que permita, si no solucionar el problema, paliarlo hasta que la universidad reaccione y haga su propio proceso de cambio.

Una segunda dimensión de este debate señala que en realidad los resultados, menores a los esperados, tienen que ver con el hecho de que se ha puesto más énfasis en la creación de estructuras que en el desarrollo de pla-

nes de capacitación. La estructura de la escuela judicial podrá ser necesaria pero lo importante en momentos de transición es el desarrollo de amplios y generosos planes de capacitación, que rápidamente les den a los operadores judiciales herramientas para manejarse en las nuevas situaciones. El pensamiento centrado en la estructura de la escuela judicial ha impedido que se diseñen planes de capacitación más creativos y diversificados, más amables para los operadores judiciales y con mayor capacidad para recoger una rápida experiencia del ensayo y el error.

Se contesta a esta posición que lo peor que le podría suceder al proceso de cambio es realizar planes de capacitación intensos pero espasmódicos. Además, la asimilación de nuevos conocimientos, el desarrollo de nuevas actitudes y la maduración de los nuevos roles reclaman permanencia y estabilidad en los planes de capacitación. Ello se logra mediante la creación de instituciones que asuman esta tarea de un modo permanente, en especial cuando las instituciones judiciales son todavía propensas a dejar de lado las tareas de capacitación o a realizarlas exclusivamente cuando tienen apoyo de la cooperación internacional.

14. Cuarto debate: evaluación del trabajo e independencia judicial

Otro conjunto de discusiones gira alrededor del problema del control y la supervisión del trabajo de los jueces y del modo de organizar a quienes deben realizarlo.

Para algunos, el estado de corrupción, falta de idoneidad y compromiso con sectores políticos del sistema judicial es tan grande, que todos los cambios podrían ser afectados si no se realiza una política fuerte de control interno. Mucho más cuando en proceso de transición los efectos de los casos de deshonestidad o falta de idoneidad manifiestas producen efectos, tanto al exterior como al interior. Al exterior, porque la sospecha se extiende a la totalidad de los funcionarios y demora el aumento de credibilidad que necesita con urgencia el sistema judicial, entre otras cosas para repotenciar y darle sustentabilidad al propio proceso de cambio. Al interior, porque la impunidad genera en estos casos un gran desaliento, mucho más aún cuando se proclaman épocas fundadas en nuevos valores o se exigen mayores sacrificios a los operadores judiciales. La independencia judicial no puede ser un privilegio que ampare al funcionario corrupto o incapaz.

Se contesta esta argumentación señalando que si bien es cierta la importancia de evitar estrictamente casos de este tipo, las variables para controlar esa situación o provocar el efecto deseado son otras, muy distintas de una política de control interno fuerte. Por ejemplo, la publicidad de los juicios y otras etapas del proceso, los cambios organizacionales que quiten las oportunidades de corrupción, el mayor rigor en el nombramiento, etc. Las políticas de control interno fuerte suelen ser centralizadas y dependientes de alguna de las autoridades superiores de la institución, lo que aumenta la situación de temor y dependencia, que es una de las causas de los problemas que se quiere evitar.

Además, suele ocurrir con demasiada frecuencia que estos sistemas de control interno son utilizados por los litigantes para extorsionar a los jueces —muchas veces a los jueces más independientes— o son manipulados por las distintas familias o tribus judiciales para ganar espacios en las instituciones. De una forma u otra, es una política de dudosa eficacia, contradictoria y siempre peligrosa.

Finalmente se discute, desde otra perspectiva, si ese control debe ser el resultado de la adopción de determinados valores morales sin los cuales todo mecanismo institucional fracasa irremediabilmente. Se contesta que sin menospreciar la importancia de las reglas éticas que regulan los distintos oficios jurídicos y las necesidades de establecer su contenido y educar en ellas el problema del control de la corrupción y la falta de idoneidad tiene raíces tan complejas que no pueden ser resueltas por la moral. No basta con capacitar a nuestros funcionarios en el aspecto técnico. Debemos diseñar y lograr un nuevo perfil para los custodios de los bienes y servicios de la república, agentes que trabajen y participen con una nueva mentalidad, aplicando los sistemas de valores complementarios: unos muy prácticos, que obliguen a trabajar de forma rápida y diligente, y otros de amplia responsabilidad social, que eviten el abuso del poder conferido por la investidura de un cargo público. En otras palabras, un primer nivel de exigencias que prevengan atrasos en los servicios y propicien el desarrollo; y un segundo nivel de exigencias que, utilizando diferentes mecanismos, permitan al funcionario actuar correctamente evitando delitos o abusos que generen desconfianza en él o en el sistema. No es posible dignificar la posición del burócrata judicial o ejecutivo sin darle seguridad, mediante un servicio civil o una carrera judicial adecuada y efectiva. Es necesario que el funcionario se considere seguro para que pueda dar seguridad. El funcionario debe ser capacitado, no en materia de moral,

sino en cuanto al conocimiento de los reglamentos disciplinarios, al conocimiento de sus sistemas de promoción, conocimiento de las características del trabajo dentro de un grupo, dentro de una secuencia interdependiente, dentro de una sociedad. La seguridad que se procura nunca se podrá conseguir sin un cambio en nuestro funcionario público (privado) en estas dos dimensiones. Se trata, antes bien, de un problema político, institucional, organizacional y de base cultural, que excede las posibilidades de la ética.

15. La relación entre la capacidad personal y el sistema organizativo

El conjunto de problemas, situaciones y debates que giran alrededor del papel que deben desempeñar los hombres y las mujeres del sistema judicial nos muestra una estructura compleja, que todavía no ha sido estudiada con profundidad y que se agrava de un modo notorio en aquellos países que adolecen de una mayor pobreza u debilidad institucional.

Asimismo, las expectativas que el proceso de reforma judicial en la región ha puesto en ese papel, con las variaciones que hemos reseñado, son siempre muy grandes, sin que ello haya significado mayor claridad ni en el plano conceptual ni en el estratégico ni, mucho menos aún, en las acciones concretas que se han llevado a cabo hasta ahora.

Se suele señalar la existencia de muchas actividades de capacitación como un signo de avance del proceso de reforma. Sin embargo, pocas veces se evalúa el impacto real de esas actividades o su sustentabilidad.

Se debe llamar la atención sobre los efectos negativos que un activismo superficial y acrítico, muy frecuente en este campo, puede tener sobre el conjunto del proceso de cambio. Diseñar planes de capacitación sobre bases más firmes, provocar un debate profundo —especialmente al interior de las instituciones judiciales— sobre el nuevo papel, las expectativas y las posibilidades concretas de aporte de los operadores judiciales es un camino que todavía debe ser recorrido con mayor firmeza.

Ni siquiera se ha llegado a lo que podríamos denominar el *punto de arranque* de una verdadera redefinición del papel de los operadores judiciales en los nuevos sistemas. Es decir, lograr que las organizaciones no sólo sean claras en definir el perfil del buen funcionario, sino que lo ayuden realmente a serlo. Todavía el contexto organizacional empuja con fuerza al funcionario a ser un operador mediocre —que pasa desapercibido— o francamente malo —cuyos réditos suelen

ser más altos—. Poner a las organizaciones judiciales en ese punto de arranque no solucionará la gran mayoría de los problemas, pero permitirá *construir una plataforma institucional para realzar la variable personal* y que ésta no quede atrapada por estructuras y patrones que lo acastran irremediablemente a la masificación y el anonimato. Las instituciones judiciales han sido crueles con sus propios miembros y han ahogado su capacidad personal (salvo, claro está, quienes tienen especiales condiciones de resistencia); por ello, la tarea prioritaria es modificar ese funcionamiento institucional para que desde allí comience a gestarse un nuevo papel para las mujeres y hombres de esas instituciones.

Los planes de capacitación que no asumen este contexto o las escuelas judiciales que se integran a él —y, a veces, rápidamente repotencian la voracidad y crueldad de estas organizaciones— sin tomar en cuenta el apoyo personalizado que deben brindar a los buenos funcionarios, no sólo consolidan uno de los peores males del sistema judicial, sino que nos dejan sin instrumentos imprescindibles para el desarrollo de la reforma judicial.

16. El problema del mal juez: responsabilidad del sistema judicial y control externo

Pero así como no se ha resuelto el problema del buen funcionario y de cómo *liberar y potenciar su participación personal y su influencia en el sistema judicial*, tampoco se ha avanzado demasiado en la neutralización del mal funcionario.

En este sentido, las instituciones judiciales todavía conservan innumerables recovecos y pliegues que permiten al mal funcionario esconderse y pasar desapercibido, mucho más aún en el marco de organizaciones que, en líneas generales, sospechan de quien sale de lo común (reclamo de adaptación).

Por ello, todavía es muy grande la responsabilidad de las estructuras organizativas en la existencia de funcionarios malos o francamente corruptos. Ellas todavía los encubren, los protegen y les brindan casi "en bandeja", las oportunidades de sacar provecho de su acusación y permanecer impunes. Por ello, trabajar sobre ese contexto organizacional, volverlo transparente, abrir las puertas del sistema judicial a otros sectores, establecer una relación no traumática con los medios de comunicación, etc., son caminos que todavía no se han explorado suficientemente como formas de poner en evidencia el mal

funcionario. Se ha confiado excesivamente en los métodos de vigilancia personal, sin tomar en cuenta que la organización compartía en gran medida las responsabilidades por la mala actuación de esos funcionarios.

Ello no significa que se deba prescindir de todo tipo de control interno. Al contrario, en el marco de estas imprescindibles modificaciones estructurales y de la apertura y transparencia del sistema judicial, se pueden potenciar las formas de control interno. Pero para ello no sólo se necesita un buen cuerpo de supervisores o inspectores, sino, antes que nada, el establecimiento de reglas claras sobre los criterios de evaluación y sobre las formas y procedimiento para evaluar, con un especial cuidado en no convertir estos sistemas en formas de extorsión o desencadenar políticas de terrorismo interno.

La creación de instancias de evaluación y control disciplinario autónomas que no dependan de las autoridades superiores, aparece como un camino que todavía debe ser explorado con mayor fuerza. Además, estas instancias autónomas de control, evaluación y disciplina deben estar al servicio del proceso interno de democratización del sistema judicial (según las características propias de cada una de las instituciones) que no sólo servirá para evitar la manipulación de los sistemas centralizados, sino para generar un mayor compromiso de todos los niveles de la institución con el control de gestión.

La rápida y superficial adopción de la idea de que una política fuerte de control interno asegura sin más que no existir jueces corruptos o ineptos, la persistencia de políticas autoritarias que proclaman "mano dura" no sólo para toda la sociedad, sino también al interior del sistema judicial, o la adopción por sectores proclives al cambio de fórmulas de despotismo ilustrado con similares cuotas de concentración de poder, son factores importantes que han impedido resolver el problema de un adecuado control del proceso de reforma judicial para detectar los defectos provenientes de la actuación personal y ajustar las nuevas instituciones.

17. Importancia y límites de la formación: la necesidad de una trama abierta y compleja

El desarrollo de este artículo ha estado orientado a mostrar, por una parte, la importancia que, en más o menos, todos los sectores reconocen a la dimensión de los recursos humanos en el proceso de cambio. Mucho más aún en

una región que parte de planteles de funcionarios con graves defectos de formación y compromiso con los principales valores del sistema judicial.

Sin embargo, por otra parte, se ha señalado con insistencia que, pese a este reconocimiento, los frutos que han dado hasta ahora los programas de capacitación en general y la creación de escuelas judiciales no son tan importantes como se esperaba o como necesita el proceso de cambio. Esto suele quedar encubierto tras el activismo y el entusiasmo que genera el hecho indudable de que se ha avanzado en este campo y hoy las instituciones están dispuestas a realizar actividades que antes no admitían.

Se ha destacado, asimismo, que esta importancia no puede significar que la variable de los recursos humanos puede resolver por sí misma los graves problemas de los sistemas judiciales de la región. Al contrario, sostener esa forma de reduccionismo ha sido uno de los obstáculos importantes a vencer, porque esa visión suele ir acompañada de una actitud escéptica sobre la posibilidad del cambio de "mentalidad" de los operadores judiciales.

Por último, hemos visto cómo los integrantes de las instituciones judiciales se encuentran ante una situación compleja, novedosa, atravesada por grandes expectativas y viejas limitaciones, frases grandilocuentes y realidades mezquinas, grandes esperanzas y frustraciones cotidianas, agravada esta situación por las ambigüedades y contradicciones de los programas de reforma y de la propia cooperación internacional en este campo.

Frente a este cuadro es difícil sostener una sola idea o una sola estrategia. Más bien, se debe dar respuesta a esa complejidad con soluciones también complejas y de trama abierta, que permitan diversificar e intensificar acciones idóneas tanto para capacitar a los funcionarios judiciales como para liberar las energías de quienes tienen mucho que aportar al proceso de cambio. Además, una trama abierta y compleja permite aprender del ensayo y del error inevitable. El conceptualismo o una discusión cerrada de modelos puede ser en esta área mucho más contraproducente que en otras.

Ello no significa abandonar una consideración estratégica, olvidando que los recursos son siempre escasos y las prioridades ineludibles. Desde esa perspectiva, volver a pensar las escuelas judiciales no tanto como estructuras rígidas, administradoras de la formación en organizaciones estabilizadas, sino como centros con capacidad estratégica, íntimamente vinculadas al proceso de cambio, administrando esta trama abierta de actividades y manteniendo la

capacidad para aprender y darle sustentabilidad a estos programas para que no caigan en el olvido institucional, puede ser un camino más productivo que el recorrido hasta ahora. Lo cierto es que la gravedad del problema y su influencia en todos los sectores de la reforma judicial obligan a repensar lo hecho hasta el presente, analizar sus resultados y proyectar acciones más decididas hacia el futuro para lograr, finalmente, que los sistemas judiciales cuenten con una nueva generación de hombres y mujeres, dispuestos no sólo a mejorar cualitativamente el servicio judicial, sino a cargar sobre sus hombros una parte importante del mismo proceso de transformación.

¿DE UNA FACULTAD DE DERECHO HACIA UNA FACHHOCHSCHULE CON NOCIONES BÁSICAS DE DERECHO?

Hans Peter Bull**

La llamada reforma de la formación jurídica programada para el año entrante introducirá algunos cambios respecto de la organización de la carrera y las prácticas profesionales, pero pocos en relación con las dificultades básicas que aquejan al sistema educativo. La crítica debe ser más profunda. Las facultades de derecho, sobre todo, deben reflexionar sobre aquello que otorga a la jurisprudencia calidad de ciencia.

I. ¿Una ley para la "reforma" de la formación jurídica?

La Cámara de Diputados alemana (*Bundestag*) aprobó el 21 de marzo de 2002 una "Ley de reforma de la formación jurídica" y el Senado (*Bundesrat*) dio asimismo su aprobación a dicha ley el 26 de abril de 2002, la cual se espera entrará en vigencia el 1 de julio de 2003.¹ Esta ley no introduce una verdadera reorganización, sino que remedia ciertos síntomas por medio de la reforma de algunos aspectos vinculados con la organización del estudio y del sistema de prácticas profesionales (*Referendariat*), principalmente, a pedido de las Asociaciones Profesionales de Abogados. Transfiere parte del primer examen de estado a las facultades, pero no se sabe qué efectos tendrá este cambio en la conducta de los estudiantes. La calidad de la formación jurídica no se verá mayormente beneficiada, ya que esta reforma no contradice a las principales tendencias que intentan

* Véase las "Fachhochschulen" son un tipo de centro de estudios superiores especialmente alemán. Su oferta educativa se concentra en los campos de ingeniería, economía, sociología, diseño y agricultura. La enseñanza está básicamente orientada hacia la práctica.

** El presente artículo contiene el discurso de despedida, ligeramente modificado, pronunciado por su autor el día 20 de junio de 2002 en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Hamburgo. Fue publicado originalmente en: Bull, Hans Peter, *Von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur Fachhochschule für Rechtskunde* (Juristische Zeitschrift, 112), 20 (2002), págs. 977-981. Las ediciones españolas a cargo de la autora fueron para traducir este artículo y publicarlo en esta revista.

La traducción fue realizada por los alumnos de I y II año de la carrera de Traductor Público de Alemán en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires: Ana Paula Sabe la, Sebastián Binner, Carolina Leone, Pamela Kurland, Jacqueline Schreier, Ingrid Van Nuylen. Coordinación y supervisión: Laura Elbert. Traducción de los latínidos de Traducción e Interpretación: Evelyn Gál en idioma alemán.

** Hans Peter Bull es Doctor y Profesor de Derecho en la Universidad de Hamburgo.

¹ BG Drz 299/02, publicada entre otras con fecha 1 de junio de 2002 (BGBl. I, 2002).

reducir los elementos centrales de la formación científica en favor de consideraciones de aparente eficiencia. Más bien fomentará una evolución errónea o como lo describe *Hans Albrecht Hesse* "una mecanización del estudio".

Las falencias del sistema de formación actual no pueden eliminarse mediante una nueva elaboración de los contenidos de los planes de estudio o la reforma de las etapas de prácticas (*Referendia*). Quien desee mejorar con profundidad la formación jurídica, debería analizar en primer lugar el papel de la ciencia jurídica y de la teoría del derecho y definir los objetivos perseguidos. En este sentido, se aplican también a este tema las palabras pronunciadas por *Harmut von Hentig* en relación con el debate sobre el futuro de la escuela: deberíamos "primero preguntarnos que queremos y luego reflexionar sobre cómo llevarlo a cabo", ya que después del programa de Pisa⁴, todos hablamos directamente de medidas, estructuras y objetivos a organizar, olvidándonos mutuamente que tipo de enseñanza cada uno tiene en mente, aun cuando las propuestas para mejorarla sean similares.⁵

Durante la fase de reforma a fines de los años sesenta y comienzos de los setenta se analizaron las cuestiones principales referentes a la relación existente entre derecho y sociedad de un modo fructífero y digno de ser tenido en consideración.⁴ Esta línea de discusión fue interrumpida posteriormente con la incorporación de los modelos piloto (absolutamente exitosos) de un único nivel de formación jurídica.⁵ Se pretende reanudar el antiguo debate a través de las siguientes preguntas relativas a la situación actual de las ciencias jurídicas, la práctica del derecho y la teoría del derecho.

² Hans Albrecht: Hrsg. 1/2002, 044, 56a, 5.

■ No c) se entiende por "Pisa" un programa de intercambio de alumnos de escuelas secundarias en diversas asignaturas a lo largo de la historia contemporánea israelí.

⁸ Hartmut von Hentze, *Fingert das Tragheitsgesetz*, publicado no diario *Süddeutsche Zeitung* em 14 de maio de 2002.

[illegible]

¹ Vorse: Hans Peter: 3. u. 4. Hamburgs "Mumpi". Analyse einer intertextuellen rhätorischen Produktions- und Rezeptionsgeschichte. In: *Journal of German Studies* 27 (1992), S. 225-235.

Nos preguntamos entonces: ¿Qué es el derecho (como objeto de la práctica y la teoría), de dónde proviene y que puede brindarnos? ¿Qué son las ciencias jurídicas y qué deben comprender? ¿Qué exigencias plantea la sociedad al derecho y a los juristas? Pocas veces se discuten estas preguntas durante el período de formación de los abogados y rara vez se responden. Tampoco pretendo responder hoy a todas ellas, pero quisiera proponer alguna tesis que tal vez pueda esclarecer, según mi opinión, de qué se trata y de qué debería tratarse.

II. Objeto y metas de las ciencias jurídicas y la teoría del derecho

1. El derecho no es un ordenamiento dado en forma natural o de origen divino, sino un ordenamiento creado por nosotros mismos y que debe ser recreado constantemente. En su génesis influyen innumerables fuerzas de diversa naturaleza y con intereses divergentes, y es por eso que nunca estará exento de contradicciones. El derecho determina o rige la conducta de los seres humanos sólo en parte; por lo general otorga un marco amplio y poco actualizado para las acciones humanas, que a su vez están determinadas individualmente por diversos motivos e impulsos.

2. La ciencia jurídica y la teoría del derecho trabajan con textos jurídicos y atraen continuamente la atención de los estudiantes y practicantes hacia dichos textos. Sin embargo, los textos no logran abarcar la totalidad del contenido del derecho y, sobre todo, su efecto y su significado para la práctica (es decir, la práctica social, económica y política, incluso entre las prácticas sociales la esfera de la formación de la conciencia de los individuos y grupos). En sentido global, las ciencias jurídicas son necesariamente más que el conocimiento de las normas y la aplicación metodológica de textos normativos. A ellas pertenecen sobre todo la teoría del derecho (inclusive la teoría económica del derecho), la sociología del derecho, la historia del derecho y la filosofía del derecho.

3. La sociedad espera de los juristas con justa razón no sólo el conocimiento preciso de los textos normativos y de las principales normas auxiliares, apoyadas por la jurisprudencia y la doctrina, sino ante todo la capacidad de resolver los conflictos de acuerdo con un proceso ordenado y de elaborar soluciones legales sólidas y viables que sean social, económica y políticamente aceptables. Para

expresados sobre la formación jurídica en una "última etapa de formación teórica" (como base para una futura reforma pendiente) se encuentran en: *Guías en Hong Kong, Tailandia, Viet Nam, Laos y Camboya* (Oñederra) / *Justizministerium - Europa, 1999*.

lograr dicha aptitud en su nivel máximo, es necesario contar con un extenso estudio científico, así como también con una formación práctica exigente.

De acuerdo con ello, la amplia formación científica de los futuros juristas supone mucho más que lo que actualmente comprenden los estudios universitarios y el servicio de prácticas profesionales. Sobre todo es necesario para la instrucción de los futuros juristas la toma de conciencia acerca del desarrollo histórico del derecho vigente, sus efectos económicos y elementos ideológicos. Únicamente sobre una base semejante puede desarrollarse el *sensio valorativo* (*Wertgefühl*) que se espera de un jurista por sobre todo conocimiento. En otras palabras, el objetivo no es sólo el conocimiento del derecho sino que va más allá de eso y comprende sobre todo la *conciencia jurídica* (*Rechtsbewusstsein*).

4. Es poco razonable pretender que los graduados dominen determinados roles profesionales. Como objeto de la formación jurídico-científica se requiere del conocimiento de los principales campos de acción pero no el ejercicio de la totalidad de las habilidades prácticas necesarias para dichos campos. En cambio, debe exigirse seguridad metódica en la interpretación y aplicación del derecho y gente. Es precisamente dicha seguridad la que debe ser ejercitada de manera intensa y ejemplarizadora, de forma tal que comprenda todos los roles profesionales. Todo estudio jurídico exitoso, de ser posible, evitaría emplear a egresados que hayan seguido la especialización judicial, aún cuando sean especialmente distinguidos en sus estudios, y daría preferencia a los egresados "formados para el ejercicio profesional", aún cuando sus calificaciones fuesen inferiores. Asimismo, se espera que los abogados hayan aprendido a pensar como jueces y los jueces como abogados. El esquema de pensamiento para la aplicación del derecho coincide, sin embargo, en los aspectos decisivos, ya sea que se trate de derecho civil, penal o administrativo.

Insisto: no tiene sentido querer transmitirle a todos los estudiantes las capacidades adicionales específicas de la profesión, cuando en realidad podrán adquirirlas desempeñando la profesión. Sin embargo, lo que sí tiene sentido es lo que exige el artículo 5 a párrafo 3 inciso de la Ley de Jueces de Alemania (DRiG), que establece la necesidad de incluir lo más tempranamente posible en el estudio requisitos claves como capacidad de negociación, oratoria, retórica, resolución de conflictos, mediación, técnicas de indagatoria y capacidad de comunicación necesarias para una práctica jurisprudencial.

de administración de justicia y de asesoramiento jurídico. Lo que no se puede esperar, es que los recién graduados ya las dominen.

5. Sin embargo algunos se conforman —en concordancia con una parte de la opinión pública— con el hecho que se formen abogados que en su mayoría crezcan asesoramiento jurídico y creen derecho (*Rechtsgestaltung*) de una manera rutinaria y esquemática, es decir, haciendo el seguimiento de causas, sin reparar en reflexiones críticas y análisis de los resultados. Esta forma rutinaria de "producción" del derecho es suficiente para la resolución de tareas recurrentes y cotidianas, y satisface por lo general los intereses económicos de los clientes. Para la Administración Pública esta forma de aplicación del derecho era considerada anteriormente como característica de los egresados de las *Fachhochschulen* (y durante mucho tiempo distinguió el estilo del personal administrativo general superior).⁶ Entre tanto aumentaron también allí las exigencias y muchas *Fachhochschulen* con orientación en administración buscan obtener una formación más científica para sus estudiantes.⁷

Como un objetivo limitado puede utilizarse el término "conocimientos básicos del derecho". Quien se conforma con este objetivo de enseñanza reducido, anteriormente descrito, relaciona esto en muchos casos con la exigencia que implica delegar la formación de juristas promedio a las *Fachhochschulen*. En el caso de que se delegue la formación promedio a las *Fachhochschulen*, las universidades quedarán únicamente a cargo de la formación de juristas con capacidad de argumentar en forma científico-crítica e independiente, quienes tendrán a su cargo la tarea encomendada por la sociedad de continuar con el desarrollo del derecho. Existen indicios de que ya está en marcha una división de la formación jurídica. Dudo que debamos celebrar esto. Una descarga de las facultades sería bienvenida ¿pero sería bueno para la práctica, el hecho de que la mayoría de los abogados no reciba una formación universitaria? ¿Acaso no se requiere también para la resolución diaria de litigios y para la creación jurídica de un pensamiento creativo y no esquemático? De realizarse esta división, se daría la siguiente situación: al dividirse la comunidad jurídica habría resoluciones calificadas en la esfera superior, mientras que en las esferas inferiores se cometerían injusticias que deberían ser aceptadas.

⁶ Comparese con la ingeniosa sátira de Eugen Kisch, *Die Kriminalliteratur*, págs. 173 y ss.

⁷ También Hans Albrecht Hoyer hace alusión al motivo acercamiento entre *Fachhochschulen* y universidades (1972/1973, págs. 179ff).

III. Hacia el real estado de la formación jurídica

¿Cómo debe juzgarse el verdadero estado de la formación jurídica frente a este trasfondo? ¿Que consecuencias tienen las exigencias descriptas a derecho y a la ciencia jurídica para las facultades de derecho y para nosotros, los profesores?

1. Uno de los clichés más comunes es que la formación jurídica padece un exceso de teoría o un alejamiento de la práctica. Pero más bien diría que adolece mucho más de una desvalorización de la teoría y de una exageración de supuestos elementos prácticos, que padece un sobrepeso de rutinas y reglas del oficio y que en lugar de fomentar una metodología adecuada, genera una aplicación esquemática e irreflexiva del derecho.

Una de las causas podría ser, que no tenemos en claro cuáles son los objetivos que debe perseguir el estudio. ¿Que queremos realmente? ¿Queremos que muchos estudiantes logren buenas calificaciones en los exámenes a corto plazo o queremos plantear una oferta altamente calificada? Por cierto, estos objetivos son casi incompatibles. La financiación estatal de los establecimientos terciarios y universitarios debe otorgarse según los logros producidos por la investigación y la enseñanza (Art. 5 pág. 1 de la Ley Marco para la Enseñanza Universitaria-HRC). ¿Pero qué significa esto? ¿Qué compromisos debemos tomar? ¿Qué facultad o qué departamento de especialización se animaría a difundir que realiza una selección elitista y haría publicidad "en forma arrogante" con el hecho de que su alumnado tiene una permanencia comparativamente más larga o una cuota de deserciones comparativamente más alta que otras universidades⁶, como propone Hans Albrecht bromeando sarcásticamente?⁷

2. La formación se guía en gran medida por prácticas y reglamentos de examen y no por los objetivos de conocimiento y calificación de las ciencias jurídicas y la teoría del derecho (pese a que están previstos en las leyes referentes a la formación jurídica). Los requisitos de examen no son formulados y divulgados exclusivamente por los profesores y los evaluadores (estatales y universitarios), sino también y en gran medida, por los tutores privados (*Repetitoren*).⁸ Estos viven de poner énfasis en las dificultades que enfrentarán los estudiantes y sus promesas de ayuda para sortearlas. Pero a la vez, sólo

⁶ *Winnig* 304 (2005).

⁷ Véase el espectro de instrucciones privadas que preparan a los estudiantes para rendir el primer y segundo examen de estado.

ponen énfasis en aquellos obstáculos que pueden ser sorteados por el estudiante promedio o mediocre con ayuda de los tutores privados (*Repetitoren*), a saber, temas de relleno teórico, sutilezas de la jurisprudencia, litigios caballos de batalla de los examinadores, etc. Como consecuencia de la organización forzosa de su oferta no pueden transmitir las habilidades fundamentales que hemos descrito como necesarias, tales como la capacidad de argumentación, la seguridad metodológica, la "sensibilidad jurídica" (*juridus*) y demás elementos empíricos, sociales o filosóficos de las ciencias jurídicas antes mencionados. Los tutores privados (*Repetitoren*) brindan a los estudiantes una seguridad aparente y se limitan a ayudar a los de nivel promedio a aprobar el examen con notas apenas suficientes y a los estudiantes con mayor capacidad, a concentrarse en la preparación de examen. Pero no brindan más que eso.⁴

3. En vista de la competencia que existe con los tutores privados (*Repetitoren*), ante la cual las facultades se sienten expuestas, las exigencias para el examen, tal como son percibidas por los estudiantes, tienen muchas o más bien demasiadas posibilidades de imponerse. Nosotros, los profesores universitarios, hemos adaptado gran parte de nuestra actividad profesional a las imposiciones ajenas y somos conscientes de haber renunciado a la calidad científica de nuestro trabajo en las clases. Recurrimos con frecuencia a la esquematización (por ejemplo, para hacer justicia al popular reclamo de "visualización"), simplificamos muchas cosas y complicamos otras. "Adiestramos" a los estudiantes en el lenguaje⁵ y los socializamos de un modo no poco problemático.⁶ Con frecuencia se presenta una enorme contradicción entre las clases sobre conocimientos básicos del derecho —que es lo que efectivamente brindamos— y las ambiciones científicas a las que se apunta en la investigación. La unión de investigación y enseñanza que profesamos por motivos convincentes, es muchas veces en verdad tan sólo una "calle de mano única". Las inquietudes que surgen de las innumerables preguntas de los estudiantes forman parte de nuestros trabajos de publicación, pero ¿contamos acaso con suficientes opor-

⁴ Véase la investigación de Basler, M., *Das Studium der Rechtswissenschaft. Eine Fachmethodographie des systematischen Rechts* (Ministerio Federal de Educación e Investigación)⁷, págs. 314 y 315; con Peter J. Turner en NWB 1991, 319; Hans-Peter Bui, ZRP 2000, págs. 426 y s. así como también "la observación de Christoph Bursche en Jura 2002, págs. 376 "quien predica que sobre todo con ciertos miembros especiales se puede seguramente aprobar un examen oficial jur. dich. actua de manera negligente".

⁵ Gerhard Bräuer, *Fachsprachenerwerb, sprachliche Orientierung und verdeckte Wertungen in der deutschen Juristenausbildung*, en: Ulrike von Zitzewitz (ed.), *Sprache und Recht* 2002, págs. 154 y 161.

⁶ Asimismo, entre otros, Hans-Erich Tiedt, *Juristenausbildung heute*, 1979.

tunidades como para comentar los resultados de nuestra reflexión en clase? Hemos incorporado la importancia del examen como lineamiento para la selección del material y, al introducir una mínima reflexión personal en clase, corremos el riesgo de que los estudiantes creen que desconocemos la opinión dominante. Según se dice, en tales casos los tutores privados (*Repetitoren*) afirman: ¡el profesor X no lo sabe!

4. Aplicar el derecho siempre implica tratar con hechos reales. Sin embargo, en muchas ocasiones, los juristas le "temen al empirismo". Con justa razón nos jactamos de que no sólo discutimos la doctrina, sino también casos concretos de la vida real que ya fueron juzgados. Pero estos casos no son la vida real. Extraemos de ellos, según nuestros conocimientos, las cuestiones jurídicas esenciales, pero no solemos analizar en profundidad los hechos reales. Nos dedicamos a tratar las preguntas jurídicas y los hechos poco comunes, que con seguridad deben ser muy ajenos a los estudiantes y que nunca se les hubieran ocurrido. Preferimos ocuparnos de problemas jurídicos de gran complejidad que del esclarecimiento, por lo general simple, de las circunstancias reales, esto es, solemos resolver cuestiones que, ante un examen riguroso de la realidad, no podrían existir. Tal vez sería también importante explicar el origen de algunas normas jurídicas y cómo se lleva a cabo la resolución cotidiana, habitual y pacífica de tareas sociales, económicas y políticas. Con este énfasis distinto podría ordenarse la búsqueda de alternativas no necesariamente jurídicas. Cuando en muchas ocasiones la queja se orienta hacia la falta de capacidad que tienen nuestros estudiantes para crear derecho (*Rechtsgestaltung*) sin duda esto también es consecuencia de una valoración errónea de los hechos y la evaluación jurídica de los mismos.

Con seguridad esto tiene que ver con el tradicional "exceso de judicialidad" (*Justizlastigkeit*) en la formación de los abogados. Pero si eliminamos esto y hacemos hincapié en la perspectiva del abogado, tampoco se resolvería el problema con una modificación de los contenidos de estudio y de las distintas etapas del periodo de prácticas. Más bien deberemos comenzar por establecer una relación equilibrada entre la problemática real y su evaluación jurídica. Sin embargo, el tan deseado conocimiento del hombre y de la vida es imposible de transmitir en la enseñanza académica, pero no por ello debemos evitar complementar la enseñanza de contenidos con los conocimientos personales que, de acuerdo con el sentido original de nuestra profesión, es lo que nos distingue como profesores.

5. También deberíamos prestar más atención a las críticas que formulan quienes ejercen la profesión a nuestros "productos". Cuando, por ejemplo, los jueces o abogados que tienen a su cargo la formación práctica de los estudiantes recomiendan una y otra vez a los practicantes "que en primer lugar olviden todo lo aprendido en la universidad", debemos interpretar que la esencia de este discurso arrogante radica en que, en la enseñanza académica, dejamos demasiado de lado el contexto de la aplicación del derecho, y por ejemplo, no discutimos en profundidad los obstáculos que dificultan una aplicación "pura", consecuente y obligatoria de las normas jurídicas.

Con todo esto ni siquiera estoy pensando en incluir o hasta integrar conocimientos de la sociología en las deducciones jurídicas.¹⁴ Para ello seguramente se requeriría de un curso aparte. Mas bien, estoy pensando en las conclusiones simples que pueden extraerse de los diarios o de la televisión, siempre y cuando se escuche y se observe con la debida atención. Por ejemplo, he notado numerosas veces que los estudiantes de abogacía desconocen la importancia económica y las variables financieras de los negocios jurídicos y de los procedimientos administrativos, ignoran por ejemplo, las inquietudes de los locatarios con respecto a los gastos adicionales y las de los adquirentes de inmuebles para vivienda con respecto a la financiación de la operación, y no saben, cuales son los organismos responsables de otorgar jubilaciones o asistencia social. El estudiante promedio de abogacía no se interesa por los distintos tipos de impuestos existentes (y menos le interesa aún de qué forma se puede anorrar en el pago de los mismos mediante una elección inteligente de formas jurídicas y societarias). Los juristas prefieren discutir en forma intensiva el concepto de democracia, pero desconocen cómo el estado y las municipalidades logran financiar sus tareas. Prefiero no tocar el tema que tiene que ver con la alarmante ignorancia que los estudiantes evidencian en historia general alemana, europea y universal, en historia del derecho e historia constitucional.

Hago especial hincapié en estas falencias debido a que los actuales "reformadores" precisamente no lo hacen. Nadie se atreverá a afirmar que a través de una prolongación de tres a seis meses del período de prácticas se

¹⁴ Ver en especial Wolfgang Herrmann-Rim: *Zur Verwendungsmöglichkeit der Sozialwissenschaften für die Juristenausbildung*, en: *Gesellschaftswissenschaften und Recht* (nota al pie N° 6) pag. 109 y ss. con otras citas. También vale la pena leer el aporte de Bernd Herrmann: *Die Rechtsausbildung, deren Reform und der Juristenberuf*, ibidem pag. 23 y ss., en especial pag. 26 y ss. (visión crítica sobre los representantes de la "autonomía jurídica").

podrán subsanar estas deficiencias de contenido. No obstante, los buenos abogados justamente se distinguen por tener un mayor grado de conocimientos del tipo exigido en este escrito.

Por lo demás, también es necesario un cambio de mentalidad en nuestros colegas. Si bien es cierto que el pensamiento jurídico solo puede adquirirse y entrenarse mediante casos y preceptos legales concretos, la elección de estos, que se realiza únicamente en virtud del grado de importancia dogmática, trae como consecuencia que la búsqueda de dimensiones sociales, económicas y políticas de los problemas jurídicos se relegue a un segundo plano. Algunos colegas hasta se refusan a incluir temas de utilidad práctica en la formación del abogado. Considero que esto es lamentable.

6. Pero en el plano "estrictamente jurídico" de nuestra formación, los resultados distan bastante de ser optimos. Reconozco que a veces he sido impaciente y hasta quizás irguisto, pero las argumentaciones jurídicas poco calificadas que he tenido que leer en trabajos prácticos, parciales y trabajos de examen durante el transcurso de los años, me han conmovido. Pese a que varios egresados de un nivel promedio, han llenado muchas páginas de sus trabajos con citas de leyes, jurisprudencia y bibliografía, por lo general en una forma coherente, he notado que lo que falta en gran parte de los trabajos es calidad en la argumentación. Evidentemente, lo que muchos de los estudiantes no han logrado, es transferir a los nuevos casos que se les presentan, el modelo de pensamiento conocido. Pero justamente, esta capacidad para *transferir* los argumentos más importantes a los hechos que se presentan, es un objetivo esencial de las clases e indispensable para "el estudio a través de ejemplos" dentro del marco metodológico de estudio de casos, pero aparentemente es muy poco ejercitado. En muy pocos casos se observan comparaciones y sobre todo reflexiones orgánicas que generen diferentes interpretaciones jurídicas. Las posibilidades que resultarían de realizar *comparaciones jurídicas* son apenas utilizadas en la práctica.

7. Lo más lamentable, es la notable ausencia de reflexiones que planteen si las soluciones propuestas se aproximan al ideal de *justicia*.¹² Pese a lo cierto de la aseveración de que nosotros como juristas somos incapaces de garantizar la

¹² Véase el título llamativo del ensayo de Uwe Werr, en el diario *Die Zeit* del 10-01-1980, pág. 54: *Gerechtigkeit kommt nicht dran*.

justicia, no podemos dejar la búsqueda de ella en manos de los filósofos. La materia filosofía del derecho es optativa; no podría ser de otro modo si se pretende estudiarla en un nivel superior. Sin embargo, ésta debería constituir la base de cada práctica jurídica, siempre presente en la conciencia y servir al menos el efecto de servir como una instancia de control. Realmente ignoro de qué manera podríamos mejorar este aspecto. En el campo del derecho público utilizamos la fórmula mágica de la proporcionalidad, pero generalmente esto ocurre hoy de una forma tan esquemática como la subsunción de un hecho a una norma condicional.

8. Con ello llego al aspecto más delicado del tema: los elementos ideológicos en las ciencias jurídicas y en la práctica del Derecho. También debemos volver a formularnos siempre esta pregunta: ¿Hasta qué punto las ciencias jurídicas son una ciencia jurídica de justificación, o sea, un esquema de pensamiento, que (por lo menos en parte) se basa sobre impresiones erróneas de la realidad social y ayuda a justificarla? ¿Hasta qué punto legítimamos como juristas relaciones, que bajo una mirada diferente aparecerían como injustas? En reiteradas oportunidades se ha constatado que los juristas no solo seguimos ideas sino ideologías. La pregunta puede ser en todo caso: ¿qué tan fuerte es la influencia de las representaciones ideológicas?

Por cierto, quien considere que el estado de las cosas en general es correcto, va a rechazar esta pregunta, y sería injusto discutirle las buenas intenciones a todos los que opinan de ese modo. Pero no deberíamos ir por el mundo "con ojos ingenuos", sino identificar los peligros que amenazan por todos lados. Existen formas inofensivas de transfiguración ideológica o distorsión del sistema jurídico, pienso en la frecuente *confusión de normas y realidad*, que casi representa un vicio de la profesión de algunos juristas. A través de numerosas normas jurídicas se alude a menudo a la cooperación, lealtad y confianza, mientras que en el mundo de los negocios y de la economía se practica lo contrario. La práctica se encarga rápidamente de corregir ese alejamiento de la realidad.

Pero mucho más peligroso aun resulta el encubrimiento de las relaciones de poder, por ejemplo, mediante la remisión a los principios del derecho, que por buenas razones aparecen limitados en las normas concretas. La libertad contractual, la autonomía de la voluntad y la competencia son adecuadas y virtuosas como puntos de partida de la legislación y como líneas de interpretación ante preguntas abiertas, pero en la medida en que sean utilizadas por el mismo legis-

El nuevo sistema de rendimiento por puntaje de nuestra facultad de Hamburgo representa un gran progreso y puede llegar a influenciar positivamente los hábitos de estudio. No comparto la opinión¹⁹ de que tengamos que renunciar a todo tipo de examen final semestral, la "transformación co. tipo de enseñanza en un régimen de tipo escolar" más exactamente, un plan de estudios adaptado al rendimiento posible y obligatorio para todos los participantes, con numerosas posibilidades de revisión del propio rendimiento se requiere urgentemente en miras al gran número de estudiantes, y no necesariamente implicará que baje la calidad de la oferta, sino que genera mediante una organización adecuada, el espacio necesario para que existan los "verdaderos" elementos científicos del estudio. Con esto no quiero decir que los estudiantes de bajo nivel deban ser "evaluados" y "excluidos" lo antes posible. Si esto se convirtiera en una pauta de nivel, se destruirían los últimos restos de un estudio académico.

3. El material de enseñanza y de examen debe ser sin duda organizado nuevamente (aun cuando esto no pueda conformar la etapa decisiva de la reforma, como dije al principio). Por un lado, la formación de las materias obligatorias correspondientes a las tres ramas jurídicas principales²⁰ es suficiente para la actividad profesional y, por otro lado, el material debe reducirse de manera clara. Los elementos innecesarios (aquellos que ya están enunciados) deben ser reemplazados por los que faltan. No es posible discutir este tema de manera adecuada en esta oportunidad, por lo que me limitaré a dar el primer paso. En mi opinión, mientras que en el derecho civil debería profundizarse el derecho procesal en las materias obligatorias y reducirse la parte especial sin dejar espacios libres, la formación jurídica penal para el ejercicio profesional del juez penalista no es suficiente, debido a que el sistema de sanciones y los conocimientos criminológicos y criminalísticos no son lo suficientemente tratados. A su vez, la formación jurídica administrativa descuida de manera crítica hasta el momento campos esenciales de la práctica como por ejemplo, la teoría de la organización, el sistema financiero y la organización del personal.²¹

Tal vez en un par de años haya que pensar en tantas totalmente nuevas. Hoy en día los límites de las "materias básicas" en derecho son confluentes. Los

¹⁹ Hans Albrecht Hesse, *ZWR* 2000, pag. 230 y ss.

²⁰ JN e T. se refiere a las materias de derecho público, de derecho privado y de derecho penal.

²¹ Comparese con mi ponencia titulada *Das Dilemma der juristischen Verwaltungsausbildung*, en: Hans Peter Bull (editor), *Verwaltungslehre in Hamburg*, 2000 (próximamente será incluida en las publicaciones jurídicas de la Universidad de Hamburgo).

ámbitos problemáticos importantes sólo pueden ser tratados traspasando estos límites. Es posible que en un tiempo no muy lejano la división en tres grandes ramas ya no sea defendible. Philip Kunig constató correctamente que "las ciencias jurídicas deberían recordar que se aplican a todo el derecho y no sólo a aspectos individuales. Solo entonces se consideran jurisprudencia".⁴¹ Kunig exige de manera expresa a las universidades para la enseñanza del derecho "trabajar sobre los fundamentos, y realizar una observación cooperativa del derecho desde el punto de vista de las distintas disciplinas individuales, para evitar la falta de comunicación entre aquellos que se ocupan del derecho".⁴²

4. Hay algo que no podremos lograr y por eso debemos dejar de hacer el intento: darles a los estudiantes, por medio de una taxativa descripción de los temas, la tan buscada seguridad de que este o aquel tema "no entrará en el examen." En la discusión acerca del contenido de los exámenes,⁴³ el intento de algunos ha llegado tan lejos, que llegan a afirmar que habría que definir los artículos que deben ser objeto de examen, mientras que otros deberían ser excluidos. También esto debería brindar en todos los casos una falsa seguridad: un examinador medianamente hábil puede detectar puntos débiles en los conocimientos de cada postulante y profundizar en éstos hasta que los candidatos que están siendo examinados confiesen no tener nada más que decir, pero afortunadamente estos examinadores son poco frecuentes y los integrantes del jurado estarían atentos a que se examine, en vez de conocimientos de detalles, la capacidad argumentativa jurídica, el saber de las distintas ramas, la capacidad de transferir conocimientos y el empleo de normas jurídicas que le son desconocidas.

5. Por otra parte, yo tampoco soy de la opinión de que los estudiantes deberían recibir el material de lectura fragmentado en pequeñas partes y con un fin determinado. Cuando los colegas intentan limitar la bibliografía a lo "indispensable" o indican el volumen de las lecturas esperables en números de páginas,⁴⁴ se equivocan en dos aspectos: por un lado, que no existe un canon de conocimientos "indispensables"⁴⁵ y, por el otro, porque una cierta *redundancia*

⁴¹ Philip Kunig, *Verfassungsrecht und einfaches Recht* en: *KJZ* 1981, 61, 2001, págs. 34 y 35, págs. 73 y 5.

⁴² Kunig, en el lugar citado.

⁴³ *Vgl. über alle Prüfungsgegenstände der Ersten juristischen Staatsprüfung v. 1997/1998* (UmbG 98), págs. 173).

⁴⁴ Como, por ejemplo, Jürgen Schwab, *JZ* 2000, págs. 32 y 33, quien parte de la incorrecta premisa de que "los temas indicados por el jurado en la bibliografía deberán "ser leídos en su totalidad" por los estudiantes (pág. 32).

⁴⁵ Al igual que Hans Adhrent, *HRR*, *JZ* 2000, págs. 309 y 35.

del material de lectura y enseñanza no sólo es inofensiva sino que además constituye una condición para el éxito del estudio: nadie aprende de un modo totalmente sistemático y lógico, sino que cada estudiante se vale de diversas asociaciones, de ejemplos y conexiones y hasta las vueltas o equivocaciones tienen una función didáctica. Hay que rodear a un objeto una y otra vez antes de poder "atraparlo".

También es importante que la mayor parte de las lecturas puedan elegirse libremente. Esta selección independiente de entre los numerosos puntos de vista y posiciones, y solo ella, abre el camino para que el estudiante genere su propia opinión, de una explicación argumentada, y evite la repetición indiscutida de puntos de vista ajenos aparentemente válidos. Por este motivo nunca será posible (ni tendrá sentido) exigir a los estudiantes y candidatos el dominio de determinados contenidos "seguros" y la renuncia anticipada a otros.¹⁶

6. Un punto de partida correcto para una reforma sería que el "examen de los temas principales" se delegue a las facultades y se considere como una parte no poco importante (el 30%) de la nota del examen final estatal (Párrafo 5d, punto 2, pág. 3, Ley de Jueces de Alemania - DRiG). De ese modo se justificaría entonces la posibilidad de conservar la calidad científica de la formación en este sector y todos sabemos que la capacitación en los temas principales tiene efectos positivos sobre la capacitación en las materias obligatorias.

Por el contrario, es evidente que la *eliminación de los trabajos domiciliarios*¹⁷ en el área de las materias obligatorias, tal como se está analizando ahora también en Hamburgo, refuerza la tendencia a otorgar un tratamiento rutinario y superficial a las cuestiones de derecho. Así no puede elevarse la calidad de la formación. ¿Cómo pueden resolverse preguntas de ponderación, de cierta complejidad bajo la presión del examen con una argumentación acorde al caso? Los resultados obtenidos en los exámenes hasta el presente son más que claros. Aunque la totalidad de los juristas al sur de Main y también algunos del norte se quejen, yo afirmo lo siguiente: Es incorrecto renunciar precisamente a la parte del examen en la que los candidatos tienen la oportunidad de demostrar su capacidad de trabajo científico.

¹⁶ Sin embargo según Schwabe (nota al pie N.º 24), pág. 31: por ejemplo, "las páginas numeradas" deberían ser suficientes para el derecho administrativo general.

¹⁷ (N.º 1: trabajo domiciliario (Hausarbeiten)) son trabajos de elaboración y razonamiento de temas específicos que luego son calificados por los profesores.

Aun cuando en el caso de los trabajos domiciliarios exista un mayor riesgo de engaño y estos representen una carga mayor para los examinadores y las oficinas de exámenes, es incorrecto preparar los exámenes sobre la base de las probabilidades de engaño; y los costos y el despliegue que suponen los exámenes bien preparados "resultan" de todos modos reductibles para la Justicia, los Abogados y la Administración. La consecuencia de limitar la evaluación al contenido de los parciales será que los futuros empleadores confiarán más en su propio proceso de selección que en los resultados de los exámenes oficiales. Ello no perjudicará necesariamente al graduado promedio sino, sobre todo, a los más capacitados científicamente.

7 Sin embargo espero efectos definitivamente positivos de la *internacionalización de la formación*.¹⁷ La influencia de otras culturas jurídicas, la observación de escalas de valores ajenas puede flexibilizar nuestros métodos de formación y mejorar sus contenidos. La competencia entre los distintos sistemas de formación no necesita actuar de ningún modo en detrimento del *sistema alemán*, al respecto circulan diferentes consideraciones exageradas y equivocadas. Sin embargo estoy seguro que una mirada que llegue más allá de nuestras fronteras producirá efectos positivos sobre la manera en la que abordamos nuestro propio ordenamiento jurídico y se lo transmitimos a los estudiantes. En el marco de esta competencia podemos reconocer los aspectos positivos de nuestro sistema jurídico y cuánto más podremos comparar los distintos sistemas en cuanto a su contenido tanto mejor será la calidad de la argumentación. Pero de ningún modo se debe dirigir exclusivamente la mirada hacia el derecho económico. Sin economía todo es nada, pero no todo es economía.

Tal vez al final algunos de nuestros críticos se dar cuenta de que las ciencias jurídicas no tienen por qué ser complicadas, entrecruzadas e inentendibles sino que pueden realmente ser sinónimo de simplicidad, utilidad y claridad y en el mejor de los casos arrojar resultados que sean aceptados como justos.

¹⁷ En relación con este tema, ver Hans-Jürgen Schmitz, *Zunehmende „schwierigkeit“* (A2 v. 21. 11. 1995), pag. 10.

DERECHO DE LA EDUCACIÓN*

Miguel Ángel CIURO CALDANI**

A) Ideas básicas. Las ramas del mundo jurídico, sus autonomías y complejidad. El Derecho de la Educación

Una de las derivaciones a nuestro parecer indeseables de la sujeción de la doctrina exegética a la legislación codificada ha sido el impulso dado a la compartimentalización de los estudios de Derecho en materias "estancas" que al fin asfixian el desenvolvimiento de la vida jurídica toda. Desde la compartimentalización legislativa que confunde autonomías con independencias se ha proyectado la compartimentalización radical en otras áreas de autonomía, sea ésta judicial, administrativa, científica, docente o pedagógica.¹ Los esfuerzos de quienes siguiendo las sendas preferidas por Savigny han pretendido referir la doctrina más a la realidad y menos a la legislación, no han tenido el éxito deseado. La fuerza de la comprensión sistemática, en gran medida promovida por la "teoría pura", el marxismo, el "estructuralismo", etc., no ha conseguido superar esos recortes que hacen de las obras doctrinarias y del proceso educativo una yuxtaposición de áreas aisladas. Es más, pese a sus efectos benéficos no del todo suficientemente aprovechados, el propio desarrollo de "partes generales" de las ramas jurídicas ha contribuido a la cristalización. Por otro lado, la misma posibilidad totalizadora de la teoría pura brinda una visión de conjunto, pero sumamente limitada, en el reconocimiento de las diversidades en las ramas jurídicas porque ante la lógica todos los sectores se presentan en gran medida indiferenciados.

Podría decirse que una *complejidad impura* de los contenidos jurídicos, previa a la codificación, fue superada en múltiples *simplicidades puras*

* Ideas básicas de una exposición del autor en el Área de Derecho de la Educación del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Eticidad Snc a de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Aportes para la fundamentación de un *Programa de Actualización y Profundización en Derecho de la Educación*.

** Director de Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UBA. Investigador de CONICET. Homenaje del autor a la memoria de Lucia Caldani de Ciuro, en el octogésimo aniversario de su nacimiento en la dicencia 1924-2004.

¹ Cabe en nuestro estudio "La autonomía del mundo jurídico y de sus ramas", en "Ensayos de Filosofía Jurídica y Filosofía Política". Rosario, Fundarwin para los Investigadores Jurídicos, n.º 11, 1982, págs. 174 y ss. "también es posible" "Reflexiones sobre Derecho, Educación y Ciencia", en "Teos", n.º 29, págs. 117 y ss.

que separaron las materias, pero ahora es imprescindible referirse a una *complejidad pura*.²

Hace cuarenta años quedamos firmemente interesados en la comprensión de la razón de ser de las "autonomías" de las ramas del mundo jurídico, comprendiéndolas como partes de un complejo en el que muestran su profundidad y su vitalidad. El integrativismo tridimensionalista de la *teoría trialista del mundo jurídico* comenzó a ser nos entonces de gran utilidad.

El "trialismo" presenta al objeto de la ciencia jurídica como un conjunto de repartos de lo que favorece al ser y la vida ("potencia" e "impotencia"), captados por normas y valorados. Los repartos y las normas por la justicia (tal vez, con más precisión, por un complejo de valores culminante en la justicia).³ Aunque a diferencia de Werner Goldschmidt, el fundador del trialismo, no nos ocupamos de lo que el Derecho sea, sino de lo que *construimos* como tal, consideramos que la propuesta trialista es satisfactoria de lo que nos interesa tratar con carácter jurídico. Tampoco acompañamos al fundador del trialismo en la afirmación de la objetividad de la justicia, pero proponemos construir un principio supremo que requiere adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse en plenitud, para hacerse "persona".

En su rica diversidad de despliegues, el trialismo permite apreciar distintas particularidades como *ramas del Derecho*, y en tal sentido en aquella época tratamos la autonomía material del Derecho Internacional Privado. La remitimos a caracteres específicos en lo sociológico, lo normológico y lo axiológico, que culminan en la exigencia de justicia de respeto al elemento extranjero en cuanto se muestre especialmente débil.⁴ En última instancia, todas las ramas del mundo jurídico nos parecieron caracterizadas —con *autono-*

² La asunción de la complejidad es una de los grandes desafíos de nuestro tiempo (es posible v. por ej. Bocchi, Gianluca - Curi, Mauro (comp.), *La sfida della complessità*, traducciones de Gianluca Bocchi y Maria Maddalena Ricci, 10ª ed., Milan: Feltrinelli, 1997; Curo Caspani, Miguel Angel, *El trialismo. Filosofía jurídica de la complejidad pura*, en *El Derecho* 1. 136, págs. 884 y ss.) Además, en cuanto al pensamiento complejo, es posible v. por ej. Mink, Edgar, *La méthode*, du Seuil.

³ Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. Guzmán-Far, Werner, "Introducción al Derecho", 6ª ed., 3ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987; Curo Caspani, Miguel Angel, "Derecho y política" Bs. As., 1976, "Estudios de Filosofía", 1. 136, págs. 884 y ss.; "La conjuntura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000. En cuanto a la necesidad de integrar el pensamiento jurídico, cabe recordar por ej. Luhmann, Kar. N., "El Derecho y las ciencias sociales, especialmente la Sociología", trad. E. Veruñtaloans, reced. en *Academia*, 1. 1, págs. 99 y ss.

⁴ Cabe c. nuestro estudio "El Derecho Internacional Privado, rama del mundo jurídico" Rosario, 1965.

mía dentro de él (no en independencia)— por el requerimiento valorativo de soluciones especiales.

2. La consideración del conjunto de las ramas jurídicas permite reconocer posibilidades *estratégicas*⁶ y comprender las relaciones del Derecho con otras áreas de la cultura, como la economía, la ciencia, la técnica, la religión, la educación, etc. Importa desenvolver la Teoría General del Derecho no solo como teoría de lo común, sino de lo "abarcativo" de todas las ramas, quizás valga referirse a una realidad total en el "Derecho de la Cultura".⁷

En esta complejidad pura resulta evidente la necesidad de nuevas perspectivas de desarrollo del pensamiento jurídico que no ignoren las existentes, pero las enriquezcan. En el sentido de superar la compartimentalización, además de la consideración del todo del complejo jurídico es relevante referirse a enfoques "transversales", que rescaten la plenitud del tratamiento de despliegues muy significativos de la vida hoy sometidos a tratamientos fracturados, como la salud, el arte, la ciencia y la técnica y la educación, desarrollando el Derecho de la Salud, el Derecho del Arte, el Derecho de la Ciencia y la Técnica y el Derecho de la Educación.⁸

Los planteos respectivos han de desplegarse profundizando en las respectivas nociones de Derecho y de salud, arte, ciencia y técnica, educación, etc., que deben brindar distintos resultados en la construcción de las jurisdicciones parciales respectivas. Aunque en gran medida la construcción del Derecho de la Educación depende de las nociones de Derecho y de Educación que se construyan, creemos que tiene numerosas particularidades que lo dife-

⁶ Pueden ver nuestros artículos "La teoría General del Derecho, supuesto de la estrategia y táctica jurídicas" en "Investigación y Docencia", N° 34, págs. 25/6, "Aportes para el desenvolvimiento del principio de razonabilidad en el Derecho Privado desde la comprensión de la decisión y la estrategia", en "Investigación y Doc.", N° 33, págs. 9/17, "Nuevamente sobre la estrategia jurídica (con especial referencia a la necesidad de su enseñanza de grado en las Facultades de Derecho)", "Investigación y Doc.", N° 35, págs. 20/30.

⁷ Es posible ver, en nuestras "Vinculaciones de Teoría General del Derecho", en "Investigación y Doc.", N° 32, págs. 21/6, también, en colaboración con Ariel Azar, Harini E. Cervera, Carlos A. Hirszen, Alejandro Aldo Muñoz, Alfredo M. Solís y Jorge Stuenkel "Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho" en "El Derecho", t. 150, págs. 834 y ss.

Asumimos pueden ver nuestras "Bases jurídico-sociológicas del Derecho de la Cultura", Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

⁸ Actualmente de las tres áreas, en definitiva, el Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires cuenta ya con un Programa de Actualización y Perfeccionamiento en Derecho de la Salud y un Programa de Actualización y Perfeccionamiento en Derecho del Arte y Legislación Cultural. Se considera, asimismo, la preparación de un Proyecto de Actualización y Perfeccionamiento en Derecho y Física de la Ciencia y la Técnica.

rencia de lo administrativo, comercial, procesal, etc. en general, sea en lo normativo, lo sociológico y lo axiológico, culminando en una particular exigencia: la *protección del educando*.⁸

3. No obstante lo mucho que se debate y vale debatir sobre la noción de educación y sin desconocer que ésta varía según el momento y el lugar, en afinidad con el pensamiento de la modernidad representado por ejemplo, de distintas maneras, por Rousseau, Kant, Pestalozzi, Froebel, Dewey, etc., creemos que ella ha de referirse al despliegue de las potencialidades del educando, pudiéramos afirmar v. gr., con Kant, que educar es desarrollar en el ser humano toda la perfección de que su "naturaleza" es capaz.⁹

El educando es un ser especialmente débil en el diálogo intergeneracional: un ser que es generalmente educado por personas "del pasado" para vivir un mundo "del porvenir". Es cierto, que no hay que desconocer los intereses de los educadores y del resto de la sociedad, también susceptibles de ser agredidos en un insatisfactorio despliegue de la educación, y que las particularidades del Derecho de la Educación dependen de los niveles, del espacio, del tiempo, de las personas, etc., pero consideramos que la especificidad del fenómeno jurídico educativo nace en gran medida de la debilidad del educando.

La condición jurídica particular de la educación hace que, por ejemplo, el cierre de una escuela no pueda ser equiparado al de cualquier oficina administrativa o de cualquier empresa. La quiebra de una empresa educativa no es una quiebra común. La preservación del proceso educativo requiere soluciones especiales.

En la riqueza del planteo trialista se puede coincidir con las numerosas corrientes que afirman que la educación y el Derecho confluyen, por distintos medios, en muchos logros comunes.¹⁰ Ha llegado a decirse que lo que no obtiene

⁸ Es relevante que la educación sea tratada en un conjunto de disciplinas que abarcan la Filosofía de la Educación, la Antropología de la Educación, la Sociología de la Educación, la Historia de la Educación, la Economía de la Educación, la Psicología Educativa, la Pedagogía, la Didáctica, el Diseño Curricular, la Administración Educativa, etc. Incluyendo asimismo, como señalamos en el texto, el Derecho de la Educación. Puede v. por ej. Antonomía universitaria y financiamiento: Derecho de la educación y de la autonomía, José María Serna de la Garza - Gabriela Ríos Graisales, <http://www.biblio.unidice.org/licitos/licitos.htm?libro=157&cap=2&posicion=relacionconel libro+cabeo,> v. gr. <http://www.planetadoc.com/misboletines/boletines/boletines613.pdf>, 19-21-2002.

⁹ Es posible v. por ej. Leventicos, Educación e Instrucción, ¿Una cuestión de nombres?, En: J. Leventicos, <http://www.leventicos.org/articulos/educa/educa1220041>.

¹⁰ Puede v. correlación con el tema por ej. Durkheim, Karl, "El Derecho como hecho", trad. Dr. José Julio Santa Pinter, Bs. As. Depalma 1959, págs. 166 y ss.

la educación se busca por la autoridad del Derecho. Hay que educar para el Derecho y desarrollar el Derecho como medio de educación y el Derecho de la Educación. No es por azar que "El Contrato Social" y el "Emilio" de Rousseau fueron publicados en abril y mayo del mismo año de 1762.¹

Creemos relevante entender al fenómeno educativo también como un fenómeno jurídico, el mundo educativo puede ser comprendido como una perspectiva del mundo jurídico, el acto educativo es un acto jurídico. Educar es repartir "potencia" e "impotencia". Como reparto, el acto educativo es referible por normas y los repartos y las normas de la educación son valorados por un complejo de valores que, en la perspectiva jurídica, culminan en la justicia. Es más: en un desdoblamiento dialéctico puede decirse que el mundo educativo resulta un conjunto de actos educativos captados por construcciones lógicas y valorados (los actos y las captaciones) por la expansión de los valores que conducen al desarrollo del individuo en su plenitud, como persona.

4. A semejanza de lo que ocurre con la educación en el complejo de la cultura toda, el Derecho de la Educación posee alta significación en el complejo jurídico. En tiempos muy remotos se afirmaba ya que el primer objeto de un legislador ha de ser la educación.² Cada complejo jurídico, diverso en el espacio, el tiempo, las personas y la materia, es a su vez reconocible según su Derecho de la Educación.

Si bien siempre es una realidad que las partes y el todo son recíprocamente esclarecidos, en el caso de Derecho de la Educación el papel de la parte respecto del complejo jurídico es muy destacado. Esto se hace particularmente notorio en países como el nuestro, que uno de los sectores de su cultura – sobre todo en el enfoque de Sarantó y Avelarreda, pero – en gran medida a través del Derecho de la Educación.³

Biographieonline.fr, Jean Jacques Rousseau, <http://biographieonline.fr/biographie.htm?Biol21935&biographie-jean-jacques-rousseau>, 18-12-2004

² Latham, <http://www.jurixonline.org/pensamiento/educacion.htm>, 11-12-2004

³ Es posible en nuestros estudios "Bases filosóficas del Derecho de la Cultura", Foras o "Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997: "La existencia de la conciencia jurídica y política argentina", en "Revista de la Universidad de Buenos Aires", publicación de homenaje al profesor Raúl B. Elsa, vol. VI, page 29 y ss., "Bases culturales del Derecho argentino", en "Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 27, págs. 134-136

B) El Derecho de la Educación en sus despliegues justafilosóficos

a) Dimensión sociológica

5. Según ya señalamos, el integrativismo trialista sitúa la dimensión sociológica como un marco de adjudicaciones de lo que favorece o perjudica al ser y especialmente a la vida, en particular la vida humana (potencia e impotencia). En un lugar central ubica a las adjudicaciones que provienen de la conducción de seres humanos determinables (repartos) y en la periferia sitúa a las adjudicaciones que con relativa espontaneidad provienen de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar (distribuciones). Es cierto que mucho se puede discutir acerca de la existencia de la conducta, en cuanto ésta supone una elección libre entre diversas posibilidades, pero creemos que es relevante construir un concepto de libertad.

En el caso del Derecho de la Educación, resulta interesante saber en qué medida entendemos que ésta se desenvuelve mediante repartos (conducción de seres humanos determinables) y cuánto se considera que es al menos condicionada por la espontaneidad de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar. Mucho depende de la "naturaleza" que se atribuya al educando: varía por ejemplo según se piense que el hombre "es" bueno o malo. Otro gran interrogante se refiere a determinar, en cuanto al Derecho de la Educación, el grado de conducción que se pretenderá, en relación con las distribuciones que corresponden a un espacio de espontaneidad.

Dada la gran significación específica de la educación, la conducción y la espontaneidad con referencia a ella son distintas de las que pueden producirse, por ejemplo, en cualquier ámbito administrativo, comercial, procesal, etc. Conducir una institución educativa es diferente de hacerlo con cualquier institución administrativa o comercial.

6. Los repartos pueden "analizarse" en cuanto a quiénes reparten (conducen, son "repartidores"), quiénes reciben (son recipiendarios, beneficiados o gravados), qué se adjudica (cuál es el objeto), cuál es el camino previo elegido para llegar al reparto (forma) y cuales son las razones (móviles, razones alegadas y razones sociales). Es relevante comprender que estas realidades pueden ser muy diversas de las que indican las normas. Ese análisis es muy significativo en el Derecho de la Educación, pues la trascendencia de la tarea requiere reconocer con claridad cómo se desenvuelve el proceso educativo en todas sus manifestaciones.

La noción de repartidor en el Derecho de la Educación permite advertir que sus conductores pueden no ser precisamente los mismos que los Indicados en las normas, por ejemplo, por la intervención de la conducción de sujetos con poder económico que, incluso desde el marco de las finanzas internacionales, se imponen de modo relativamente oratio a los conductores más "educativos" (educadores en sentido estricto, autoridades administrativas de la educación, empresarios de la educación, etc.). Los recipiendarios de la educación forman un ámbito de sujetos no sólo beneficiados sino también gravados que tiene su núcleo en los "educandos" y los educadores, pero los excede ampliamente, proyectándose al fin con claridad a todos los integrantes de la sociedad pasada, presentes y futuros. La educación es una cuestión "social".

Un tema de gran significación es el de las potencias e impotencias, los despliegues favorables o perjudiciales a la vida, que se adjudican en el Derecho de la Educación. Todo proceso educativo ha de ser claramente reconocido en esta perspectiva. Vale tener en consideración, por ejemplo, que la educación es más rica en cuanto se refiere a una plenitud de aspectos vitales y se empobrece cuando se limita al "antiestramiento" memorístico. Desde tiempos muy remotos se debaten objetivos diversos, por ejemplo, Homero presentaba el ideal caballeresco y Hesíodo se refería más al hombre común; Esparta tenía más vocación militar y civil y Atenas se orientaba más a la belleza, a bondad, la verdad, etc. Cuzco afirmó la necesidad de dar un sentido práctico y de ir de lo simple a lo complejo.

Es importante saber con qué grado de audiencia se llega a la conducción educativa, quiénes son escuchados y con qué alcances. Asimismo, es relevante saber cuáles son los móviles de la conducción en la educación, pues de ellos depende en gran medida lo que se hará, cuál es el discurso de legitimación al respecto (razones alegadas) y cuál es el grado de razonabilidad que la sociedad atribuye a la conducción de los repartos educativos cuando los considera valiosos. Los repartos son, en mucho, según los móviles los hacen ser, de esto deriva la importancia de los móviles de los educadores.¹⁴ Dado el relativo prestigio de la educación, es un campo donde las razones alegadas suelen tener mucho despliegue, más allá de los móviles y también de lo que la sociedad reconoce como

¹⁴ Se dice a los educadores que no pueden preparar a los alumnos para que construyan mañana el mundo de sus sueños, si ellos ya no creen en esos sueños; no pueden prepararlos para la vida, si no creen en ella; no pueden mostrar el camino, si se han sentido, cansados y desalentados, en la encrucijada de los caminos (Celestine Eganer, <http://es.wikia.com.org/wiki/Educaci%C3%B3n>, 11-11-2009).

valioso. Además, el discurso educacional tiene en sí un alto efecto educativo. En cuanto a las razones, es importante apreciar, por ejemplo, que en países como la Argentina, aunque el discurso ha sido más permanente, la razonabilidad de la educación se ha modificado y de cierto modo ha perdido fuerza. A la vez sea una característica de nuestro tiempo el debilitamiento del papel del "maestro" en diversas manifestaciones.¹⁵

7. Siempre en el caso de admitir la existencia de libertad, es relevante distinguir los repartos autoritarios, desarrollados por imposición y realizados del *valer poder*, y los autónomos, desarrollados por acuerdo con la satisfacción del *valor cooperación*. En el campo educativo es muy significativo distinguir los despliegues de autoridad y autonomía. Cabe reconocer que la educación es siempre un marco de desenvolvimiento de *poder*, pero también un instrumento de autonomía. La autoridad y la autonomía de la educación tienen significados distintos de los que poseen los fenómenos comunes administrativos, comerciales, procesales, etc.

8. Los repartos pueden ordenarse en un régimen de manera vertical, mediante el plan de gobierno en marcha, que indica quiénes son los supremos repartidores (quiénes mandan) y cuales son los criterios supremos de reparto (con qué criterios se manda) y realiza el *valor previsibilidad* o de modo horizontal, a través de la ejemplaridad desarrollada según el esquema modelo y seguimiento a través de la *razonabilidad*, con satisfacción del *valor solidaridad*. El régimen realiza el *valor orden*. Parece claro que la *previsibilidad*, la *solidaridad* y el *orden* en materia educativa tienen significados diversos de los que presentan los fenómenos comunes de la administración, el comercio, el proceso, etc. En la educación se constituye en gran medida el entramado social. La ordenación educativa suele expresarse de modo específico en planes de estudios y en elaboraciones curriculares.¹⁶ Aunque no desconocemos la importancia de la planificación educativa, consideramos que se trata de un ámbito donde, en diversos grados según los niveles, es muy importante el juego de la espontaneidad de la ejemplaridad. La necesidad del cambio en la educación hace que el orden pueda a menudo ser matizado con cierto desorden.

¹⁵ Es posible ver, ARDOLZA, Rafael "El humor del maestro" en "El País", 11p. 1101, 4-12-2004.

¹⁶ Puede c. Académicos: El currículum escolar: itinerario de la modernidad, María Estela Aguilar Luna, <http://www.ujal.mx/publicaciones/perspectivas/perspectivas.pdf>, 15-1-2004.

El régimen se desenvuelve en fenómenos de conservación e innovación (cambio). El cambio del régimen puede hacerse por vías evolutivas, cuando varían sólo los supremos criterios de reparto, de mero "golpo" en que cambian sólo los supremos repartidores y de revolución, en que se modifican los supremos criterios de reparto y varían los supremos repartidores. Cada uno de estos senderos contribuye a caracterizar diversos despliegues de los procesos educativos. Pese a las proyecciones conservadoras relativamente inherentes a la educación, brindada por las generaciones anteriores, en el paradigma que se ha desarrollado desde la Edad Moderna el Derecho de la Educación tiene especial vinculación con el cambio.

9. Los repartos y su ordenación pueden tropezar con límites necesarios, provenientes de la "naturaleza de las cosas", que pueden ser físicos, psíquicos, lógicos, axiológicos, sociopolíticos y socioeconómicos. La relación de la educación con los límites necesarios, sea porque los encuentra el proceso educativo o porque a través de este pueden ceder, es particularmente significativa, es diversa, por ejemplo, de lo que se presenta en la administración, el comercio o el proceso en general.

10. Las categorías básicas sobre las que se construye la realidad social del mundo jurídico son la causalidad, la finalidad objetiva que encontramos en los acontecimientos, la finalidad subjetiva de los conductores, la posibilidad y la realidad. La causalidad, la finalidad objetiva, la posibilidad y la realidad son "pantheonomas", es decir, las pensamos refiriéndolas a la totalidad de las adjudicaciones pasadas (presentes y futuras (pan-todo; nomos= ley que gobierna), pero como esos alcances nos son inabarcables las fraccionamos produciendo certeza. La enorme complejidad de esa construcción de la realidad social hace particularmente dificultosa la referencia a la educación, por ejemplo, porque no sabemos con certeza cual es el significado de lo que se imparte al educar, cuyo cambio histórico puede ser muy significativo. Educar es moverse en un terreno en gran parte desconocido, sobre todo en días como los presentes, de cambio de era de la historia.⁶ Así el Derecho de la Educación adquiere características específicas en relación con los rasgos comunes del Derecho Administrativo, el Derecho Comercial, el Derecho Procesal, etc.

⁶ Cabe ver nuestros "Estudios de Historia del Derecho" Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

b) Dimensión normológica

El logro de la integración, no mera yuxtaposición de las dimensiones jurídicas, exige que la norma no sea una mera relación de imputación aislada de la relación causal, como la concibe la "teoría pura" y que su concepto sea construido como captación lógica de un reparto proyectado hecha desde el punto de vista de un tercero (captación lógica neutral de un reparto proyectado). La norma capta un proyecto de reparto, un proyecto "social". En la construcción trialista la norma contiene una pretensión de verdad respecto de la realidad social. Su relación con esta realidad es apreciada según los conceptos de *fidelidad*, *exactitud*, *eficacia* y *adecuación*. La fidelidad se refiere al acierto con que la norma capta la auténtica voluntad de sus autores (repartidores); la exactitud se remite al cumplimiento de esa voluntad; la eficacia se refiere al cambio que realmente produce en la realidad social y la adecuación depende de la manera en que los conceptos empleados sirven a la voluntad de los autores.

Dada la importancia de la educación, la comprensión y la realización de los vínculos de las normas con la realidad social y los riesgos de desviaciones ideológicas que ocultan esa realidad son particularmente significativos.

Entre las diversas clasificaciones posibles de las normas, muy desarrolladas sobre todo en el campo de la filosofía analítica, uno de los criterios muy importantes es el que las diferencia según se refieran a sectores sociales pasados o futuros. Las normas referidas a sectores sociales pasados son individuales y realizan el valor *inmediatez*; las que se dirigen a sectores sociales futuros son generales y realizan el valor *predecibilidad*.

Dadas las particularidades de los casos que se van planteando en la educación, creemos que es especialmente relevante que en este marco jurídico se reconozca la importancia de la inmediatez. De aquí parte de la gran significación de los docentes, últimos aplicadores de las normas educativas.

Además de las normas completas, las captaciones de los repartos pueden expresarse en *principios* cuyo juego de complementos y conflictos permite mayor adecuación a las circunstancias, mayor flexibilidad. Los principios tienen una tendencia futurista que a veces surge de su proyecto como orientaciones a la optimización, más que a un cumplimiento real. En el Derecho de la Educación el razonamiento por principios tiene especial relevancia.

Con miras a la mejor comprensión de las distintas ramas jurídicas, es relevante construir su respectiva norma "generalísima", en la que se

sistematizan según el antecedente y la consecuencia jurídica, con sus respectivas características positivas y negativas, sus grandes problemas comunes. Entendemos que la norma generalísima del Derecho de la Educación debería tener entre las características negativas de la consecuencia jurídica que no se limite el acceso a la educación y que no se agreda al educando. Ninguna consecuencia jurídica "positiva" de las normas del Derecho de la Educación debería cumplirse si se afectan esas reservas de las características negativas.

12. En la construcción del objeto jurídico según la propuesta trialista, las *fuentes reales* de las normas son los repartos mismos que ellas captan. Las fuentes reales se diferencian principalmente según distintos grados de *participación* en su elaboración, conforme al mayor o menor grado de *flexibilidad* o *rigidez* en su modificación y atendiendo a la mayor o menor *elasticidad* ante los cambios sociales. La ley tiene mas alcances sociales participativos y es más rígida que el contrato. Es importante que en el Derecho de la Educación confluyan la participación social de la ley y la intervención de los particulares del contrato (administrativo o privado). La importancia de la educación hace que requiera la participación y la rigidez especializadas y la elasticidad que suelen tener las fuentes constitucionales. Dada la creciente conciencia mundializadora de la educación, es también relevante el juego de participación orientada a lo internacional de los tratados internacionales.

A veces las fuentes formales son plenamente "reales", porque se dictan con la voluntad de ser cumplidas de inmediato; en otros casos son fuentes "espectáculo", pues se dictan para aparentar sin el designio de cumplirlas, y a veces son fuentes de *propaganda*, porque se emiten para promover opinión en cierto sentido. La vinculación de éstas con la tarea educativa es notoria.

Existen además *fuentes de conocimiento*, que constituyen la *doctrina*. Las fuentes de conocimiento poseen un papel diverso según los momentos y lugares. En nuestro tiempo, adquirieron especial significación ante la gran transformación que el cambio histórico impone a las fuentes reales. Es relevante el desarrollo de las fuentes de conocimiento del Derecho de la Educación, diferenciadas aunque integradas respecto de las fuentes de conocimiento del Derecho Administrativo, el Derecho Comercial, el Derecho Procesal, etc. Importa desenvolver la ciencia del Derecho de la Educación y, para su "Parte General", es relevante la estructura de la norma generalísima antes referida.

13 Para que el reparto proyectado captado en la norma se convierta en reparto realizado es necesario que la norma "funcione" cumpliéndose, a través de los encargados del *funcionamiento* (por ej. los jueces), en la medida que resulten necesarias, tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, argumentación, aplicación y síntesis. Todas las tareas del funcionamiento de las normas del ámbito educativo requieren considerar el sentido del Derecho de la Educación.

Según ya señalamos, la educación necesita con especial frecuencia normatividades indeterminadas, a menudo principios, que permitan elasticidad a sus soluciones. La elaboración de las normas del ámbito educativo ha de hacerse atendiendo al sentido particular de la educación, sea en lo formal, en el recurso a la analogía y los principios generales del Derecho, o en la material, teniendo en cuenta los contenidos que se consideren valiosos.

El desarrollo de la argumentación en materia educativa tiene una riqueza específica distinta de lo meramente administrativo, comercial, procesal, etc. La aplicación requiere tareas de encuadramiento (subsunción) de los casos en las normas y efectivización de las consecuencias, pero el encuadramiento de los casos en las normas y la ejecución de las normas educativas sólo pueden hacerse con acierto atendiendo a las particularidades de la materia.

En los casos en que la "insuficiencia" de la realidad en que han de aplicarse las normas haga necesaria la síntesis ("concurso" de normas), esta sólo puede resolverse de modo satisfactorio, en la normatividad educativa, atendiendo al sentido particular de esta rama jurídica. Como hemos señalado, la síntesis por la quiebra de una empresa de la educación no puede resolverse de modo satisfactorio sin tener en cuenta las particularidades de la vida educativa.

Si bien varias de las tareas del funcionamiento significan sobre todo una relación bidimensional entre las normas y la realidad social, como por ej. la interpretación y la aplicación, al fin todo el funcionamiento es tridimensional, concretándose en definitiva realizaciones que se consideran valiosas. Esto significa que la referencia a los valores que se asignen a la educación tiende a diferenciar el funcionamiento de este ámbito jurídico, enriqueciendo las tareas comunes administrativas, comerciales, procesales, etc. Al fin importa que el funcionamiento de las normas del Derecho de la Educación se inspire, principalmente, en el respeto al educando.

12. Las normas se valen de conceptos que describen la realidad social y la integran, produciendo cambios en esa realidad que se denominan materializaciones. Las materializaciones (juez, profesor, legislador, abogado, médico, universidad, Estado, etc.) hacen que en principio vivamos la realidad con los sentidos que ellos indican. Los conceptos pueden tener más o menos carga institucional, denominándoseles entonces respectivamente *institucionales* o *negociales*.

Los conceptos del Derecho de la Educación ocupan un lugar destacado por su carga ideológica, por su institucionalidad. Los educandos y los educadores no resultan administrados ni "consumidores" comunes, las escuelas y las universidades no resultan oficinas administrativas o espacios comerciales indiferenciados.

De cierta manera, el educando es un "extranjero", un ser débil, no en el espacio pero sí en el tiempo, y para su mejor comprensión vale utilizar la teoría de los *contratos de respuestas jurídicas y vitales*, editada sobre las bases del Derecho Internacional Privado clásico.¹⁵ Es relevante utilizar la lógica que reconoce situaciones de aislamiento y relaciones de coexistencia de respuestas independientes, dominación, integración y desintegración atendiendo a quienes califican, con qué alcances analíticos o sintéticos se construyen los problemas, si es viable el fraude, si es posible el reenvío y si alguna respuesta puede rechazar a la otra. En tal sentido, es importante saber si el educando se encuentra en alguna de esas situaciones, según las soluciones que se den a dichas cuestiones: si las calificaciones se hacen con sus propios criterios u con otros; si los problemas son construidos de manera más analítica o sintética, si está en condiciones de recibir o hacer fraude, si puede remitir a otras respuestas y si está en condiciones de rechazar las respuestas ajenas.

13. El ordenamiento normativo que, en correspondencia con la construcción de la norma, el *realismo* construye como captación lógica neutral del orden de repartos, se constituye mediante relaciones verticales de producción y de contenido, que realizan respectivamente los valores subordinación e ilación, y vinculaciones horizontales, también de producción y de con-

¹⁵ Pueden ver nuestros "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", Rosario, Consejo de Investigaciones de la I.N.R., 1979, págs. 59 y ss. Trabajo actualmente en prensa en segunda edición en "Investigaciones", así mismo, "Veintidos años después la teoría de las Respuestas Jurídicas y Vitales y a problemática hipotética en la postmodernidad", en "Bicentio y Bioderecho", N° 3, págs. 83 y ss.

tenido, a las que son inherentes los valores infalibilidad y coherencia. El logro acabado de estos valores en el terreno de las normas de la educación requiere la consideración del sentido específico del Derecho de la Educación.

Según la actitud de consulta a los autores o autosuficiencia ante las lagunas que se espere de los encargados del funcionamiento, los ordenamientos pueden ser meros órdenes o sistemas. Es necesario que el Derecho de la Educación evolucione hasta ser un subsistema claramente perfilado, diversificado según los ámbitos y niveles de que se trate, pero además con diferencias respecto de los subsistemas administrativos, comerciales, procesales, etc., que se complementarán con los requerimientos propios de esa rama transversal. La fuente formal habitual de los meros órdenes es la recopilación y la de los sistemas es la codificación. Un tema a debatir es si la educación debe generar una codificación.

c) Dimensión dialógica

16. La propuesta trialista lleva a construir una dimensión axiológica en la que el valor predominante y característico es la justicia. Como hemos señalado, Werner Goldschmidt consideró que ésta es un valor objetivo. Sin entrar en la discusión al respecto, creemos que es posible desarrollar una ciencia acerca de él en base a criterios compartidos. Otros valores que han de integrarse con la justicia son la verdad, la utilidad, el amor, la santidad, etc. y al menos en cierto momento hemos sostenido que todos los valores a nuestro alcance deben contribuir a realizar el valor humanidad, el deber ser cabal de nuestro ser. El Derecho de la Educación resulta signado por requerimientos especiales de justicia, que han de culminar, a nuestro parecer, en la exigencia de protección del educando, signado por su particular debilidad intertemporal. Importa saber, además, en qué medida el Derecho de la Educación ha de hacerse cargo de otros valores como la verdad, la utilidad, el amor, la santidad y la propia humanidad. Todo esto depende, obviamente, de los valores que se asignen a la educación. Ha llegado a afirmarse que el acto educativo es un acto de amor.

17. La justicia puede ser pensada según diversos caminos que constituyen tradicionalmente *clases de justicia*. Desarrollando ideas que vienen desde Aristóteles, se han desenvuelto las clases de justicia consensual y extraconsensual, con o sin consideración ("acepción") de personas, simétrica o asimétrica, monológica o dialógica y espontánea o conmutativa; "parcial" o gu-

bernamental: sectorial o integral, de aislamiento o participación, absoluta o relativa y particular o general. Asimismo es posible diferenciar la "justicia de partida" y la "de llegada" y cabe reconocer la particularidad de la equidad. Parece que la justicia del Derecho de la Educación debe construirse principalmente según criterios de justicia con *consideración de personas* (superando los papeles recortados de administrado, consumidor, etc. e incluso de educando, educador, etc.), *asimétrica* (donde los denominadores comunes son difíciles, por ejemplo porque la moneda no puede expresar fácilmente las potencias e impotencias), *dialogal* (con diversas razones) y *espontánea* (superando la necesidad de la "contraprestación" que caracteriza a la justicia conmutativa). También han de atenderse particularidades de justicia de cierto modo *gubernamental* (proveniente de 'todo', no exclusivamente "part al") *integral* (no sólo sectorial), de *participación* (superando el aislamiento), y no sólo particular (cuyos requerimientos caracterizan al fin al Derecho Privado) sino *general* (cuyas exigencias identifican en definitiva al Derecho Público). Concordamos con Comento al afirmar la "Pamperia" (o "Pa deia") como idea de la escuela para todos, señalando a las autoridades gubernamentales como responsables de su difusión y organización. La educación es particularmente afín a la justicia de llegada y a menudo en su desarrollo jurídico es importante la equidad.

16. En el Derecho, la justicia es pensada generalmente como una categoría "paranóma" referida a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras. Como esa plenitud nos es inaccesible, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de "fraccionarla", poniéndola a nuestro alcance con ciertos productores de seguridad. La educación exige un permanente reconstruir la personalidad. Ya Séneca decía que mientras se viva hay que aprender a vivir.¹⁶ Aunque las proyecciones temporales de la educación son muy discretas, a partir de la modernidad parece que — pese al "amaestramiento" que siempre se incluye en alguna manera en la educación — el centro de gravedad respectivo está referido al futuro en que vivirán los educandos. En la corriente piagetiana se sostiene que "La meta principal de la educación es crear hombres que sean capaces de hacer cosas nuevas no simplemente de repetir lo que otras generaciones han hecho, hombres que sean creativos, inventores y descubridores. La segunda meta de la educación es la de formar mentes que sean críticas,

¹⁶ <http://es.wikiquote.org/wiki/Educaci%C3%B3n>, 11-2-2004

que puedan verificar y no aceptar todo lo que se les ofrece.”²⁰ La referencia de la educación al porvenir se acentúa cuando se vive la conciencia de la incertidumbre y en una situación de cambio de era, como ocurre en el presente. “Llega a afirmarse que la educación es formar al ser humano para el cambio permanente y aún para la eventual crisis producto de la transición, y esto modifica los equilibrios de los “niveles” educativos, aumentando la importancia de los “posgrados”.²¹

En el Derecho de la Educación es necesario, con destacada frecuencia, que se desfraccionen las exigencias del futuro produciendo importantes niveles de inseguridad. Como ya indicamos, es relevante que al enseñar se enseñe a dudar de lo que se enseña.²² Según el modelo moderno, el Derecho de la Educación tiende a ser conflictivo con el Derecho de la Seguridad.²³ Además, aunque el Derecho de la Educación se relaciona con la preparación de los sujetos de todas las otras ramas del mundo jurídico, también tiene una relación especialmente compleja y a veces tensa con el Derecho Penal. Desde la Antigüedad se dice que el educar a los niños hace innecesario castigar a los hombres.²⁴ Suele afirmarse que quien abre las puertas de una escuela cierra las de una prisión.²⁵

La relación de los valores con su material estimativo se produce a través de valoraciones completas u orientadas por criterios generales. En la educación y el Derecho de la Educación la valoración completa que supera los criterios tiene especial relevancia; en este ámbito, la valoración a través de evaluaciones y acreditaciones es muy significativa.

19. Si se adopta el principio supremo de justicia que propone el utilitarismo, de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es decir, para convertirse en persona, la justicia y la educación resultan con notorias afinidades. Sin embargo, el pensamiento de la educación la refleja con caracteres ambivalentes. Ha llegado a

²⁰ Jean Piaget, <http://es.wikipedia.org/wiki/Educaci%C3%B3n>, 11-12-2004.

²¹ Es posible. Bibliotecas virtuales.es, Los siete saberes necesarios a la educación del futuro, Edgar Morin, trad. Mercedes Valero-Gómez, <http://www.bibliotecasvirtuales.com/biblioteca/articulos/LosSieteSaberes/index.asp>, 16-12-2004.

²² V. J. Miguel Ángel Ezuri, El concepto de formación permanente convierte al posgrado en la clave de la educación de futuro, http://www.deusto.es/infogen/inf/publicaciones-publicweb/paginas/rev_educar/rev_educar_trenis.pdf, 11-12-2004; Miguel Ángel Ezuri, <http://www.esvnm.com/index.html>, 11-12-2004; sin embargo puede v. <http://www.pensamientos.org/pensamientos/educacion.htm>, 11-12-2004.

²³ José Orrazo Gaito, <http://es.wikipedia.org/wiki/Educaci%C3%B3n>, 11-12-2004.

²⁴ Se dice que la educación es la mejor cara de las defensas de una nación (Édmond Rousse, <http://es.wikipedia.org/wiki/Educaci%C3%B3n>, 11-12-2004).

²⁵ Prokhorov, <http://es.wikipedia.org/wiki/Educaci%C3%B3n>, 11-12-2004.

²⁶ Vitorio Rossi, <http://es.wikipedia.org/wiki/Educaci%C3%B3n>, 11-12-2004.

decirse que educar a un joven no es hacerle aprender algo que no sabía sino hacer de él alguien que no existía.²⁷ Aplicando el principio supremo de referencia, cabe reconocer la legitimidad de los repartos aislados en sus distintos elementos y la justicia del régimen en su conjunto.

La legitimidad de los repartidores puede provenir del acuerdo de los interesados (autonomía) o de su superioridad moral, científica y técnica (aristocracia). En el caso del Derecho de la Educación, cabe reconocer cauces autónomos principales, de acuerdo de los interesados, de consenso real, creciente de los protagonistas del proceso (con la creciente participación de los educandos), de consenso eventual de los interesados educandos si pudieran comprender cabalmente los significados de lo que reciben (criptoautonomía) y de consenso democrático en el régimen (infraautonomía). En los últimos siglos, por ejemplo, a través de los esfuerzos de Dewey y Montessori, se ha ido desarrollando la noción de educación activa, apoyada en el protagonismo del educando. Es más, es valioso superar, como lo propuso por ej. Freire, la escisión entre educador y educando.

Asimismo, intervienen en la educación ciertos grados de aristocracia que pueden esgrimir los educadores y en general las generaciones anteriores que educan. Sin embargo, todos los seres humanos están en alguna medida legitimados como educadores: Una vieja frase enseña que no se encuentran personas tan ignorantes que no se pueda aprender algo de ellas.²⁸ Quien se atreve a enseñar no debe dejar de aprender.²⁹ Kerschen steiner dejó asociado su nombre a la formación del alma del educador, compartimos las tendencias que afirman que enseñar es aprender dos veces y que el educador se educa educando.³⁰

Un tema relevante vinculado a la justicia de los repartidores es el de su *responsabilidad* y en el Derecho de la Educación ella adquiere especial significación. La responsabilidad en sus diferentes tipos (civil, penal, administrativa, pedagógica, etc.) es uno de los despliegues importantes del Derecho de la Educación.

²⁷ John Dewey, <http://www.pensamientos.org/pensamientos/educacion.htm>, 11-12-2004. Su aforismo que la enseñanza no debe parecerse a llenar una botella de agua, sino a ayudar a crecer a una flor a su manera (Noam Chomsky, <http://www.pensamientos.org/pensamientos/educacion.htm>, 11-12-2004).

²⁸ Galileo Galilei, <http://los.winequote.org/winequote/education/Cj339r>, 11-12-2004.

²⁹ John Cotton Davis, <http://www.esoterica.com/index01.html>, 11-12-2004.

³⁰ Joseph Jacotot, <http://www.pensamientos.org/pensamientos/educacion.htm>, 11-12-2004. http://es.wikipedia.org/wiki/Filosof%C3%89a_de_Paulo_Freire, 11-12-2004. Educación Sin el, Paulo Freire, http://asuarica.lycos.es/marcacion/paulo_freire.htm, 11-12-2004. Instituto Paulo Freire, <http://www.paulofreire.org/>, 11-12-2004.

Los recipiendarios pueden invocar méritos por su conducta y merecimientos por su necesidad. A los educandos les cabe un importante título de merecimiento por *necesidad* que al fin ha de exceder los méritos de la conducta. Atendiendo a la necesidad se lograrán los méritos.

Los objetos del reparto son repartideros cuando merecen ser repartidos. El Derecho de la Educación adjudica múltiples potencias repartideras, que se centran de modo creciente en el autorimiento, pero abarcan siempre el desarrollo pleno de la personalidad. Ha llegado a afirmarse que el educador mediocre habla, el buen educador explica, el educador superior demuestra y el gran educador inspira.⁹ Aunque no adoptamos posición respecto de la relación última sujeto-objeto y creemos que siempre se resuelve en una "construcción", estimamos el significado de la frase que dice que uno de los principales objetivos de la educación han de ser las ventanas mediante las cuales vemos el mundo.¹⁰ Es relevante el movimiento integrado, por ejemplo por Morin, que sostiene la necesidad de considerar al educando un sujeto *complejo*. Un tema a debatir ampliamente es el de las impotencias que pueden significar las sanciones.

Las formas justas de los repartos son las que brindan audiencia, sea esta por la vía del proceso en los repartos autoritarios o por la senda de la negociación en los repartos autónomos. En el Derecho de la Educación el proceso, con la pertinente audiencia de los educandos, posee especial significación; también es muy relevante la negociación. Pese a que a veces se formulan opiniones contrarias, creemos que los educandos deben ser escuchados cuando se trata de la selección de sus educadores.

En cuanto a las razones, la justicia exige que los repartos sean fundamentados. En el Derecho de la Educación el fundamento adquiere especial relevancia. A través de la legitimidad en general, el poder inherente a la educación debe convertirse en "autoridad".

20. En cuanto a la justicia del régimen, el principio supranominalista significa *humanismo*, en que los individuos son tomados como fines y no como medios, según sucede, en cambio, en el totalitarismo. A su vez, es preferible que el humanismo sea abstencionista, y excepcionalmente se legitima el humanismo intervencionista (paternalismo). En el Derecho de la Educación la

⁹ William Arthur Wais, <http://www.pensamientos.org/pensamientos/educacion.htm>, 11-12-2004.

¹⁰ Arnold Garrow, <http://www.pensamientos.org/pensamientos/educacion.htm>, 11-12-2004.

importancia del *humanismo* es muy destacada y los riesgos del totalitarismo son grandes. Importa de modo especial que se llegue, a través de los mínimos indispensables de intervencionismo, al abstencionismo.

Un régimen humanista ha de respetar al individuo en su unicidad, su igualdad y su participación en la comunidad y esto resulta particularmente relevante cuando se trata del Derecho de la Educación.

Para que se realice el régimen justo hay que proteger al individuo contra todas las amenazas y a través de todos los medios disponibles. Se ha de resguardar al individuo frente a los demás, como individuos y como régimen, respecto de sí mismo y ante todo "lo demás" (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, desocupación, etc.). Importa de modo especial comprender a la educación como un *medio de protección* pero asimismo como una posible *amenaza*. Se dice, a nuestro criterio con acierto, que el buen maestro defiende a los alumnos contra su propia influencia personal.³¹ El Derecho de la Educación ha de tenerlo presente.

En la realización del régimen de justicia respecto del Derecho de la Educación es importante la protección que brindan las *autonomías* y las *autarquías*, aunque asimismo vale que éstas no se confundan y se conviertan en aspiraciones de soberanía agresoras de otros despliegues de la vida.

C) Las autonomías del Derecho de la Educación

21. Nos hemos referido principalmente a las autonomías del Derecho de la Educación en lo *material* y lo *científico*, pero creemos que es relevante considerar sus posibilidades de autonomía en lo *legislativo*, lo *judicial*, lo *administrativo*, lo *docente* o *académico* (con cátedras y seminarios propios) y lo *pedagógico* o *educativo* (su valor formativo en el proceso de enseñanza-aprendizaje). Estimamos que estas posibilidades son muy valiosas. Destacamos destacar el alto valor formativo, la gran autonomía educativa, que tiene para el jurista el desarrollo del Derecho de la Educación. Educar es una manera muy significativa de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente y resolver las cuestiones jurídicas de la educación posee un alto valor pedagógico.

³¹ Amos Breiman, *Autón*, <http://www.pensamientos.org/pensamientos/educacion.htm>, 01-02-2004, <http://es.wikipedia.org/wiki/Educaci%C3%B3n>, 01-02-2004.

D) Horizonte de Historia y Derecho Comparado

22. A través de la Historia del Derecho de la Educación puede comprenderse mejor la Historia del Derecho, y en el curso del Derecho de la Educación Comparado es posible comprender mejor el Derecho Comparado. Importa que los dos despliegues tengan adecuado desarrollo.²⁴

²⁴ Cabe y, en general, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_.ID=1566&URL_ID=D0-D0-10P-C6-URL_SECTION=et1.html, 15-12-2004; Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura, <http://www.oiea.es>, 15-12-2004; Academia Nacional de Educación, <http://www.academia.edu.ar/>, 15-12-2004; Academia (Programas Educativos), <http://www.academia.com/cv/index.php>, 15-12-2004; European Journal of Education, <http://www.blackwellpublishing.com/ejournal.asp?ref=0141-8211>, 15-12-2004; Revista Electrónica de Investigación Educativa, <http://www.uv.mx/revistasvirtuales/revistas/Comentarios/Contenido-IIEA.html>, 15-12-2004; Javer, Universidad Autónoma de Tabasco, Perspectivas Docentes, <http://www.ujat.mx/publicaciones/perspectivas/>, 15-12-2004.

Clásicos

the 1990s, the number of people in the UK who are employed in the public sector has increased by 1.5 million, from 2.5 million in 1980 to 4 million in 1995. The public sector has also become an important employer of women, with 5.5 million women employed in the public sector in 1995, compared with 4.5 million in 1980.

There are a number of reasons why the public sector has become an important employer of women. One reason is that the public sector has a high proportion of women in its workforce. In 1995, 88% of the public sector workforce were women, compared with 78% in 1980. This is due to a number of factors, including the fact that the public sector has a high proportion of jobs that are traditionally held by women, such as teaching, nursing, and social work.

Another reason why the public sector has become an important employer of women is that it has a high proportion of jobs that are part-time or flexible. In 1995, 22% of the public sector workforce were employed on part-time or flexible contracts, compared with 12% in 1980. This is due to a number of factors, including the fact that the public sector has a high proportion of jobs that are traditionally held by women, such as teaching, nursing, and social work.

A third reason why the public sector has become an important employer of women is that it has a high proportion of jobs that are well paid. In 1995, the average salary of a public sector employee was £18,000, compared with £15,000 in 1980. This is due to a number of factors, including the fact that the public sector has a high proportion of jobs that are traditionally held by women, such as teaching, nursing, and social work.

There are a number of other reasons why the public sector has become an important employer of women. One reason is that the public sector has a high proportion of jobs that are secure. In 1995, 88% of the public sector workforce were employed on permanent contracts, compared with 78% in 1980. This is due to a number of factors, including the fact that the public sector has a high proportion of jobs that are traditionally held by women, such as teaching, nursing, and social work.

Another reason why the public sector has become an important employer of women is that it has a high proportion of jobs that are well located. In 1995, 22% of the public sector workforce were employed in London, compared with 12% in 1980. This is due to a number of factors, including the fact that the public sector has a high proportion of jobs that are traditionally held by women, such as teaching, nursing, and social work.

A third reason why the public sector has become an important employer of women is that it has a high proportion of jobs that are well matched to women's skills. In 1995, 88% of the public sector workforce were employed in jobs that required a degree or higher qualification, compared with 78% in 1980. This is due to a number of factors, including the fact that the public sector has a high proportion of jobs that are traditionally held by women, such as teaching, nursing, and social work.

There are a number of other reasons why the public sector has become an important employer of women. One reason is that the public sector has a high proportion of jobs that are well paid. In 1995, the average salary of a public sector employee was £18,000, compared with £15,000 in 1980. This is due to a number of factors, including the fact that the public sector has a high proportion of jobs that are traditionally held by women, such as teaching, nursing, and social work.

NOCIONES SUMARIAS SOBRE EL ESTUDIO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO*

Rafael BIELSA**

El estudio del derecho público es actualmente parte esencial de los estudios de abogacía, hasta hace poco era solamente el derecho privado —y especialmente el derecho civil—. El carácter y explicación de esa preeminencia no es cuestión que exija mayor investigación. La transformación del ordenamiento jurídico del Estado ha impuesto un orden de prioridad distinto del que ha regido hasta no hace muchos años. Sin duda se reconoce que el derecho público, y más precisamente el derecho constitucional, ha sido siempre —lo que es obvio decir— el derecho fundamental, al que se ha subordinado todas las ramas de la legislación. Pero ese mismo derecho público ha experimentado modificaciones de fondo político económico. Los principios de filosofía política liberal han cedido en buena parte ante concepciones jurídico políticas nuevas, o distintas de las anteriores, como ya hemos dicho.¹

Con todo, la transformación del Estado, o al menos de sus funciones, en razón de nuevos fines que él se propone realizar para la seguridad y el bienestar de la sociedad que rige, no siempre determina modificaciones o enmiendas constitucionales en el sentido formal.

Generalmente esas modificaciones se realizan dentro de amplios moldes constitucionales, aunque con el riesgo de que la legislación que se inspira en esas mismas concepciones sea cuestionada y declarada amiconstitucional. Sin embargo, aun este evento es relativo, porque la interpretación de la Constitución, si bien es, o debe ser un proceso intelectual y no de voluntad, no es extraño —muy al contrario— al estado de espíritu político y de conciencia jurídica general, del que los propios jueces no pueden abstraerse.

El realce del derecho público y la mayor amplitud del dominio de su aplicación ha determinado necesariamente una modificación virtual en los

* Publicado en la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, Enero-Junio 1948, N° 9201, pag. 273.

** Profesor titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

¹ Véase *Reflexiones sobre sistemas políticos*, capítulos I, II, VIII y IX, Buenos Aires, 1944.

planes de la enseñanza general del derecho. Como se trata de un derecho evidente, que es resultado de un orden de cosas extraño a toda influencia académica, según dijimos, ningún argumento, ni esfuerzo alguno de dialéctica es necesario para explicar aquella modificación, que, claro está, ha de ser gradual, juiciosa y fundada.

II

Si hay alguna rama del derecho que en los últimos años ha extendido el dominio de su aplicación en una progresión que diríamos "geométrica", es precisamente el derecho administrativo. También la explicación de este hecho nos parece obvia.

Se trata de un incremento "normativo", proporcional al incremento de las funciones del Estado, determinadas por una especie de *solidarismo* general, en el orden económico, higiénico, cultural, etc.

La asunción de nuevas funciones por el Estado, y a. haberse colocado otras, que él ya realizaba bajo la égida de la Administración pública, explica el crecimiento, en extensión e intensidad, de la legislación administrativa, que en los últimos años ha sido impresionante, y tiende a aumentar: para comprobarlo basta recurrir los anales legislativos. Muchas relaciones jurídicas que hasta hace poco eran regidas por el derecho privado, hoy lo son por el derecho administrativo. Esto se advierte tanto en la esfera contractual (contratos de obras públicas de concesiones, de suministros, etc.), como en la administración directa.

Y aun el paso gradual del sistema de concesión al de *prestación directa* de los servicios públicos acrece esa dinámica administrativa, v. gr. en el trabajo, los transportes, el comercio (hecho que se conoce como "regulación económica por el Estado"), la salubridad o higiene, etc. El Estado "social" sustituye al "individual y liberal", es un hecho tan evidente que sólo queda reconocerlo y estudiarlo.

Toda esa enorme actividad administrativa es reglada por el derecho administrativo, ya sea mediante el establecimiento de sus normas, pero reconociendo *intereses legítimos*, y correlativos *recursos jurisdiccionales*, como el recurso de anulación o por exceso de poder (a los usuarios, administrados, etc.), ya sea creando *derechos subjetivos* nacidos directamente de la ley, tanto por auto limitación de la potestad misma de la Administración, como por surgir esos derechos de la esfera contractual (contratos administrativos).

Y como esos "intereses legítimos" y esos "derechos" pueden ser lesionados, en esa constante y activa dinámica administrativa, ha surgido todo un conjunto de recursos *jurisdiccionales* que forman el cuadro de la "justicia administrativa" y de lo "contencioso-administrativo" que va instituyéndose en el orden nacional, y con más decisión aun en el orden provincial.

Bastaría esa relación de conjunto, esa ordenación jurídica de la Administración, para justificar lo que, sin duda, ocurrirá en momento no lejano: nuevos cursos de derecho administrativo, como ya existen en otras universidades nacionales, y con mayor razón en algunas extranjeras. En la Facultad de Derecho de París, por ejemplo, tres cursos han integrado la enseñanza de este derecho: Principios generales, Servicios Públicos y el de lo Contencioso Administrativo. Todas estas reflexiones las he hecho muchas veces en conferencias, cursos, publicaciones, etc. Así en mi disertación al incorporarme a la Academia Nacional de Derecho en 1936, que versó sobre "El desarrollo institucional del derecho administrativo y la jurisdicción contenciosa", consideré estos puntos y otros que convergen al mismo fin, o sea, el imperio del derecho en la administración pública. Podría nuevos estudios que he hecho en este orden de ideas y que he publicado en revistas nacionales y extranjeras. Pero en esta breve exposición de nociones me limito a señalar solamente algunos aspectos de este imponente problema de legislación general, y no a documentar una labor de cátedra y de política cultural.

III

Antes de conocer el derecho administrativo, el estudiante debe tener nociones elementales, y por eso fundamentales, del derecho público interno, tanto las de orden metódico, como las de carácter positivo, por haber estudiado ya introducción al derecho, —que es o debe ser como una propedéutica del derecho general—, y luego por el estudio del derecho político y del derecho constitucional, sobre todo este último. Por otra parte el estudio metódico del derecho romano le habrá hecho conocer, con la estructura imponente y perenne de su sistema, el lineamiento general de la Administración Pública de aquel pueblo, en el cual las instituciones administrativas actuales tienen su raíz remota, pero generadora de las grandes normas.

El método de la enseñanza en la Universidad difiere según las tendencias, modalidades y directivas de la cátedra, y también de la enseñanza gene-

ral, pero esto ya concierne a la política de la enseñanza. El predominio de una escuela o dirección filosófica define en manera diferencial esa enseñanza. Es este un punto del cual me he ocupado en más de una oportunidad.¹

Sin duda, en la Universidad existe lo que se ha dado en llamar "autonomía de la cátedra",² dando a entender con ello la libertad que el profesor tiene para determinar no sólo el contenido de su disciplina docente sino también las directivas del curso, su plan y su método. Esta autonomía tiene, claro está, una limitación necesaria y virtual en el plan general, en lo que respecta al contenido que diríamos institucional, pero no en el método. Y se comprende, porque teniendo el profesor la autoridad y la correlativa responsabilidad de su enseñanza, entra en esa autoridad y compromete esa responsabilidad todo aquello que concierne al método y, por tanto, a la eficacia de sus lecciones, a la orientación de sus alumnos. Es bien visible la influencia que todo esto tiene en la formación del abogado y del jurista, como lo he dicho en el libro *La abogacía*, 2 edición, páginas 69 a 122.³

Como nada enseña, ni prepara mejor para enseñar que la experiencia, de ella hemos aprendido algo que no está en las perspectivas al curso, y eso lo he aconsejado a los estudiantes, no solo en las clases inaugurales, sino también en los libros. Precisamente tienen ese objeto las advertencias que hice en 1929, en el prefacio de la segunda edición de mi obra *Derecho Administrativo*, y he reproducido en las posteriores. Esas advertencias son las siguientes:

- 1° Estudiar los principios generales, las instituciones y sus fundamentos, la *ratio juris* de los sistemas y de las principales disposiciones legales.
- 2° Prestcindir de detalles, de minuciosos antecedentes históricos y de los exordios librescos

¹ *La enseñanza del derecho y los planes de estudio*, Buenos Aires, 1941, La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales hace treinta años. Profesores y estudiantes. Buenos Aires, 1945, Recordando planes y métodos, en *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, comerciales y políticas*, 3ª serie, VIII, Rosario, 1939, págs. 504-8, Algo sobre la formación del profesor de derecho en la misma publicación, págs. 537-44, los cursos de seminario en la misma publicación, págs. 708-14, Los maestros de la Facultad de Derecho. Sobre su orientación y sus modalidades, en la citada revista, 1ª, IX, Rosario, 1940, págs. 444-8, Modalidades del examen, en el mismo volumen, págs. 724-9; La preparación del estudiante y los exámenes, en la misma publicación, 4ª serie, I, Rosario, 1942, págs. 280-4.

² La he caracterizado en dos opúsculos: *Régimen universitario*, Buenos Aires, 1932, págs. 63 y sigs.; *La autarquía de las Universidades*, Buenos Aires, 1926, págs. 31 y sigs. y 67 y sigs.; *Cuestiones universitarias*, Buenos Aires, 1928, págs. 67 y sigs. y 91 y sigs.; *Sobre la universidad del Uruguay*, Buenos Aires, 1930, págs. 37 y sigs.

³ Véase recientemente en el artículo Los estudios universitarios y el sentido jurídico, en *La Capital*, Rosario, 15 de noviembre 1947.

- 3° Evitar esfuerzos mnemotécnicos y repeticiones literales en los exámenes.
- 4° Repudiar lo que llamaríamos servilismo a un texto o a un autor, para todo.
- 5° Preferir los conceptos dominantes, las nociones generales de la materia, los principios generales y útiles; en suma: los "elementales", que son por eso mismo fundamentales.

He aquí, en síntesis, lo que debe construir la guía y norma en los estudios universitarios; lo que puede dar más rendimiento definitivo en las pruebas de suficiencia, y —¿por qué no decirlo?— en la vida profesional.

Convengo en que esto no es fácil y no se logra del todo en las Universidades, sino, y antes bien, fuera de ellas, en el estudio incesante y cocienzudo; pero creo que el profesor puede "encaminar" al estudiante, en cierta forma y dirección, y de acuerdo con algún sistema de estudios, a fin de que éstos sean provechosos y no exijan una dedicación desproporcionada en detrimento, a veces, de la preparación integral. Es lo que me atrevo a insinuar por ahora en bien de los que estudian.

IV

En una rama del derecho cuyo grado de desarrollo se debe en parte a su fuerza constructiva intrínseca, es necesario, sin embargo, para el logro del fin propuesto, una buena dosis de dogmática jurídica. El derecho administrativo debe mantenerse en el cuadro general del derecho en una posición armónica, equilibrada y orgánica. Es lo que mejor preservará de los riesgos de la improvisación, y, sobre todo, de las directivas políticas drásticas o violentas. El derecho administrativo debe ser eso mismo: *derecho*.

Se ha combatido la dogmática jurídica por considerarla en oposición a la ciencia jurídica; no advirtiéndose que ella tiene una función distinta, ni incompatible con ésta.

Lo que ha ocurrido es que se ha confundido, a veces deliberadamente, dogmática con dogmatismo, en su sentido filosófico dado.

El dogmatismo presuntuoso del *magister dixit* no tiene ya curso en las facultades de derecho; era ese el dogmatismo que se oponía a la crítica, de ahí también derivó el "conceptualismo", que en el derecho público tuvo cierta influencia, pero la tuvo no tanto por la pretensión de proceder sin admitir investigación y crítica, como por la de mantener conceptos apriorísticos superiores, tales como el de libertad de industria, el de la igualdad ante la ley, igualdad

abstracta que ha sido rectificada por numerosas limitaciones impuestas a la capacidad de contratar, no sólo en la legislación del trabajo,⁵ sino también en el derecho común.⁶

En el derecho administrativo, quizás más que en otras ramas del derecho, puede y debe diferenciarse la dogmática, de la ciencia del derecho. La dogmática en sustancia es procedimiento o método (aunque no propiamente técnica jurídica). Ella es preceptiva, pero al estudiar las instituciones no prescinde en absoluto de los juicios de valor ni de la realidad del derecho que es, el que existe, o sea, el derecho positivo: ley y jurisprudencia (por que forzoso es reconocer el valor realista de esta última).

Esto no significa que solo deba considerarse el derecho fundado, o *jus conditum*, sino que también se debe estimar el *jus coudendum*, con criterio exento de la influencia de los factores políticos, económicos, morales de la vida individual y social, pero con la jurisprudencia, expresión viviente del derecho que es, y no del *debe ser*.

En efecto, en el derecho administrativo la jurisprudencia ha tenido y tendrá siempre cierta función creadora y, mas aun, constructiva en una rama del derecho cuyas instituciones van deliniéndose y caracterizándose más que por la acción legislativa, por la obra ordenada y metódica de la doctrina y la jurisprudencia. Preciso es reconocer, pues, que el método jurídico debe actuar siempre como regulador de toda construcción e interpretación.⁷

Bastará señalar algunos ejemplos. El acto administrativo debe su construcción a la dogmática jurídica. Los principios característicos e irreducibles del acto jurídico del derecho común, han sido los que han servido para modelar la institución del acto administrativo. Pero como el acto administrativo es acto de derecho público, es decir, actividad del Estado en la realización de sus fines, es preciso diferenciar al acto administrativo que crea, modifica o extingue una relación jurídica e función activa del acto administrativo juris-

⁵ Expóna aspectos de esta cuestión en *La legislación del trabajo y los principios generales del derecho*, La Plata, 1941.

⁶ En mi opusculo *Observaciones genéricas sobre la autonomía contractual*, Rosario, 1941.

⁷ En la construcción puede prevalecer la excoución histórica, la jurisprudencia y la técnica, se trata siempre de una construcción sistemática, armónica, lógica, de unidad y armonía que dan belleza a la construcción misma. En este sentido no puede preferirse la obra de Ihering, ya sea *El espíritu del derecho romano. La fin en el derecho y la dogmática jurídica*. Y recordemos no sin emoción las enseñanzas de nuestros maestros en la Facultad de Derecho.

Véase opusculo *Algunos perfiles de políticos y juristas*, Santiago, Costa, Phering, Marshall, Rosario, 1941, págs. 57-74.

cional, por el cual se decide en una cuestión de derecho —es decir, se declara si ha sido lesionado o no lo ha sido, un derecho o un interés legítimo; esta distinción que resulta del análisis interno del acto es fundamental y su construcción es dogmática.

La técnica jurídica ha tenido, desde luego, una función eficaz.

Claro está que en cuanto se especifican las diversas clases de actos, la dogmática jurídica debe partir de supuestos distintos. Así el contrato administrativo no admite el postulado tradicional de la igualdad de las partes. Hay dos sujetos en presencia, uno, que es la Administración pública, que gestiona el interés público, y otro, el contratante que contrae la obligación de prestar una actividad dirigida principal o exclusivamente a la realización de ese interés público, que es la *causa jurídica* del contrato y domina toda la operación administrativa.

La Administración pública, sujeto preponderante de la realización jurídica, está investida de derechos o facultades que salen de la órbita del derecho privado o común. Esas facultades, que algunos expresan en cláusulas exorbitantes del derecho privado, tienen su justificación en la necesidad de asegurar la efectiva realización de la función administrativa, razón por la cual el otro contratante asume el carácter de colaborador de esa función, sin ser precisamente un funcionario.

El régimen económico financiero del contrato tiene para el contratante carácter *patrimonial*, es decir, que los derechos del que contrata con la Administración pública son esencialmente patrimoniales. Las modificaciones del servicio público, las alteraciones de los planos de la obra pública (con sus límites legales), las modificaciones del objeto, todo ello se resuelve en un derecho patrimonial del concesionario o del contratista, y esa *incolumidad patrimonial* es precisamente lo que la Administración pública coloca bajo la égida del derecho público en primer término y que el derecho constitucional garantiza.

V

Los preceptos formulados para caracterizar el derecho de la Administración pública —que se ha llamado "derecho de desigualdad", en contraposición a la igualdad abstracta de los contratantes según el derecho común— se comprenden en la esfera de la dogmática jurídica, pero el fundamento jurídico de esa potestad de reglar el contrato no es cuestión dogmática, ni de técnica jurí-

dica, sino de ciencia jurídica, influida por la política —en el sentido de ciencia de gobierno—, y que, por tanto, tiene su base en la teoría del Estado. (Véase el citado estudio *El desarrollo institucional administrativo*). Notable a este respecto es el régimen jurídico del *estado de necesidad en el derecho público*.⁸

La dogmática jurídica no es insensible, o mejor aun, no es impermeable a las transformaciones determinadas por los cambios de índole política o económica, y aún los de influencia histórica, que experimentan las instituciones. Sostenere lo contrario en el derecho administrativo equivaldría a negarle el valor de preceptiva jurídica normativa, tan necesaria para realizar los fines del Estado.

Ya dijimos que la jurisprudencia y su análisis crítico es otro elemento de mucha importancia en el estudio del derecho administrativo. Un análisis, aunque sea sumario si es concienzudo, de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de concesiones de servicios públicos, de régimen del dominio público, de responsabilidad administrativa, etc., demuestra que ni el método técnico jurídico, ni el positivismo jurídico hubieran hecho posible realizar esa gran obra, que aun cuando fragmentaria e inconexa, tiene un valor evidente, sobre todo en algunas instituciones importantes de derecho administrativo, que están formándose en el cuadro general.

Si esa función creadora de la jurisprudencia se ha realizado en sistemas como el francés, más construidos, de existencia secular, merced a la obra del Consejo de Estado ¿cómo no ha de valorarse donde el derecho administrativo no ha alcanzado ese grado de desarrollo y evolución?⁹

Pero no olvidemos que el profesor debe ser un guardian de los principios,¹⁰ y, si es necesario, un crítico sereno y constante de la jurisprudencia desviada de esos grandes principios, o generadora de ese ambiente deletéreo

⁸ Hasta hace poco esa institución tenía su dominio exclusivo en el derecho penal, y muy limitadamente en el derecho civil (esto por la naturaleza misma de su aplicación). En un estudio sobre el punto he podido delinear esa materia en el derecho público. Véase monografía *El "estado de necesidad" con particular referencia al derecho constitucional y al derecho administrativo*, Rosario, 1940.

⁹ Por considerar que la influencia de los grandes fallos de los tribunales puede ser a veces preponderante para el progreso del derecho. Véase el estudio *Fuerzas generales sobre la función de la jurisprudencia*, Rosario, 1941.

¹⁰ En el opúsculo *Misión del profesor de derecho público* (Buenos Aires, 1942) señala algunas deformaciones de la enseñanza, debidas a una tendencia impuesta no ya por la formación del profesor, sino por una consecuencia profesional (la defensa de intereses en general incompatibles con la soberanía del Estado y con la noción dominante de bienestar general que el Estado debe asegurar). Las incompatibilidades que la ley debe imponer —y ya ninguna en este orden de ideas— se fundan precisamente en lo que ahí sostengo.

que precede a los movimientos políticos de opinión, y que a veces dan en tierra con lo malo y también con lo bueno.

Nada mejor para expresar esta idea del valor de la jurisprudencia que el siguiente juicio: "La aplicación de la ley mediante un proceso de lógica, como si se tratara de una ciencia exacta, es tan errónea como concebir en el derecho exclusivamente un carácter lógico y racional. El derecho no es una ciencia pura, ni una ciencia exacta; es una ciencia moral, luego una ciencia viva, una ciencia de la vida. Su fin no es realizar construcciones abstractas y lógicas, sino proveer a los hombres de reglas de conducta y de armonizar sus intereses. Es dar a las realidades económicas y sociales una armadura jurídica, es decir, organizarlos sin darda con lógica —pero ante todo inspirándose en la idea de justicia y de utilidad común— recurriendo a todas las facultades humanas, no sólo a la razón, sino a los sentimientos, a las ideas, a las creencias—. ¿Qué le importa a los hombres que se les den reglas lógicas o ilógicas? Lo que ellos piden al derecho es la satisfacción de sus necesidades y sus intereses, y de armonizarlos con justicia, aun a desprecio de la lógica. Es necesario decir también que el derecho no puede ser rigurosamente lógico, porque la vida social —de la cual, no se olvide, el derecho no es sino reflejo— no es lógica y está hecha de contradicciones y complejidades. ¿Qué pensar de un razonamiento conforme a las prescripciones de la razón pura y de la lógica, pero que conduce a una injusticia y que choca con las necesidades de la vida económica y social?".

Si el método técnico-jurídico ha sido criticado, por pretender eliminar del derecho, de la ley y de la jurisprudencia todo aquello que implique un valor político histórico o moral, y reducirse a principios de lógica, ¿con cuánta mayor razón deben desecharse esas formas subalternas del positivismo lógico, que pretenden el derecho como construcción silogística, exento de todo *aliquid politico*, aunque en el fondo con eso mismo —como que se ha dicho— se persigue un fin político inconfesable?

VI

Después de una discriminación de conceptos y de nociones teóricas y prácticas sobre la actividad del Estado en la realización de ese fin esencial, de prestar servicios públicos, he formulado lo que es mi definición comprensiva

¹¹ *Nest, la fonction de la jurisprudence dans la vie juridique française*, Strasbourg, 1932, pag. 6.

del servicio público, del siguiente modo: "toda acción o prestación (ciferénciase, desde luego, la acción de la prestación) realizada por la administración pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía".¹²

Sin duda puede ser considerado el servicio público desde el punto de vista económico político o económico social, y especialmente desde el punto de vista jurídico. Pero un examen analítico de la institución del servicio público en el dominio de la técnica jurídica sería materia de todo un curso, como el instituido por ejemplo, en el plan de estudios de la Facultad de Derecho de París.

Refiriéndome luego al aspecto general del servicio público, he dicho que en el Estado social la prestación de servicios de interés público no es una facultad, sino un *deber*.

En el estado anterior llamado *Estado policial*, el servicio público de interés social y de naturaleza industrial no se conocía casi. Fue, por una parte, el interés que el propio Estado tuvo en asegurar su existencia por medio del progreso cultural y económico, y, por otra, el desenvolvimiento práctico de la idea de solidaridad lo que justificó la intervención de Estado en los servicios de interés general, pues siendo así, ellos no podían dejarse librados a la iniciativa y a la especulación privadas. Por lo demás, las formas generales de prestación de servicios públicos pueden ser reducidas, principalmente a tres, desde el punto de vista político económico, y son las siguientes: primero la llamada *liberal* que se conforma con la ética jurídico política individualista, la "nacionalización" según un sentido político social más o menos desarrollado y la *concesión*, que es un tipo intermedio, que sustituye transitoriamente al seguro en cuanto el concesionario no es sino un simple *delegado* del poder concedente, con facultades inherentes al servicio que presta bajo la vigilancia de dicho poder concedente o poder administrador.

Desde luego, no es materia de derecho administrativo como disciplina científica, sino de ciencia de la administración, el estudio de estos sistemas, pero al derecho administrativo le concierne necesariamente el régimen de que se trata.

En este orden de ideas también es preciso distinguir el servicio público propio del servicio público impropio, así llamado porque su prestación no es

¹² Véase mi obra *Ciencia de la Administración*, Rosario, 1937, pág. 64.

función propia del Estado, aun cuando sea objeto de un régimen legal que se propone asegurar su continuidad y regularidad, mediante un controlador constante sobre el servicio. Son ejemplos de servicios públicos impropios: las farmacias, los carruajes de alquiler, etc.

Cualquier servicio organizado para satisfacer un interés general, y cuyos usuarios son los miembros de la colectividad, es servicio público. Según esto el carácter público está determinado por el fin del servicio.

Originariamente en el Estado policía la prestación de casi todos los servicios que hoy se denominan públicos, era considerada simples industrias privadas. Más tarde, una concepción cabal de los fines del Estado y la socialización insensible a veces, pero efectiva, de las funciones del Estado, hicieron que él considerara en su incumbencia, y aun en su exclusivo deber, la prestación de todos los servicios públicos propios.

Ahora bien: en países como el nuestro, la idea del servicio público sugiere casi siempre la idea de concesión, sistema que por tendencia general tiende a desaparecer, pero que es necesario estudiar.¹¹¹ Lo que más importa en la concesión es la determinación de su carácter jurídico. De una manera general, se considera a la concesión como la atribución de un poder jurídico sobre parte de la Administración pública. Según este concepto el concedente y el concesionario tienen un doble orden de obligaciones y derechos, pero siempre en relación con el interés público; este es un principio predominante en materia de concesiones.

La consideración según la cual también entra en la órbita de la ciencia de la Administración la conveniencia del régimen de monopolio de los servicios públicos, fúndase o justifícase por diversas razones, v. gr., de orden "económico", como evitar la doble inversión de capital, que es contraria a la economía pública, y de orden "administrativo", en cuanto a la unidad, facilidad y uniformidad del régimen del servicio, y especialmente de su inspección, evita la multiplicación y también la dispersión de la energía de la Administración pública. Luego no puede excluirse el estudio del problema a través del prisma jurídico y cuanto se trata de privilegios que pueden afectar principios como el de la igualdad ante la ley. Por otra parte, el propio orden de cosas puede justificar un solo servicio en razón de la limitación del dominio público que está afectado por ese servicio.

¹¹¹ Véase *Tratado de las sociedades de economía pública, los servicios públicos y las vicisitudes de nuestra nacional* en "Anuario del Instituto de Derecho Público", t. VIII.

Pero un punto muy importante en todo esto es la protección de los usuarios de todo servicio público, o sea, la defensa de sus derechos e intereses. Este es un punto esencial. La protección *jurisdiccional* va sustituyendo a la índole *política*, los medios políticos tienen otro objeto, y sirven más a la propaganda de los partidos que a la defensa del usuario.

Existen, por cierto, medios defensivos espontáneos de *forma primaria*, por así decirlo, y es la reprobación o el boicot por parte de los usuarios del servicio público, deficiente o costoso: pero esa forma no es eficaz ni posible tratándose de un monopolio.

Algo superior a la anterior es la *oposición colectiva*, sea por la propaganda pública o por la prensa, bien entendido no venal ni vinculada a empresas privadas en forma subalterna.

Pero, como decimos, la forma más propia de un orden jurídico regular es la *jurisdiccional*, o sea, mediante el ejercicio de los *recursos legales* necesarios para compeler a quien realiza el servicio, sea al concesionario o al Estado mismo, a la prestación regular del mismo.

Adviértase, además, que los medios generales que la Administración pública emplea para hacer cumplir sus decisiones son esencialmente administrativos, es decir, que se excluyen todos los actos o procedimientos del derecho privado. De ahí la importancia de la "ejecutoriedad" del acto administrativo. En efecto, importa no olvidar el carácter dominante de la actividad administrativa y que se expresa en la *ejecutoriedad* de sus decisiones, la que se manifiesta típicamente en la *policía especial del servicio público, además de la policía general*. Otra institución eficaz para asegurar la efectiva prestación del servicio y dosificar la potestad disciplinaria del concedente es la "multa". Finalmente la "ejecución directa por sustitución" es la forma propia que la Administración emplea cuando el concesionario no presta eficientemente el servicio, o un acontecimiento de carácter subversivo amenaza con la interrupción del servicio.

La "revocación de la concesión" es la sanción administrativa definitiva. Desde luego, la revocación puede tener por motivo una sanción penal o bien la "falta de causa" de la concesión; en este último caso el derecho a la indemnización es la regla. La "caducidad" es una sanción necesaria contra el incumplimiento de las obligaciones del concesionario.

El análisis jurídico —sumario, claro está—, que acabamos de hacer respecto de una materia que en aparencias es de economía y de política de trans-

portes, pero cuya regulación jurídica entra en la órbita del derecho administrativo, demuestra la verdad de nuestro aserto, pues sólo aplicándose sus principios y reglas, esa actividad puede alcanzarse y realizarse en armonía con las garantías constitucionales y con el ordenamiento de poderes que la Constitución establece. Todas esas situaciones que han producido a veces conflictos casi insolubles, y para cuya solución se han procurado remedios de política empírica, tienen su régimen normal en esta disciplina que, por cierto, no mira a las conveniencias de orden económico, social, etc. —desde luego muy importantes y dignas de ser consideradas— sino al imperio de la legalidad de sentido amplio, es decir, de la *juridicidad*, para emplear un neologismo significativo.

El estudiante debe tener una base elemental pero sólida de derecho constitucional, de economía y de finanzas, además de la de derecho privado. Y aunque a este respecto sea un poco desagradable la observación, decimos que en los exámenes de derecho administrativo se advierte, por causas realmente inexplicables, que están ausentes de la preparación de los examinados esos principios elementales y fundamentales del derecho constitucional y del derecho civil. Se lee mucho, pero quizás sin método, sin conciencia de valoración. Lo primero es conocer el derecho positivo: constitucional y civil. Sin duda, la crisis de este último tiene su causa en haberse prescindido del gran valor que el derecho romano tiene en la formación del jurista, en la preparación integral del abogado, en su espíritu crítico.

VII

En 1926, al inaugurar en esta facultad el curso de Derecho Administrativo (y antes, en 1920, en la Universidad del Litoral) consideré ciertos puntos especiales de nuestro derecho administrativo,¹⁵ y especialmente señalé entonces la importancia de un problema que luego ha creado situaciones jurídicas no siempre resueltas con un criterio orgánico. Me refiero al problema de la *descentralización institucional*, o de servicios públicos. Ese problema surge del régimen legal de esas entidades frente al sistema de la Constitución, según la cual él es Jefe supremo y tiene a su cargo la administración general del país (art. 86, inc. 1°); además nombra y remueve los funcionarios y em-

¹⁵ Algunas ideas directrices sobre el estudio de nuestro derecho administrativo y sobre una la jurisdicción de los administrativos, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, N.º 15, Buenos Aires, 1926.

pleados cuyo nombramiento no esté reglado de otro modo por la misma Constitución (art. 86, inc. 40°).

Esta opinión, que fundé ya en la primera edición de mi obra general, en 1921, la he reafirmado, como las demás ideas básicas expuestas en esa obra, a lo largo de cerca de treinta años de incesante trabajo e investigación.

Aunque la descentralización tiene la ventaja de permitir virtualmente la revisión de los principales actos de disposición patrimonial y financiera, y la legitimidad de otros, por la función del contralor, también disminuye la responsabilidad legal del Poder ejecutivo (si bien en realidad él puede influir ocultamente en la dirección del ente descentralizado).

En la clase inaugural del curso de 1928 tuve oportunidad de referirme a una teoría llamada "normativa" o de formación de normas de derecho "por gracia". Dije entonces que lo que se presentaba como una novedad, como un aporte de cierto valor para construir esta rama del derecho, era en sustancia un ejercicio de lógica formal, sin mayor trascendencia. Pues todos sabemos que en cada ordenamiento jurídico positivo existe una escala de normas en cuya parte superior está la Constitución, y las que de ella derivan contienen parte de la sustancia de la anterior, que a la vez le limita el ámbito del elemento nuevo. Este elemento nuevo es político o jurídico, comprendiendo en lo político también lo económico, cultural, etc.

El art. 31 de la Constitución establece ese orden de prioridad de normas, y lo mismo el art. 5. El art. 86, inc. 2 establece también un orden de prioridad y de subordinación de normas: *et sic de caeteris*.

Dije no hace mucho que el positivismo jurídico aun domina en nuestro sistema, y no sólo me refiero a la ley sino también a la doctrina, especialmente de derecho privado (civil y comercial). Ese positivismo forma una especie de subconciencia jurídica (para emplear una expresión psicoanalítica).

La escuela francesa de exégesis, que nació con el Código de Napoleón, tuvo entre nosotros, casi inmediatamente después de sancionado el Código civil argentino, decididos secuaces. Eso explica la tendencia al comentario exegético de los textos de derecho común. Y aun algunos que reaccionaron contra el infortunado método exegético, no se han librado completamente de aquella influencia, aunque en sus obras hayan desechado como método el comentario exegético. Porque una cosa es la orientación y disciplina general, y otra es el método didáctico. Además, se ve fácilmente que el método de interpretación judicial se informa en lo esencial de esa escuela.

Ese predominio del positivismo entre nosotros no siempre ha impuesto, sin embargo, el monismo jurídico que le es propio, como ocurrió en Francia. En realidad, no pocos de nuestros juristas han sido pluralistas.

¿Que tendencia, dirección —ya que no puede decirse propiamente escuela— ha neutralizado el positivismo nuestro, a veces puramente jurídico (subordinado a los textos legales, a la interpretación del derecho positivo por la *mens legis*, y de ahí las infortunadas referencias y transcripciones de debates parlamentarios de la ley aplicada), a veces histórico y hasta histórico político? No pocos fallos y concepciones doctrinarias, en casos de oscuridad o ambigüedad de la ley, han apoyado sus conclusiones en antecedentes históricos políticos. Sin duda, no se trata de esos antecedentes rebuscados, como el fallo judicial aislado, ni de la opción de algún sofista del derecho constitucional, pues esto no es interpretación jurídica ni buena ni mala, sino *legaleysmo*. Se trata siempre de directivas. El positivismo, cualquiera sea, positivismo jurídico, positivismo lógico, sobre todo el primero ha desempeñado su papel, pero el progreso de la ciencia jurídica no le debe mucho. Al contrario.

Se ha hablado alguna vez de la necesidad de una alta policía sobre los estudios jurídicos. En los pueblos jóvenes se improvisa mucho y debe perdonarse mucho, decía cierta vez un profesor defensor de intereses particulares. Con esto quería justificar algunas fallas de la doctrina y de la jurisprudencia. Yo pienso que esa observación era errónea. Por lo pronto, no somos un pueblo más joven que hace cuarenta años, y entonces cierta palabrería, y las disquisiciones bizantinas bajo rótulos con pretensiones científicas no tenían curso, eran más bien motivo de hilaridad y ludibrio. Había, quizás, mayor sentido de responsabilidad y aun sensibilidad estética. Los conceptos jurídicos no son arbitrarios, ellos tienen un fundamento, si no siempre en la tradición jurídica, en la dogmática y en la técnica.*

Pero como ha ocurrido en la pintura con el impresionismo y —desgraciadamente con el futurismo y cubismo— también en el derecho se han producido trastornos doctrinarios, que si bien no ponen en peligro, ni mucho menos, la solidez de la verdadera ciencia jurídica y el buen sentido cartesiano, han tenido efectos cartesianos, han tenido efectos secundarios que deben evitarse.

En todas las épocas, ha habido ruido auto propaganda —a veces con un éxito superficial y transitorio— con pretendidas pretensiones nuevas. Pero en

* Véase mi opusculo *Los conceptos jurídicos y su terminología* (Rosario, 1946), págs. 5 y siguientes.

todo y para todo hay secuaces, y eso no puede evitarse. Lo que puede y debe evitarse es que esas cosas lleguen a tener curso en la Universidad bajo la autoridad del claustro.

Siempre ha habido quienes se han apropiado de unos cuantos terminos de algún vocabulario pseudocientífico, ya de algún artículo de revista, ya *ex novo* (de factura casera), pero siempre de valor puramente convencional. Con ser todo eso un índice de ausencia de estudios jurídicos serios, sistemáticos, especialmente de una propedéutica jurídica, del derecho romano, es preciso el hecho.

Un programa es, por definición, una exposición metódica escrita, la descripción de un plan; y si ese plan es del curso o de la enseñanza, lógico es comprender en él todo lo que debe integrar el curso mismo. Ciertamente no todas las partes del programa tienen el mismo valor, ni la misma función en el desarrollo de la enseñanza, y de la disciplina. Algunas son fundamentales, otras son integradas o explicativas. Pero esta distinción no puede hacerse en un programa, en la forma en que puede y debe hacerse en la obra didáctica escrita, porque cabalmente es el estudioso quien debe discriminar y valorar con sentido crítico la distinción. Si un programa en el concepto docente no es una obra didáctica, ni una obra científica, puede ser reflejo de ella, aunque a veces no se la llame así.

Cuando el gran penalista Carrara tituló como *Programa* a su monumental obra de derecho penal, se dieron juicios muy diversos sobre esa denominación: pero él dijo¹⁵ que el programa de una ciencia no indica, en su concepto, el libro donde la ciencia misma se expone, sino más bien el principio fundamental y la fórmula en la que el autor ha sintetizado la fuerza motriz de todos los preceptos que la ciencia misma (según su pensamiento) está llamada a desenvolver y a demostrar.

El programa de cursos es el plan de enseñanza y examen, el elemento de contraste para comprobar la suficiencia del examinado respecto al conocimiento de una disciplina que integra un ciclo o un conjunto orgánico de conocimientos que se reputan indispensables para ejercer una actividad profesional, es decir, para obtener el título universitario o facultativo.

Lo que el Estado se propone en el régimen legal universitario es precisamente eso. La universidad puede, claro está, realizar funciones de otro orden,

¹⁵ Prefacio a la quinta edición de programa del curso de derecho criminal.

vgr. la investigación científica con un objeto distinto del de la preparación o formación profesional, que también presupone una información científica; puede también proponerse una formación cultural en diversos grados, desde la académica hasta la extensión universitaria. Pero la función esencial de la Universidad es la función que se ha señalado.

En los últimos tiempos se ha querido esta verdadera y esencial misión en segundo término, y hasta se ha pretendido encontrar la causa de la llamada crisis universitaria en esa función de la Universidad ha tenido siempre de formar y habilitar para el ejercicio de profesiones liberales. Esas críticas no tienen consistencia alguna. Son antojadizas, arbitrarias y, por fortuna, sin ninguna autoridad científica. Se trata de una cruzada, para lo cual se ha incurrido en afirmaciones contradictorias, como la de negar cultura a los claustros de la Universidad "profesionalista", y pedir, a la vez la "exclaustración" de la cultura, como obra de proyección social; por ejemplo que la extensión universitaria, cuyo fracaso, como el de la docencia libre, ha sido rotundo, por causas que he considerado en diversos estudios.¹⁶

Nada mejor, para dar fin a esta breve exposición de motivos, que recordar las palabras del jurista Gény —que ya transcribí en el prefacio de una obra con cuya publicación me honró esta facultad—¹⁷ a propósito de la enseñanza del derecho público: "Ha sido necesario —dice— multiplicar los puntos de estudio que se propusieron para las Facultades de derecho y rodar de nuevas floraciones el viejo tronco de las enseñanzas del derecho puro, allí donde se ha podido encontrar un rictus de juventud y de vigor" ¹⁸ "Frente a los preceptos que rigen las relaciones privadas de los hombres se levanta la cuestión del Estado", o, si se quiere, del gobierno con los poderes que lo constituyen, y sus correspondientes ramificaciones en las circunscripciones del territorio nacional, en suma todo lo que sintetiza la vida política y administrativa del país. Y ya entramos por ahí en el dominio del derecho público, derecho que después de haber sido estudiado durante largo tiempo, ha alcanzado en nuestros días una extensión

¹⁶ Véase *Desarrollo administrativo*, desde la primera edición (1921) t. II, págs. 330 y sigtes., hasta la del año en curso, t. II, págs. 304 y sigtes., y *Ciencia de la Administración*, Rosario, 1937, págs. 394 y sigtes. Esto precisamente explica el régimen legal universitario. Véase *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1942, págs. 496 y sigtes.

¹⁷ *La autarquía de las universidades. Sobre la Universidad de Italia. Autarquía e intervención. Cuestiones universitarias. Régimen universitario. Derecho y Política. Algunas reflexiones que sugiere el actual momento universitario. Observaciones sobre la creación universitaria.*

¹⁸ *La protección constitucional y el recurso extraordinario. Jurisdicción de la Corte Suprema*, Buenos Aires, 1946.

considerable por el desarrollo de las funciones del Estado y un aspecto particular en razón de las ideas de democracia y de gobierno popular, que libran la Constitución a manos de los ciudadanos que la deben manejar. ¿Qué problemas, pues, nos ofrece todo esto a las investigaciones de los juriscónsultos?"

Pues bien: esos problemas que son muchos, y ya existen en la vida actual, además de los que se columbran en el horizonte político y social, son problemas fundamentales para los derechos de los administrados, porque hoy se habla, ya de derechos ya de intereses legítimos, protegidos, unos y otros, por recursos jurisdiccionales, que son construcciones admirables del derecho administrativo. Se trata de aplicar en la esfera del Estado principios de eterna justicia sin los cuales la vida no tendría verdadero sentido. Enseñar lo que nuestra ciencia se ha hecho y lo que puede y debe hacerse en ese orden de ideas, es algo que realza la cátedra y da a la Universidad su verdadera jerarquía en el campo de los valores culturales de orden jurídico.

Históricas

the 1990s, the number of people in the UK who are employed in the public sector has increased by 1.5 million, from 2.5 million in 1980 to 4 million in 1995 (Department of Health 1996).

There is a growing emphasis on the need to improve the efficiency of the public sector, and to ensure that the public sector is able to deliver the services that are required by the public. This has led to a number of initiatives, including the introduction of competition, the restructuring of public sector organisations, and the introduction of performance measures.

One of the main reasons for the need to improve the efficiency of the public sector is the increasing pressure on public sector budgets. This is due to a number of factors, including the increasing cost of health care, the increasing cost of education, and the increasing cost of social services.

Another reason for the need to improve the efficiency of the public sector is the increasing demand for public services. This is due to a number of factors, including the increasing population, the increasing demand for health care, and the increasing demand for education.

There are a number of ways in which the efficiency of the public sector can be improved. These include the introduction of competition, the restructuring of public sector organisations, and the introduction of performance measures.

One of the main ways in which the efficiency of the public sector can be improved is by the introduction of competition. This can be done by allowing private companies to compete for public sector contracts, or by allowing private companies to take over public sector organisations.

Another way in which the efficiency of the public sector can be improved is by the restructuring of public sector organisations. This can be done by merging public sector organisations, or by transferring public sector functions to private companies.

A third way in which the efficiency of the public sector can be improved is by the introduction of performance measures. These measures can be used to monitor the performance of public sector organisations, and to identify areas where improvement is needed.

CRÓNICA DE LA FACULTAD: INAUGURACIÓN DEL INSTITUTO DE ENSEÑANZA PRÁCTICA DEL DERECHO*

El 16 de mayo se llevó a cabo en el local del colegio de abogados la ceremonia inaugural del consultorio jurídico, creado por ordenanza de fecha de 20 de octubre de 1922 y a cuyo frente está el profesor doctor Eléctor Lafaille.

Fue, sin duda, un acto interesante y auspicioso al que dieron realce con su presencia numerosos magistrados judiciales y profesores, siendo, por lo demás, bien nutrida la concurrencia de estudiantes y público en general que llenaba la sala.

El decano, doctor Ramón S. Castillo, sintetizó en frases muy oportunas el significado y trascendencia de una iniciativa que exterioriza como ninguna otra los propósitos, reiteradamente afirmados este último tiempo por la Facultad, de orientar su actividad docente en armonía con los métodos de enseñanza que señalan la investigación directa del alumno, en contacto con la realidad de la vida forense, como el más seguro camino para formar profesionales eficaces. El doctor Castillo puso de manifiesto, encomiando la cooperación del Colegio de abogados, que no solamente proporciona el local, sino todo otro elemento indispensable para asegurar el funcionamiento del consultorio.

El presidente del colegio, doctor Mario Rivarola, pronunció un extenso discurso lleno de sagaces observaciones y bien inspiradas sugerencias.

Cerró el acto con el discurso que a continuación insertamos, el doctor Lafaille, director del consultorio.

"Señores:

En el recinto austero del Palacio, campo inmerso de experimentación y de estudio, la Facultad de derecho ha querido fundar este consultorio como primer palán de la enseñanza práctica.

Mejor tal vez que en parte alguna, la obra universitaria encuentra aquí su natural ambiente. Los problemas jurídicos no se presentan al observador ya diseccionados, como preparaciones anatómicas. Así podrán plantearlos por razones lógicas o didácticas el profesor o el legista, pero *realmente*, como dice Capitant, la unión íntima del hecho y del derecho es lo que torna tan difícil la tarea del juez.

* Nota de los editores: esta crónica fue publicada en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales" vol. 3, 1924, págs. 495 y 551.

En la ingrata depuración del metal para despojarlo de su escoria, también colaboran asiduamente los letrados, cuyo órgano representativo —este colegio— nos brinda su entusiasmo y atiplia hospitalidad. La presencia de los funcionarios judiciales y el alto apoyo de la Suprema corte demuestran que la Facultad tiene una gran misión que cumplir dentro de la casa de justicia, y que es ya tiempo de emprenderla sin perdonar esfuerzo.

Si la maestría se alcanza tras largo ejercicio, hay que comenzar desde la juventud la educación del criterio hasta poder discernir entre el conjunto de las circunstancias la acción a entablar o el nudo que concentra la dificultad.

Nadie confunde ya el derecho con la ley escrita, ni olvida que, a la par de la ciencia pura, debe aprenderse el arte de traducir el precepto. Pero no basta con repetirlo, aunque se agregue el mecanismo de los métodos y algunas reglas de hermenéutica. Con ello y los ejemplos ilustrativos, poco o nada se obtiene: un arte es, por fuerza, experimental, y no se adquiere sino con la práctica.

Hay, pues, que constituir el taller de ajuste y adaptación, como auxiliar indispensable de la cátedra. Allí verá el principiante, con sus propios ojos, que el derecho no se produce 'por series', según la expresiva frase de Lambert; que para ser eficaz, la norma escueta debe 'humanizarse' y bajar de las nubes; que la mayor parte de los 'casos' no tienen dentro de los códigos una solución preestablecida, que el jurista práctico vive combinando remedios para males siempre nuevos e imprevistos. Concebirá entonces, nuestra profesión como algo mucho menos simple e ideológico, pero infinitamente más interesante y digno de apasionar los espíritus...

Habrá malogrado sus mejores años, si no lleva con su diploma esta sabia y fecunda lección...

En nuestros días, la inmensa mayoría de los ex alumnos está lejos de responder a esa mentalidad tan equilibrada. Salvo unos pocos, que han frecuentado con empeño las secretarías, o los estudios de buenos abogados, los demás bebieron todos sus conocimientos en los autores, la clase o el seminario.

Brusco es el contraste cuando se pasa de tan plácido panorama a la agitación diaria de los estrados y a la terrible esgrima del expediente. La realidad se presenta de golpe, bajo sus aspectos menos atractivos: el fácil triunfo de la estrategia sutil contra la verdad mal defendida, el choque de los apetitos y los intereses que aguza el entendimiento y deforma la moral...

A poco andar, tras las primeras consultas *ex abrupto*, cuando los ensayos a costa del público lo convencen de su ineffectia, es dominado por el desaliento. Se refugia en el mundo sereno de las 'categorías', donde no hay lucha ni dolor, o se resigna a un empirismo lucrativo, a base de recursos curialescos y citas de jurisprudencia.

Así acaba más de una vocación juvenil; así naufragan también muchos caracteres.

Los menos, echan de ver que la teoría y la práctica se complementan; que sería absurdo encastillarse en la una, para despreciar la otra, cuando el juego armónico de ambas constituye la perfección. Entonces, trabajosamente, cumplen su aprendizaje. Llenan los vacíos de su preparación universitaria, y forman el grupo de profesionales que honran nuestro foro, o son los jueces que mantienen el buen nombre de la magistratura argentina.

De esta suerte, no sólo el vulgo, sino los intelectuales han llegado a persuadirse de que entre la Facultad y la 'casa de justicia' existe una antinomia irreductible que razonan de muy distinto modo, hablan idiomas diferentes y se contempla tal estado de cosas con la resignación propia de quien soporta un mal sin remedio.

Ello no puede ni debe ser. A toda costa, hemos de impedir que la falta de contacto origine la incomprensión, y con ella divergencias radicales. Es de felicitarse cuando algunos jueces o miembros ilustres del foro abrazan las tareas docentes y nos aportan su talento y experiencia de la vida. Soy de los que piensan que todo profesor debe hacer 'clínica' para llevar a sus discípulos material vivo y de actualidad. Es un correctivo eficaz contra el derecho unilateral y dogmático, de tan nefastas consecuencias sobre las leyes y su aplicación.

Pero insisto en que el punto de partida debe ser el estudiante mismo. Gradualmente, hay que familiarizarlo con el 'caso'; primero, a través de una relación o de los autos; luego, en forma directa, para obtener una impresión personal en su trato con el 'enfermo'. Sin aspirar a que logre vencer las dificultades del diagnóstico, no le serán nuevas cuando deje las aulas, y se hallará en condiciones análogas a su compañero de medicina. La diversidad entre ambas ciencias no es tanta que permita excluir por completo de la una el método universalmente aceptado para la otra. Hasta en matemáticas se aplica con éxito el régimen de los 'trabajos prácticos', problemas y ejercicios, que se plantean y resuelven dentro de cursos especiales.

Para las disciplinas jurídicas, el pensamiento no es del todo nuevo, aunque tal vez no ha recibido nunca su completa ejecución. No se trata en efecto, del *auditorium* romano, que mencionan los clásicos; ni las *disputationes* medievales, tan en boga dentro de las escuelas. En el uno, el principiante era factor pasivo y en otras, se desenvolvía especialmente el arte de la dialectica, más que los temas de derecho.

Nuestros viejos abogados conocieron el aprendizaje en los bufetes, o el 'instituto teórico-práctico', a modo del *stage* francés, adoptado con variantes en casi todos los países europeos. Si con ello se acredita que desde antaño preocupó en el país la formación de buenos juristas, el procedimiento degeneró, porque, para dar resultado, debe imponerse antes de recibir el título y cumplirse bajo el contralor de la autoridad universitaria.

A veces, pero en pequeña escala, ciertos maestros entraron por esta vía saludable mediante pleitos y tribunales organizados en clase. Por más que sólo se ocuparan del mecanismo judicial sin abordar cuestiones de fondo, y que carecieran tales ficciones del relieve e interés que presta la realidad, guardan cierta semejanza con nuestro consultorio.

Lo mismo cabe reconocer respecto del método preconizado por Ihering desde 1847, cuando presentaba a sus discípulos una serie de ejemplos escogidos en la realidad jurídica. En varias universidades alemanas se conserva todavía; pero han sido principalmente los Estados Unidos, sobre todo Harvard y Columbia, el centro del sistema conocido por *Select Cases*, llevando al extremo de sustituir casi enteramente la preparación doctrinaria.

Hacia dentro de la Unión se levantaron protestas contra el exceso, lo mismo que en Inglaterra y Australia, donde no se admitió semejante preferencia y se procura efectuar el estudio teórico-práctico en forma simultánea.

En los pueblos latinos, donde tanto arraigo ha conseguido la codificación, se tropezó con mayores resistencias. Bien puede afirmarse que apenas se han dado los primeros pasos. Sin embargo, las 'salas de trabajo' ya instituidas por varias facultades francesas (especialmente, para derecho civil) y la notable publicación de Capitant y Lambert a comienzos de este mismo año, revelan que la idea progresa en el terreno de los hechos; respecto de Italia, a nada concreto se ha llegado; los trabajos de Gramurco, de Fadda y de Cogliolo significan una valiosa contribución a ese fundamental capítulo de pedagogía superior. La conferencia pronunciada por el último de los profesores citados,

en la Universidad de Genova, fijaba desde 1849 rumbos muy certeros para este género de Institutos.

La ordenanza de 1922 a la cual damos ahora cumplimiento, introduce, por su parte, varias innovaciones que mejoran el plan trazado por tan importantes precursores. En primer término, el 'consultorio', que da su nombre al organismo y permite un conocimiento más inmediato y eficaz del derecho vivido. Luego, la gradación didáctica desde el ejemplo escrito y el sumario de los fallos hasta la asistencia directa en que interroga y ausculta el practicante, a la vista y bajo la dirección del profesor clínico, a la vez que seminario.

Las ventajas que nos proponemos alcanzar han sido en parte señaladas y pueden sintetizarse en pocas palabras.

- a) El conocimiento de la vida jurídica y de sus conflictos, que no puede lograrse por ningún otro medio, fuera de la observación. Aquí, la realiza el mismo estudiante, conducido, pero no reemplazado por el maestro;
- b) La facilitación de la enseñanza teórica, sea por el suministro de elementos utilísimos para la cátedra, sea porque un 'casuista' verdadero se graba fuertemente en la memoria y fija más el principio que cien lecturas;
- c) La noción integral del derecho, que no llega jamás a perfeccionarse, cuando esta se encara bajo uno sólo de sus aspectos;
- d) Formar la inteligencia y el carácter con relación al ambiente donde el futuro graduado debe cumplir su misión de juzgar o defender;
- e) La ética profesional, el lenguaje del derecho, el estilo propio de los escritos y sentencias —y por fin la práctica forense— tiene su natural cabida en nuestro laboratorio y permiten salvar una deficiencia de los programas actuales;
- f) El ordenamiento de la jurisprudencia, lo mismo que de las consultas verbales o escritas y demás elementos de estudio que se recojan;
- g) El beneficio público que se deriva de la mayor aptitud en los diplomados, de servicios gratuitos y permanentes y del conjunto de informaciones para los juristas y los estudiosos;

Con estos propósitos, colocamos hoy la piedra angular de un edificio que concebimos grande. Cuando transportamos a la esfera del derecho los procedimientos de las ciencias biológicas —hemos soñado para mañana en nuestro 'Hospital de Clínicas', vasto nosocomio con especialistas, practicantes, salas y enfermos— Allí las nuevas generaciones dispondrán para educarse de vistas más aciertas y métodos más perfectos... A pesar de la distancia que nos aparta de

este ideal seductor, la previsión impone levantar los planos antes de emprender el trabajo...

Confiemos en que germine y dé su fruto la semilla que hoy entregamos a la tierra bajo tan favorable auspicio. Profesores y estudiantes acogieron con aplauso el proyecto, que reunió los sufragios unánimes del consejo directivo. El colegio de abogados, después de encomendarnos su propio consultorio, nos acuerda el uso del salón y su bien nutrida biblioteca. Tan generosa cooperación ha permitido que nos instalemos de inmediato, a la espera de ampliar el local habilitado por la Suprema corte, cuyo elevado patrocinio es nuestro mayor aliado dentro de esta casa.

Nos dirigimos a la magistratura y al foro en procura de un concurso, en verdad imprescindible para el éxito de nuestro pensamiento, que se dignaron alentar con todo su prestigio. Mucho estimaremos el envío de 'casos' que se presten a estudio y comentario, las facilidades en la compulsa de expedientes o la copia de fallos y sobre todo, su presencia en este local, tanto para las conversaciones que hemos de instruir, como a fin de mejorar el servicio y organización del consultorio.

Señores,

Todo el derecho no está en los libros. Frente a la letra inmutable que ellos comentan, o al principio inanimado que desenvuelven, surgen las relaciones entre los hombres, la vida misma, que es pasión y movimiento. La Universidad no debe ser torre de marfil, hasta la cual no lleguen ni los ecos del combate, ni el clamor de los heridos. ¡Que esta obra proyecte sobre las aulas nuevos rayos de luz, desvanezca prejuicios, forme juristas prudentes y expertos; que así contribuya también a la fealdad de los honores y al reinado de la justicia! ...

Estudios e investigación

the 1990s, the number of people in the UK who are employed in the public sector has increased by 1.5 million, from 2.5 million in 1980 to 4 million in 1995. The public sector has also become an important employer of women, with 50% of public sector employees being women in 1995.

There are a number of reasons why the public sector has become an important employer of women. One reason is that the public sector has a high proportion of women in the lower grades of the hierarchy, which is why it has become an important employer of women. Another reason is that the public sector has a high proportion of women in the higher grades of the hierarchy, which is why it has become an important employer of women.

There are a number of reasons why the public sector has become an important employer of women. One reason is that the public sector has a high proportion of women in the lower grades of the hierarchy, which is why it has become an important employer of women. Another reason is that the public sector has a high proportion of women in the higher grades of the hierarchy, which is why it has become an important employer of women.

There are a number of reasons why the public sector has become an important employer of women. One reason is that the public sector has a high proportion of women in the lower grades of the hierarchy, which is why it has become an important employer of women. Another reason is that the public sector has a high proportion of women in the higher grades of the hierarchy, which is why it has become an important employer of women.

There are a number of reasons why the public sector has become an important employer of women. One reason is that the public sector has a high proportion of women in the lower grades of the hierarchy, which is why it has become an important employer of women. Another reason is that the public sector has a high proportion of women in the higher grades of the hierarchy, which is why it has become an important employer of women.

There are a number of reasons why the public sector has become an important employer of women. One reason is that the public sector has a high proportion of women in the lower grades of the hierarchy, which is why it has become an important employer of women. Another reason is that the public sector has a high proportion of women in the higher grades of the hierarchy, which is why it has become an important employer of women.

There are a number of reasons why the public sector has become an important employer of women. One reason is that the public sector has a high proportion of women in the lower grades of the hierarchy, which is why it has become an important employer of women. Another reason is that the public sector has a high proportion of women in the higher grades of the hierarchy, which is why it has become an important employer of women.

There are a number of reasons why the public sector has become an important employer of women. One reason is that the public sector has a high proportion of women in the lower grades of the hierarchy, which is why it has become an important employer of women. Another reason is that the public sector has a high proportion of women in the higher grades of the hierarchy, which is why it has become an important employer of women.

ENSEÑAR DERECHO PENSANDO EN EL PROFESIONAL DEL SIGLO XXI*

SUSANA CAMPARI**

"Si queremos abogados y jueces que redacten escritos y sentencias conscientes de su función de hacer vivir la ley, que en su interpretación de las normas tengan en cuenta los fines y necesidades sociales derivadas de fuentes tan diversas como la historia legislativa de la norma y la propia concepción del juez sobre los valores de la sociedad y que, además sean capaces de formular sus argumentos para que sean lo más coherentes posibles con la totalidad del sistema jurídico, tanto jurisprudencial como legislativo, debemos cambiar la concepción del sistema educativo."

Una política de formación universitaria cualquiera sea su objetivo requiere plantearse acciones de mediano y largo plazo, por las consecuencias que la toma de decisiones al respecto trae aparejada: en este momento de cambios vertiginosos y de problemáticas complejas, dicha política debería tender a:

- impulsar un mayor acercamiento entre la Universidad y la sociedad civil,
- plantear la biodiversidad universitaria,
- reformular el marco normativo que regula las formas de gobierno en las universidades,
- rediseñar los objetivos y métodos docentes y por ende, los roles de los profesores universitarios,
- visualizar a las universidades como instituciones de formación continua abierta a diferentes categorías de estudiantes,
- reubicar los medios ante el avance tecnológico para facilitar que las nuevas formas de comunicación moderna permitan utilizar los múltiples modelos de capacitación.

* Agradezco el apoyo incondicional del Profesor Enrique Mariscal y del Dr. Juan Sedó, Director y Vicepresidente de la Comisión de la Carrera y Formación Docente, y a la Licenciada Cristina Sere de Brionelli por sus constantes aportes para mi tarea docente.

** Abogada (UBA) Profesora del Departamento de Formación Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

† Micaela Jonathan, "El método de casos y la educación legal en la Argentina", *Salvo Aporte*, N° 1, 1998, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA.

En este marco de definiciones de política educativa, este artículo intenta visualizar la problemática particular en la enseñanza del derecho en nuestro país, donde tradicionalmente se ha venido presentando una cierta desertificación entre la oferta educativa y el ejercicio de la práctica profesional. El ámbito académico, los alumnos y la sociedad en general tienen la percepción que no ha sido suficiente formación el sumar conocimientos normativos o doctrinarios, que es necesario intentar desarrollar en los futuros abogados además, el poder de análisis para identificar problemas, apreciar su importancia, ordenarlos, correlacionarlos, evaluar riesgos, buscar alternativas, en definitiva desarrollar criterios propios amén de incentivar la aplicación práctica de dichos criterios.

Tampoco ha sido tomada en cuenta, en general, la propuesta de incorporar alguna modalidad de formación interdisciplinaria² que de por sí agrega dimensiones flexibles a las curriculas tradicionales. El aporte de distintas disciplinas en la discusión de los problemas de interpretación de la ley, permitirían completar la formación del graduado en leyes superando algunas carencias formativas y estimulando la aplicación racional de los conocimientos.³

Un abogado del siglo XXI no puede dejar de integrar en su formación algunos campos del conocimiento que le son necesarios en su actividad profesional, como la oratoria y la psicología para el juicio oral o la absolución de posiciones, la visión de la psiquiatría y la medicina para el penalista, la economía para el abogado empresario, la sociología, la ciencia política y la administración para el funcionario público, el análisis del presupuesto, las nor-

² Sin embargo, las universidades tienden a ver los problemas a través de las lentes de sus áreas de conocimiento y de sus asignaturas, pero cuando un tema atraviesa las competencias y requiere un tratamiento "interdisciplinario", resalta la particularidad de llevar a cabo ya que los "deudos académicos" suelen encontrarse en terrenos políticos donde los proyectos interdisciplinarios son rápidamente olvidados. Ver Saurón, Diana J., en "La formación de profesionales futuros: hacia un nuevo diseño de la enseñanza y del aprendizaje de los profesores", Editorial Paidós, 1992.

³ Edgar Morin, "La misión de la enseñanza es enseñar a no saber para tener una cultura que nos permita comprender nuestra condición y ayudarnos a vivir."

El mismo autor sostiene que la educación del futuro requiere de siete saberes necesarios:

- 1) enseñar las reglas del conocimiento, el error y la justicia,
- 2) enseñar los principios de un conocimiento pertinente,
- 3) enseñar la condición humana,
- 4) enseñar la identidad territorial,
- 5) enseñar a enfrentar las incertidumbres,
- 6) enseñar la comprensión,
- 7) enseñar la ética del género humano.

Si cada docente puede trabajar su condición de mediador entre la juventud y los contenidos, creo que la sociedad toda se beneficiará.

mas y procedimientos específicos a seguir en la ejecución de prestamos internacionales.⁴ El trabajar en la identificación de sus responsabilidades individuales y profesionales y visión ética que le cabe en cada uno de los roles en que se ejerce, la enseñanza del derecho debe formar además el espíritu de aquel que cumple el rol de juez, el que en su actividad debe tener en cuenta que está orientando con sus decisiones "una práctica que genera expectativas en la sociedad, expectativas que no pueden ser defraudadas caprichosamente". En la formación del profesional del derecho no puede dejar de estar presente la concepción del ejercicio de la profesión dentro de un marco de responsabilidad social.⁵ Todo esto inmerso en la idea de que la formación es una actividad continua.⁶

Estos temas son algunos de los problemas que en la agenda de discusión sobre qué enseñar se da desde hace años en las Facultades de Derecho de la Argentina, pero también en el resto del mundo.⁷

⁴ Recomendamos la lectura de Agustín G. Fari, en su libro "El método en Derecho", págs. 12 y 131, en la página www.gordillo.com se puede acceder libremente a este texto y otros de su autor.

⁵ Asimismo, en tendencias que la que era saliente para formar abogados en el siglo pasado en Chile es el currículo mundo del hoy, tenemos que proyectar hacia el futuro identificando aquellos espíritu que pueden ser cultivados en la enseñanza del derecho primario, cuáles pueden ser dejados a la experiencia y cuáles deben ser enseñados a la variedad de formas de educación complementaria. Ver la opinión de Miguel Sotelo, "El diseño del plan de estudios para que la enseñanza de derecho continúe siendo relevante y relevante en el siglo XXI" en Boris Martín, compilador, "La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía", Editorial Gedisa, Barcelona, 1999.

⁶ Sin minutos preparados para el debate, la creación, la resolución de problemas, no podremos ver nuestra realidad tampoco el salir sus problemas y sus situaciones. La preparación de buen profesional, en esta perspectiva, es parte de la preparación del buen ciudadano, que sepa cumplir con sus deberes para con la sociedad, ejerciendo sus derechos y haciéndolos respetar en la medida de sus fuerzas.

⁷ El Consejo Directivo de la Facultad de Derecho aprobó como objetivos de la carrera la formación en "sus responsabilidades políticas, jurídicas, sociales y éticas referidas a su actuación como operadores que deben contribuir a la realización del acceso a la justicia, a un modo de resolver y de sus conflictos en un Estado democrático de derecho". Resolución CDD N° 179, Buenos Aires, 30 de diciembre de 2003, publicada en la página de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires www.derecho.uba.ar/academicos/articulos/articulos.html.

[Nota de los editores: publicarlo en "Academia: Revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires", año 2, número 1, mayo 2004, pp. 269-270.]

⁸ "En los primeros meses de este año (julio de 1980), la prensa porteña comenzó a publicar denuncias por parte de Decanos y Directores de Facultades de Derecho de Estados Unidos, que denunciaron a jueces y magistrados de ese país en el deficiente entrenamiento de los jóvenes abogados." / "A lo largo de la década de setenta, el cuestionamiento del "model legal mind" en la enseñanza universitaria del Derecho llevó a una reforma bastante amplia en la República Federal de Alemania, reforma que no ofrece un modelo único, sino varios, y que no puede considerarse definitiva." / "En Italia, tras la reforma universitaria general de 1969 - y que afectó a las Facultades de Derecho, los Decanos de estas presentaron al Ministerio de Educación, en 1985, una propuesta de reforma, que - no ha concluido... / "En Francia, no fueron pocas las universidades que reformaron sus planes de estudio también las facultades de Derecho, a partir de 1970, con modificaciones parciales, que - continuarán en la presente década." / "Aunque en España se aplica genéricamente el Plan de 1955 en las Facultades de Derecho, las

En el presente trabajo nos ocuparemos particularmente del método, el *cómo enseñar*¹ principios jurídicos básicos, reforzar el uso de la lógica, el manejo profesional de las normas y procedimientos, el análisis de la jurisprudencia que en definitiva son tan sólo ítem enunciativos de la difícil tarea del docente en el marco de los principios de la "filosofía del derecho" y en el contexto de la realidad actual.²

El problema del cómo³

La modalidad de enseñanza es la forma en que el docente piensa cumplir con sus propios objetivos, decidir *cómo lo hará mejor* dependerá del contexto, del grupo a quien se dirige, de los medios con los que cuenta, del lugar donde se desarrolla la clase, del tiempo previsto e incluso del nivel intelectual de sus educandos, es el *dilema que deberá resolver en cada caso*.

La clase por algunos llamada "magistral" fue sistemáticamente criticada como método de enseñanza,⁴ se llegó a afirmar que *consigue transformar los apuntes del profesor en apuntes del alumno sin pasar por la mente de ninguno de*

últimas leyes educativas generales (de 1970 y 1981), han contribuido a replantear la problemática de la enseñanza jurídica... "Y ¿qué dicen de las Facultades de Derecho en América Latina? Cuando menos que la diversa y abigarrada tipología de nuestros países ha propiciado una profusión de planes de estudio y de constantes propuestas de reformas, sin que se haya avanzado mucho...". Lo anterior muestra que el problema de la enseñanza del Derecho es mundial y que nadie ha encontrado el modo perfecto de resolver la cuestión. En consecuencia es procedente, siempre, experimentar el modo en que se ofrece tal disciplina, especialmente cuando se piensa el asunto "en los albores del siglo XXI. Expositiva desahucada con ocasión del I Congreso Evaluativo y de Desarrollo "Lic. Rafael Díaz Aguas" efectuado por la Escuela Libre de Derecho en diciembre de 1991).

¹ La enseñanza es entendida como un proceso de ida y vuelta, una interacción donde se busca permanentemente impulsar la creatividad de los alumnos tratando de lograr una "comunicación efectiva", donde los interrogantes y sus respuestas se contextualizan en una reacción dinámica que tenga como producto aprendizajes significativos. En cada situación de clase el docente irá aplicando sucesivamente comportamientos de alabanza, aceptación y comprobación a una interacción profesor-alumno. Aquí seguimos las concepciones vertidas por L. M. VILLALBA AGUIRRE en "Aprender a Enseñar", Diálogos en educación, Editorial Círculo Rojo, México, 1980.

² Ross atribuye a la filosofía jurídica el papel de analizar, en la forma de una estructura un racional, los conceptos que manejan quienes abordan el derecho con preamblos científicos. El objeto de la filosofía del derecho no es el derecho, su parte ni aspecto alguno de este sino la esencia del derecho. La filosofía del derecho está por así decir un paso más arriba que la ciencia del derecho y la mira desde arriba. Ross, AZI, El concepto de validez y otros ensayos Filosofía y Derecho, Centro Editor de América Latina, 1967.

³ "El origen de la rutina no tiene nada que aprender ni nada que contar", MICHIGUEL BUGE-"La mente de los Cps", 1979.

⁴ En el año 1971 el prestigioso Dr. RICHARD FRIEDMAN destaca en un curso panamericano esta condición por su extensión a ser superficial e informativo. Ninguna de esas cualidades se prestan para la formación cultural. La información no equivale a ignorancia sino a saber superficial, falta de funcionamiento y movilidad por información adquirida en préstamo. Los cursos generales de bioinformática tienen un bajo índice de transferencia, la transferencia exige vivir lo aprendido, de ahí la necesidad de comprender que el comienzo de la enseñanza es un medio para crear capacidad. FRIEDMAN, RICHARD, "La universidad en un mundo de tensiones", Editorial Friedm, 1971.

los dos, favoreciendo la pasividad absoluta de estos últimos. Es un clásico la expresión de Buguet, profesor de la escuela de Derecho de París, "no conozco el derecho civil, no enseño más que el Código de Napoleón".¹³

En ese rol, el profesor se preocupa casi en forma exclusiva de organizar los materiales de acuerdo con la lógica de la disciplina, y de presentarlos por medio de una exposición, predominantemente abstracta, de datos, métodos y conceptos, de la lectura parafraseada de libros de texto y apuntes. El alumno debe aprenderlos mediante un sobreaprendizaje (repaso verbal, repetición, etc.), para reproducirlos de modo literal, o al menos respetando fielmente la estructura propuesta. El acento de la enseñanza está fuera del alumno.

Sin embargo, también la enseñanza expositiva puede tener grandes ventajas, siempre que se trate como un medio para conseguir objetivos adecuados. Es el método más eficaz para asegurar un orden y una visión global de la lógica de la disciplina. Si el profesor tiene personalidad y originalidad, puede provocar con su explicación, mejor que con otros métodos, la motivación inicial del alumno. Además, es uno de los métodos más económicos, puesto que se puede preparar rápidamente y repetir indefinidamente a gran número de alumnos.¹⁴

El uso del método de casos¹⁵ y los casebooks¹⁶

Generalmente se asocia los métodos participativos con el llamado método de casos (*case method*) tal cual se lo conoce en los Estados Unidos.¹⁷

¹³ Dworkin ha criticado de forma abierta las escuelas positivistas y utilitaristas, aunque "no sólo rechaza el positivismo, sino cualquier corriente teórica que cuestione la posibilidad de alcanzar una solución correcta para cada caso". Ver Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio* (Ta-ting Rights Seriously), Traducción Marco Guastaffino, Barcelona, Ariel derecho, 1ª edición 1984, *El imperio de la justicia* (Law's Empire), Traducción Cándido Ferrás, Barcelona, Gedisa, 2ª edición 1992.

¹⁴ La autora resalta las clases expositivas de grandes maestros del Derecho en su época de formación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, seguramente la trascendencia de tanto conocimiento no requería otra modalidad de aprendizaje.

¹⁵ La casuística como en la teología moral, a partir de la Edad Media fue una técnica de formación práctica para la resolución de "casos de conciencia" religiosos y morales mediante la aplicación de principios o leyes morales a casos concretos.

¹⁶ Remitimos al extenso e interesante trabajo de la Profesora Laura Cárneo publicado por la Revista Academia, Año 1, N° 2, que aporta antecedentes muy completos acerca de los orígenes del método y sus características. [Nota de los editores: Cárneo, Laura, "Notas sobre los libros de 'casos' reconsiderados en el contexto del método de casos", en Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires, año 1, número 2, Buenos Aires, primavera 2005, págs. 11-41].

¹⁷ En EE. UU. el derecho reposa firmemente, al menos en lo esencial, sobre los conceptos y los modos de organización jurídica del common law británico. Este modo otorga gran importancia a la jurisprudencia, y no a la ley como medio ordinario de expresión del derecho común. En consecuencia, la mayoría de países adscritos a este sistema legal están más o menos relacionados con la tradición británica.

que incluye una variedad de técnicas de enseñanza, cuyo origen es precisamente el estudio de sentencias judiciales, que se acompañan con casos típicos que se van entregando regularmente para su solución a los alumnos. El examen final es a libro abierto y sobre un caso hipotético. Este sistema se utiliza sobre todo en el primer año de la carrera, y en los años sucesivos se pasa a utilizar otros métodos, tales como el *Problem Method*, la simulación de roles, trabajo de campo, etc. más una cantidad limitada y formal de cursos interdisciplinarios.

Entendemos que el "case method" es sustancialmente para el alumno "un sistema de estudio, un proceso de entrenamiento y un modo específico de llegar al derecho, en cambio desde el punto de vista del profesor es un sistema de enseñanza".¹⁸

Una vez expuesto los hechos del caso, el estudiante se ve sometido a un proceso de análisis que responde a las siguientes siglas (en inglés: IRAC):

- a) **Issue**, que significa "cuestión planteada en el caso: pregunta que se haría el juez frente a los hechos del caso para resolverlo".
- b) **Rule**, regla de derecho, respuesta,
- c) **Analysis**, de la regla del derecho que surge frente a los hechos del caso y otras fuentes del derecho;
- d) **Conclusion**, es decir, la conclusión que el propio alumno puede extraer de las pautas precedentes, sus propios puntos de vista, la similitud con otro caso que analizó o alguna breve síntesis del contenido del fallo.¹⁹

¿Es posible utilizar el método en forma similar al país de origen?

Antes de emitir opinión acerca de la referencia del subtítulo, cabe hacer mención a algunas diferencias que son evidentes en la organización del siste-

¹⁸ Cuere Rúa, Julio. *La Ley*, Páginas de Ayer, pag. 13. En esta (66) indica que el método estudiado no es un juego de palabras e "case method" es, sustancialmente, un sistema de estudio, un proceso de entrenamiento y un modo específico de acceder al derecho. Remite a Tussie James en *American Bar Association Reports*, año 1899, *American Law School Review*, t. 4, p. 343.

¹⁹ Es importante recordar dentro del enfoque de estudio de casos como estrategia didáctica y dependiendo de los propósitos metodológicos por lo menos tres modelos:

- a) modelo centrado en el análisis de casos que han sido estudiados y solucionados por un equipo de especialistas;
- b) modelo centrado en enseñar a aplicar principios y normas legales establecidas (estilo "Harvard");
- c) modelo centrado en buscar el entrenamiento en la resolución de situaciones, no se da una respuesta correcta, se da estar abierto a soluciones diversas.

Cada modelo tiene sus particularidades que exceden los objetivos de este trabajo.

manejando de justicia por un lado¹⁷ y los objetivos de las escuelas de derecho americanas por el otro.¹⁸

¹⁷ Se la como ejemplo incorporamos una breve descripción de la tramitación de las causas en materia civil. Una causa federal en el sistema civil de EE. UU. es disputada legalmente entre dos o más partes. Para iniciar poner en demanda civil en el tribunal federal el demandante presenta a un secretario de la corte una invitación (redes y en los Estados Unidos, enviándole una copia de un formulario de demanda) sobre la declaración breve que describe el daño que pretende el demandante, explica cómo el demandado causó el daño y afirma que el juez ordenará un desagravio satisfactorio. Un demandante podría solicitar compensación económica por el daño y pedirle al juez que ordene que el demandado desista de la conducta que causó el daño. El juez podría emitir un desagravio de desagravio, tales como la declaración de los derechos del demandante en una sesión con el jurado. Durante la fase preparatoria del juicio oral y público, las partes pueden llevar a cabo la exhibición, cuando los litigantes tienen que dar a conocer a la parte contraria los puntos legales y las normas procesales, como por ejemplo la identidad de los testigos y el testimonio que se espera que presenten y copias de los documentos relacionados con la causa. El propósito de la exhibición es prepararse para el juicio oral y público y evitar la sorpresa procesal. El juez que dirige que los litigantes tienen los derechos de prueba y se preparan para empiezan a los testigos antes del inicio del juicio oral y público. El cambio de aplicación de la exhibición es amplio y esta es dirigida por los jueces en conformidad con las normas procesales de los tribunales. Los jueces admiten parte o parte hasta el punto que sea necesario para supervisar el proceso y eso se disputa que los litigantes tienen de su conocimiento. Un método de prueba de exhibición es la "deposición" o declaración jurada. Durante una deposición, se le exige al testigo contestar bajo juramento las preguntas que le hacen los abogados relacionadas con la causa en presencia de un alguacil oficial. Un segundo método de exhibición es la "audiencia de posiciones", o cuando una de las partes presenta una pregunta por escrito a la otra y la pregunta debe contestarse bajo juramento. Un tercer método permite que una de las partes en la causa que presente documentos y otros datos bajo juramento a la otra parte, o a la propiedad de la otra para crear una impresión para una producción relacionada con el litigio. Cada parte puede presentar ante el tribunal solicitudes a "peritos" sobre asuntos de aplicación de las leyes para que el juez las resuelva. Algunas personas son para que se dé una resolución que determine si la causa procede a Derecho. Por ejemplo, una "petición de desistimiento" podría argumentar que el demandado no ha presentado una pretensión que pueda ser respaldada por el desagravio, puesto que los hechos que el tribunal conoce son compatibles sobre las partes y se presentan en cuestión, por lo tanto, no tiene la facultad de adjudicar. Una "petición de fallo sumario" alega que los hechos de hecho en disputa para ser resueltos por un jurado popular no son al juez a resolver la causa con base únicamente en la aplicación de las leyes. Otras personas se centran en el proceso de exhibición, específicamente en las disputas sobre que información está sujeta a las normas de exhibición, la presentación de la privacidad o confidencialidad de cierta información, o en instancias para que el juez a la siguiente método de prueba para usar durante el juicio oral y público. Otras personas se dirigen a asuntos procesales tales como la determinación de la jurisdicción, el tiempo de la causa, el calendario de actuaciones para la exhibición del juicio oral y público o los procedimientos conductores durante el juicio. Para evitar las costas y la demora de celebrar un juicio oral y público los jueces instalan a los litigantes a que busquen una solución extrajudicial. La mayoría de los jueces dirigen conferencias resolutivas con las partes y podrían referir un caso a un mediador capacitado o árbitro para facilitar una solución. Es por esto que los litigantes a menudo resuelven las disputas mediante "métodos extrajudiciales". La mayoría de los casos civiles se terminan por un acuerdo o desistimiento, sin llegar a juicio oral y público. Si no se llega a un acuerdo, el tribunal proseguirá con el proceso hasta llegar al juicio oral y público. En una amplia variedad de causas en lo civil, cualquiera de las partes de cualquier caso en la Constitución Política tiene derecho de someter la causa al juicio oral y público ante un jurado popular. Si las partes remiten a desistir de celebrar el juicio oral y público, la causa será resuelta por un juez (o jurado) si se celebra un juicio oral y público, los testigos dan testimonio bajo juramento y responden a las preguntas de los abogados. La presentación del testimonio se realiza bajo la supervisión del juez y debe cumplir con las normas solemnes de la prueba diseñadas para asegurarse de la equidad, veracidad y exactitud del testimonio y los documentos. Al finalizar la presentación de la prueba, cada parte ofrece un discurso de clausura. En los juicios orales y públicos con jurado, el juez le da al jurado las instrucciones sobre la doctrina jurídica y los hace saber cuáles son los hechos y cuestiones de Derecho que debe decidir. Si el juicio oral y público no es jurado, el juez resuelve tanto los hechos como los asuntos de Derecho. En causas civiles, a cargo de

common law en general conocido como sistema angloamericano de conceptos jurídicos y de técnicas jurídicas tradicionales, factor que ha contribuido hacia una uniformidad de formación."

Trabajar exclusivamente con *casebooks* que remiten a *leading cases*, entiende el autor citado, es reducir la actividad de los alumnos a descripciones de los hechos de los casos que son repeticiones de lo que se ha transcrito en la sentencia "los alumnos menos dotados no saben discriminar con corrección los hechos relevantes de los que no lo son". Otro punto importante es la falta de adecuada comprensión del razonamiento judicial. Es por este motivo que últimamente en los *casebooks* no sólo se incorporan "*leading cases*" sino también malos casos, sentencias que traducen criterios aislados o momentáneos para estimular el espíritu crítico.

Los críticos del uso de los *casebooks* agregan que los libros de casos están plagados de fallos que ocurrieron décadas atrás, que contienen sentencias de las Cámaras de Apelación o de la Suprema Corte de Justicia que no se detienen en la interpretación de los hechos, por lo que en su análisis no hay un repaso a la secuencia de éstos últimos, alejando a los cursantes de la práctica con los casos y hechos reales que se pregona como objetivo sustancial del método.²⁸

Al respecto Gallart dice que "Si se ha de considerar al método de casos como una técnica privi legiada de formación no habrá que descuidar que su eficacia también varía en que sea variada. Por lo tanto, es deseable que los casos sometidos a los participantes sean muy diversos. Pero los casos "se gastan" y se vuelven obsoletos rápidamente, por lo tanto, conviene reemplazarlos por otros más próximos a la realidad profesional que se quiere presentar a las personas en formación... Es por esto que la construcción de una casoteca sólo puede lograrse a partir de un esfuerzo colectivo... y sostenido."²⁹

Por este motivo hay una tendencia que se va fortaleciendo con el tiempo que aconseja trabajar en clínicas jurídicas, como mecanismo superador de la estrategia descripta.

Se cree que la enseñanza clínica como movimiento que cuestiona los métodos tradicionales de estudio del derecho en los Estados Unidos tuvo su disparador intelectual en las inteligentes y mordaces críticas hechas por Jerome

²⁸ Ver HILARIO LÓPEZ, *Climbing the Ivory Tower. The History of Clinical Education at Yale Law School*, *Journal of Legal Education*, vol. 49, N° 4.

²⁹ Gallart, Ringer, *Busqueda, selección y redacción de casos*, Ministerio de Educación de Francia, mimeo., 14/84.

Frank en los años 30 en su artículo *Why Not a Clinical Lawyer School?* (7L. Rev. 907 (1933)). Frank sostiene en esta obra que las escuelas de derecho podrían aprender mucho de las escuelas de medicina en el uso de las clínicas gratuitas y dispensarios como ámbitos para desarrollar un método de enseñanza basado en la práctica de estudiantes en la atención de casos reales en lugar de destinar todo el tiempo al estudio de libros de casos.¹⁰

Recientemente se concretó en Buenos Aires con sede en la Universidad de Estudios Sociales (UCES), el encuentro mundial de WACRA (*World Association for Case Method Research & Application*), la asociación que nuclea a todos los corrientes de método de casos en el mundo. En esa oportunidad, luego de las discusiones y presentaciones de representantes de diversas universidades se llegó a la conclusión de que la fortaleza mayor que tiene el método se vincula con la identificación de los hechos, la solución de problemas y la ejercitación en toma de decisiones.¹¹ También se propuso trabajar el método con ejercicios de simulación y juegos de roles y por supuesto vincularlo con las nuevas modalidades de *e-learning* que se ha instalado en forma creciente en todas las universidades e instituciones educativas del mundo.

En los talleres de Trabajo de Congreso al que concurríamos con el auspicio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires representando al Departamento de Desarrollo Docente, presentamos la propuesta de trabajar en *Ateneos de creación de casos jurídicos*¹², proponiendo construir casos de estudio, con el complemento de la elaboración de un índice de preguntas críticas¹³, guías de trabajo, guías docentes y grillas de evaluación que, en este últi-

¹⁰ En el periódico electrónico del departamento de Estado de los Estados Unidos, puede encontrarse en la sección temas de la Democracia un estudio muy minucioso sobre la Educación Jurídica en los Estados Unidos, con fecha agosto de 2000, volumen 7, número 1.

¹¹ Se presentaron casos referidos especialmente a problemas de empresas, en este sentido se recomendó la secuencia siguiente en el proceso de aplicación: *Instruction for case construction, gaining access to a firm and a "technology challenge" case, round table sessions, building in case analysis, data gathering, consultation and writing of case and teaching note, off-campus workshop, revision of case and teaching note, handing in final case and teaching note, grading and feedback to students*. Carl-Johan Aselius, Department of Business Administration, WACRA, Buenos Aires, July, 2004.

¹² Las personas piensan y recuerdan, socialmente, por medio del intercambio con los otros, comparando información, puntos de vista y postulando ideas. La cognición es parrela (supone la) dispersión del conocimiento; la memoria es social (a través de instrumentos físicos, sociales y simbólicos) (que permite el aprendizaje cooperativo). En Piaget, David, La escuela inteligente, Ed. Gedisa, Barcelona, 1995, pag. 135 y siguientes.

¹³ Preguntas críticas que obliguen a los alumnos a examinar ideas, imponer, razones y problemas relacionados con el caso, que busquen una reflexión inteligente sobre los problemas. La redacción de buenas preguntas para el estudio, es un arte. Su objetivo es promover la comprensión, WATSON, Selma "Estudio de Casos como método de enseñanza", Amurru Editores, Buenos Aires, 1994.

mo caso, con la definición de criterios objetivos puedan disminuir los grados de subjetividad del docente.³⁴

La propuesta aspira a trabajar en la redacción de casos para la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, pero a partir de una construcción conjunta de profesores de distintas ramas del derecho³⁵ y especialistas de otras profesiones que permitan enriquecer los objetivos y las potencialidades del trabajo. Los expertos de otras disciplinas colaboran con los profesores de derecho en el armado de los casos y la redacción de las preguntas claves desde la mirada profesional de cada uno de ellos.

Por supuesto que entendemos la dificultad de la tarea: "no existen caminos fáciles para la buena preparación de estudios de casos prácticos, la preparación de casos eficaces es un trabajo difícil y el estudio de un caso práctico cuidadosamente elaborado requiere un elevado nivel de energía, dedicación y disciplina. Sin embargo, uno bien preparado es una herramienta vital para formar capacidades analíticas y decisorias".³⁶

³⁴ Mayor información puede verse en WACRA www.wacra.org.

³⁵ Adjuntamos este comentario textual del Dr. Agustín Gordillo en la obra citada: "Las Facultades de Derecho han sido tradicionalmente, y aún hoy continúan siendo, divididas en departamentos, cátedras y materias. Los departamentos agrupan una cierta 'rama' del derecho. Así existen los departamentos de Derecho Privado, Público, Penal, Empresarial o Comercial, Procesal, de Filosofía del Derecho, de Ciencias Sociales, etc. Estas divisiones aparecen ante la mirada de un observador externo como divisiones caprichosas, con temas que se superponen y repiten. Cada departamento se hace cargo de una serie de materias, que a su vez están a cargo de diversas cátedras. Toda materia que se ofrece comienza su desarrollo académico afirmando — teórica e institucionalmente — su autonomía. La autonomía de una materia significa su independencia epistemológica respecto de las demás. En efecto su status científico es tal que su método, criterios, temas y herramientas conceptuales son, si se me permite el término, esencialmente diversos de las demás. Cada materia, haciendo gala de su autonomía, es enseñada por profesores que sólo son profesores de, por ejemplo, Civil, con libros y criterios propios. La cátedra divide aún más este esquema y ya no sólo la materia se independiza del resto de la Facultad, sino que incluso dentro de cada materia asistimos a las divisiones por cátedras que suponen orientaciones sustantivas, teorías y criterios propios. Ahora, de cada titular. De esta manera el conocimiento se convierte en un juego de cajas chinas: la universidad traiciona su vocación universal dividiéndose en facultades que no interactúan (y que se concentran aun más fuertemente en espacios separados), las facultades se dividen en departamentos, los departamentos en materias y las materias en cátedras (y las cátedras en cursos a cargo de adjuntos con diferentes niveles de autonomía y a su vez cada curso en grupos a cargo de ayudantes o jefes de trabajos prácticos que en la ausencia del adjunto ejercen diversos grados de discreción)".

³⁶ Faltin, Edward L. (r. l.), "La preparación de estudios de casos prácticos a partir de fuentes escritas", *Materials de Capacitación del IDT*, agosto, 1981.

En la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, a partir de la creación del entonces Centro para el Desarrollo Docente, hoy Dirección de Carrera y Formación Docente, se han venido efectuando desde hace casi veinte años talleres de formación a docentes de distintas categorías e incluso ayudantes alumnos. Entre otros resultados de esta tarea se ha formado una casoteca con los casos redactados por los participantes, que son utilizados en diferentes actividades de formación y de análisis. Sería interesante que estos productos de la tarea de formación docente se intercambiara en las distintas cátedras a fin de enriquecer la discusión y el uso de los mismos. (Nota de los editores: véase listado de estos en Academia, Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires, año 1, N.º 2, Buenos Aires, primavera 2003, págs. 39-41.)

Algunos riesgos del uso del método de casos

No se puede dejar de hacer mención a las dificultades y riesgos de la metodología... "En la aplicación de la técnica de casos existe el riesgo de incurrir en experiencias más entretenidas que efectivas, con una sensación-frecuentemente injustificada- de éxito en los docentes y en los cursantes al finalizar las sesiones. La ilusoria sensación de una experiencia interesante o enriquecedora puede producirse meramente como resultado de que los cursantes hayan participado, sin considerar demasiado la calidad de las contribuciones con relación a los objetivos docentes (frecuentemente ambiguos o inexistentes)."¹⁷

Los métodos activos o participativos de aprendizaje requieren siempre más y nunca menos trabajo, por parte del docente y de los cursantes, que los métodos pasivos.¹⁸

Como dice Tesoro, "las mayores interferencias para la concreción de las posibilidades de la técnica de casos de estudio parecen radicar en los siguientes factores asociados a las sucesivas fases de su utilización":

- Ambigüedad en los objetivos del programa de formación, de los contenidos curriculares y de la aplicación de la técnica.
- Selección acritica de casos.
- Utilización improvisada y no metódica de la técnica.
- Insuficiente o desigual constatación de los cursantes con la finalidad o el contenido de los casos.
- Insuficiente atención o inadecuado control sobre el trabajo individual de los cursantes.
- Insuficiente atención o inadecuado control sobre el trabajo grupal y plenario de los cursantes.
- Insuficiente disciplina analítica en el trabajo grupal y plenario.
- Insuficiente evaluación de los resultados y las conclusiones del estudio de casos.
- Insuficiente aprovechamiento conceptual de la experiencia emergente del estudio de casos".¹⁹

¹⁷ Las falsas nociones de algunas experiencias particulares, son una de las más comunes causas de los falsos juicios de los hombres. (Lógica de Port Royal)

¹⁸ Tesoro José Luis, Pautas para la utilización y elaboración de casos de estudio para actividades de formación en Gerencia Pública Caracas, septiembre de 1992. Red Interamericana de instituciones de formación e Investigación en Gerencia Pública, RIGEP.

¹⁹ Tesoro, José Luis, op.cit.

En realidad, como cualquier metodología tiene que ser elegida cuando es la mejor para cumplir con los objetivos didácticos pero con la certeza de que en el método de casos "nunca se puede estar seguro de nada", lo cual pese a todo, es una puerta cierta hacia el conocimiento. Citando a Popper⁴⁰ "lo que hace a un hombre de ciencia no es su posesión del conocimiento, de la verdad irrefutable sino su indagación de la verdad persistente y temerariamente crítica".⁴⁰

Entre lo ideal y lo posible

La realidad de las aulas (muchas de ellas con largos bancos de madera) y la cantidad de alumnos, en muchos casos excesiva, en los cursos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, hace que las decisiones de los docentes en cuanto al cómo basen por lo posible más que por lo ideal.

Sin embargo, desde hace más de una década desde los Talleres del Departamento de Carrera Docente he podido apreciar como muchas cátedras han ido incorporando técnicas participativas que han tomado diferentes formas:

- Análisis de casos
- Representaciones con ejercicios de simulación
- Actividad en Plenario con consignas previas
- Discusión de videos con guía de trabajo
- Asunción de roles con trabajo grupal o individual.
- Trabajos de investigación con defensa oral.
- Preparación de dossier
- Casos-problema o casos-decisión: que tienen como propósito desarrollar capacidades relacionadas con determinados aspectos de la resolución de problemas o la adopción de decisiones.
- Casos-evaluación: que tienen como propósito desarrollar capacidades relacionadas con la evaluación de situaciones.

Rescato la labor de estos docentes, que ponen lo mejor de sí mismos para cumplir con los objetivos didácticos previamente identificados, buscan alternativas, aportan ideas ingeniosas, trabajan en mejorar su métodos de evaluación, se comprometen con su Universidad para fortalecer la tarea de la que son responsables.

⁴⁰ Popper, K, La lógica de la investigación científica, página, compilados por D. M.L., en "Popper: los sesenta años", "Fundamentos de Filosofía de la Ciencia".

Conclusiones

Una vez decidido el tema crucial que es el qué enseñar, continúa la definición del cómo, con el convencimiento de que el método es sólo el camino y no el fin en sí mismo.

No existen metodologías enemigas, todas pueden ser la mejor opción de acuerdo al contexto de docentes y alumnos. Lo importante es poder distinguir con cuál de ellas se obtendrán más y mejores resultados.

Si se opta por el método de casos u otra forma alternativa de actividad participativa es importante preparar previamente con la cátedra, objetivos didácticos, consignas de trabajo, preguntas críticas y sistemas de evaluación. El uso de libros de casos es conveniente pero es recomendable renovar los, tanto los docentes como los alumnos corren el riesgo de perder creatividad y motivación con la repetición de lo ya visto y analizado y por otra parte dejar de lado situaciones nuevas que la dinámica del derecho introduce vertiginosamente.

El desafío para este siglo es trabajar en las cátedras con la conciencia de la responsabilidad de formar profesionales para un mundo complejo con exigencias crecientes pero con mayor compromiso social, fortaleciendo el principio de que la formación es un proceso con etapas de las que es sólo la primera es la obtención del título, el que se deberá validar con capacitación continua.

En definitiva siguiendo a Enrique Mariscal, *el objetivo de cualquier actividad de aprendizaje no puede sino consistir en que el alumno adquiera, a lo largo de él, habilidades de las cuales carecía al iniciarlo.*"

Referencias bibliográficas:

- BONHEF, Martín. (compilador). La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía, Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos, Gedisa Editorial, Barcelona, 1999.
- BONHEF, Martín. Algunas Sugerencias para Escapar de Silencio del Aula (Mención Especial Dr. Sixto F. Ricci. Concurso Jurídico "Hacia el octavo congreso provincial de abogacía", organizado por el Colegio de abogadas de la provincia de Buenos Aires, La Plata, octubre de 1997).

⁴¹ Conferencia del profesor Enrique Mariscal, titular de la Dirección de Cátedra y Fundación Ducento. Universidad de Buenos Aires, Sala Auditorio, 24 de abril de 2002. (Nota de los editores: véase Academia. Revista sobre enseñanza de Derecho de Buenos Aires, año I, Nº 1, Buenos Aires, 2001, págs. 215-226.)

- BOTTINELLI, Cristina SFRIO DE. *Guías de Trabajo para los Talleres de Métodos de Casos, mimeo*, Buenos Aires, Argentina.
- CAMPARI, Susana. *Teaching Law to the 21st Century Professional*, ponencia presentada en la 3^a Conferencia Internacional de WACRA, Buenos Aires, Julio 3/7- 2004.
- CRAMPTON, Roger. CURRIE P., David, HILL Kay Herma, *Conflicts of Laws Case-Comments-Questions*, West Publishing Co., Cuarta Edición, 1987.
- INTERNATIONAL LAW INSTITUTE. *Orientation in the US Legal System*, 1992.
- DAVINI, María Cristina. *La formación docente en cuestión. política y pedagogía*. Buenos Aires: Paidós, 1995
- GORDILLO, Agustín. *‘El método en Derecho’*, Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer Editorial Civitas, Madrid, 1988
- GOZALINI, Osvaldo Alfredo, *La enseñanza del derecho en la Argentina* Ediar, Buenos Aires, septiembre 2001
- INAP, Banco de Casos y dossier, Dirección de Capacitación, Buenos Aires, 1984.
- MILLER Jonathan M., GELI, María Angelica, CAYLIS Susana, GUICHÓN Hernán, "Constitución, poder político y derechos humanos", Tomo III: *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002.
- MARISCAL, Enrique Luis. *‘El método de estudio de casos’*, Buenos Aires, mimeo.
- MORIN Edgar. *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro* (elaborado para la UNESCO), Nueva visión edic, Buenos Aires, 2000.
- NINO, Carlos Santiago. *Consideraciones Sobre La Dogmática Jurídica*. UNAM, México D.F., 1974.
- TESORO, José Luis. *"Pautas para la utilización y elaboración de casos de estudio para actividades de formación en gerencia pública"*, Caracas septiembre de 1992. Red Iberoamericana de Instituciones de Formación e Investigación en Gerencia Pública.
- VILLAR ANGLADE, L. M. *Enfoque modular de la enseñanza 2. Aprender a Enseñar, Diálogos en Educación*, Cicer Kapeluz, Madrid, 1980
- UNIVERSIDAD DE OTTAWA, FACULTAD DE DERECHO, *Los sistemas jurídicos del mundo*. [en línea Actualizado el 23 de marzo de 2003 (consultado en mayo, 2003)]. Disponible en: <http://www.droitcivil.ottawa.ca/world-legal-systems/esp-monde.html>

SEGMENTACIÓN EN LA PROFESIÓN JURÍDICA: CAMBIOS OCUPACIONALES DE LOS ABOGADOS ARGENTINOS, 1995-2003*

María Inés BERGOGLIO** - Jerónimo CARBALLO***

Resumen

Si bien la teoría sociológica clásica consideró a la profesión jurídica como una unidad, recientes informes empíricos describen su creciente segmentación, asociada a los cambios en el trabajo jurídico, así como a la expansión de las grandes firmas de abogados.

Este artículo analiza la evolución reciente de la profesión jurídica en nuestro país, en el contexto de los cambios económicos ocurridos en Argentina en los últimos quince años. Se supone que el aumento del número de estos profesionales, así como la expansión en el tamaño de las empresas jurídicas, han generado una mayor diversificación de su inserción profesional. Tal diversificación implica una salarización creciente, conviniendo en menos frecuente el tradicional ejercicio independiente de la profesión.

Empleando datos nacionales de la Encuesta Permanente de Hogares se describe la situación actual de la profesión, en comparación con los graduados universitarios. También se analizan las tendencias a la segmentación de la profesión jurídica entre 1995 y 2003, atendiendo a las diferencias en la inserción ocupacional y a las desigualdades en el ingreso implicadas.

Palabras clave: Inserción ocupacional-Ejercicio independiente de la profesión.-Segmentación de la profesión

1. Introducción

Las teorías sociológicas clásicas tendían a contemplar a la profesión jurídica como una categoría homogénea, tanto en términos de su composición interna como de su posición en el mercado laboral, y por ende, en la estructura de las desigualdades.

* La investigación fue posible gracias al subsidio brindado por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de Córdoba. En el equipo de la investigación intervinieron también Jerónimo Carballo, Mariana Sánchez y Lucas Vilanova. Correspondencia relativa a esta artículo: mibergoglio@unccor.com.ar

** Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba.

*** Departamentos de Estadística y Economía, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Córdoba.

Para PARSONS (1967, e.o. 1949), la profesión legal se encuentra en una posición intersticial en la estructura social, como consecuencia de su ambigua relación con el Estado. La ve como *"una entidad que, por decirlo así, penetra los límites entre las funciones y las responsabilidades privadas y las públicas. Sus miembros actúan en ambas funciones y la profesión tiene decidido anclaje en las dos"* (p. 326). Su discusión de las diversas funciones de la profesión —custodia de una tradición cultural, mecanismo de control social— subraya que en su conjunto, *"la profesión legal es una especie de línea de defensa secundaria contra las consecuencias desorganizadoras del conflicto"* (p. 326). En este análisis se destaca el carácter unitario de la profesión, cuyos miembros ubica, como otros graduados universitarios, en el estrato medio alto.

Los análisis empíricos parecían confirmar la adecuación de este enfoque: su origen social era similar —la mayoría provenía de los niveles medios o altos—, y la fuerte coherencia de la educación jurídica acentuaba la homogeneidad. El hecho de que la enorme mayoría de ellos se insertaba en el mercado laboral como profesional independiente, trabajando en estudios unipersonales o compartiendo despacho con dos o tres colegas, contribuía a perfilar a la profesión como un grupo coherente, de similar ubicación en la estructura social. Las semejanzas, tanto de orígenes sociales como de formas de inserción laboral, se prolongaban en la estabilidad de las definiciones sociales del rol del abogado.

También desde el conflictivismo, y pese a las diferencias de conceptualización, se ubicaba a los abogados en la parte media de la estratificación. El estudio de Mills sobre las clases medias en Norteamérica, analiza la posición en ellas de los abogados, y observa la influencia de la burocratización y del avance de la especialización ocupacional sobre los modos de ejercicio profesional. En particular, señala la tendencia al crecimiento de las oficinas jurídicas orientadas a empresas: *"el abogado con éxito ha creado una oficina a imagen y semejanza de las grandes compañías a las que ha venido a servir y defender. A causa del incremento de las actividades de la abogacía y de la concentración de la práctica de ésta, la oficina del abogado ha crecido de tamaño, rebasando todo lo sonado por los abogados del siglo XIX. Esta centralización del talento jurídico (...) significa que muchos individuos que practicaban la abogacía se quedan aislados, mientras otros se convierten en agentes asfariados de los que están arriba."* (WRIGHT MILLS, 1973, e.o. 1951, p. 164). La tendencia al aumento de tamaño de las empresas jurídicas desemboca en lo que llama la *factoría jurídica*, burocracias de mediano tamaño,

que procesan conflictos masivamente e inauguran un estilo particularmente impersonal de relación con los clientes. En la visión de Mills, el contraste entre los modos de ejercicio profesional de estos abogados, y los que siguen ejerciendo liberalmente la profesión presiona hacia la segmentación de la profesión.

Hoy, las tendencias a la fragmentación de ese colectivo resultan claramente visibles en los países industriales avanzados. La variedad de orígenes sociales y la diversificación de las formas de ejercicio profesional parecen generar agudas desigualdades entre los abogados, tanto en términos de los ingresos como del prestigio que su actividad les reporta. La cuestión no resulta menor, en tanto, como señaló Weber, las formas de organización profesional de los abogados tienen una influencia decisiva sobre la evolución del Derecho mismo. El presente artículo se centra justamente en analizar las desigualdades crecientes en el interior de la profesión en nuestro país.

2. La evolución reciente de la profesión

Los análisis comparados han puesto de relieve la presencia de factores que presionan hacia la diferenciación social de la profesión jurídica. En primer lugar, debe señalarse que en la segunda mitad del siglo XX, la expansión de la educación superior ha contribuido a ampliar los contingentes de abogados y ha hecho más variada su composición social, tanto en términos de género como de afiliaciones étnicas o pertenencia de clase (GILBERT 1992, PETER PEROMU y FRIEDMAN 2003). El crecimiento del número de profesionales ha acentuado la competencia entre ellos por las posiciones en el mercado de trabajo, estimulando la búsqueda de nuevas formas de inserción laboral, tanto en el sector público como en el privado, más allá del tradicional despacho del profesional independiente (ARR, 1997a).

El crecimiento del tamaño de las empresas jurídicas ha acentuado estos cambios en el horizonte laboral. Inicialmente un fenómeno típico de los países anglosajones, con la globalización, los grandes despachos se han ido extendiendo también en las naciones de tradición civilista (ARR, 1997b).

Tabla 1 • Crecimiento de los estudios jurídicos

País	Firmas entre 25 y 50 abogados		Firmas con más de 50 abogados	
	1999	2004	1999	2004
Estados Unidos	-	2.460	901	2.139
Francia	20	19	14	80
Alemania	31	67	9	176
España		29	12	60
Italia		58	12	68

Fuente: Martindale-Hubbell (www.martindale.com).

Los datos para 1999 han sido publicados por Junqueira (2003).

Las grandes firmas de abogados instalan una forma de ejercicio profesional completamente diferente. Sus clientes no son ya personas comunes, sino otras empresas que requieren servicios muy especializados. Para muchas de estas corporaciones, que actúan en un espacio económico que involucra más de un orden jurídico, la asistencia jurídica de carácter preventivo adquiere mayor importancia que la representación en juicio.

En el interior de estos grandes despachos, la división del trabajo se profundiza, y los abogados se especializan en áreas cada vez más estrechas del campo profesional. La informalidad en la organización retrocede y aumenta la jerarquía en las relaciones entre abogados socios, asociados y empleados. Las brechas en los ingresos entre estas categorías de profesionales, así como el hecho obvio de que algunos de ellos permanecerán en posiciones de subordinación a lo largo de toda su carrera, contribuyen a acentuar estas desigualdades.

Por otra parte, el funcionamiento de estas grandes empresas jurídicas requiere considerables inversiones, tanto en infraestructura como en el mantenimiento de complejas redes de comunicaciones, que permitan asistir a clientes que se mueven en un espacio cada vez más amplio. En consecuencia, la presión por mantener un nivel suficiente de ganancias resulta más fuerte, y las clásicas tensiones entre interés público e interés privado, entre intereses del cliente y del abogado, tienden a expresarse de nuevas formas.

Además, los cambios tecnológicos en el procesamiento de palabras han posibilitado la litigación "en serie", lo que ha estimulado la litigiosidad y,

al mismo tiempo, la rutinización de diversas áreas del trabajo jurídico. Estas nuevas oportunidades han sido aprovechadas especialmente por las empresas jurídicas medianas, incentivando las tendencias a la salarización de los abogados (Borroni 2003).

La diversidad de las formas de organización del trabajo jurídico profundiza la estratificación interna de la profesión. En contraste entre lo que Hinz y LUKANA (1997)¹ llaman los dos hemisferios de la profesión se acentúa: por una parte están los abogados que trabajan siguiendo los modelos clásicos atendiendo variados conflictos de personas y pequeñas empresas, y recibiendo ingresos similares a los de sus clientes. Por otra parte, quienes trabajan en las grandes firmas jurídicas, prestan servicios altamente especializados a grandes empresas y obtienen jugosos ingresos. AME (1997a) confirma la extensión de esta tendencia en amplias regiones, concluyendo que el relativo aislamiento de los abogados de las relaciones capitalistas de trabajo está en vías de desaparecer, y que el proceso resulta ya irreversible.

En resumen, puede decirse que en las sociedades industriales avanzadas, la clásica figura del abogado que trabaja de manera independiente, o asociado con dos o tres colegas, deja de ser el modo dominante de ejercicio profesional. La diversidad de inserciones laborales de los abogados se traduce en una creciente estratificación de la profesión, cuyos segmentos difieren significativamente no sólo en tipos de tarea, sino, muy especialmente, en grados de especialización y niveles de ingreso.

3. La situación en la Argentina

Es posible suponer que estas tendencias generales en la organización social de la profesión presentan algunos rasgos singulares en la Argentina. En primer lugar, la expansión de la matrícula en las carreras de Derecho (Lis 2001), ha sido aquí más intensa que en otros países, especialmente dentro del contexto latinoamericano. Es probable que la pletera de abogados² estimule la competencia entre ellos, y presione hacia una mayor diferenciación de las formas de inserción laboral, incentivando la salarización de estos profesionales, tanto en el sector público como en el privado. Estas tendencias pueden acentuar las desigualdades de ingresos entre distintos segmentos profesionales.

¹ La tendencia persiste en los últimos años. Ver Hinz, Nilson + Lukana, 2001.

² De acuerdo con los datos del Censo 2001, en la Argentina hay 400 abogados cada 100.000 habitantes. Es la proporción más alta entre las naciones latinoamericanas (Pérez Príncipe, 2002).

También la evolución de las grandes empresas jurídicas resulta aquí singular. Si bien su número resulta relativamente bajo en comparación con las existentes en Brasil o México, muchas de ellas son firmas de largo arraigo.³ En la lista de estos grandes estudios, que han operado clásicamente como intermediarios entre los inversores extranjeros y el estado local, se encuentran hoy también las sucursales de grandes empresas jurídicas internacionales, de raíz norteamericana o europea. En la década del 90, la apertura de la economía, las grandes privatizaciones y el manejo de la deuda pública y privada han ampliado el rango de operaciones de estos grandes despachos (DOLAN y GARTH, 2002), así como la significación política de su rol.⁴

Tabla 2 - Crecimiento de los estudios jurídicos latinoamericanos

País	Firmas entre 11 y 25 abogados		Firmas entre 26 y 50 abogados		Firmas con más de 50 abogados	
	1999	2004	1999	2004	1999	2004
Brasil	67	52	18	51	6	64
Argentina	34	35	9	14	9	15
México	34	67	10	24	3	51

Fuente: Martindale-Hubbell (www.martindale.com).

Los datos para 1999 han sido publicados por (Unzueta 2003).

No existen estudios sistemáticos sobre estas firmas, que valoran altamente su privacidad. No obstante, una revisión de sus páginas en Internet permite algunas observaciones. El gran número de profesionales que reúnen les permite ofrecer un alto grado de especialización en sus servicios jurídicos, en temas como fusiones y adquisiciones, mercados de capitales, financiación de proyectos, marcas y patentes, derecho de los recursos naturales o derecho impositivo.

³ La lista de las quince mayores empresas jurídicas argentinas incluye dos despachos fundados en el siglo XIX, y otros cuatro en la primera mitad del XX. (Ver el Directorio Martindale-Hubbell en www.martindale.com).

⁴ Vale la pena observar también en el cuadro que las firmas de más de 50 abogados se han multiplicado por diez en Brasil y México entre 1999 y 2004. En cambio, el crecimiento argentino en el período ha sido más lento, probablemente como efecto de la crisis del 2001.

Entre sus clientes —cuya lista se publica en ocasiones en las páginas web del estudio— se encuentran los grandes bancos y empresas financieras extranjeras, así como muchas de las corporaciones multinacionales que operan en el país, también figuran organizaciones que explotan concesiones de servicios públicos privatizados. Esta variada clientela les exige trabajar en diferentes idiomas, siendo el inglés el principal, aunque no exclusivo.⁵ Estas firmas desarrollan habitualmente un enfoque preventivo del Derecho, asesorando a las empresas en grandes operaciones comerciales o financieras, in que les asegura jugosos ingresos. Su estilo de trabajo queda restringido en el lema que preside la página web de uno de estos estudios, presentado en español, inglés y francés: *Somos hombres y mujeres de negocios, y nuestra empresa es el derecho*.

A diferencia de lo que ocurre en los estudios compuestos por un grupo pequeño de profesionales, en el interior de estas grandes firmas se marcan claramente las jerarquías y diferencias en la organización, entre los socios y los abogados que revistan como asalariados. Este estilo empresarial de organización no se limita a los grandes estudios, y, conjuntamente con la gran abundancia de graduados en Derecho, estimula las tendencias a la salarización de los abogados.

Por otra parte, las tendencias a la acentuación de las desigualdades sociales y regionales, registradas en el país en la última década, deben haber agravado esta segmentación, en tanto los abogados tienden a compartir la suerte económica de sus clientes. Muy probablemente, los profesionales con una cartera de clientes compuestas por miembros de los estratos medios, así como pequeñas y medianas empresas, han sufrido la misma caída de ingresos que sus asistidos. En cambio, quienes atienden los intereses de las grandes empresas, especialmente multinacionales, deben haber resultado beneficiados con los procesos de concentración del ingreso registrados en el país. Así, es posible hipotetizar que en la Argentina, el carácter asimétrico de la globalización acentúa en la profesión legal las tendencias a la heterogeneidad social, tal como ha ocurrido en la sociedad en su conjunto.

Pero las tendencias a la fragmentación ocupacional que enfrentan los abogados no se derivan únicamente del campo económico. Con la recuperación de la democracia, la importancia del poder judicial en el funcionamiento de las

⁵ A Jende y Brea, por ejemplo, ofrece servicios en español, inglés, alemán, holandés y coreano.

población general derivadas de los Censos Nacionales. Por ese motivo los resultados se informan en porcentajes.

4. Los abogados argentinos: una visión general

Para trazar un panorama de la situación actual de los abogados en el país conviene comenzar con una pregunta simple, aunque no sencilla de contestar: *¿Quiénes y cuántos son los abogados?* Esta pregunta tiene distintas respuestas según identifiquemos como abogados a aquellos que ejercen la profesión privadamente, o a todos los que poseen una titulación universitaria en Derecho.

El informe 2001/2002¹ del Ministerio de Justicia consigna la existencia de 64.000 matriculados en las setenta y cinco entidades agrupadas en la Federación Argentina de Colegios de Abogados. Este total no abarca a los registrados en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, la asociación profesional más grande de la Argentina, con 64.438 inscriptos. Con estos datos, el informe oficial estima en 128.000 el total de abogados. Sin embargo, es posible que la cifra real sea bastante menor, ya que, dada la continuidad urbana en el área metropolitana, muy probablemente muchos colegiados en la Capital Federal estén también en la provincia de Buenos Aires.²

La información brindada por los colegios se refiere a quienes ejercen la profesión libremente, y no abarca a los magistrados, quienes también poseen titulación en Derecho. En el año 2000, había en el país 2.406 jueces, incluyendo tanto a la justicia federal como a la de las provincias. Una buena proporción de los 39.769 empleados judiciales que tenía el país en esa misma fecha son también graduados en Derecho.³

Por su parte, de acuerdo con datos censales, en el año 2001 había en el país 133.471 personas que habían completado la carrera de Derecho. Los abogados representaban así el 6,9% de los graduados universitarios residentes en el país.

¹ Ver el informe, ARGENTINA, *El Sistema Judicial, 2001/2002*, preparado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Secretaría de Justicia y Asuntos Legislativos, p.31.

² Estas cifras de matriculados no se deben confundir con quienes ejercen efectivamente la profesión. El Reporte sobre el Estado de la Justicia en Argentina, elaborado por el Cuzco Law Centre, se encuentra en <http://www.cuzcoamericas.org/reportes/> y estima que sólo el 60% de los abogados matriculados ejerce realmente la profesión.

³ El total incluye la justicia de todas las provincias, con excepciones de Misiones, Entre Ríos y San Juan, que no proporcionaron el dato. También abarca a los empleados de la justicia federal. Los datos figuran en Información y Justicia, documento elaborado por la organización Latinoamericana Justicia, con). Se puede consultar un resumen de este informe en www.unidujusticia.org.

En lo que sigue, usaremos el vocablo abogado como sinónimo de graduado en Derecho, ya que esta característica ha sido utilizada para identificar a los letrados en las muestras de la EPH.

Como el resto de la población del país, los abogados se ubican preferentemente en la región pampeana y en el Gran Buenos Aires. Su número es especialmente escaso en las provincias patagónicas. Sin embargo, su distribución geográfica, aún estando centralizada, resulta algo menos concentrada que la del conjunto de los graduados universitarios.

La descripción demográfica permite detectar algunos rasgos generales de la profesión. En primer lugar, es necesario señalar que la tendencia general de los universitarios a una composición más equilibrada en términos de género, motivada por el creciente acceso de las mujeres a la educación superior, ha sido algo más lenta entre los abogados. Así, en 2003, la proporción de mujeres ejerciendo la profesión llegaba al 43,8%. Esta cifra puede considerarse relativamente alta, estudiando a los abogados de la provincia de Buenos Aires. Fucito (1997) encontró que las mujeres constituían el 36% de los matriculados. No obstante, resulta algo inferior a su presencia en el conjunto de los graduados universitarios.

Los datos muestran igualmente una ligera concentración de los abogados en los grupos mayores de treinta y cinco años, probablemente como efecto de la diversificación de la matrícula universitaria en los últimos años. El número de graduados en leyes entre los mayores de setenta es proporcionalmente más alto que en otras carreras, lo que indica cierta declinación de las opciones tradicionales en la elección de la carrera universitaria.

Tabla 4. Características generales de los profesionales

	Abogados	Otros profesionales	Total profesionales
Varón	56,20%	52,00%	52,40%
Mujer	43,80%	48,00%	47,60%
Total	100,00%	100,00%	100,00%
21 a 34 años	27,40%	29,10%	28,90%
35 a 49 años	42,30%	39,40%	39,70%
50 a 59 años	22,30%	26,90%	26,40%
60 y más años	7,90%	4,60%	5,00%
Total	100,00%	100,00%	100,00%
Ocupado	86,60%	83,00%	81,40%
Desocupado	2,20%	4,50%	4,20%
Inactivo	11,20%	12,50%	12,40%
Total	100,00%	100,00%	100,00%
	N = 243	N = 1.930	N = 2.173

Fuente: EPH Navarra, mayo 2003.

En mayo 2003, las secuelas de la crisis desatada como consecuencia de la salida de la convertibilidad eran claramente visibles en el país, con una tasa de desocupación del 17%, muchos argentinos encontraban dificultades para insertarse en el mercado. En este contexto, los graduados universitarios exhibían —gracias a su mayor calificación— una situación considerablemente mejor, con apenas 4,5% de desocupados. Esta proporción era aún más baja entre los abogados, donde solo el 2% se declaraba desocupado. Estos datos, sin embargo, no deben inducir una lectura excesivamente optimista, en tanto es probable que la escasez de oportunidades ocupacionales sea muy difícil de medir entre quienes trabajan por cuenta propia.

La inserción ocupacional de los abogados muestra también rasgos peculiares. Menos de la mitad de ellos revistan como asalariados, mientras que dos terceras partes de los otros graduados están en la misma situación. La participación de los abogados entre los directivos en el mundo del trabajo es relevante: la proporción de patrones que exhibe el grupo (17,7%) dobla la registrada en el resto de los universitarios.

Tabla 5 - Situación de los ocupados

	Abogados	Otros profesionales	Total profesionales
Patrón o empleador	17,70%	8,50%	9,50%
Trabajador por su cuenta	32,30%	23,40%	24,40%
Obrero o empleado	48,80%	66,90%	64,90%
Trabajador sin salario	1,20%	1,20%	1,20%
Total	100,00%	100,00%	100,00%
Ingreso mensual promedio	\$ 1.219,78	\$ 1.185,06	\$ 1.188,89
Ingreso horario promedio	\$ 6,60	\$ 7,26	\$ 7,20

Fuente: EPH Nacional, mayo 03.

Estos datos implican que el ejercicio independiente de la profesión, muy limitado ya en otras carreras universitarias, está hoy reservado a un tercio de los graduados en Derecho. La proporción es aún menor en Buenos Aires (20%), mientras que en el interior del país las formas tradicionales de ejercicio de la profesión son bastante más frecuentes.

El ejercicio de su profesión proporciona a los abogados una situación económica algo más favorable que al conjunto de los graduados universitarios. Su promedio de ingresos resulta más alto que el del resto, aunque muchas veces gracias a la prolongación de la jornada, ya que el ingreso horario resulta entre ellos algo más bajo.

Los datos de la encuesta proporcionan otras informaciones acerca del lugar de trabajo de los entrevistados. Muestran la importancia del sector público como fuente de oportunidades ocupacionales para los abogados: 37% de ellos trabaja en los diversos poderes de Estado. Esta proporción es bastante más baja para los demás graduados universitarios (28%).

Este panorama general puede resumirse indicando que la profesión legal argentina se destaca por el hecho de que dos procesos que vienen afectando a muchas otras ocupaciones —la feminización y la salarización progresivas— resultan aquí algo más lentos. Tanto la proporción de varones, como las de quienes ejercen su ocupación como trabajador independiente, son más altas en este grupo que en el conjunto de los graduados universitarios. También puede señalarse que, dentro del contexto general de caída de los ingresos como resultado de la

crisis económica que atraviesa el país, los abogados registran una situación relativamente buena en comparación con los demás profesionales universitarios.

5. Cambios en las formas de inserción ocupacional

En los últimos años, la profesión se ha visto sometida a significativas transformaciones, como consecuencia de diversos procesos políticos y económicos. La expansión de las oportunidades laborales en el campo de la administración de justicia, la tendencia al desarrollo de las empresas jurídicas y a la salarización progresiva han incidido fuertemente sobre las formas de trabajo de los abogados, que cada vez se distancian más del modelo clásico del ejercicio liberal de la profesión.

Esta sección se destina a presentar estos cambios, comparando la situación de los abogados relevados para la muestra nacional de la Encuesta Permanente de Hogares en mayo de 1995 y 2001.

a) Mayor importancia del empleo en el campo público

Los datos de la EPH muestran cómo la expansión del poder judicial ha acentuado la inserción ocupacional de los abogados en el campo de lo público. Esta tendencia resulta especialmente marcada en las áreas metropolitanas, como consecuencia de la centralización de la administración de justicia.

Tabla 6 - Tipo de lugar de trabajo según tamaño del aglomerado y año

Tamaño del aglomerado	Año	Tipo de establecimiento		Total
		Público	Privado	
Más de 1.000.000 h	1995	10,60%	89,40%	100,00%
	2001	34,90%	65,10%	100,00%
Menos de 1.000.000 h	1995	38,20%	61,80%	100,00%
	2001	43,60%	56,40%	100,00%
Total aglomerados	1995	13,70%	86,30%	100,00%
	2001	37,60%	62,40%	100,00%
h = 214 abogados.				

Fuente: EPH Nacional, mayo 95 y mayo 01

El incremento de las oportunidades ocupacionales en la esfera estatal es una tendencia que singulariza a los abogados dentro del conjunto de la población, pues a lo largo de la década, el empleo público ha decrecido en la Argentina, como en el resto de los países de la región (Portes y Landolt 2000).

b) Reducción del número de profesionales independientes

Se indicó más arriba cómo el desarrollo de las grandes empresas jurídicas y la difusión de un estilo de organización empresarial en los despachos de abogados hace cada vez más frecuente la contratación de letrados como asalariados. Esta tendencia, favorecida por la gran disponibilidad de graduados en el área, reduce los contingentes de abogados que mantienen la forma tradicional de ejercicio independiente de la profesión.

Los datos de la EPH confirman la presencia de esta tendencia entre los abogados argentinos: quienes ejercen independientemente la profesión en todo el país pasaron de ser el 51% en 1995, a un 33% en 2003. Como lo muestra la tabla, el cambio ha sido especialmente fuerte en las ciudades grandes, donde la proporción de profesionales independientes se redujo casi a la mitad.

Tabla 7. Condición de los ocupados según tamaño del aglomerado y año

	Tamaño del aglomerado				Total aglomerados	
	Más de 1.000.000 h		Menos de 1.000.000 h			
	Año		Año		Año	
	1995	2003	1995	2003	1995	2003
Patrón o empleador	1,60%	24,60%	8,00%	5,60%	11,10%	17,00%
Trabajador por su cuenta	51,40%	28,00%	44,40%	41,00%	51,20%	32,70%
Obrero empleado	37,00%	47,60%	41,70%	53,40%	45,60%	49,40%
Total	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%

N = 414 abogados

Fuente: EPH, Encuesta, 1995 y 2003.

¿Cómo se han insertado en el mundo del trabajo estos abogados que abandonan el ejercicio independiente de la profesión? Los datos permiten observar que han seguido caminos distintos. La mitad de ellos revista hoy como asalariado: la proporción de los abogados en esta condición creció doce puntos

en este periodo de ocho años, pasando a constituir prácticamente la mitad de los ocupados. Esta expansión se vincula tanto al crecimiento de las oportunidades de trabajo en el campo de la administración de justicia, como al desarrollo de un proceso de salarización en el interior de los estudios de abogados.

Esta opción ha sido más frecuente entre las mujeres. Mientras dos terceras partes de ellas revisaban como empleadas en 2003, esta proporción llegaba apenas al 37% entre los varones.

La tendencia reciente de los despachos jurídicos a organizarse en forma empresarial resulta evidente en las cifras de abogados registrados como empleadores: en los últimos ocho años, pasó del 11 al 18%. El cambio es especialmente notable en las áreas metropolitanas, donde se ubican los mayores estudios jurídicos. Allí la proporción de abogados que actúan como patrones se duplicó.

La comparación de los datos provenientes de la Encuesta Permanente de Hogares con los obtenidos a través del Censo 91 muestra que estas transformaciones, aún siendo graduales, se han acelerado después de la crisis desatada tras la salida de la convertibilidad.

Tabla 8. Condición de los ocupados según año

	1995	2001	2003
Patrón o empleador	11,30%	18%	17,90%
Trabajador por su cuenta	51,20%	42%	42,70%
Obrero o empleado	37,60%	46%	49,40%
Total	100,00%	100,00%	100,00%

Fuentes: 1995 (EPH marzo 1995, 2001 Censo 2001, 2003 EPH mayo 2003)

5. Cambios en los ingresos derivados de la profesión

Las modificaciones arriba reseñadas en las condiciones de trabajo acentúan los contrastes entre los estilos de vida propios de diversos grupos de abogados. El análisis de los ingresos devengados a través de distintas formas de ejercicio profesional es un mecanismo útil para ilustrar estas transformaciones.

En la década del noventa, las transformaciones asociadas a la apertura de la economía al mercado externo y las privatizaciones afectaron profundamente el empleo, que se volvió precario e inestable. La prolongación de la recesión en los últimos años de la década deterioró el nivel de la actividad económica. Final

mente, la crisis desatada en 2001 con motivo de la salida de la convertibilidad puso al descubierto los negativos efectos de estos cambios y sus secuelas, una caída general de los ingresos y la multiplicación de las cifras de pobres.

Esta tendencia general afectó la situación de los letrados. El ingreso promedio de los abogados encuestados, que era de \$1.549 en 1995, descendió a \$1.218 en 2003. Esta caída superior al 20% en términos absolutos, resulta mayor si se considera el aumento del costo de vida.

Tabla 9 - Ingresos medios de los abogados según campo de trabajo

Año	Tipo de establecimiento	Promedio de ingresos profesionales	Ingreso horario de la ocupación principal
1995	Público	1.607,77	10,94
	Privado	1.536,00	7,36
	Total	1.549,69	7,85
2003	Público	1.406,09	7,81
	Privado	1.106,57	5,85
	Total	1.218,85	6,59

Datos nacionales de la EPH mayo 95 y mayo 03.

Aritmo y χ^2 estadísticamente significativas

Como se observa en la tabla adjunta, la caída de los ingresos ha afectado especialmente a quienes ejercen privadamente la profesión. La brecha entre el ingreso medio de quienes trabajan en el campo público y en el privado era apenas de un 5% en 1995, y se estiró hasta el 20% en 2003. Así, el contraste entre los estilos de vida que pueden llevar un juez y un abogado que trabaja independientemente se acentuaron.

No sólo en términos de ingresos resulta más favorable la situación laboral de quienes revistan en el sector público. Ubicados generalmente en grandes oficinas con más de 50 empleados, perciben un ingreso superior al promedio mientras que su obligación horaria semanal resulta algo más baja. Según declara el 95% de los entrevistados, reciben todos los beneficios sociales acordados por las leyes, y gozan de estabilidad en su trabajo.

En cambio, quienes revistan en el campo privado tienen una situación bastante diferente. El estudio de abogados, y no la oficina de asuntos legales de una gran empresa, es la ocupación dominante de este grupo, que en una gran mayoría (78%) trabaja en oficinas pequeñas, con hasta 5 empleados. Los ingresos que obtienen a través de esta forma de ejercicio profesional son menores al promedio, pese a que su jornada laboral suele ser algo más larga. En consecuencia, su ingreso por hora resulta más bajo. Por otra parte, solo el 53% de ellos recibe todos los beneficios laborales en su ocupación. Pese a esto, prácticamente la totalidad de los entrevistados de este grupo consideran permanente esta opción laboral.

En el interior del campo privado, se observa para 1995 notable distancia en ingresos entre diversas categorías ocupacionales que desempeñan los abogados. Quienes ejercían en esa fecha la profesión de manera independiente obtenían menores ingresos, bastante por debajo de quienes revistaban como asalariados. Las cifras muestran también los efectos de la crisis desatada por la salida de la convertibilidad, que ha provocado entre los asalariados una pérdida cercana al 50% de sus entradas. Así, en la fecha más reciente, los ingresos en el campo privado resultan en general bajos, cualquiera sea la categoría ocupacional del abogado.

Tabla 10 - Ingresos medios de los abogados en el campo privado

Condición ocupacional	Año	Promedio	Ingreso horario
Trabajador por su cuenta	1995	861,2101	4,6149
	2001	956,0349	5,1092
Obrero o empleado	1995	1970,8722	9,1720
	2001	960,1880	5,3752
Total	1995	1510,0015	7,3907
	2001	1112,0683	5,8759

Fuente: EPH Nacional, máximos y mínimos.

Se han suprimido los datos correspondientes a los patrones, debido a su escaso número, siguiendo las recomendaciones del INDEC.

Estos datos permiten comprender mejor la tendencia al abandono de las formas tradicionales de trabajo jurídico en el contexto argentino actual; el ámbito público ofrece a los abogados oportunidades ocupacionales más interesantes y seguras de las que están disponibles en general en el campo privado.

Por otra parte, debe recordarse que este análisis se concentra en los valores promedio. En el interior de estas categorías, la variabilidad resulta bastante alta. El tamaño del establecimiento donde se trabaja, y la ubicación en el interior o en la zona metropolitana son algunos de los factores que estimulan esta disparidad de los ingresos.

Aunque su escaso número hace imposible analizar su evolución a través de los datos de la EPH, hay indicios de que los ingresos de los abogados ubicados en las grandes empresas jurídicas han resultado menos afectados por la crisis del 2001. Varias razones pueden aducirse a favor de estas suposiciones. Muchos de los honorarios que perciben estas empresas por su participación en negocios internacionales se cotizan en dólares, o utilizan moneda extranjera como base del cálculo, lo que probablemente les ha permitido preservar su nivel de rentas en el orden económico pos-convertibilidad. La rapidez del crecimiento de sus planteles profesionales en estos últimos años refuerza esta afirmación.

7. Conclusiones

Los análisis efectuados hasta aquí han mostrado que la inserción ocupacional de los abogados tiende a diversificarse. La expansión del poder judicial ocurrida durante los noventa ha aumentado sus oportunidades de trabajo en el campo público. Por este motivo, así como debido a la tendencia a la organización empresarial de los estudios jurídicos, el número de abogados que revistan como asalariados ha aumentado decididamente.

Una primer consecuencia de estos hechos es la reducción del grupo de profesionales independientes, que pasan a ser una minoría. El abandono de los modelos tradicionales de ejercicio profesional, y el desarrollo de relaciones capitalistas de trabajo, ya muy avanzado en otras carreras como las de médicos e ingenieros, se aceleraron entre los abogados en los últimos años, y constituyen transformaciones significativas.

En los últimos años, las dificultades económicas vividas por el país han significado una caída general de los ingresos. Los juristas no han permanecido ajenos a esta tendencia, que ha afectado de maneras muy diferentes a los distintos segmentos de la profesión. Han aumentado los contrastes entre quienes trabajan en el campo público y en el privado, entre quienes tienen como clientes a las personas comunes y quienes atienden a las empresas. Como quienes se dedican a litigar comparten la suerte de sus clientes, los abogados no han

podido sustraerse a los efectos de la concentración de ingresos que ha vivido el país, y la variabilidad de sus niveles de ingreso ha aumentado.

La variedad de ingresos medios y de situaciones laborales así como la reducción del número de profesionales independientes sugieren que, como en la sociedad en su conjunto, la profesión jurídica experimenta tendencias a la segmentación.

Como se indicó más arriba, estos fenómenos se registran también en otros países, como consecuencia del crecimiento desmesurado de algunas grandes empresas jurídicas. En la Argentina, los grandes contrastes —interior/capital, público/privado— que recorren el mundo laboral del país atraviesan también a la profesión jurídica, profundizando las brechas entre distintos grupos.

Es posible interrogarse acerca de las consecuencias posibles de esta heterogeneidad creciente en los modos de inserción profesional. En estas condiciones, puede resultar difícil mantener definiciones compartidas sobre el rol profesional. Los abogados que trabajan en condiciones muy diferentes, tienden igualmente a desarrollar distintos puntos de vista acerca de los modos en que deben conducirse sus relaciones con los clientes y con los demás colegas.

Cabe esperar que las tendencias a la desigualdad en el interior de la profesión estimulen procesos de redefinición del rol tradicional de los abogados. Tal como lo sugieren GALANET y PALAY (1997), las cuestiones que tienen que ver con el equilibrio entre interés público e interés privado, entre interés del profesional y del cliente, así como la colegialidad en las relaciones con otros abogados, son probablemente los núcleos centrales de esas redefiniciones.

B. Bibliografía

- ABEL, R. (1997a) "The transformation of the American Legal Profession", in *Lawyers: a critical reading*, R. Abel (editor), The New Press, New York.
- ABEL, R. (1997b) "Lawyers in the Civil Law World", in *Lawyers: a critical reading*, R. Abel (editor), The New Press, New York.
- BORDONE, D. (2001), *Information Technology and Changes in Law Practices: A Pilot Study in Milan*, tesis de Master, Instituto Internacional de Sociología Jurídica, Orató.
- DEZALAY, Y., GARAÍ, B., *La internacionalización de las luchas por el poder*, ILSA/ Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2002.
- FUCITO, F., *El perfil del abogado de la provincia de Buenos Aires. Investigación cuantitativa*, Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 1997.

- FIATTO, E., *Perfil del Abogado bonaerense*, Vol. I y II, Fundación Cijuso, La Plata, 2000.
- GALANTER, M., "Law abounding: Legalisation around the North Atlantic". *The Modern Law Review*, Vol.55, Nº1, 1992.
- GALANTER, M. y PALAY, T. "Why the Big get Bigger: The promotion-to-Partner Tournament and the Growth of Large Law Firms", in *Lawyers: a critical reading* R. Abel (editor), The New Press, New York, 1997.
- HEINE, J. y LAJMANN E., "Chicago Lawyers: The Social Structure of the Bar", in *Lawyers: a critical reading*, R. Abel (editor), The New Press, New York, 1997.
- HEINE, J., NELSON, R. L., LAJMANN, E. O., *The Scale of Justice: Observations on the Transformation of Urban Law Practice*, *Annual Review of Sociology*, 27: 337-362, 2001.
- JONQUEIRA, E., "The Road of Conflict Bound for Total Justice", capítulo en *Legal Culture in the Age of Globalization: Latin America and Latin Europe*, L. M. FRIEDMAN y R. PÉREZ-PERDOMO (editores) Stanford University Press, 2003.
- LESA, C. A., *Ingreso, matrícula y egreso de las carreras de abogacía de la Argentina. tendencias y perspectivas* Libro del II Congreso Nacional de Sociología Jurídica, Univ. Nacional de Córdoba, Córdoba, pp 805-816, 2001.
- MILLS, W. C., *White Collar: las clases medias en Norteamérica*, Ed. Aguilar, Madrid, 1973, ed. original de 1951.
- PARSONS, J., "Consideraciones de un sociólogo sobre la profesión legal", en *Ensayos de Teoría Sociológica*, Piados, Buenos Aires, 1967, ed. Original 1949.
- PÉREZ PERDOMO, R., *Los Abogados de América Latina: una introducción histórica*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2004, en prensa.
- PÉREZ PERDOMO, R. y FRIEDMAN, L., "Latin Legal Cultures in the age of globalization", capítulo en *Legal Culture in the Age of Globalization: Latin America and Latin Europe*, L. M. FRIEDMAN y R. PÉREZ-PERDOMO (editores) Stanford University Press, 2003.
- PORTO, A. y HOFFMAN, X., "Las estructuras de clase en América Latina: composición y cambios durante la época neoliberal", Serie Políticas Sociales, cuaderno 68, CEPAL, Santiago de Chile, 2003. Accesible en Internet en: <http://www.eclac.cl>
- TATE, S. y VALLINDER, T., *The global expansion of judicial Power*, New York University press, New York, 1995.

Informes estadísticos

ARGENTINA - MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. SECRETARÍA DE JUSTICIA Y ASUNTOS LEGISLATIVOS (2002) *El Sistema Judicial, 2001/2002*. Accesible en Internet en: <http://www.justiciaargentina.gov.ar/>.

CENTRO DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (2004) *Reporte sobre el Estado de la Justicia en la Argentina*, accesible en <http://www.cejamerica.org/reporte/>.

UNIDOS POR LA JUSTICIA (2003) *Información y Justicia*, documento elaborado por la organization Unidos por la Justicia, 2003. Se puede consultar un resumen de este informe en www.unidosjusticia.org.ar.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LAS ESPECIALIZACIONES

Alberto Ricardo DALLA VIA*

En sentido estricto, el Derecho Constitucional no debería ser susceptible de divisiones en partes o ramas autónomas. Al ser la disciplina jurídica que se ocupa del estudio de la Constitución, participa de alguno de los caracteres de la norma fundamental, como los denominados principios de *supremacía* y de *unidad*.

Es muy lógico que sea así, no solamente por las razones históricas que explican la formación del constitucionalismo en el mundo occidental y que no se repiten aquí por resultar suficientemente conocidas, sino también porque al ser la Constitución la norma fundamental del ordenamiento, el vértice de la pirámide de gradación de normas, si seguimos a Hans Kelsen, su unicidad como norma y como disciplina de estudio para el caso del Derecho Constitucional debe aparecer intócome.

Eso no impide que por razones pedagógicas, a los efectos de facilitar su estudio o enseñanza, el Derecho Constitucional no pueda reconocer "partes" o "secciones".

Joaquín V. González es reconocido entre los constitucionalistas por haber sido el primer autor que introdujo un enfoque metodológico en la enseñanza del Derecho Constitucional, sobre todo a partir de la publicación de su *Manual de la Constitución Argentina*.¹ En su exposición dividió la Constitución en dos partes principales: la *parte dogmática* y la *parte orgánica*, criterio que también siguió Juan A. González Calderón cuando escribió el primer *Tratado*² sobre la materia y que reconocía ya antecedentes en los anteriores "manuales" y "lecciones". En ese mismo sentido, el profesor Germán J. Bidart Campos ha denominado "Derecho Constitucional de la Libertad" al estudio de la parte dogmática y "Derecho Constitucional del Poder" al estudio de la parte orgánica.³

Se trata de una división temática que reconoce sus antecedentes en la historia constitucional y, sobre todo en el desarrollo evolucionista del Derecho

* Profesor Titular de Derecho Constitucional (UBA y I.H.) Director de la Maestría en Magistratura.

¹ González, Joaquín V. *Manual de la Constitución Argentina*, Editorial Estado, Buenos Aires, 1938-1939.

² González Calderón, Juan A. *Derecho Constitucional Argentino*, J. J. Layman, Buenos Aires, 1936.

³ Bidart Campos, Germán J. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, EDIAR, Buenos Aires, 1939.

Constitucional Inglés, al distinguir en las cartas y documentos constitucionales el llamado *bill of rights* del denominado *frame of government*. Se trata de una división tradicional generalmente aceptada y que no ha merecido objeciones, sin perjuicio que en ese caso no se habla en sentido propio de "ramas" sino de partes de la Constitución a los efectos de su enseñanza y sin perjuicio del principio de unidad en la interpretación del texto. Así en la enseñanza tradicional del Derecho Constitucional Argentino se comienza por diferenciar el Preámbulo, la parte Dogmática y la Parte Orgánica.

Otra cuestión a deslindar es la referida al **Derecho Constitucional Comparado**, que no es en rigor de verdad una rama o especialidad dentro del derecho constitucional, sino un método de estudio que consiste en comparar textos y modelos de distintos países. El método comparado no se limita a la sola descripción de instituciones de otros países, sino que también debe proyectar su funcionamiento en la realidad que se pretende analizar. Por lo tanto, al referirnos a las "ramas" del Derecho Constitucional nos referimos a las distintas especializaciones que parten desde el propio Derecho de la Constitución. En ese sentido, oportunamente ejerció gran influencia sobre nuestra doctrina la obra *"Derecho Constitucional Comparado"* del profesor español Manuel García Pelayo.⁴ Más tarde aparecía la obra del italiano Paolo Biscaretti di Ruffia publicada por el Fondo de Cultura Económica de México y las sucesivas ediciones (cinco en la actualidad) de la magnífica obra *"Diritto Costituzionale Comparato"* del Profesor Giuseppe De Vergottini publicadas en Padova.⁵

Seguendo con los deslindes y toda vez que la Constitución no solamente se ubica en el vértice de la pirámide jurídica por imperio del principio de supremacía (art. 31 C.N.), sino que también parten de ella las ramas del derecho en general o de *derecho común* en la terminología constitucional (art. 75 inc. 12), corresponde formular una aclaración en cuanto a que las ramas del derecho común o de fondo no son consideradas como ramas del derecho constitucional.

Si bien la aclaración puede parecer ociosa, no lo es tanto en cuanto se advierte que en los programas del Ciclo Profesional Orientado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, se enseña el Derecho Constitucional vinculado con las distintas especializaciones o áreas del plan de estudio, de manera que mientras en el Ciclo Profesional Común (hasta tercer año) se ense-

⁴ García Pelayo, Manuel *"Derecho Constitucional Comparado"* Revista de Documen, 1951

⁵ De Vergottini, Giuseppe *"Diritto Costituzionale Comparato"* ELDAM, Padova, 6 edición, 2004

En *Elementos de Derecho Constitucional* en el ciclo de especialización se enseña "Bases Constitucionales del Derecho Privado" para quienes siguen la orientación en Derecho Privado y Derecho Notarial; "Garantías Constitucionales del Proceso Penal" para quienes han elegido la especialización en Penal, "Derecho Constitucional Económico" para quienes han elegido la especialización derecho tributario y empresarial y "Derecho Constitucional profundizado y Procesal Constitucional" para quienes han elegido la especialización de Derecho Público y en Derecho Procesal.

En esos casos no se trata en realidad de materias distintas o de ramas distintas sino de la enseñanza del Derecho Constitucional de manera profundizada, en especial a partir de las reglas de interpretación constitucional que se aplican sobre fallos de jurisprudencia correspondientes a diferentes ramas del derecho común. Pero es necesario hacer la aclaración porque las denominaciones confunden. Soy de la opinión, y así lo he expresado en el seno del Departamento de Derecho Público I de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, que la materia debería tener una denominación única: "Derecho Constitucional Profundizado" y a continuación, o entre paréntesis, la orientación a la rama del derecho común que corresponda.

Continuando el orden de los deslindes que es necesario efectuar, corresponde ahora considerar el caso del **Derecho Administrativo** así como el de las **Finanzas Públicas** y **Derecho Tributario**. Ambas son disciplinas, que a diferencia del *derecho común* referido en el párrafo anterior, se entroncan directamente en la Constitución, toda vez que son disciplinas especializadas sobre temas constitucionales que, con el transcurso del tiempo y los estudios sobre tales temas, han alcanzado autonomía científica y didáctica.

Sobre el **Derecho Administrativo** se ha dicho que contiene la "letrachilca", pues mientras la Constitución enuncia los títulos o grandes principios, esta rama especializada estudia la numerosa normativa infralegal e infraconstitucional. En nuestro país ha alcanzado tanto desarrollo que ha llegado a decirse que el derecho administrativo acompaña al ciudadano "desde la cuna hasta la tumba" y que difícilmente pueda pasar un día de su vida sin estar en contacto con el derecho administrativo. El Derecho Administrativo se ocupa en sentido propio de la actividad administrativa del Estado, ya se trate de la llamada administración centralizada o descentralizada, pero distintas vías han ido ampliando su ámbito.

La autonomía del Derecho Administrativo argentino se vio favorecida por la influencia de la doctrina administrativista francesa y el desarrollo de la teoría del *acto administrativo* y de los *contratos administrativos*, así como también por los aportes de la doctrina italiana y española. Tales influencias también se reflejan en la creación del fuero contencioso-administrativo, tanto en la justicia federal como en varias provincias, tomando como base de su organización el Consejo de Estado y el contencioso-administrativo francés.

La influencia de fuentes de distinto origen y provenientes de distintos modelos jurídicos comparados ha traído como consecuencia que en no pocas oportunidades las interpretaciones de la doctrina administrativista se hayan apartado de la interpretación de los constitucionalistas, como ha ocurrido, por ejemplo en materia de reglamentos de necesidad y urgencia, legislación delegada y emergencia económica; llegando incluso a realizarse interpretaciones de la Constitución desde principios creados dentro del Derecho Administrativo que generan zonas de duda en cuanto a la aplicación del principio de supremacía constitucional (art. 31 C.N.).

No menos independencia ha alcanzado la llamada Ciencia de las Finanzas Públicas, ubicándose con ella el llamado **Derecho Tributario** y también las cuestiones de naturaleza **presupuestaria**. Son parte de los contenidos de la Constitución Nacional en materia de recursos y gastos pero han ido adquiriendo autonomía al incluir entre sus postulados los principios de la ciencia financiera y la ciencia de la tributación, incluyendo el análisis contable y el de auditoría interna y externa del sector público que le han dado un carácter técnico que lo ha individualizado de la interpretación constitucional clásica o general.

La autonomía científica y didáctica del **Derecho Tributario** se ha ido afirmando, toda vez que en su análisis no se siguen solamente criterios y principios propios del derecho público sino que el estudio de la llamada *obligación tributaria* ha incluido análisis provenientes del derecho privado italiano y español. En nuestro país existe una Asociación Argentina de Estudios Fiscales y una Asociación Argentina de Análisis Presupuestario.

Descartamos también finalmente la eventual existencia de un **Derecho Judicial Constitucional** por aplicación al Poder Judicial de un criterio de especialización similar al que se refiere el Derecho Administrativo al ocuparse de la administración pública o del Derecho Parlamentario al ocuparse del Poder Legislativo. Ello se funda en dos razones, la primera es que la actividad admi-

trastativo del Poder Judicial queda alcanzada en el Derecho Administrativo, como lo demuestra el Reglamento para la Justicia Nacional cuando establece que las acordadas de las Camaras Federales de Apelación son revisables por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y en segundo término porque la pretensión de un *derecho judicial* se identifica con la jurisprudencia como fuente del derecho. Llevar las cosas mas allá con otras elucubraciones teóricas sería simplemente complicar las cosas.

Como señalamos *ut supra*, la autonomía alcanzada por el Derecho Administrativo y por las Finanzas Públicas y el derecho Tributario, no permiten considerarlas como ramas del Derecho Constitucional. Veamos entonces a cuáles consideramos en la actualidad verdaderas "ramas" del Derecho Constitucional en cuanto a su valor científico y didáctico:

- *Los Derechos Humanos y las Garantías*
- *El Derecho Constitucional Económico.*
- *El Derecho Electoral.*
- *El Derecho Parlamentario*
- *El Derecho Público Provincial y Municipal.*
- *El Régimen Constitucional de los Tratados.*
- *El Derecho Procesal Constitucional.*

Los **Derechos Humanos y las Garantías** abarcan lo referente a la "parte dogmática" de la Constitución que se ocupa de los llamados "derechos fundamentales". En la actual concepción, se incluyen en esa parte los llamados derechos de primera, de segunda y de tercera generación, así como sus garantías. A partir de la reforma constitucional de 1994 el catálogo de derechos se ha ampliado con la incorporación al artículo 75 inc. 22 de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. El estudio de la parte dogmática como parte de la Constitución es un contenido clásico e invariable. Sin embargo, a partir de la reforma del plan de estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en 1984 aparece la materia *Derechos Humanos y Garantías* como una asignatura del ciclo inicial, separada de *Elementos de Derecho Constitucional*.

De manera que la primera se nutre del contenido dogmático constitucional y de filosofía del derecho y de Derecho Internacional Público a razón de un tercio (1/3) de contenidos por especialidad. En la práctica ha sucedido que la enseñanza de los derechos humanos se ha ido independizando de la enseñanza del derecho constitucional, estando en la actualidad la mayor

parte de comisiones a cargo de profesores de Derecho Internacional Público, dada la vinculación con los tratados de derechos humanos.

Es de esperar que se mantenga la estrecha vinculación de los derechos humanos o derechos fundamentales con la Constitución a fin de que su relativa autonomía no lleve a recorrer una suerte similar a la ya apuntada con respecto al Derecho Administrativo y al Derecho Tributario. En el diseño curricular de esas nuevas características de la materia se destacaron los Dres. German J. Bidart Campos y Carlos S. Nino. Entre los extranjeros merecen citarse Antonio Pérez Luño y Gregorio Peces Barba, ambos españoles que propugnaron la autonomía de la materia y en el ámbito latinoamericano Héctor Gros Espiell y Héctor Fix Zambudio.

El Derecho Constitucional Económico es el conjunto de preceptos de rango constitucional sobre la ordenación de la economía. Como rama del Derecho Constitucional que se ocupa de la ordenación de la vida económica cobra especial relevancia en nuestros días por el evidente protagonismo que tiene la economía en el campo político tanto a nivel nacional como internacional. En cierto sentido, puede decirse que la Constitución establece una garantía estructural de la unidad económica, en la medida en que todos los poderes públicos deben respetar las mismas reglas generales en su actuación económica y que todos los particulares se encuentran frente a éstos en las mismas condiciones básicas para desarrollar sus actividades.

Hay algunas disciplinas, como el Derecho Administrativo y el Derecho Tributario a los que ya nos referimos, que si bien tienen su base en la norma constitucional, han realizado un desarrollo autónomo, a partir de principios y metodologías que les son propios. No es ese el caso del Derecho Constitucional Económico, que no es autónomo, sino que es parte inescindible del Derecho Constitucional, dentro del cual se identifica por razones de especialización pero no de método. La particularidad del Derecho Constitucional Económico está en aplicar los principios constitucionales a la realidad económica. Entre los autores y publicistas que se ocuparon de las cuestiones económicas constitucionales, cabe citar en lugar destacado a Juan Bautista Alberdi por sus escritos, en especial las "Bases" y el "Sistema Económico y Jurídico".

El Derecho Electoral es el paradigma de lo que en este trabajo hemos categorizado como "rama" del Derecho Constitucional en tanto se trata de la aplicación de la propia Constitución con sus principios y lógica de interpretación, pero aplicable a una categoría especial de derechos que son los derechos

políticos y que no se diferencian de los derechos civiles por ninguna condición sustancial, sino porque su titularidad está dada con exclusividad a quienes son ciudadanos. El Derecho Electoral abarca también lo referente a la regulación de los partidos políticos, extremos que han sido particularmente considerados por la reforma constitucional de 1994 que incluyó los llamados derechos de participación.

Desde 1962 existe un fuero especializado dentro del Poder Judicial Federal que es el fuero electoral, encabezado por una Cámara Nacional Electoral integrada por tres magistrados cuyos fallos tienen fuerza obligatoria para los veinticuatro Juzgados Federales con Competencia Electoral distribuidos en el territorio nacional a razón de uno por provincia y por la Ciudad de Buenos Aires, y sobre las Juntas Electorales Nacionales que en tiempo de elecciones se constituyen temporariamente con el presidente de la Cámara Federal de cada distrito, el Presidente de cada Superior Tribunal de provincia y el Juez Federal con competencia electoral.

De manera que la jurisprudencia de la Cámara Nacional Electoral es una fuente muy importante en esta rama del derecho constitucional. Entre los autores extranjeros cabe destacar los aportes de Maurice Duverger, Dieter Nohler y Giovanni Sartori; y entre los argentinos a Hector R. Orlandi y Daniel Zovatto.

El concepto de democracia tiene al sufragio y a los partidos políticos como actores ineludibles, al punto que, según se afirma, la democracia es en nuestro tiempo una "democracia de partidos". La reforma constitucional de 1994 ha incluido distintas disposiciones que afirman el rol de los partidos políticos (arts. 37 y 38 C.N.) asignando las bancas por partido en el caso de elecciones para el senado (art. 54 C.N.) También se ha establecido la prohibición expresa de realizar modificaciones al sistema electoral y de los partidos políticos por vía de decretos de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3° C.N.).

Esas normas suplen la omisión del constituyente de 1951 que no los había considerado y abre la puerta hacia un concepto participativo de la democracia que tampoco estuvo previsto en el texto originario, pero que se fue abriendo camino por imposición de la propia realidad.

El **Derecho Parlamentario** ha sido definido como la rama de la ciencia jurídica que investiga los principios a que deben ajustarse la construcción y procedimientos de las asambleas legislativas. De ese modo quedan comprendidos, entre otros los siguientes aspectos: a) la constitución del Congreso o parlamento

en sentido formal, es decir desde las sesiones preparatorias hasta la incorporación de los legisladores, abarcando el juicio sobre la validez de la elección, títulos y derechos de los mismos, la aceptación de sus diplomas, el juramento, la constitución de las autoridades.

Además de lo relativo a la constitución del parlamento, el derecho parlamentario incluye: b) los llamados privilegios individuales u o colectivos y c) el funcionamiento del cuerpo: sesiones, clases, duración, modo de reunión, carácter de las mismas, formas de emisión de los actos de su competencia, quórum, mayorías de votos, etc. Un especialista en el tema, el Dr. Carlos María Bidegain ha realizado una clasificación del Derecho Parlamentario en constitucional y procesal.⁶

De manera que el derecho parlamentario constitucional se aplica para conocer la estructura de la institución, los procedimientos de elección de sus miembros, la renovación de las cámaras, sus facultades disciplinarias, las garantías para su funcionamiento libre (los privilegios) sus atribuciones en materia política y normativa. En tanto que el derecho parlamentario procesal se ocupa del funcionamiento interno de la institución, de los aspectos que deben permitirle actuar como organismo dinámico en el cumplimiento de sus obligaciones.

Otro autor que se ha dedicado con seriedad al tema, el Profesor Jorge H. Gentile ha señalado que el derecho parlamentario argentino es la parte del derecho constitucional que estudia la organización, la constitución, el funcionamiento, los procedimientos y las competencias del Congreso, las legislaturas provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires, y los concejos deliberantes municipales y las prerrogativas de sus integrantes.⁷

El **Derecho Público Provincial y Municipal** tiene su punto de partida en el título segundo de la segunda parte de la Constitución Nacional (arts. 121 a 129) en su relación con los artículos 1º, 5º y 31º que tratan de lo que Clodomiro Zavala —quien fuera desde Córdoba el verdadero iniciador de esta rama del Derecho Constitucional— llamara el '*Derecho Federal*', a ese aporte inicial, y con el transcurso del tiempo se sumaría la muy importante obra de Pedro J. Frías '*Derecho Público Provincial*'⁸ y de Antonio María Hernández con su '*Tratado de Derecho Municipal*'⁹.

⁶ Bidegain, Carlos María '*Clasificación de Derecho Constitucional*' Depalma, Buenos Aires, 1991.

⁷ Gentile, Jorge H. '*Derecho Parlamentario Argentino*' Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1984.

⁸ Frías, Pedro J. '*Derecho Público Provincial*', Depalma, Buenos Aires, 1985.

⁹ Hernández, Antonio María '*Tratado de Derecho Municipal*', Depalma, Buenos Aires, 1983.

La magnitud de esas obras no debe, sin embargo, menoscabar la importancia de los aportes de Dardo Rocha, José Benjamín Matienzo y de la Constitución de Santa Fe de 1921 impulsada por Luciano Molina y Lisandro de la Torre, o los aportes de Salvador Dana Montañu y de Alejandro Gómez, entre muchos otros.

Lo cierto es que el Derecho Público Provincial y Municipal no sólo se ha nutrido verticalmente aplicando los métodos de interpretación constitucional, sino que también y por el contrario, ha nutrido al constitucionalismo argentino desde la base hacia el vértice de la pirámide jurídica del art. 31, dado la importancia que ha tenido el desarrollo del Derecho Público en las Constituciones Provinciales en las sucesivas "oleadas" históricas de constitucionalismo provincial, entre las que cabe identificar principalmente dos: la primera después de la Revolución Libertadora y en forma paralela a la reforma constitucional de 1957 cuando se crearon las "nuevas provincias" en los anteriores territorios nacionales y la segunda "oleada" a partir de la recuperación de la democracia en 1983.

En tales oportunidades fue el derecho provincial el que dio aportes significativos que serían una fuente de la reforma constitucional de 1994 en distintos temas, como la autonomía municipal y el federalismo cooperativo por oposición al anterior federalismo de confrontación. Por otra parte, el nuevo status de autonomía que tiene la Ciudad de Buenos Aires ha llevado a algunos constitucionalistas de Buenos Aires a ocuparse del tema, descubriendo el Derecho Provincial y Municipal.

El Régimen Constitucional de los tratados no es en sentido estricto una rama del derecho Constitucional, aunque es un capítulo que merece consideraciones particulares de tratamiento por razones de especialidad. En esto interviene el hecho de que los tratados sean una fuente formal de indudable importancia que, incluso, a partir de la reforma constitucional de 1994 se ha ubicado por encima de las leyes en cuanto a la gradación jurídica de las normas del artículo 31 (ver art. 75 inc. 22 primera parte) superando las antiguas discusiones entre monistas y dualistas.

En ese sentido, bien puede justificarse que si el derecho parlamentario es una rama especializada del derecho constitucional que se ocupa, entre otras cuestiones, de la formación y sanción de las leyes, es necesario que exista un profundizado estudio sobre la problemática constitucional de los tratados internacionales y del control de constitucionalidad sobre ellos.

Todo el mecanismo de la celebración y aprobación de los tratados por los Estados integrantes de la comunidad internacional tiene los perfiles de la descentralización que caracterizan a la organización jurídica de esa comunidad. Las carencias de competencias centralizadas y de un orden unitario ponen en las órbitas locales la regulación de cuestiones que exceden el mero interés o la competencia individual de los Estados. En consecuencia son las prescripciones constitucionales de cada Estado —su derecho público interno— quienes gobiernan la distribución de los órganos, los procedimientos, las formas y las condiciones de validez de los compromisos internacionales, como asimismo establecen la jerarquía que esas normas tendrán en el ámbito jurídico del Estado. De allí surge también la necesidad de remitirse a las normas y prácticas del derecho público de cada país para reconocer el *treaty-making power*, determinando los límites de la competencia de los poderes del Estado y las consecuencias de su vulneración.

Entre las obras dedicadas a esta parte de la materia merecen destacarse como obra clásica el *"Derecho Constitucional Internacional"* de Boris Mirkine-Guetzévitch que marcara una impronta en su tiempo. Asimismo es de destacar la obra del Profesor Italiano Antonio La Pargola titulada *"Poder Exterior y Estado de Derecho"*. En el Derecho Constitucional Argentino, la obra clásica en este tema es el libro del Dr. Jorge Reinaldo A. Vassossi *"Régimen Constitucional de los Tratados"*, cuya primera edición de "El Coloquio" fue publicada en 1969 y en cuya segunda edición de Abeledo-Perrot del año 2000 participamos para tratar los nuevos temas introducidos por la Reforma Constitucional de 1994.¹¹ Cabe también citar el libro del Profesor Juan Vicente Sola titulado *"El Manejo de las Relaciones Exteriores, La Constitución y la Política Exterior"* publicado por la Editorial de Belgrano.¹²

La reforma Constitucional de 1994, además de resolver la antigua disputa entre "monistas" y "dualistas" introdujo la problemática de los tratados de derechos humanos, de los tratados de integración y de los tratados que pueden firmar las provincias. En ese sentido, la problemática referida a los tratados de integración ha generado un "subcapítulo" referido al *Derecho de la Integración* tanto originario como derivado y que encuentra su mayor desarrollo en la literatura constitucional europea.

¹¹ Vassossi, Jorge Reinaldo A. y Sola, Juan Vicente, *"Régimen Constitucional de los Tratados"*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, con prólogo de Segundo A. L. Vassal, Quirós y German J. Basso Caffaro.

¹² Sola, Juan Vicente, *"El Manejo de las Relaciones Exteriores"*, Editorial de Belgrano, 1997.

Finalmente cabe considerar la existencia del **Derecho Procesal Constitucional** como rama del Derecho Constitucional. En ese sentido, el solo hecho de que importantes juristas de nuestro medio, de la jerarquía de Néstor Pedro Sagues y Augusto Mario Morello señalen la existencia de un Derecho Procesal Constitucional, parece razón suficiente para darle entidad y contenido.

Hay una fuerte afirmación de, llamado garantismo que tiende a destacar el valor instrumental de los procesos para hacer factible el ejercicio de los derechos constitucionales. Señala Ferrajoli que "...la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar...".¹² Y ya con anterioridad se refería Hans Kelsen a las declaraciones de derechos diciendo que "...las libertades que conceden son derechos en sentido jurídico sólo cuando los súbditos tienen la oportunidad de reclamar contra actos del Estado por los cuales estas prescripciones constitucionales son violadas y la facultad de hacer que tales actos sean anulados...".¹³

Por eso se pone el acento en los procesos como garantías que se manifiestan en instituciones concretas como la mayor amplitud otorgada al amparo y al habeas corpus a partir de la reforma constitucional de 1994, la incorporación del habeas data, el denominado "acceso a la justicia" en algunas constituciones provinciales, la ampliación del control de constitucionalidad y de la legitimación activa en los llamados derechos colectivos que marcan una tendencia cada vez mas creciente hacia la plena judicialidad de los actos.

Es indudable que toda esta situación nueva representa una clara tendencia que sería absurdo negar, pero la pregunta de fondo que cabría hacerse es si esta ampliación o profundización a favor de la operatividad de los derechos constitucionales o, si se quiere, de la fuerza normativa de la Constitución, se da dentro del derecho constitucional como derecho sustantivo o de derecho procesal como derecho adjetivo, porque en verdad, la denominación de esta pretendida rama parece mezclar las cosas y no tratarse en rigor de una parte del Derecho Constitucional sino de una profundización de su todo a favor de su plena vigencia normativa.

¹² Ferrajoli, Luigi, "Derechos y Resón: Una teoría del garantismo penal" varios Traducciones, Editorial Trotta, Madrid, 2ª edición, 1997.

¹³ Kelsen, Hans, "Teoría General del derecho y del Estado," Universidad Nacional Autónoma de México, 1914.

Creo que se dan las dos cosas, por un lado se ha ampliado el "catálogo" de derechos y garantías contenidas en la Constitución, como ocurrió en la reforma constitucional al incorporar el artículo 41 y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) y por otra parte, como bien lo señala Morello se han acentuado los principios constitucionales en los procesos adjetivos como la amplitud probatoria, las audiencias, la oralidad, el procedimiento dispositivo, la desconcentración de funciones jurisdiccionales, etc.¹⁴

Hay en definitiva una zona de confluencia entre el Derecho Constitucional como derecho de fondo de rango supremo dentro del ordenamiento jurídico y el derecho procesal como disciplina adjetiva que contribuye a la eficiencia de los procesos para la realización del valor justicia. Un argumento que permite insistir en esa afirmación es que quienes sostienen la existencia de un Derecho Procesal Constitucional se ocupan de los procesos constitucionales sumarios o abreviados pero no se ocupan de un proceso constitucional contenido en el propio texto fundamental, como es el juicio político o los procedimientos de Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados.

Hasta aquí hemos querido presentar un panorama de las ramas del Derecho Constitucional, sin pretender que las mismas son inmutables o responden a categorías fijas, sino que, por el contrario, las mismas varían nutriéndose, evolucionándose o adaptándose con el devenir de la realidad y de los cambios en el Derecho.

La Constitución, por definición, no puede ser más que una y suprema, de lo contrario no es. Como señalara Alexander Hamilton *"Una constitución es de hecho, y debe ser considerada por los jueves como una ley fundamental. Por lo tanto a ellos les corresponde determinar su significado..."*¹⁵

¹⁴ Morello, Augusto Mario "Constitución y Proceso: la inmutabilidad de las garantías constitucionales", (México), Ed. Iura Platanense, 1998.

¹⁵ Hamilton, Madison y Jay, *En Federalista*, Nº LXXV I, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, p. 332.

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN BRASIL*

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**

1. Introducción histórica

1. *Situando la enseñanza del Derecho*

La modernidad, para los latinoamericanos —allí situados los brasileños— comienza en 1492 (Dussel 1993, 196). Los habitantes de las tierras, de norte a sur del continente, sucumben ante la llegada de los europeos, principalmente porque no consiguen mantener sus culturas.

El modelo de dominación siempre involucró una epistemología que no prescindía de la cultura jurídica, desde los romanos marcada por la falsa retórica de la esperanza de la creencia en una libertad jamás gozada por todos, pero siempre garantizada por el Derecho.

En Brasil, desde 1500 (año de la llegada oficial de los portugueses, comandados por Pedro Álvares Cabral), hasta 1822 (año de la Independencia), se aprendía derecho en Europa, principalmente en Portugal, en la conocida y muy respetable Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra. Durante tal periodo, siempre colonial (aunque desde 1815 el país era Reino-unido a Portugal), tuvieron vigencia las llamadas Ordenaciones del Reino, o sea, las Ordenaciones Alfonsinas (1446-1521), las Ordenaciones Manuêlicas (1521-1603) y las Ordenaciones Filipinas (1603-1824).

El Derecho, siguiendo la tradición canónico-inquisitoria, era escrito; y su enseñanza eminentemente práctica. Los letrados eran muy pocos, repitiéndose en el país un dominio típicamente feudal.

2. *¿Por qué nacieron las Facultades de Derecho en Brasil?*

En 22-04-1822 Don Pedro I proclama la Independencia y en 11-08-1822 nacen las dos primeras Facultades de Derecho como demanda imperiosa del nuevo Estado.

* Ponencia presentada en el Seminario Brasil-Cuba de Derecho, auspiciado por la Unión de Juristas de Cuba, en La Habana, Cuba, el 7 de febrero de 2005.

** Profesor de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Paraná. Especialista en Filosofía del Derecho (PLCPR), Maestro (UEPR), Doctor (Universitá degli Studi di Roma "La Sapienza"). Jefe del Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal de la 2ª. Promoción del Estado de Paraná. Abogado.

Se hacía necesaria la formación de los cuadros superiores del Estado naciente que integraría la alta burguesía de las mayores ciudades, entonces conectada a las actividades comerciales y de una industria incipiente. El comando del país —que perduró hasta por lo menos la mitad del siglo XX— estaba firmemente concentrado en las manos de la oligarquía campesina, propietaria de descomunales latifundios.

De la suma de la burguesía urbana (con inmenso deseo de poder y con una conciencia que digería todo lo que fuera necesario) y los intereses oligarquicos, bajo la batuta del comando intelectual de la Iglesia Católica, da frutos una enseñanza del Derecho altamente conservadora y de sentido práctico.

De ella provino la formación del Poder de la República; y es posible imaginar la fuerza que, paulatíamente, los graduados pasaron a tener, a punto de en un determinado momento pudo hablarse de *República de los Graduados*.

3. Una calidad dudosa

Siempre fue altamente dudosa la calidad de la formación jurídica ofrecida si, naturalmente, se preguntase por el talante democrático, ya en boga a partir de la modernidad europea.

Evidentemente, la enseñanza de Derecho, desde entonces, apartaba a la reproducción de las leyes, fundada en una base epistémica que transitaba entre el positivismo y el *jusnaturalismo*. También de reproducir estructura y contenidos de la enseñanza.

La calidad de los graduados, así siempre fue determinada por el esfuerzo individual, sobresaliendo aquellos que se vinculaban a las Facultades de Derecho como profesores y, que en cierta manera, debían acreditar sus conocimientos. A las carreras jurídicas se llegaba por nombramiento y solamente después de la Consultación de 1946, de perfil democrático, la exigencia de concurso público de pruebas y títulos comenzó a afirmarse, garantizando una mejor calidad de los aprobados, inclusive por prerrogativas que fueron conquistando.

II. Una enseñanza del Derecho a las elites vinculado al pensamiento europeo continental

1. El imperio del Derecho europeo

El Derecho de Brasil tiene una fuente vinculada a la tradición romano-germánica. Es, por lo tanto, preferentemente legislado. Dentro del modelo teó-

nico, recibe su legitimidad de la fuente estatal. Crece, así, la importancia de la Constitución de la República como fuente legal primera, aunque las leyes infraconstitucionales tengan, por varias razones, un gran prestigio, todavía no superado completamente.

Al final, el modelo de un Derecho escrito, desde que bien manipulado, se presta a la formación de una Constitución *pena de reglas programáticas* que, como se sabe, dependen de otras (infraconstitucionales) para conseguir efectividad. Las Constituciones, como resultado de eso, siempre fueron *hermosas cartas de principios*, incapaces de salir del papel para hacerse realidad entre el pueblo.

El Derecho europeo continental fue también así. O sea, siempre postergó la falta de efectivación de las leyes, empezando por aquellas de las propias constituciones. Esto ocurrió en la propia Europa; y no sería diferente en América Latina y mucho menos, en Brasil. Europa, no obstante, vivió las grandes guerras, de ellas, extrajo la experiencia suficiente como para que se pudiera fundar algo diferente, dentro de sus limitaciones. En Brasil, a su vez, eso no ocurrió, y a la ciudadanía en gran escala no llegaron los derechos. Ella sigue engañada por el canto de sirena, por la esperanza de que se otorgue el futuro, sin advertir que los derechos no son otorgados, sino que se conquistan.

2. La farsa de la ideología dominante: una enseñanza del Derecho al servicio del poder

Dentro de este cuadro, la enseñanza del Derecho siempre respondió a la *ideología dominante*. Fue marcado por una postura capitalista salvaje y al servicio del poder, aunque no se dijera. Hubo, no obstante, resistencias, con nombres notables, pero se mostró muy pequeña para producir un cambio substancial.

El imaginario generado por el orden establecido para el magisterio, a su vez, desde el comienzo reivindicaba a la democracia, a pesar de ser el modelo pseudo vigente. Por lo tanto, un sistema que impactó inmensa desigualdad social, y muy poco esfuerzo para que ese cuadro fuera alterado.

Consolidadas algunas premisas y presentes ellas en el inconsciente colectivo, se marchó adelante casi por inercia. En el Derecho, como dirían *Lavoisier (rien ne se perd, rien ne se crée)*, y antes Epicuro y otros, nada —o casi nada— se creaba, nada se perdía (la ley nunca tuvo, según se pensaba y piensan algunos, palabras inútiles), todo se transformaba, para quedar como quería

Tancredi al ser interpelado por su tío, el Duque de Saboya, por haber adherido al ejército car baldino (en la novela de Tomaso de Lazzarini, *Il Garrapardo*), todo como siempre estivo

En la urgencia de formar dentro de la *ideología dominante* y al *servicio del poder*, la enseñanza del Derecho tuvo destacado papel. Para lo cual — preciso es reconocerlo— pesó sobremanera la posición de la Iglesia Católica, la cual, como en Europa y desde el medievo dictó — con primaría, hasta los años 50 del siglo pasado, el patrón de comportamiento y, estando, históricamente, unida al poder —y a los poderosos—, no podía tener ojos para los desprevénidos

3. Las conquistas de la multidisciplinariedad, interdisciplinariedad y transdisciplinariedad

El Derecho, de este modo, tomado como Derecho Positivo y enseñado *ipsis litteris* en las Facultades, no impliraba la crítica. Ella era, se sabe bien, endojurídica, con disputas homéricas — no demasiadas tampoco, apenas sobre filigranas

Es la vultura de la esperanza democrática, al final de los años 70, la que permite a los autores trazar una nueva base al Derecho, más orientada a las aspiraciones realmente democráticas: y no solamente retóricas. Eso coincide con el comienzo del ápice del *welfare state* del llamado *primer mundo* y con un momento histórico en que los corruptos no ven más la posibilidad de un retroceso democrático

De forma paulatina y sistemática el *positivismo jurídico* y el *jusnaturalismo* van siendo mudados, y no sirven más para interpretar la realidad, inclusive la realidad de la enseñanza del Derecho. Los jóvenes del post-68, en Brasil, después de la resistencia al régimen militar, no se contentan con explicaciones fundadas en dogmas. Las dificultades sociales no permiten más un Derecho meramente descriptivo — aunque el espacio de manipulación retórica del discurso democrático sea —y siga siendo— inmerso, con reflejos evidentes en la enseñanza y en las estructuras subjetivas, de las personas que se gradúan. Por ese motivo no se formaba —y en gran medida se sigue no formando— gente con capacidad transformadora y, por lo tanto, crítica (de *kritiké*, *krisis*, *kriterión*, del griego), o sea, capaz de — mediante un análisis abierto, colocar en crisis lo que está cado, como modo de buscar promover una transformación socio-jurídica superadora.

Aquello que hasta entonces aparecía, con las debidas excepciones, como una tímida *multidisciplinariedad* (un intercambio entre dos o más disciplinas) pasó a convivir con la *interdisciplinariedad* (una disciplina penetrando en la otra) para, hoy, tener un buen legado de la *trans-disciplinariedad*, o sea, el discurso de una disciplina siendo hecho, en la medida de lo posible, en el lugar de otra con infinitas implicaciones. Tal circunstancia sólo fue posible porque el Derecho, en definitiva, se abrió, para salir de su pequeño mundo, el *mundo jurídico*, que moldeara a sus operadores de acuerdo a los órdenes preestablecidos. Además, el fundamento epistémico va teniendo un giro y, en buena medida, la vida del país —la realidad— encuentra su espacio en el Derecho y en su enseñanza, por más que exista una gran resistencia. Se pasa *pluri*mano, de la *filosofía de la conciencia* a la *filosofía del lenguaje* y —más sorprendente— se va consolidando un pensamiento fundado en la *filosofía de la liberación* (Enrique Dussel y otros), como se sabe con los ojos puestos en América Latina y los menos favorecidos del mundo. Por otra parte, por esa vóveda penetraron la Sociología y tantas otras teorías y ciencias pero, el campo más propicio para fundar el avance que se está discutiendo es, sin duda, el Psicoanálisis, principalmente de Freud y Lacan, algo inimaginable hace dos décadas.

El pensamiento europeo no perdió la majestad, ahora investida en Habermas, Apel, Luhmann, Ferrajoli, Barcellona, Derrida, Deleuze, entre tantos otros, todos con muchos seguidores en *terras brasílicas*. No es él, todavía, hegemónico, sólo siendo aceptado —en razón del enfrentamiento con la realidad—, en gran escala, después del filtro de un análisis comparatista donde pesan Dussel, Zizek, Hinkelammert, Boff entre otros. Eso no lo hace quien no quiere, y el problema reside justamente allí, o sea, las elites, con las debidas excepciones, que no quieren o tienen miedo de los cambios.

Se reconquistó, con eso, la esperanza, pero las turbulencias no pararon, o mejor dicho, vinieron con un neconservadurismo.

III. El giro neoliberal: de ciento veinte a ochocientos cinco Facultades de Derecho

1. La llegada del pensamiento neoliberal

El pensamiento neoliberal pretende ser una epistemología, y de cierta forma lo es, si se da pasaje a Hayek y sus seguidores, principalmente los monetaristas de la Escuela de Chicago, Milton Friedman al frente. Esa gente,

sin mucho pudor, hizo numerosos discípulos en Brasil y ellos, desde el final de los años 80, comandan la escena en el país.

El desembarco neoliberal no causó alborozo, como era de esperarse. Al final, era una lucha (de los liberales) contra todo y contra todos, que habrían de abdicar de sus convicciones, siempre denunciadas como *farsa* (era el imaginario de la democracia que se cultivaba y no ella misma, lo que se percibe por la inmensa dificultad de combatir y acabar con la *corrupción*), pero presentes cuando están en juego valores importantísimos como la *vida*, el *Estado*, etc. Vino a remolque de la *globalización* y se mantiene porque interesa, no a los viejos conservadores, sino a los nuevos, al servicio ahora del capital salvaje multinacional.

Teniendo el Consenso de Washington (1989) como fundamento y Margaret Thatcher y Ronald Reagan como grandes defensores, penetró en Brasil estimulando la crisis de un *welfare state* que nunca se tuvo, como modo de enterrar más fácilmente el discurso de la modernidad europea, llena de promesas no cumplidas y, por lo tanto, desconocidas por gran parte del pueblo brasileño.

2. *Cómo el neoliberalismo penetra en la enseñanza del Derecho*

Para el pensamiento neoliberal —todos saber— el Estado es un obstáculo, porque en nombre del *interés público* coloca límites que no se pueden transgredir, bajo pena de herir los intereses individuales. Estando él al servicio de uno contra *todos*, si es el caso, hace sobresalir valores impensables en un tiempo donde la velocidad cibernética no los decepciona más.

El Derecho, por su parte, como mecanismo por excelencia de imposición de los *límites*, es un estorbo permanente, pues es en él que se basa el ciudadano para reivindicar sus *derechos*, principalmente aquellos con asiento constitucional. De ahí la estrategia de ocultamiento y flexibilización del derecho.

Finalmente, con el individuo contando poco, se potenció la *competencia* y, con ella, se formó el conocido *ejército laboral de reserva*, del cual el síntoma mayor son los *cooptados* (seducidos por el *poder condicionado*, o sea que hacen aquello que quieren los liberales no porque sea deseo de ellos liberales— sino porque piensan que todo es fruto de sus propios deseos) algo visible en la estructura *sindical*.

En la enseñanza del Derecho, un problema para los neoliberales eran los *legalistas*. Alteradas algunas leyes (haciendo incluir, por ejemplo, en el

caput del artículo 37, de la Constitución de la República, la *eficiencia* como un principio, siendo ella, se sabe bien, matriz neoliberal de Hayek), todo volvió — o ha vuelto — a lo normal, o sea, se repiten en las salas de clase, las *leyes*. El dios, ahora, no es más la razón, sino el mercado, que para muchos se tornó razón suficiente.

3. Cantidad sin calidad

Por otro lado, la enseñanza del Derecho, vista estrictamente (como actividad de mercado) por el pensamiento neoliberal, se transformó en un gran bazar, un gran *shopping center*, vendido como una mercadería cualquiera y regido por las leyes de mercado.

En los últimos diez años, se pasó en Brasil de ciento veinte Facultades de Derecho a ochocientas cinco, de acuerdo a datos suministrados por la Orden de los Abogados de Brasil (OAB).

Se puede imaginar el daño que algo de ese género produjo en términos de *calidad*, siempre convalidada. Antes, esto es, al tiempo en que se tenía las ciento veinte Facultades, siempre hubo un discurso que se refería a la expansión, con posiciones divergentes, pero jamás osó admitir que el avance sin calidad fuera posible. Los que defendían la expansión, de su parte, siempre argumentaron, entre tantos e importantes fundamentos, que había demanda para la ampliación y los más carentes (aunque capaces intelectualmente) no conseguían llegar, salvo las excepciones de siempre, a las Facultades, porque no superaban los exámenes de ingreso (la entrada se da, en el país, por *numerus clausus*).

Tal argumento —entonces verdadero— se mostró falaz con ochocientas cinco Facultades. Evidentemente, el problema más serio sigue siendo la *falta de cuerpos docentes* debidamente preparados, pero no se descarta la dificultad de los alumnos, a veces incapaces de entender rudimentos teóricos. De tal cantidad, no se saca —y no se puede soñar con eso— ninguna *calidad* —o casi ninguna—, porque, en el período, no cambió nada en términos curriculares.

IV. Un futuro dudoso

1. La izquierda era la esperanza: Lula como continuación de FHC

La enseñanza del Derecho en Brasil estaba regida por el Decreto N° 1.886, del 30-12-94 del Ministro del Estado de la Educación y del Deporte, el cual fijaba las "directrices curriculares y el contenido mínimo del curso jurídico". Con

1.100 horas de actividades, que debían ser integradas en por lo menos 5 (cinco) años y como máximo 8 (ocho) años (art. 1), tenía la estructura curricular indicada en el art. 6: "El contenido mínimo del curso jurídico, además de la práctica, comprenderá las siguientes materias que pueden estar contenidas en una o más disciplinas del curriculum pleno de cada curso: I - Fundamentales: Introducción al Derecho, Filosofía General y Jurídica, Ética General y Profesional, Sociología general y jurídica, Economía y Ciencia Política (con Teoría del Estado). II - Profesionizante: Derecho Constitucional, Derecho Civil, Derecho Administrativo, Derecho Tributario, Derecho Penal, Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal, Derecho Laboral, Derecho Comercial y Derecho Internacional. Párrafo único. Las demás materias y nuevos derechos serán incluidos en las disciplinas si desdobra el currículo pleno de cada curso, de acuerdo con sus peculiaridades y con observancia de interdisciplinariedad."

Tal estructura fue reformulada por la Resolución N° 9, del 29-09-94, del Consejo Nacional de Educación ("Instituye las Directrices Curriculares Nacionales del Curso de Graduación en Derecho y da otras orientaciones"), para ser implementada (art. 12) en el plazo de 2 (dos) años, a los alumnos ingresantes a partir de la vigencia de ella, lo que es altamente discutible, por falta de condiciones materiales y personales, lo que muestra un desconpás del legislador con la realidad del país. Por otro lado, la duración y la carga horaria de los cursos serán fijadas por Resolución de la Cámara de Educación Superior del Consejo Nacional de Educación (art. 11) y, desde luego, se coloca como un embrollo ante el espíritu mercadológico que preside todo porque, como parece primario, tiempo, en caso, puede representar dinero y ganancia. El contenido curricular —que importa más que todo— se mantuvo prácticamente inalterado, proyectando a continuación de la estructura. Lo rige el art. 5 de dicha Resolución: "El curso de graduación en Derecho deberá contemplar, en su Proyecto Pedagógico y en su Organización Curricular, contenidos y actividades que atiendan los siguientes ejes interconectados de formación: I-Eje de Formación Fundamental, tiene por objetivo integrar al estudiante en el campo, estableciendo las relaciones del Derecho con otras áreas del saber, abarcando entre otros, estudios que involucren contenidos esenciales sobre Antropología, Ciencias Políticas, Economía, Ética, Filosofía, Historia, Psicología y Sociología. II Eje de Formación Profesional, abarcando, además del enfoque dogmático, el conocimiento y la aplicación, contextualizados según la evolución de la Ciencia del Derecho y su aplicación a los cambios sociales, económicos, políticos y culturales de Brasil y sus relaciones internacionales, inclu-

ganancia y sin mucha preocupación con la *diferencia*. Sucumbirá, como parece sintomático, el más débil, como siempre.

Pero existe un error banal en cualquier argumento de este tipo: no hay, como nunca hubo, sometimiento pleno cuando está en juego el hombre dividido por naturaleza y, así, único, por cuenta de su deseo, que no se consigue consumir; ni evitar durante mucho tiempo cuando está en juego un *real* que cobra su precio, en el hambre, por ejemplo.

3. La esperanza está en el pueblo y su inteligencia

El pueblo brasileño no permite que se pierda la esperanza. Sabe, como pocos, el significado de *le goût de l'effort*, o sea, sabe encontrar en el camino, el placer suficiente para la alegría de vivir. El problema es que no sabe hasta cuando, porque no hay *imaginario* que resulte para siempre, como muestra la historia.

El Derecho, desde su lugar, veía, encubre, impone una neblina sobre las *diferencias sociales* y, así, es uno de los grandes baluartes del mantenimiento del *status quo*, cualquiera que sea.

La enseñanza del Derecho, cuando es riego a las *diferencias sociales*, es uno de los instrumentos más adecuados al mantenimiento del *statu quo*. Se hace menester, por lo tanto, romper con la ceguera; y eso comienza por el profundo respeto por la *diferencia* por el *respeto del otro en cuanto tal*. Sólo ahí la vida, por su excepcional *dignidad*, puede salir del art. 1 de la Constitución de la República ("La República Federativa de Brasil, formada por la unión, indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: I-la soberanía, II-la ciudadanía; III-la dignidad de la persona humana, IV- los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa; V-el pluralismo político. Párrafo único. Todo el poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes elegidos o directamente, en los términos de esta Constitución.") y, de hecho, tornarse fundamento de una república democrática.

LA CARRERA DOCENTE COMO PARTE DE LA ORGANIZACIÓN Y DE LA FORMACIÓN DE LA DOCENCIA EN LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Andrea Molinari* - Guillermo Ruiz**

En este artículo se plantea un análisis de los regímenes de carrera docente previstos por el Estatuto de la Universidad de Buenos Aires y desarrollados por algunas de las facultades de la Universidad, en el marco de una reflexión teórica sobre la formación docente universitaria. Para ello se analiza el lugar que le otorga el Estatuto Universitario a la formación docente de los responsables de la enseñanza y de la investigación. En segundo lugar, se consideran las regulaciones actuales de los dos aspectos previstos por el Estatuto para los auxiliares de la docencia: el concurso para el acceso a los cargos y los regímenes de carrera docente. En tercer lugar, se analizan estos últimos con especial énfasis en la historia de la carrera docente de la facultad de Derecho, tomando en cuenta los aspectos políticos e institucionales en su definición. Finalmente, se realiza una síntesis acerca de las funciones de las carreras docentes en el marco de organización y formación de la docencia universitaria.

Nos ocuparemos centralmente de abordar el análisis y la descripción la carrera docente universitaria. Existen algunos conceptos ligados con esta categoría que consideramos necesario explicitar, entre ellos el concepto de formación. Al hablar de formación estamos haciendo referencia al conjunto de actividades que tienen por finalidad que una persona pueda adquirir conocimientos necesarios para poder desempeñarse en una función o en un empleo (Souto, 1996). Estas prácticas están vinculadas con la formación continua y muy relacionadas con lo profesional. Formarse implica darse forma, pero en esta tarea el sujeto no está solo; en términos de Ferry, por un lado, uno se forma a sí mismo pero uno se forma sólo por mediaciones. De esta manera los currículos, los contenidos, las actividades e incluso los propios docentes no son la formación en sí sino medios para formarse.

* Andrea Molinari: Licenciada y Profesora en Ciencias de la Educación (UBA), docente de la cátedra de Psicología Educativa de la Facultad de Psicología de la UBA.

** Guillermo Ruiz: Master of Arts in Education (ECCLA - USA), Licenciado y Profesor en Ciencias de la Educación (UBA), docente de la cátedra de Teorías de la Educación y Sistema Educativo Argentino de la Facultad de Psicología de la UBA.

Aun así estas mediaciones son las que producen parte del contexto donde se dará el aprendizaje, por tal motivo es necesario que aparezca el espacio de discusión para promover acciones que impulsen la generación de un proyecto que las especifique, donde los actores que deciden acerca de los lineamientos políticos y los actores que están encargados de los aspectos técnicos se involucren.

También es necesario destacar que el desafío que implica la formación docente en el marco de la universidad pública es la dimensión que la vincula con la *formación continua*, entendida ésta como la necesidad de actualización técnico profesional en lo referente al dominio específico y a las cuestiones tecnológicas y pedagógicas. Por ende, la formación docente requiere de un recorte particular de la capacitación, advirtiendo las falencias de una tradición académica, producto de la racionalidad positivista, que se caracteriza por encontrar lo esencial de la formación y la acción docente en el sólido conocimiento de los núcleos centrales de la disciplina y atribuye a la formación pedagógica falta de rigor científico describiéndola como superficial e innecesaria (Dwyer, 1998).

Si bien la *formación continua* es la dimensión que tracciona la concepción de formación docente, se advierte la inclusión de otra dimensión al analizar las tendencias actuales. Se trata de la *reflexión sobre la práctica*. Las ideas centrales son la formación de docentes reflexivos, la articulación entre el pensamiento y la acción y el compromiso de la docencia con la investigación. El concepto de reflexión es considerado actualmente como una idea central dentro del aprendizaje del adulto (Dewey, 1938; Schön, 1983; Jarvis, 1987). Jarvis define a la reflexión como una fase sustantiva en el proceso de aprendizaje, por la cual las personas exploran sus experiencias de manera consciente para dirigirse hacia una nueva comprensión y un nuevo comportamiento. Schön plantea una reflexión sobre la acción donde median procesos conscientes.

Este proceso, característica del sistema cognitivo humano, le permite adquirir conciencia sobre sí mismo, regular su propia actividad y reflexionar sobre sus propias producciones. Finalmente, para centrarnos en esta última mirada, resulta interesante plantear la visión que Dewey presenta acerca de la acción reflexiva refiriendo a ella como la acción que supone una consideración activa, persistente y rigurosa de toda creencia o práctica sobre la base de los fundamentos que la sostienen y de las consecuencias a las que conduce.

No se trata simplemente del desarrollo racional de una serie de pasos para analizar las prácticas, excede la intención de corroborar que se hayan cumplido los propósitos previstos para una clase: la acción reflexiva propone un proceso más amplio, requiere de "intuición, emoción y pasión", requiere también de una actitud que ponga al docente en un lugar de indagador acerca de su propio hacer, capaz de exanitar los supuestos que fundamentan sus acciones, aún aquellas que no le generan ninguna contradicción. Gilles Ferry en *Pedagogía de la Formación* señala que reflexionar supone al mismo tiempo reflejar y tratar de comprender, y es entonces cuando se puede hablar de formación. Solo hay formación cuando uno pudo tener un tiempo y un espacio para este trabajo sobre sí mismo.

En este trabajo planteamos un análisis de los regímenes de carrera docente previstos por el Estatuto de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y desarrollados por algunas de las Facultades de la Universidad. Para ello se analiza el lugar que le otorga el Estatuto Universitario a la formación docente de los responsables de la enseñanza y de la investigación, tratando de sintetizar las características del período histórico en el cual se sancionó el Estatuto. En segundo lugar, se consideran las regulaciones actuales de los dos aspectos previstos por el Estatuto para los auxiliares de la docencia: el concurso para el acceso a los cargos y los regímenes de carrera docente. En tercer lugar, se analizan estos últimos con especial énfasis en la historia de la carrera docente de la Facultad de Derecho, tomando en cuenta los aspectos políticos e institucionales en su delimitación. Finalmente, se realiza una síntesis acerca de las funciones de las carreras docentes en el marco de organización y formación de la docencia universitaria.

La formación docente en el estatuto universitario. Panorama histórico y político

El Estatuto Universitario aprobado en el año 1948, cristaliza un proyecto pedagógico para la Universidad de Buenos Aires producto del proceso de normalización iniciado en el año 1955 por medio del Decreto PEN N° 6.403. Dicha normalización fue posible básicamente porque el mencionado decreto define un procedimiento "novedoso", en ese momento, para la composición del cuerpo de profesores: el concurso público por medio de la evaluación de los antecedentes y la prueba de oposición, tarea realizada a partir de entonces por una tribu-

nal compuesto por académicos, lo cual rompió con la tradición hasta entonces vigente en la universidad argentina para acceder a los cargos docentes. Si bien fue costosa la composición de esos jurados debido a que muchos de sus posibles integrantes eran a su vez aspirantes a los cargos concursados, la tarea se llevó a cabo de forma sistemática y permitió la constitución de la Asamblea Universitaria hacia fines del año 1957 que no sólo iba a redactar y sancionar el Estatuto Universitario (que es básicamente el mismo que actualmente sigue vigente) sino que posteriormente iba a elegir al primer Rector, según los procedimientos establecidos por el estatuto.¹

En este contexto tan trascendente para la historia institucional de la UBA, una de las principales políticas académicas implementadas estuvo dada por la reforma en los métodos de enseñanza que previó otorgarle al trabajo práctico y a la iniciativa de los estudiantes más tiempo, tratando de dar mayor lugar a la orientación práctica en la enseñanza, todo lo cual estuvo enmarcado, a su vez, en la reforma de los planes de estudios de muchas carreras de grado. En este sentido, fue necesario reorganizar la docencia universitaria la cual a la par debía contemplar el aumento constante, evidenciado por esos años, de la población estudiantil de la universidad.

Es decir, se planteaba una doble necesidad: la reorganización de la docencia de acuerdo con una creciente orientación práctica de los estudios, por un lado, y la atención a una matrícula universitaria cada vez mayor, por otro. Ante esta situación se evidenciaba un problema muy importante para hacer frente a ambos desafíos: la escasez de docentes auxiliares dónes que colaboren sistemáticamente con la tarea de los profesores responsables de las cátedras. El primero de los desafíos mencionados en este párrafo está reflejado en el Estatuto Universitario cuando plantea, en su Capítulo II (*De la enseñanza*) —correspondiente al Título I— lo siguiente respecto a las características que debe tener la enseñanza universitaria:

Artículo 6º.- La enseñanza es teórica y práctica y se desarrolla dentro de las modalidades propias de cada Facultad o escuela; es activa y procura fomentar el contacto directo entre los estudiantes y el personal docente

¹ En noviembre de 1957 la Asamblea Universitaria eligió al Dr. R. B. Triunfanti como decano por primera vez y un año después, en el quinquenio según el período estudiantil previsto por el Estatuto Académico de 1958, es decir, por cuatro años.

Desarrolla en los estudiantes la aptitud de observar, analizar y razonar. Estimula en ellos el hábito de aprender por sí mismos, procura que tengan juicio propio, curiosidad científica, espíritu crítico, iniciativa y responsabilidad.

El capítulo además sienta las bases sobre las dimensiones que debe cubrir la enseñanza universitaria, sin restringirla a lo estrictamente disciplinar.

Artículo 7º.- La Universidad propicia el acceso de los estudiantes a las mejores realizaciones del arte y de la técnica. En todas las Facultades o departamentos, inclusive en los orientados a disciplinas técnicas, se atiende a la formación cultural y moral de los estudiantes y al desarrollo integral de su personalidad.

La cuestión de la composición del personal docente de la Universidad fue concebida a partir de la estructura de cátedra, con un cuerpo de profesores que tiene a su cargo la responsabilidad de la enseñanza de los cursos y también un grupo de auxiliares de la docencia. En ambos casos se propende funciones que exceden la situación de clase en el aula así como también una importante dedicación a las tareas de la enseñanza y la participación en la vida académica. Dentro del Título II (*Del personal docente y de investigación*) se señala quienes son los responsables de la enseñanza universitaria y cuáles son sus tareas:

Artículo 15º.- El personal docente se compone de profesores y auxiliares docentes.

Artículo 21º.- Son tareas específicas del personal docente la enseñanza, la creación intelectual y, eventualmente, la extensión universitaria y la participación en el gobierno de la Universidad y de las Facultades en conformidad con lo que prescribe el presente Estatuto. La Universidad tiende a que la dedicación exclusiva y la dedicación semie exclusiva sean el régimen normal de trabajo del personal docente.

Artículo 27º.- Los profesores y los auxiliares docentes serán, de dedicación exclusiva, de dedicación semie exclusiva o de dedicación parcial.

La distinción aparece en un tipo de categoría denominada *docente autorizado* que en realidad más que una categoría de docente constituye un diploma para los egresados de las *carreras docentes*. Ambas cuestiones, categorías de auxiliares docentes y definiciones sobre la carrera docente, son abordadas por el Estatuto Universitario en su Capítulo III (*De los auxiliares y la carrera docente*) del Título II. Se le otorga a los docentes autorizados funciones de colaboración pero dando competencias a las Facultades para la reglamentación de manera específica de dichas funciones de los auxiliares, según las necesidades específicas de la enseñanza de cada disciplina o grupo

de disciplinas. Entre las definiciones respecto de los docentes autorizados pueden mencionarse las siguientes:

Artículo 60º - Los docentes autorizados colaboran con los profesores en las tareas universitarias. El título de docente autorizado es otorgado por el Consejo Superior a quienes hayan completado la carrera docente de acuerdo con la reglamentación de cada Facultad.

Artículo 61º - Los docentes autorizados mantienen su condición de tales hasta los sesenta y cinco años de edad, salvo que el Consejo Directivo pida su desahucio en virtud de no cumplir las reglamentaciones vigentes.

Artículo 62º - La actividad del docente autorizado es compatible con el dictado de cursos y con el desempeño de jefaturas de investigación o de trabajos prácticos.

Quizás el encuadre dentro del momento histórico particular en que fue sancionado el Estatuto de la UBA y la mención de las definiciones que provee sobre la enseñanza universitaria constituya la mejor forma de interpretar el lugar que tiene la carrera docente dentro del Estatuto y el sentido y función que allí se le otorgó. Puede sostenerse, pues, que la carrera docente hace referencia a la formación docente planeada como instancia de formación para profesionales en el marco de la Universidad de Buenos Aires, que surge de la propia intencionalidad que tiene la Universidad en tanto institución educativa. Desde el Estatuto Universitario se evidencia la promoción e inclusión de los graduados en tareas de enseñanza y de investigación, con el propósito de mantener además una estrecha relación con la comunidad que atiende. Así, el Capítulo III del Título II dispone los lineamientos de la carrera docente para todas las unidades académicas de la UBA, las categorías de auxiliares docentes y el ingreso por concurso a la carrera:

Artículo 65º.- Los auxiliares docentes pertenecen a tres categorías, a las cuales se ingresa por concurso de acuerdo con la reglamentación que se fija para el: a) jefe de trabajos prácticos, b) ayudantes primeros, y, c) ayudantes segundos. Los auxiliares siguen la carrera docente definida en este Estatuto. En las Facultades con estructura departamental pueden ser designados con la sola mención del departamento y luego asignados a los profesores con quienes deberán colaborar, sobre la base de la reglamentación que dicta cada Facultad.

El sentido de la carrera docente como mecanismo de formación de los recursos docentes queda evidenciado en el artículo siguiente, donde también se especifica que, si bien son las Unidades Académicas las que deben organizarlas, su aprobación depende del Consejo Superior de la Universidad.

Artículo 66º.- Se establece la carrera docente para la formación y estímulo de los estudiosos con vocación para el profesorado universitario. La reglamentación debe ser aprobada por el Consejo Superior a propuesta del Consejo Directivo de cada Facultad.

El Estatuto define que las carreras docentes de las Unidades Académicas deben adecuarse a las necesidades derivadas de la organización de la enseñanza de las disciplinas o grupos de disciplinas que en ellas se dictan así como a las diferentes categorías de auxiliares de la docencia. Asimismo especifica que supone actividades sistemáticas de formación pedagógica y de investigación, asociando ambas funciones de la universidad en este mecanismo de formación de recursos docentes.

Artículo 67º.- La carrera docente se adapta a la estructura de cada una de las Facultades y puede comprender las tres categorías de auxiliares docentes mencionados en el artículo 65, o bien puede tener un régimen especial para el otorgamiento del título de docente autorizado, implica la asistencia a cursos y seminarios sobre temas vinculados a la respectiva asignatura y la participación en esos cursos y seminarios así como también la asistencia y la participación en cursos de metodología de la enseñanza y la investigación. La Universidad organiza los cursos especiales que las Facultades requieren para el cumplimiento del fin establecido en el presente artículo.

Se observa así que el artículo 67º otorga una opción reglamentaria a las unidades académicas. Esta opción parece tener como punto de culminación de la carrera docente la obtención del título de "docente autorizado". De esta manera, las unidades académicas pueden organizar una carrera docente que abarque el paso por las tres categorías de auxiliares docentes mencionadas en el artículo 65º o bien establecer una reglamentación especial para tales fines. En cuanto, a los contenidos que hacen a la formación en la carrera docente este artículo especifica tres grandes ejes temáticos: la formación disciplinar relacionada con la asignatura para la cual concursó el auxiliar docente; la formación pedagógica y la formación en metodología de la investigación.

La reglamentación actual de las facultades sobre la organización y la formación docente

Concursos de auxiliares docentes

La situación de la UBA en materia de la reglamentación de sus concursos de auxiliares docentes, es variada y se halla relacionada con la forma en que se

organiza la enseñanza en las diferentes Unidades Académicas. Como se ha dicho anteriormente, parece prevalecer la estructura de cátedra como forma predominante para organizar las categorías de docentes de la Universidad, sin embargo, el propio Estatuto Universitario solapa la estructura departamental como una opción a ser tomada por las Unidades Académicas en virtud de sus competencias por el definidas para las Facultades. De esta manera el Estatuto establece en su artículo 3 que ⁴: las materias afines pueden agruparse en departamentos que son unidades funcionales docentes. Este agrupamiento también puede hacerse entre cátedras de materias similares y afines de distintas Facultades, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 inciso i) y dispone que corresponde al Consejo Superior crear institutos o Departamentos que no dependan de una sola de ellas -Facultades- y la división de los existentes.

Por su parte, en el artículo 4 se establecen las misiones de los Departamentos y la necesidad de aprobación por parte del Consejo Superior de la Universidad de la reglamentación que las facultades propongan en torno a los Directores de Departamentos ⁵.

Con diferentes niveles y alcances, y variaciones a lo largo de los últimos 40 años, las Unidades Académicas de la UBA han optado como forma de organización académica de la docencia los Departamentos. La excepción está constituida por las Facultades de Odontología, que tiene una estructura de cátedras independientes, y las de Ciencias Sociales y Filosofía y Letras que poseen por una organización basada sobre las carreras de grado. No obstante, la Facultad de Filosofía y Letras posee dos departamentos propiamente dichos: los de Lenguas Modernas y Lenguas y Literaturas Clásicas. Por su parte, los departamentos existentes en las Facultades pueden dictar asignaturas para un conjunto de carreras de la Facultad y también de otras Facultades; pueden corresponder a una sola carrera agrupando varias asignaturas del plan de estudio o pueden, si pertenecen a una carrera, tener a su cargo el dictado de una sola asignatura.

⁴ Este artículo dispone: "Los departamentos merecen la cooperación científica y de material de enseñanza y de bibliografía entre las cátedras que los conforman, a través de los departamentos se coordina la enseñanza, se orienta la realización de trabajos de investigación y de seminario, se organizan cursos de extensión o perfeccionamiento. La dirección del departamento está sujeta a evaluación periódica, en conformidad con las reglamentaciones que las facultades propongan al Consejo Superior de la Universidad."

En lo que respecta a la reglamentación de los concursos para auxiliares docentes, la UBA reguló esta situación para el conjunto de las Unidades Académicas por medio de la Resolución (CS) N° 2 036/87 en la cual estableció:

- a) la modalidad de convocatoria, la cual debe surgir del Consejo Directivo de la Facultad a propuesta del Decano y tiene que contener la especificación de la cantidad de cargos a concursar por categoría;
- b) la composición del jurado y sus características: éstos deben tener al menos tres profesores regulares con mayoría de docentes pertenecientes al área a concursar;
- c) las motivaciones de recusación, excusación e impugnación de los miembros del jurado y también de los aspirantes;
- d) los aspectos a concursar, es decir, qué se debe evaluar en los concursos: valoración y examen comparativo de antecedentes docentes, antecedentes científicos y profesionales, prueba de oposición y calificaciones previstas; títulos y otros estudios y otros antecedentes;
- e) la forma en que se comunica y cómo se impugna el dictamen del jurado;
- f) la validez del orden de mérito establecido cuando el número de aspirantes es superior a la cantidad de cargos concursados;
- g) la duración de las designaciones producidas como consecuencia de la sustanciación del concurso;
- h) la situación de las designaciones interinas de auxiliares docentes en cuanto a su duración.

A lo largo de la historia reciente de la UBA y desde la sanción de su Estatuto se han evidenciado muchos cambios en las reglamentaciones que han elevado las Facultades y que ha aprobado el Consejo Superior. A partir de la normalización de la década de 1980, y desde la sanción de la norma aquí citada, la situación en materia de regulaciones por parte de las Unidades Académicas ha tendido a adecuarse a estas pautas. Las mayoría de las Facultades de la Universidad han reglamentado a través de resoluciones de sus Consejos Directivos la forma en que acceden a sus cargos los docentes auxiliares, por medio del mecanismo consagrado por el Estatuto, y especificando con diferente nivel de alcance el contenido de la Resolución (CD) N° 2 036/87. Así, entre los aspectos especificados sobresalen, con mayor o menor desarrollo según las Unidades Académicas, los siguientes:

- las condiciones de inscripción;

- la forma de consideración de los antecedentes académicos y científicos de los aspirantes;
- las etapas del concurso, su orden temporal y la duración de cada una de ellas;
- las ponderaciones —en la evaluación— en la calificación de cada una de las etapas;
- la computación de la evaluación total;
- la presencia de veedores por los claustros en las instancias del concurso;
- la forma que tienen que poseer los dictámenes;
- los mecanismos para impugnar los dictámenes de los jurados;
- las especificaciones para la designación de los auxiliares docentes concursados;
- los plazos para la asunción de los cargos concursados.

Del análisis de las resoluciones de las Facultades sobre los concursos de auxiliares docentes surgen algunas similitudes en torno a:

- 1) las condiciones requeridas para acceder a los cargos de Jefe de Trabajo Práctico y de Auxiliar de Primera Categoría;
- 2) la forma de elección y designación del jurado;
- 3) el mecanismo de recusación y los motivos para hacerlo;
- 4) los procedimientos para la objeción de los aspirantes y sus motivaciones;
- 5) la existencia de veedores por los diferentes claustros;
- 6) los motivos para la impugnación de los dictámenes de los jurados y los procedimientos a seguir en este caso.

Asimismo se evidencian *diferencias* entre las reglamentaciones de las diferentes Facultades en los siguientes aspectos:

- 1) el orden de las etapas del concurso;
- 2) la existencia de especificaciones en torno a los mecanismos de calificaciones de los antecedentes, la entrevista y las pruebas de oposición así como diferencias en sus ponderaciones;
- 3) las definiciones, sus alcances y las funciones de los Auxiliares de Segunda Categoría.

Es evidente, pues, que la reglamentación de sus concursos de auxiliares docentes por parte de las Facultades de la Universidad ha sido y dio diversificación de los mecanismos. Si bien ello se explicaría en gran medida por la forma diferenciada en la cual se organiza la enseñanza en las diferentes Unidades Académicas, también es factible cuestionar la existencia de mecanismos diferenciados dentro de una misma Universidad. Sobre todo porque dichas diferencias atañen a aspectos tales como el orden de las etapas que componen los

carrera docente. Otras de forma más implícita (Odontología) establecen como requisito alternativo para el ingreso "ser profesional de instituciones oficiales asistenciales". Finalmente, hay unidades académicas (Medicina) donde se requiere para el ingreso idoneidad en la asignatura y disciplina específica.

Las diferencias más significativas se encuentran en los mecanismos de promoción y de **graduación** debido a que cada unidad académica establece regulaciones particulares respecto de la calificación de los cursos, su acreditación y los porcentajes de asistencia a los cursos que componen el programa de la formación de carrera docente. Lo más sobresaliente está dado por los requisitos de graduación exigidos por la Facultad de Medicina, entre los que se encuentra el haber obtenido el *diploma de doctor* o *magister* de la UBA u otra universidad nacional o extranjera para la obtención del título de *docente autorizado*.

Respecto de los **planes de estudio**, las diferencias también son sustantivas en cuanto a lo estipulado por las reglamentaciones vigentes. No obstante, puede observarse que las unidades académicas cuya reglamentación es posterior a la Resolución (CS) N° 6.649/97 —sobre carreras de especialización de posgrado— tienden a conformar los diseños curriculares de sus carreras docentes con mayor precisión en la definición de los contenidos, de los mecanismos de evaluación y acreditación y de la carga horaria (igual o superior a 400 horas). Este sería el caso de las Facultades de Arquitectura, Diseño y Urbanismo y de Farmacia y Bioquímica, cuyas reglamentaciones sobre sus regímenes de carrera docente datan del año 2001.

En suma, lo que caracteriza a la formación docente en la Universidad de Buenos Aires es la diversidad de formatos y propuestas curriculares según la organización que han adoptado sus regímenes de carreras docentes en las facultades que los han institucionalizado. En estos casos, si bien comparten la fuente de regulación —el Estatuto Universitario—, cada unidad académica ha ido construyendo circuitos muy dispares, tanto en lo que refiere al dominio específico de cada una donde el contexto da sentido a una formación particular, como en la formación de graduados con historias profesionales y experiencias pedagógicas muy disímiles.

La formación docente en la Facultad de Derecho.

La dimensión político-institucional

La carrera docente se presenta, por un lado, como un modo de organizar sistemáticamente las formas de acceso y reclutamiento, de ascenso y legítima-

ción y por otro como un sistema de formación para el ejercicio de la docencia universitaria (Sotto, 1996). En la UBA encontramos como caminos de acceso a la docencia, los concursos, las adscripciones a las cátedras o a los equipos docentes, la inclusión de becarios de investigación a quienes se les incluye la obligación de hacer docencia. Como formas de ascenso dentro del "escalafón" docente, el Estatuto de la UBA prevé el propio mecanismo de concursos públicos de antecedentes y oposición y su revalidación transcurrido un periodo de tiempo (concursos de renovación), para todas las categorías docentes, lo que posibilita el acceso a cargos de mayor rango (y ascender por ejemplo de Auxiliar de Primera Categoría a Jefe de Trabajos Prácticos e incluso a los cargos de Profesores). En la Facultad de Derecho se evidencia sin embargo una distinción respecto del resto de la Universidad debido a que el camino de ascenso, para los auxiliares de la docencia, se conforma con la aprobación de determinada cantidad de seminarios de los que ofrece el Centro para el Desarrollo Docente,⁵ lo cual plantea una curiosa situación: permitir el ascenso dentro de las categorías de docentes auxiliares por otra vía que no es la del concurso abierto.

Realizar un rastreo de las resoluciones, en tanto regulaciones formales, producidas por la Facultad de Derecho en torno a la Carrera Docente nos abre un panorama para entender las decisiones que se han ido tomando en función del contexto social y político. Indagar acerca de las acciones fundacionales puede ser el comienzo para encontrar explicaciones a ciertos funcionamiento actuales. Puede estudiarse los inicios de la Carrera Docente en la Resolución (CD) N° 5.183/61 donde quedan explicitados los requisitos para el ingreso como auxiliar docente, sus funciones y sus obligaciones con respecto a su formación. En este punto se estableció el cursado de las siguientes asignaturas:

- Lógica normativa
- Pedagogía jurídica
- Hermenéutica jurídica
- Ética

En el año 1973 se creó un organismo para que atienda las necesidades de la formación docente (Resolución -CD- N° 1.359/73). Así nació el Instituto de Docencia Jurídica que dependía directamente del Decano. El propósito que se declara es la capacitación debida de los docentes "que incluya una formación

⁵ Actualmente Dirección de Carrera y Formación Docente.

adecuada desde el punto de vista de los métodos pedagógicos modernos". En resoluciones posteriores del Consejo Directivo (Resolución N° 422/74) se especificaron los objetivos, las funciones —diferenciadas en tres instancias, respecto del desenvolvimiento de la tarea docente, en materia de asesoramiento y en materia de carrera docente—, estructura y disposiciones transitorias de este Instituto. Entre sus funciones más novedosas encontramos:

- Mejorar los métodos de enseñanza, sistemas de evaluación y promoción conforme a las actuales necesidades de la Facultad y según criterios pedagógicos modernos
- Desarrollar métodos pedagógicos que satisfagan los requerimientos de una universidad de masas
- Organizar cursos y seminarios de formación y perfeccionamiento de pedagogía universitaria
- Realizar investigaciones sobre los métodos de enseñanza y condiciones de aprendizaje y evaluar los resultados obtenidos al efecto de elaborar nuevas técnicas tendientes a su mejoramiento
- Analizar los programas de estudio y las actividades que desarrollan las cátedras

Durante la última dictadura militar aparecen dos resoluciones omnicomprensivas que regulan la carrera docente (Resoluciones N° 7.431/80 y 7.448/80). Entre las "exigencias" que establecía estaba el cursado de las siguientes áreas que a su interior comprendían diversos seminarios:

- Pedagogía
- Teoría general del derecho
- Investigación científica
- Ética

Para acceder al cargo de Ayudante primero era requisito haber aprobado el primero de los cursos y para acceder al cargo de JIP era necesario haber aprobado todos los cursos. También dispone que la Comisión de Carrera Docente supervise el desarrollo de la carrera docente y asesore en lo que corresponda.

En el año 1984 (Resolución —D— N° 14.086/84) se creó la Dirección de Asesoramiento Docente que dependía de la Secretaría Académica. Sus funciones eran:

- Asesorar al Decanato, Secretaría Académica y Departamentos sobre cualquier problema pedagógico
- Organizar conferencias, cursos, seminarios y eventos similares para el perfeccionamiento docente

- c. Encarar estudios acerca del nivel pedagógico de los cursos dictados
- d. Colaborar en la organización de la Carrera Docente
- e. Participar en la reforma de los planes de estudio

En 1985 se derogaron las resoluciones de los años 1980 y 1983 que reglamentaban la Carrera Docente y se reimplantó la vigencia de la Resolución (CD) Nº 5.183 de 1961, modificada en su artículo 1º estableciendo nuevas asignaturas

- Pedagogía I
- Pedagogía II
- Investigación científica I
- Investigación científica II
- Teoría del derecho I
- Teoría del derecho II
- Ética I
- Ética II

En 1986 se creó la Dirección de Carrera Docente (Resolución -CD- Nº 1.525/86) y en 1987 se identificaron dos instancias diferenciadas: la Dirección de Carrera Docente, como autoridad de aplicación y el Centro para el Desarrollo Docente dedicado a la formación pedagógica y al asesoramiento. Este Centro dictaría seis talleres didácticos y los demás seminarios estarían a cargo de los Departamentos.

En 1994 con el propósito de reunir en un solo texto ordenado todas las resoluciones que regulan la carrera docente (Resolución -CD- Nº 1.457/94) se creó el "Regimen de Carrera Docente". Aquí se planteaban: requisitos de admisión, obligaciones en cuanto a las prácticas docentes, la formación docente y la formación técnica. En cuanto a la formación pedagógica se preveían cuatro seminarios-talleres y un laboratorio de entrenamiento docente y los presenta como cursos fijos, en cuanto a la formación técnica se contemplaban cinco seminarios que proporcionan conocimiento de dos tipos: unos ligados al área de especialización del cursante y otros relativos a materias de naturaleza interdisciplinaria y de formación general, que resulten propios de la cultura jurídica.

En el año 2002 se fusionaron las Direcciones de Desarrollo Docente y de Carrera Docente y se mantuvo la modalidad en la oferta de los talleres pedagógicos y de cursos técnico-disciplinares, aunque con algunas variantes en la primera de estas ofertas respecto a los temas abordados en los talleres.

Hasta aquí una descripción de cómo se fue conformando la actual propuesta de formación dentro de la carrera docente de la Facultad de Derecho de

la UBA. Para destacar aspectos relevantes de este desarrollo cabe señalar que siempre ha estado, al menos desde el plano de las normas, la preocupación por el armado de una oferta que fortaleciera la práctica docente. En algunas épocas más que en otras observamos gran producción de reglamentos que intentan instalar "modalidades innovadoras de trabajo en las aulas" y es, en general, lo que inspira las intervenciones en las ofertas de formación.

La dimensión pedagógica de la carrera docente

La oferta del Centro para el Desarrollo Docente desde el periodo de la normalización de los años '80 hasta estos días ha sido dispar. En un principio la propuesta estaba dirigida a profesores, respondía al formato de taller y no estaba estructurada sistemáticamente. Este nuevo espacio se abre con gran concurrencia de profesores — quienes posteriormente se convertirían en titulares, asociados y adjuntos regulares — y aparece como un terreno innovador, democrático, desestructurante y de apertura. La mejor forma de interpretar este periodo es dentro del proceso de normalización que vivía la Universidad Pública, luego de la intervención regulada por medio del Decreto PEN N° 154, en el año 1983, y ratificado por la ley 23.068 del año 1984. Esto permitió la conformación de los claustros universitarios y la vigencia de las normas de gobierno definidas por las propias casas de estudios. En este contexto "inicial" y democratizador de las prácticas educativas, en general, y universitarias, en particular, se produjo un alto nivel de participación por parte de la comunidad universitaria, ya sea por medio de los procesos electorarios o bien a través de la sustanciación de los concursos de profesores — base sobre la cual se conforma el propio claustro de profesores.

Si se analizan las transformaciones de la oferta de cursos de la carrera docente en su dimensión estrictamente pedagógica se pueden distinguir periodos de estancamientos y etapas de franca revolución para todos los actores institucionales. No obstante, es factible identificar una tendencia constante a lo largo de los últimos casi 30 años de historia de la carrera docente y ésta sería la ausencia de *pertinencia* en el proyecto de formación docente.

Al hablar de *pertinencia* hacemos referencia a un nuevo paradigma acerca de la función de la educación superior que se instaló durante las últimas décadas del siglo pasado. Mediante este paradigma se cambia la noción de la búsqueda del conocimiento por el conocimiento en sí, a un concepto de educa-

ción superior en el cual las universidades deben servir a la sociedad, respaldando sus economías y mejorando las condiciones de vida de sus habitantes. Puestas bajo la óptica de una nueva cultura de responsabilidad social, las universidades deberán insertarse en el medio con una función social específica y dar cuenta de ella.

Esta nueva mirada sobre las instituciones universitarias plantea la necesidad de adecuar la relación entre la universidad y la sociedad, reformulando la visión institucional de manera tal de incorporar explícitamente al contexto local. En estos términos plantear la pertinencia de la función social de la universidad implica asumir en forma más explícita y dinámica el papel que pueden desempeñar estas instituciones en el desarrollo regional y nacional. De esta manera se conforma un rol más destacado y activo frente a la comunidad, colaborando en la definición de sus principales prioridades de desarrollo. La redefinición de este vínculo es visualizada como un acto de solidaridad y responsabilidad social.

Las instituciones universitarias deberían, entonces, funcionar de manera permeable, potenciando su eficiencia toda vez que logren establecer redes de comunicación con los nuevos lugares donde se producen conocimientos independientemente del nivel académico del ámbito y sin límites geográficos. Otro factor importante para la adecuación del funcionamiento es la capacidad que las universidades tengan para establecer comunicación con el resto de los lugares de producción del conocimiento, que puede darse en cualquier lugar del mundo tanto para participar en la producción como para apropiarse de conocimientos ya disponibles, los que sirven para incorporarlos en sistemas de innovación y desarrollo.

Aquí proponemos una analogía entre la nueva manera de producir conocimiento científico y formar docentes, proponemos la categoría de *pertinencia* para pensar la formación. Es atendiendo a la especificidad del campo donde se desarrollan los futuros docentes que debe orientarse la formación. Cada institución transcurre en un contexto social y político, es portadora de una cultura y de determinados resultados (Ferrández, 1998), sus actores están atravesados por ella y contribuyen a su producción, estos actores están insertos en un mercado de trabajo que a su vez los determina y les permite recrear los espacios de la formación, existen maneras propias de pensar al derecho enmarcado en las ciencias sociales, entre otras.

Sostenemos que omitir estas y otras cuestiones que hacen a la especificidad de la formación docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires nos aleja de la posibilidad de crear una genuina pedagogía del derecho, así como creemos que ésta puede producirse en la misma formación abriendo instancias sistemáticas de reflexión sobre las propias prácticas docentes junto a los estudiantes, en el marco de un proyecto de formación asociado estrechamente con el currículum de la propia carrera de abogacía.

Bibliografía

- CARRETERO, Mario (comp.) (1987): *Procesos de Enseñanza y Aprendizaje*. Buenos Aires: Aique.
- DEAS, María Cristina (1998): *La formación docente en cuestión. Política y pedagogía*. Buenos Aires: Paidós.
- DEWEY, John (1938): *Experience and education*. London: Collier Macmillan.
- Estatuto de la Universidad de Buenos Aires.
- FELISANDI, Lidia (1998): *El análisis de lo institucional en la escuela. Un aporte a la formación autogestionaria para el uso de los enfoques institucionales. Notas teóricas*. Buenos Aires: Paidós.
- FERRY, Gilles (1990): *El proyecto de la formación. Los profesores entre la teoría y la práctica*. México: UNAM-Paidós.
- FERRY, Gilles (2000): *Pedagogía de la formación*. Buenos Aires: Novedades Educativas.
- GIBSON, Michael (1997): *La nueva producción de conocimiento*. Barcelona: Pomares Corredor.
- HARTFELD DANCHE, Tullio (1962, 2002): *Historia de la Universidad de Buenos Aires*. Buenos Aires: EUDEBA.
- JARVIS, P. (1987): 'Meaningful and meaningless experience: towards an analysis of learning from life'. En *Adult Education Quarterly*, N° 37, 3: 164-172.
- SCHÖN, Donald (1992): *La formación de profesionales reflexivos. Hacia un nuevo diseño de la enseñanza y del aprendizaje en las profesiones*. Barcelona: Paidós.
- SOLÍS, Marta (1996): 'La formación de los profesores universitarios'. En *Revista Interamericana de Gestión y Liderazgo Universitario -IGLU*, N° 11, 17-26.

Actualidad
universitaria

Buenos Aires, 3 de noviembre de 2004

Expte. N° 604.618/04

VISTO la Resolución N° 2.166 dictada por el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho el 3 de octubre último mediante la cual solicita la modificación de la denominación, objetivos y contenidos mínimos de la asignatura "Derecho" del Ciclo Básico Común, y

CONSIDERANDO

Que la asignatura "Derecho" del Ciclo Básico Común de esta Universidad forma parte del grupo de materias que son específicas para las tres (3) carreras de grado que se cursan en la Facultad de Derecho, estas son las carreras de Abogacía, Calígrafo Público y Traductorado Público.

Que tal como lo expresa la Casa de Estudios mencionada, en el proceso de actualización curricular, corresponde reevaluar la pertinencia y vigencia de los objetivos y contenidos educativos de esa asignatura para todas las carreras de grado que la tienen como materia específica, a efectos de actualizar o modificar estos contenidos mínimos de manera que permitan una mejor articulación de los demás ciclos de formación de las carreras de dicha Facultad.

Que es preciso asignar la importancia que corresponde a contenidos programáticos en los que se estudie el derecho como construcción histórica y su proyección en la realidad contemporánea, máxime en cuanto pueda reconocer un origen común. Es decir, una asignatura que permita plantear preguntas referidas a cómo fue estructurado y como funcionó un sistema jurídico contextualizado en una realidad histórica, como un producto histórico-social, que requiere para su comprensión tener en cuenta las culturas, el lugar y el momento histórico en el cual se produjo primero y se desarrolló después y que, en el caso argentino, debe tener el marco Latinoamericano como contexto del planteamiento.

Que en ese orden de ideas, resulta conveniente no solo modificar los objetivos y contenidos mínimos de la asignatura "Derecho", sino también su denominación por la de "Principios Generales de Derecho Latinoamericano".

Lo informado por el Ciclo Básico Común en fojas 29

Lo informado por la Dirección de Títulos y Planes.

Lo aconsejado por la Comisión de Enseñanza.

EL CONSEJO SUPERIOR DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

RESUELVE:

ARTICULO 1º - Modificar la denominación de la asignatura 'Derecho' del Ciclo Básico Común por la de "Principios Generales del Derecho Latinoamericano", con los objetivos y contenidos mínimos que, como anexo, forman parte integrante de la presente resolución

ARTICULO 2º. Dejar establecido que la modificación propuesta en el artículo precedente, regirá para los alumnos del Ciclo Básico Común que ingresen a partir del año 2005 y que se inscriban en las carreras de Abogacía, Traductorado y Caligrafo Público

ARTICULO 3º - Lo dispuesto en el artículo precedente rige también para aquellos estudiantes que hayan ingresado al Ciclo Básico Común con anterioridad al año 2005 y que adeuden aún la asignatura 'Derecho'

ARTICULO 4º. Regístrese, comuníquese, notifíquese a las Direcciones de Títulos y Planes, de Despacho Administrativo y de Orientación al Estudiante. Cumplido, archívese

RESOLUCION Nº 3797

ANEXO

PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO LATINOAMERICANO

Contenidos mínimos

- ¿Por qué estudiar los principios generales del Derecho como materia del Ciclo Básico Común? ¿De dónde derivan esos principios, de criterios supralegales o de las propias leyes? ¿Que relevancia tienen, o deben tener, los principios generales para una estructuración jurídica? La justicia como valor jurídico. La injusticia extrema.
- ¿A qué rama del Derecho pertenece un caso, un problema, una pregunta? Sentido de la clasificación del Derecho en público y privado. Recepción de la clasificación en el Derecho continental europeo y en el *Common Law*. Su recepción en el Derecho argentino y sentido actual de esa clasificación

- ¿Cómo se conoce el Derecho aplicable para la resolución de un caso? Problema de las fuentes en el Derecho. Recepción del régimen de fuentes en el Derecho continental europeo y en el *Common Law*. Su recepción en el Derecho argentino.
- El Derecho civil romano: la persona (el *homo*, *capacitas*), hechos jurídicos, la familia, situación de la mujer, las cosas, las obligaciones, la responsabilidad civil, los contratos, los derechos reales, las sucesiones *mortis causa*. Los principios generales del Derecho comercial romano: contratos, sociedades, limitación de responsabilidad, derechos del consumidor.
- Determinación de los principios generales del Derecho privado latinoamericano derivados del Derecho romano. Influencias históricas del Derecho patrio y del derecho francés. Influencia moderna del Derecho angloamericano. La globalización y el respeto de las identidades culturales. Valoración crítica.
- Planteo de casos de la actualidad sobre relevancia del Derecho para la regulación de las relaciones en la sociedad actual y búsqueda de los orígenes de esa solución en los institutos del sistema clásico.
- Vigencia de los principios generales del Derecho para la resolución de casos en ese contexto. El caso de la deuda externa, a la luz de los principios generales del Derecho, los derechos humanos y los derechos de los pueblos.

Objetivos generales

- Capacitar para aplicar estructuras de razonamiento a datos dados para extraer conclusiones jurídicas afines a la cuestión planteada. Asignación de relevancia a la perspectiva de justicia.
- Adquirir habilidades para distinguir los hechos relevantes de los no relevantes, los elementos informativos del discurso de los que sólo son argumentativos o persuasivos. Tomando como caso paradigmático los antecedentes del derecho latinoamericano y su contexto de aplicación.
- Analizar las soluciones dadas por la aplicación de alguno de los institutos del derecho latinoamericano, especialmente a través de casos de aplicación: analizar semejanzas y diferencias de soluciones históricas con situaciones actuales, a los efectos de comprender la historicidad del Derecho.
- Desarrollar aptitud de apreciación crítica del contenido de textos jurídicos, como asimismo de los distintos roles relativos a las esferas a través

de las cuales se articula la experiencia jurídica en el Derecho clásico y en la actualidad.

Impulsar la asunción de compromiso del estudiante con la circunstancia y con el contexto. Comprensión y análisis de la realidad social y la realidad jurídica.

Valoración adecuada del papel del jurista ante los factores de poder.

ALGUNOS RESULTADOS DEL RELEVAMIENTO ESTADÍSTICO DEL SERVICIO DE CONSULTORIO Y PATROCINIO JURÍDICO GRATUITO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Maria Valeria QUIROGA*

1. Evolución del Servicio

La Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires presta en el marco del Servicio de Consultorio y Patrocinio Jurídico Gratuito, un servicio social de asistencia jurídica a la comunidad, con el doble propósito de promover el ejercicio y goce del derecho al acceso a la justicia, y la formación de los estudiantes avanzados de derecho. En este sentido, una forma de estudiar el impacto del servicio en la comunidad centro de la cual se desarrolla, puede estar dado por el análisis desagregado de la evolución de los indicadores que reflejen, con la mayor precisión posible, información de interés vinculada a la función social llevada a cabo en las comisiones de trabajo en donde funciona el Servicio Jurídico Gratuito.

De los informes estadísticos elaborados por el Departamento de Práctica Profesional de la Facultad, puede observarse que la evolución interanual de personas atendidas y la cantidad de casos derivados a las comisiones en el Servicio¹ fue la siguiente:

* Licenciada en Relaciones Internacionales de la Universidad del Salvador.

¹ Los datos estadísticos expuestos pertenecen al Centro de Formación Profesional (sede principal del Servicio) sito en Talcahuano 550 (Tribunal de Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Para mayor información sobre los distintos centros externos en donde se presta el servicio véase Scovazzi, Sebastián, *Algunas notas sobre el Patronato Jurídico Gratuito y el Curso de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*, "Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires", Volumen 4, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, LBA, 2004, págs. 243-246.

² Debe entenderse que no todas las consultas terminan en un caso judicial. El Servicio que presta la Facultad se compone funcionalmente de dos instancias. En primer lugar, se encuentra el Servicio de Consultorio, en donde existen profesionales encargados de asesorar jurídicamente a las personas que claramente concurren al servicio en procura de respuesta a sus reclamos. Puede ocurrir, que el problema que presenta el consultante se resuelva 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 litigado, este derivará a aquel al Servicio de Patrocinio, quien se ocupará de llevar el caso ante la justicia. Véase Scovazzi, Sebastián, *Algunas notas sobre el Patronato Jurídico Gratuito y el Curso de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*, "Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires", Volumen 4, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, LBA, 2004, págs. 245-246.

demás cuestiones del terreno privado no vinculadas específicamente al régimen de familia.

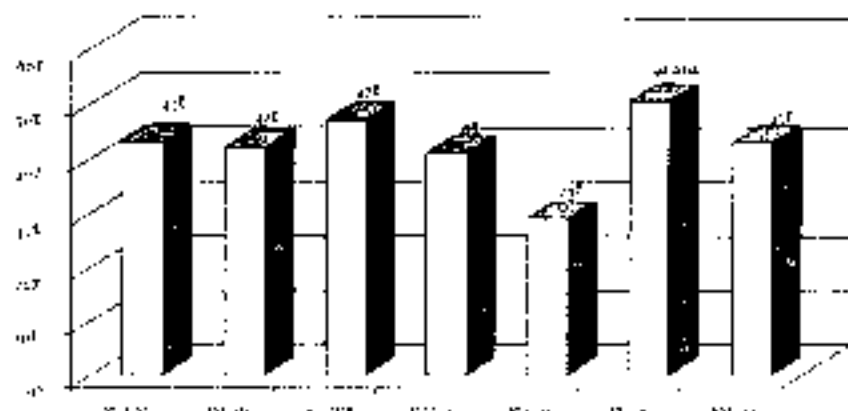


Gráfico 5 - Evolución interanual de la orientación familiar en función del total de todas las orientaciones

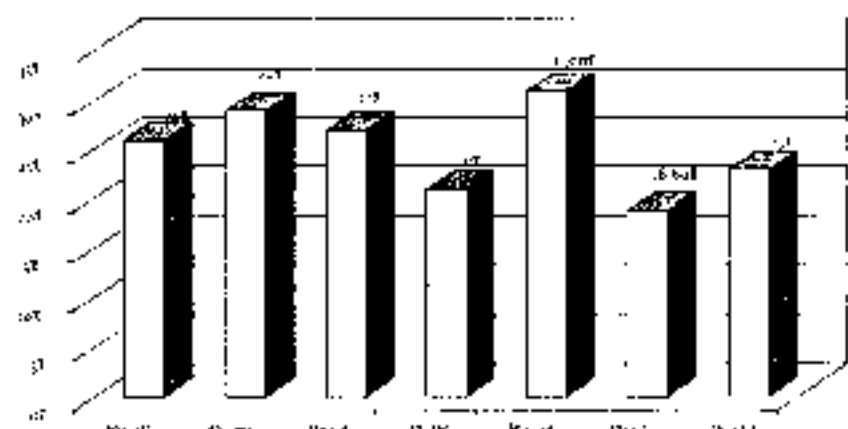


Gráfico 6 - Evolución interanual de la orientación civil en función del total de todas las orientaciones

Puede apreciarse también, que el nivel de consultantes mujeres en este aspecto supera ampliamente al de los consultantes hombres, quienes por otra parte, encabezan la nómina en las cuestiones laborales. Sin embargo, cabe advertir que este dato debe ser leído en comparación con el alto número de personas que no especificaron sexo, ni que tampoco pudo determinarse con precisión el tema de la consulta.

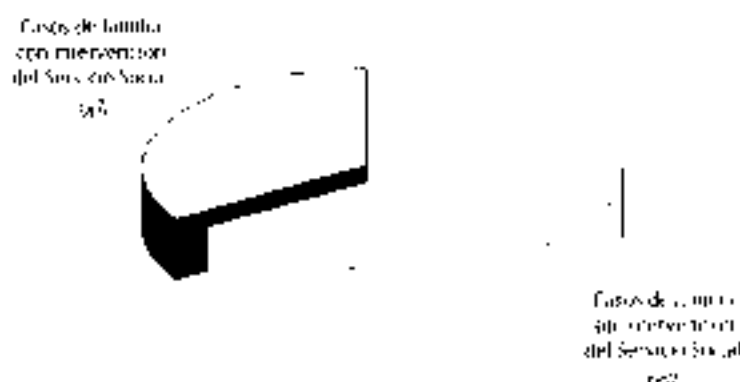
Tabla 1 - Relación entre el género de los consultantes y la orientación jurídica de su consulta

Tabla de contingencia Orientación - Sexo					
		Recuento			
		Sexo			Total
		s/d (sin datos)	Femenino	Masculino	
Orientación	Desconocida	372	1.909	1.468	4.749
	Administrativo	23	123	95	241
	Civil	148	866	653	1.667
	Comercial	13	101	223	440
	Contravencional			2	2
	Defensa del consumidor		1	1	2
	Familia	288	1.892	1.066	3.146
	Laboral	29	386	355	770
	Otros		4	2	6
	Penal	39	483	409	1.031
	Previsional	8	104	67	179
	Servicio Social	12	120	79	212
Total		2.058	5.869	4.216	12.145

Debido al gran número de casos de familia atendidos por el servicio y dado el especial tratamiento y atención que estos merecen, un gran porcentaje de ellos, han sido trabajados por el Servicio Social que funciona anexo al Patrocinio.⁴

⁴ Véase BUSTOS, 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*, op. cit. págs. 151.

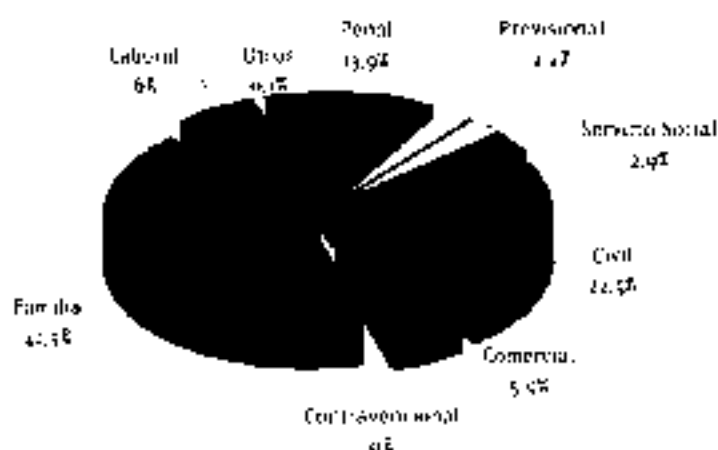
Gráfica 7 - Casos de familia que se trabajaron con el Servicio Social



		Casos	Porcentaje	Porcentaje válido
Ingresos	Casos de familia sin intervención del Servicio Social	2.076	66%	66%
	Casos de familia con intervención del Servicio Social	1.070	34%	34%
Total		3.146	100%	100%

En cuanto al resto de los datos estadísticos referidos al perfil de los casos atendidos durante el año 2004, puede señalarse en lo que respecta a la naturaleza de los casos, la siguiente información:

Gráfico 8 - Orientación jurídica de las consultas



		Consultantes	Porcentaje	Porcentaje válido
Orientación	Administrativo	241	2	3.3
	Civil	1,567	13.7	22.5
	Comercial	440	3.6	5.9
	Contravencional	2	0	0
	Defensa del consumidor	2	0	0
	Familia	3,146	25.9	42.5
	Laboral	470	3.9	6.4
	Otros	6	0	0.1
	Penal	1,031	8.5	13.9
	Previsional	179	1.5	2.4
	Servicio Social	212	1.7	2.9
	Total	7,376	60.9	100
Perdidos		4,749	39.1	
Total		12,125	100	

El Patronio presta sus servicios cuatro días a la semana. De acuerdo con su organización, la mitad de las comisiones de trabajo funcionan los días lunes y jueves y la otra mitad lo hace los días martes y viernes. La cantidad total de días de atención de consultas para cada par de días (lunes - jueves y martes - viernes) durante 2004 fue de ochenta y siete, por lo que cada comisión tuvo casi una consulta nueva por día de atención en promedio.

II. Perfil del consultante

Los datos estadísticos del Servicio de Consultorio y Patronio 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 al 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 2004 se atendieron a 12.45 personas, de las cuales cerca del 58% eran mujeres y 42% hombres.

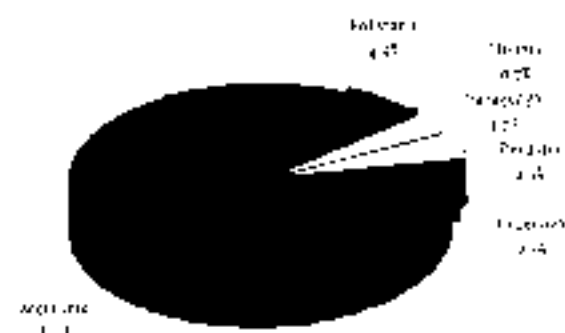
Gráfico 1. Total de personas atendidas



		Consultantes	Porcentaje	Porcentaje válido
Género	Femenino	5.869	48.3	58.2
	Masculino	4.210	34.7	41.8
	Tota	10.087	83.1	100
Perdidos		2.058	16.9	
Total		12.45	100	

En cuanto a la nacionalidad se observa que sumados los porcentajes de los consultantes de nacionalidad extranjera el subtotal alcanza cerca de .6% del total de consultas al servicio.

Gráfico 10 - Nacionalidad de los consultantes



		Consultante	Porcentaje	Porcentaje válido
Nacionalidad	Africana	1	0,0	0,0
	Argentina	7.830	64,5	62,1
	Armenia	1	0,0	0,0
	Austriaca	1	0,0	0,0
	Boliviana	467	3,8	4,9
	Brasileña	16	0,1	0,2
	Británica	1	0,0	0,0
	Camerunesa	1	0,0	0,0
	Chilena	66	0,5	0,7
	China	4	0,0	0,0
	Colombiana	1	0,0	0,0
	Coreana	1	0,0	0,0
	Croata	2	0,0	0,0
	Cubana	12	0,1	0,1
	Dominicana	7	0,1	0,1
	Ecuatoriana	2	0,0	0,0
	Eslovena	1	0,0	0,0

Nacionalidad	Española	45	0,4	0,5
	Estadounidense	2	0,0	0,0
	Francesa	3	0,0	0,0
	Holandesa	1	0,0	0,0
	Húngara	1	0,0	0,0
	Israeli	.	0,0	0,0
	Italiana	36	0,3	0,4
	Japonesa	4	0,0	0,0
	Mexicana	1	0,0	0,0
	Nigeriana	2	0,0	0,0
	Panamense	1	0,0	0,0
	Paraguaya	332	2,7	3,5
	Peruana	425	3,5	4,5
	Polaca	2	0,0	0,0
	Portuguesa	2	0,0	0,0
	Rusa	12	0,1	0,1
	Sudafricana	3	0,0	0,0
	Ucraniana	12	0,1	0,1
	Uruguaya	215	1,8	2,3
	Venezolana	2	0,0	0,0
	Otra	16	0,1	0,2
	Total	9.536	78,5	100,0
Perdidos		2.509	21,5	
Total		12.045	100,0	

En cuanto al lugar de residencia, el 79,2% vivía en la Ciudad de Buenos Aires en el año 2004, mientras que el 20,8% lo hacía en algún partido del Gran Buenos Aires.

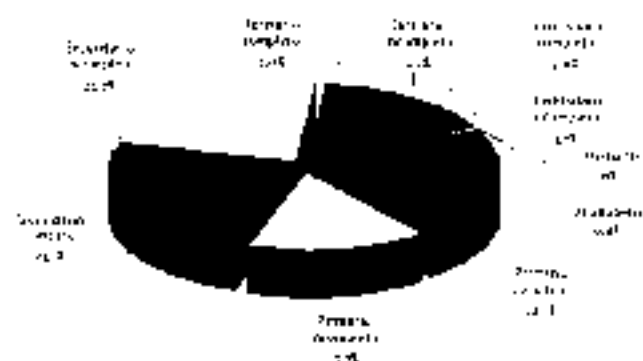
Gráfico 11 - Localidad de residencia de los consultantes



		Consultantes	Porcentaje	Porcentaje válido
Localidad	Capital Federal	7.697	69,4	79,2
	Provincia	2.023	16,7	20,8
	Total	9.720	86,0	100,0
Perdidos		2.425	20,0	
Total		12.145	100,0	

En lo que respecta al nivel de instrucción, se presentan datos bien heterogéneos entre aquellos que han completado sus distintos niveles de estudios y quienes no lo han hecho. No obstante, puede observarse, que sólo un porcentaje irrelevante es analfabeto.

Gráfico 12 - Nivel de instrucción de los consultantes



		Consultantes	Porcentaje	Porcentaje válido
Nivel de Instrucción	Analfabeto	38	0,3	0,4
	Estudiante	1	0,0	0,0
	Primario completo	1 824	15,0	22,1
	Primario incompleto	1 303	10,7	15,7
	Secundario completo	1 985	16,1	24,1
	Secundario incompleto	1 075	8,4	22,7
	Terciario completo	426	3,5	5,1
	Terciario incompleto	352	2,9	4,2
	Universitario completo	66	0,4	0,8
	Universitario incompleto	300	2,5	3,7
	Total	8 270	68,1	100,0
	Desconocido	3 075	24,9	
Total		12 345	100,0	

La base de datos estadística permite también establecer la relación entre el género de los consultantes con su nivel de instrucción o bien con la orientación jurídica de la consulta. Sin embargo, esta relación debe ser considerada sólo como un dato parcial, ya que es alto el número de consultantes que no respondió a la pregunta sobre el sexo ni a la relacionada con su nivel de educación.

*Tabla 2 - Relación entre el género de los consultantes
y su nivel de instrucción*

Tabla de contingencia orientación: * sexo					
Recuento					
		Sexo			Total
		s/d (sin datos)	Femenino	Masculino	
Educación	Nivel desconocido	2.057	1.063	755	3.875
	Analfabeto		20	18	38
	Estudiante		1		1
	Primario completo	1	979	844	1.824
	Primario incompleto		718	585	1.303
	Secundario completo		1.199	786	1.985
	Secundario incompleto		1.096	779	1.875
	Terciario completo		287	139	426
	Terciario incompleto		238	114	352
	Universitario completo		94	72	166
	Universitario incompleto		174	26	200
	Total	2.058	5.869	4.218	12.145

*Tabla 3 - Relación entre el género de los consultantes y
la orientación jurídica de la consulta*

Tabla de contingencia orientación * sexo					
Requerido					
		Sexo			Total
		s/d (sin datos)	Femenino	Masculino	
Orientación	Desconocida	1 372	1 909	1 468	4 749
	Administrativo	23	123	95	241
	Civil	148	866	653	1 667
	Comercial	38	111	221	440
	Contravencional			2	2
	Defensa del consumidor		1	1	2
	Familia	285	1 395	965	3 145
	Laboral	29	186	255	470
	Otros		4	2	6
	Penal	139	463	409	1 011
	Previsional	8	104	67	179
	Servicio Social	13	120	79	212
Total		2 058	5 869	4 218	12 145

Entre los que se encontraban trabajando en ese momento, es interesante rescatar que un 35% de los consultantes trabajaba en un empleo calificado. Sin embargo, un alto porcentaje (30%) era desempleado a ese entonces. Este dato motiva a la necesidad de fortalecer los espacios institucionales presentes que, como el Patronato, promueven el acceso a la justicia a los sectores de la sociedad más desaventajados.

Gráfico 11 - Consultante por ocupación



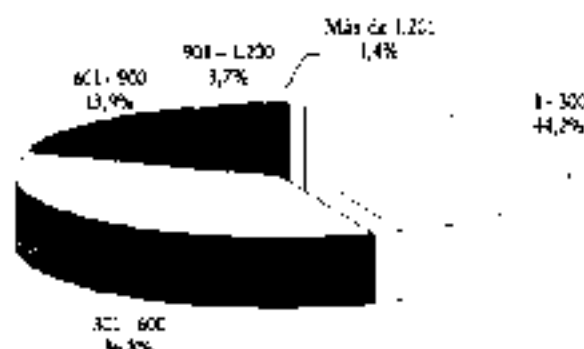
Em o gráfico seguinte, é possível estabelecer a relação entre o gênero de los consultantes y su ocupación

Tabla 4 - Relación entre el género de los consultantes y su ocupación

Tabla de contingencia orientación - sexo					
		Resumen			Total
		Sexo			
		Var (femenino)	Femenino	Masculino	
Ocupación	Ama de casa	2.057	1.097	704	1.858
	Comerciante		282	8	290
	Desempleado		51	85	135
	Decente	1	1.630	816	2.509
	Empleado		176	10	185
	Estudiante		59	66	125
	PP-AA		1.555	1.235	2.790
	Jubilado		9	5	14
	Oficio no calificado		18	30	198
	Oficio no calificado		113	265	378
	Otra		41	41	72
	Pensionado		92	22	114
	Profesional		113	77	195
	Subocupado		226	129	355
	Total	2.068	3.859	3.118	14.45

Estos datos guardan relación con el nivel de ingresos de los consultantes. Como puede observarse, la mayor cantidad se concentra en la categoría de \$ 1.00 a \$ 300.00 (44,2%) seguida por aquellos que reciben entre \$ 301.00 a \$ 600.00. Puede observarse una vez mas en el gráfico siguiente, la desventaja a la que parecen estar expuestas las consultantes mujeres en relación con los hombres.

Gráfico 14 - Nivel de ingreso de los consultantes



		Consultantes	Porcentaje	Porcentaje válido
Nivel de Ingresos	1 - 300	2.895	23,80	44,2
	301 - 600	2.420	19,90	36,8
	601 - 900	914	7,50	13,9
	901 - 1.200	248	2,00	3,7
	Más de 1.201	93	0,76	1,4
Total		6.570	54,00	100,0
Nivel de Ingresos desconocido		5.375	45,00	
Total		12.145	100,00	

Fuente: Departamento de Práctica Profesional, Facultad de Derecho UBA.

Notas sobre estrategias de enseñanza e Internet

ÉTICA EN INTERNET: NUEVAS HERRAMIENTAS PARA LA ENSEÑANZA Y APRENDIZAJE DE LOS CONTENIDOS ÉTICOS EN LA EDUCACIÓN SUPERIOR

Sebastián Scioscioli*

En esta oportunidad quisiéramos presentar al lector un sitio web vinculado con desarrollo de contenidos y herramientas para el estudio y debate acerca de los más diversos temas que preocupan al campo de la enseñanza universitaria de ética. El producto multimedia ha sido denominado "The *ETHICS project website*" y es el resultado del esfuerzo mancomunado de un grupo de ONG y universidades del Reino Unido² que frente a una creciente ausencia de estos contenidos en los planes de estudio de sus carreras, optaron por aprovechar las nuevas tecnologías para transitar novedosos caminos alternativos hacia el aprendizaje.

En el ámbito del Derecho, el equipo de trabajo partió de la convicción de que en las últimas décadas —en especial a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el posterior advenimiento de los tratados internacionales en dicha materia— ha adquirido cada vez mayor importancia la necesidad de que los cursos en la universidad, permitieran al alumno atender al papel que el Derecho representa en la sociedad, tanto como un instrumento de regulación y cambio —es decir su rol político y social— así como el "medio" a través del cual la "Justicia" es impartida a toda la comunidad.

Para atender a aquella preocupación, los integrantes de la iniciativa comprendieron que los estudiantes de derecho, desde el inicio de sus estudios, deben poder demostrar una comprensión del contexto ético en donde el derecho opera. Durante mucho tiempo esta idea no estuvo lo suficientemente arraigada en la enseñanza universitaria que, por el contrario, tendía a plasmar todo debate ético en forma implícita en vez de hacerlo explícitamente a lo largo del currículum, a través de materias o cursos destinados específicamente a tales objetivos. El proyecto "ETHICS" tomó en cuenta este diagnóstico y arbitró los

* Abogado, UBA.

¹ Puede consultarse en <http://www.pes-lesh.leeds.ac.uk/ethics/index.html>.

² Participaron de este proyecto el Centro para la Educación Legal en Reino Unido —Derecho— (UCKLE) y cátedras de distintas facultades de diferentes universidades tales como Biociencia y Filosofía y Estudios Religiosos (Leeds), Medicina, Odontología y Medicina Veterinaria (Newcastle), Psicología (York) y Ciencias de la Salud y Práctica (King's College de Londres).

medios para lograr una revisión de las prácticas actuales, procurando identificar aquellas aproximaciones al estudio de la ética que fueren exitosas, para luego difundirlas por medio de modelos ejemplarizadores, consejos y comentarios de utilidad para docentes y alumnos de grado y postgrado.

El sitio web provee actualmente una serie de recursos a los cuales los profesores de ética pueden acudir en la búsqueda de ideas para el desarrollo de sus cursos. A continuación haremos una breve síntesis del material de trabajo ofrecido:

- **Case Studies.** Se trata de una serie de casos en los que se relacionan temas éticos controvertidos. Los *case studies* asumen la calidad de ejemplos de problemas de ética aplicada y pueden ser utilizados para trabajar los principios y argumentos más relevantes en torno a la materia.¹ Cada uno de ellos presenta la siguiente estructura. En primer lugar se incluye un abstract o resumen de los hechos y circunstancias del caso –el texto completo puede consultarse al final de la página–. Luego se describen los objetivos del trabajo con ese caso y la estructura o formato sugerido al docente para la coordinación de la discusión en clase. También se explican los presupuestos teóricos necesarios para una mejor comprensión y estudio del caso. Finalmente se expresan algunas ideas y técnicas para la evaluación y una lista bibliográfica actualizada y complementaria.² La base de datos se encuentra dividida en distintas áreas tales como derecho, medicina, filosofía, entre otras, para facilitar al usuario la identificación del contexto al que aquellos hacen referencia. Entre algunos de los modelos de casos actualmente disponibles, puede citarse aquel que versa sobre los dilemas éticos que surgen luego de la aparición de un diagnóstico positivo de una terrible enfermedad genética. Las preguntas del caso giran sobre quién o quiénes deberían tener acceso a esta información genética que pertenece a un individuo particular. Entre los actores involucrados se encuentran los propios familiares, el empleador, la compañía de seguros, entre otros. El caso que tomamos como ejemplo a los fines de estas notas, propone la reflexión en torno al uso de la

¹ No es casual que en este proyecto se tome como estrategia de enseñanza y de aprendizaje el *case study*, puesto que “contribuye en el procedimiento como búsqueda de un equilibrio reflexivo, y para comprender en profundidad los diversos principios y teorías no hay método más fecundo que la discusión de cuestiones prácticas”. Anzorru, Christian y Van Praag, Philippe. *Ética económica y social. Teorías de la justicia justa*. Paidós, Buenos Aires, 2002, pág. 103. Asimismo puede consultarse el sitio web www.eries.uci.ac.be.

² También pueden encontrarse links a otros sitios web especializados en el tema.

información genética y los valores en juego tales como la autonomía, la privacidad, la confidencialidad, el consentimiento informado y la responsabilidad individual y corporativa. Para la evaluación del caso se encuentra en la página un cuestionario con preguntas claves que deben ser respondidas brevemente por cada estudiante, previo una clase introductoria sobre genética. Asimismo, se aconseja como presupuesto que la persona a cargo de dicha clase posea algún conocimiento sobre filosofía moral para poder de este modo guiar con mayor precisión a los alumnos en el estudio de las cuestiones éticas más importantes del tema tratado.

El libro cuenta además con una guía *on line* denominada "Aproximaciones a la Ética en la Educación Superior: Aprendizaje y enseñanza en ética a través del currículum" —*Approaches to Ethics in Higher Education: Learning and Teaching in Ethics Across the Curriculum*—. En el trabajo se sugieren tres enfoques de la enseñanza ética. El primero de ellos, el enfoque pragmático, tiene como punto de partida el estudio del marco de reglas y procedimientos definidos por entes reguladores —como los colegios profesionales— encargados de la tarea de mejorar y mantener los estándares éticos aplicados al ámbito del ejercicio profesional.

Este enfoque supone que cuando el estudiante egresa de la universidad para comenzar a trabajar, entra en un mundo donde el comportamiento y la responsabilidad profesional ocupan un lugar de suma importancia. Así se entiende que los alumnos "necesitan conocer" —*need to know*— los códigos y estar en condiciones de aplicarlos a su propia conducta. En suma, el enfoque interpreta que las consideraciones éticas se definen en relación con las consecuencias prácticas profesionales para el estudiante.

Mientras el enfoque pragmático se concentra en el ejercicio profesional como un comportamiento o práctica reglada por determinados códigos de conducta, el enfoque contextual —*the embedded approach*— por su parte, interpreta tal ejercicio de dos formas distintas. En verdad, los contenidos morales en él involucrados son presentados de manera "holística" —es decir, como parte integral de un área de preocupaciones más amplia que tiene una significativa dimensión ética en lo relacionado con las condiciones para el citado ejercicio profesional— y heterónoma —así como en el método pragmático la ética es vista como un conjunto de reglas "impuestas" desde el exterior, en el enfoque contextual, el alumno se convierte en un observador externo que

procede al estudio y crítica de aquellas reglas, pero desde sus convicciones fundadas en su autonomía personal—. Sin duda el enfoque resulta parecer de suma importancia, pues si sólo se trabajara el caso desde el llamado enfoque pragmático, el objetivo se reduciría a una estrategia de enseñanza que buscaría reproducir tan sólo los códigos de ética vigentes. La integración del enfoque contextual, en cambio, permite preguntarse por las "razones" o la "falta de razones" de las normas éticas.

Finalmente, el enfoque teórico procura la comprensión de la teoría moral como eje central de la enseñanza y el aprendizaje ético. En este sentido se introduce a los alumnos en la ética como una disciplina teórica, examinándose las claves de la teoría moral, los principios y conceptos para finalmente someterlos a una evaluación objetiva —en contraste con lo que ocurre en los dos enfoques anteriores, en donde la ética es vista como un aspecto de su propio comportamiento y de las relaciones interpersonales—. Las situaciones de la vida cotidiana son presentadas en términos de la aplicación de la teoría. El enfoque teórico presenta una larga tradición en la educación superior y es utilizado ampliamente en los departamentos de filosofía, al proveer a los estudiantes de una buena base para el estudio crítico de las cuestiones morales relativas a la disciplina, a la vez que permite el desarrollo de la capacidad del alumno para presentar argumentos razonados, coherentes y bien estructurados.

Más allá de la importancia de este enfoque, se advierte que un excesivo énfasis en la teoría, puede hacer que la ética parezca algo irrelevante y hasta inaccesible para aquellos estudiantes que tengan problemas en establecer la relación subyacente entre la teoría y su propia práctica cotidiana. Por último en el documento mencionado, también se reflexiona sobre el futuro del aprendizaje y la enseñanza de la ética en la educación superior.

Todos estos documentos pueden "bajarse" gratuitamente de la página de internet. También desde ella es posible acceder a otros *web links* en donde podrá encontrarse mayor bibliografía y otros materiales didácticos vinculados con el tema.

La experiencia acumulada por el proyecto "ETHICS" demostró que el sitio web ha sabido acomodarse perfectamente a las necesidades e intereses de usuarios noveles y experimentados. Asimismo, supo convertirse en una herramienta de trabajo de gran valor para que los profesores —cualquiera sea el nivel

de enseñanza en el que estén trabajando encuentren ayuda en la construcción y diseño de ingeniosos dispositivos didácticos que permitan a los estudiantes comprender a fondo los complejos asuntos que se suscitan actualmente en el discurso de la ética aplicada.

En la especial situación de los estudiantes de derecho, podemos también considerar que la discusión de cuestiones prácticas de esta naturaleza, puede sin duda ampliar los horizontes de interpretación de todos aquellos casos de derecho que presenten relaciones e implicancias con los contenidos éticos.⁵

⁵ De conformidad con lo aquí descrito, no puede dejar de señalarse que en los últimos años ha existido un creciente número de cursos que abordan contenidos éticos en el Ciclo Profesional. Orientado de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la U. R. A. Ta es son los casos de los cursos que se han venido ofreciendo en los últimos cuatro semestres, como " nociones de ética normativa", "Derecho y Bioética", "Análisis Bioético", "Ética y regulación jurídica", "Dilemas morales del siglo XXI", "Los Derechos peripatéticos de la Bioética", "Derecho Bioético", "Biotecnología, Biodiversidad y Derecho" y "Actus Bioéticos". En la mayor parte de estos cursos, se trabaja con casos hipotéticos y reales suscitados en el ámbito nacional e internacional.

Bibliográficas

the 1990s, the number of people in the UK who are employed in the public sector has increased by 1.5 million, from 2.5 million in 1980 to 4 million in 1995. The public sector has also become an important employer of women, with 1.5 million women employed in the public sector in 1995, compared with 1.2 million in 1980.

There are a number of reasons why the public sector has become an important employer of women. One reason is that the public sector has a high proportion of women in its workforce. In 1995, 75% of the public sector workforce were women, compared with 65% in 1980. This is due to a number of factors, including the fact that the public sector has a high proportion of jobs that are traditionally held by women, such as teaching, nursing, and social work.

Another reason why the public sector has become an important employer of women is that it has a high proportion of jobs that are part-time or flexible. In 1995, 25% of the public sector workforce were employed on part-time or flexible contracts, compared with 15% in 1980. This is due to a number of factors, including the fact that the public sector has a high proportion of jobs that are traditionally held by women, such as teaching, nursing, and social work.

A third reason why the public sector has become an important employer of women is that it has a high proportion of jobs that are well paid. In 1995, the average salary of a public sector employee was £18,000, compared with £15,000 in 1980. This is due to a number of factors, including the fact that the public sector has a high proportion of jobs that are traditionally held by women, such as teaching, nursing, and social work.

There are a number of other reasons why the public sector has become an important employer of women. One reason is that the public sector has a high proportion of jobs that are secure. In 1995, 85% of the public sector workforce were employed on permanent contracts, compared with 75% in 1980. This is due to a number of factors, including the fact that the public sector has a high proportion of jobs that are traditionally held by women, such as teaching, nursing, and social work.

Another reason why the public sector has become an important employer of women is that it has a high proportion of jobs that are well located. In 1995, 65% of the public sector workforce were employed in the London area, compared with 55% in 1980. This is due to a number of factors, including the fact that the public sector has a high proportion of jobs that are traditionally held by women, such as teaching, nursing, and social work.

A third reason why the public sector has become an important employer of women is that it has a high proportion of jobs that are well matched to the skills of women. In 1995, 75% of the public sector workforce were employed in jobs that required a degree or higher qualification, compared with 65% in 1980. This is due to a number of factors, including the fact that the public sector has a high proportion of jobs that are traditionally held by women, such as teaching, nursing, and social work.

There are a number of other reasons why the public sector has become an important employer of women. One reason is that the public sector has a high proportion of jobs that are well paid. In 1995, the average salary of a public sector employee was £18,000, compared with £15,000 in 1980. This is due to a number of factors, including the fact that the public sector has a high proportion of jobs that are traditionally held by women, such as teaching, nursing, and social work.

INVESTIGAR EN DERECHO
Ana KUNZ y Nancy CARDINAUX

Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA
 Buenos Aires, 2004

En el principio era el Verbo

Juan. 1:13.

La Facultad de Derecho de la UBA, a través de su Departamento de Publicaciones, acaba de editar un libro cuya lectura resulta tan amena como necesaria para quienes desarrollan alguna actividad relacionada con la investigación científica en el área jurídica: *Investigar en Derecho*, de Ana Kunz y Nancy Cardinaux,¹ especialistas de reconocida trayectoria en el área.² Entre sus posibles destinatarios se encuentran, pues, los investigadores, docentes, doctorandos, maestrandos o profesionales del ámbito jurídico en general, si bien una excesiva modestia de las autoras lo señala como referido básicamente a los alumnos (a menos que concibamos como tales a todos aquellos que continuán aprendiendo, más allá del rol que ocupan en relación con el mundo del derecho).

Decididamente, si la tarea de investigar en la disciplina que sea (y esto incluye al derecho) está teñida de subjetividades de todo tipo, no lo están menos las reflexiones que se suscitan en torno de esa práctica. El por cierto, los comentarios a estas reflexiones. El presente artículo no constituye una excepción. Así, hablaremos aquí de una manera algo caótica, pero fundada en la experiencia de haber investigado, aprendido y enseñado a investigar en el ámbito jurídico, de aquellos puntos del texto bajo análisis, que, por las razones que fueren, nos llamaron la atención. Nobleza obliga: inevitablemente, nuestra selección dejó muchos puntos afuera, y no por "falta de mérito". Como en el cine, ¡la novela original es mucho más interesante que lo que aquí se muestra!

¹ Cita completa: Kunz, Ana y Cardinaux, Nancy, *Investigar en Derecho. Guía para estudiantes y docentes*, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho-UBA, Buenos Aires, 2004.

² Ana Kunz es Socióloga y Jurista en su afición (Universidad de Belgrano). Es Investigadora Permanente del Instituto "Ambrosio L. Guja" y Profesora Adjunta regular de la Facultad de Derecho de la UBA, además de experta en Metodología de la Investigación Social y formadora de investigadores. Nancy Cardinaux es Abogada, Especialista en Sociología Jurídica y Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UBA). Es Profesora Adjunta regular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y de la Facultad de Derecho de la UBA.

El primer punto a destacar es que con este texto aparece, ni más ni menos, que el primer libro escrito en nuestro medio, **teniendo en la mira específicamente los aspectos epistemológico y metodológico de la Investigación Jurídica**. A esta circunstancia que merecería celebrarse por el simple hecho de haber ocurrido, es necesario sumar la feliz elaboración de una estética muy bella. En efecto, presenta una prosa que, lejos de fatigar al lector, especialmente teniendo en cuenta que los temas tratados no siempre admiten ser transmitidos mediante un estilo llevadero, logra atraerlo con recursos vulicos e inteligentes, tales como las pertinentes citas que preceden cada una de las partes en que el libro se divide, los riquísimos ejemplos tomados de investigaciones realizadas, los cuadros y resúmenes presentados y (last but not least!) las frecuentes complicidades y guiños entre las autoras y sus destinatarios, a menudo matizadas por un fino sentido del humor.

Dicho sea de paso, su oportuna aparición no es un dato casual. Es, precisamente recién ahora, en los albores del siglo XXI, cuando la ausencia de una sistematización del conocimiento alcanzado dentro del área de la investigación jurídica, empezaba realmente a molestar en los ámbitos académicos de nuestro país.

Hasta hoy, había, claro está, investigaciones en derecho, en torno de las cuales se hicieron sistematizaciones de diversa índole.¹ Sin embargo, muchos debates estaban aún pendientes, entre ellos el que giraba en torno de la necesidad o no de contar con un campo de conocimiento propio.

Uno de los mayores méritos de *Investigar en Derecho* es, precisamente, que no elude éste ni otros puntos en conflicto. Por el contrario, se hace cargo de los mismos, y, a tiempo que abre un sinfín de interrogantes acerca del quéhacer de esos "turistas de la cuda" que son los científicos, no deja de tomar partido.

Un párrafo crucial en este sentido es, a nuestro juicio, el siguiente:

(...) decimos que la metodología de la investigación socio-jurídica se nos aparece como un campo a construir. Para hacerlo, contamos con los cimientos, conformados por la metodología de la investigación de las ciencias sociales. A diferencia de quienes sostienen que es posible aplicar la metodología de la investigación de las ciencias sociales a la investigación de cuestiones que atañen al derecho, sin practicarsele adaptación alguna, profunduando muchas veces el ya hondo abismo

¹ Una de estas posibles clasificaciones las divide según su objeto de estudio en dos tipos: prevalecen entre las investigaciones jurídicas normativas centradas fundamentalmente en los textos legales, y las investigaciones socio-jurídicas, que analizan las prácticas de los operadores del derecho.

que se ha construido entre el mundo fáctico y el prescriptivo, consideramos que dicha metodología "informa" y hasta pone la piedra basal de la metodología de la investigación socio-jurídica. Pero de ninguna manera nos ahorra la tarea de diseñar una metodología propia que trascienda a la de las ciencias sociales para constituir un campo autónomo que permita el desarrollo de una ciencia del derecho en tanto fenómeno social prescriptivo (Kinz y Canossa, 2004: 13).

Solamente quienes han vivido (o más bien, vivido) la experiencia intrínseca de hacer investigación en derecho, pueden escribir en los términos en que lo hacen las autoras. Precisamente por ello, la experiencia de la investigación es rescatada una y otra vez a lo largo del texto. Se lo hace, además, a través de un sinnúmero de reflexiones donde queda claro que, aunque el pensar es fundamental, el propósito del texto va más allá: **es investigando como se aprende a investigar.**

A ello contribuye una cuidada e ingeniosa división del libro en capítulos, cada uno de los cua es est titulado mediante un verbo en infinitivo que tiene el propósito de "representar las acciones que un proceso de investigación conlleva; los títulos constituyen un llamado a la acción" (Kinz y Canossa, 2004: 15).

El primer capítulo se titula, sugerentemente, "Descubrir". En él, las autoras se van a concentrar en el momento clave de la investigación: el descubrimiento científico. No faltan en él alusiones a conceptos básicos de la epistemología y metodología de la investigación (disciplinas científicas, contextos de descubrimiento, justificación y aplicación, teorías científicas), ni por cierto, a los autores consagrados (Popper, Kuhn, Rorty, Habermas, Kuhn, etc.).

El capítulo 2, "Explicar", presenta distintos modelos de explicación científica, tales como el homológico-deductivo, hipotético-deductivo, probabilístico, funcional, estructural, sistémico, genético, etc.

Ya a partir del título, el capítulo 3 resulta clave en cuanto a la concepción de la investigación en las ciencias sociales y su distinción respecto de las ciencias físico-naturales. "Comprender". Lógicamente, en él se retoman algunas herramientas cruciales del quehacer de las así llamadas "ciencias del comportamiento", como por ejemplo la construcción de tipos ideales, para la explicación de los fenómenos de la realidad social. Consecuentemente, se impone aquí la alusión a autores como Dilthey, Weber, Schutz y Winch.

El capítulo 4 se concentra en las posturas epistemológicas de dos autores críticos fundamentales: los paradigmas y revoluciones científicas de Thomas Kuhn y los cinturones protectores y núcleos firmes de Imre Lakatos. No en vano, el título de este capítulo es, precisamente, "Criticar".

Las dos secciones subsiguientes son de índole metodológica. Suponemos que ambas serán de consulta obligada para todo aquel investigador que enfrenta el momento en el cual la hipótesis debe ser contrastada con la realidad empírica. "El dato" es, pues, el protagonista indiscutido de estos capítulos.

En el caso del capítulo 5, "Medir", se desarrollan los conceptos básicos de los métodos y técnicas cuantitativos más usuales en las ciencias sociales, y especialmente en el derecho, mientras que el capítulo 6, "Interpretar", hace lo propio con la metodología cualitativa. Así, se habla en ellos de la estructura de una hipótesis, las unidades de observación, las variables, la muestra y los distintos tipos de muestra (probabilística y no probabilística), las entrevistas, las encuestas, el trabajo etnográfico y de campo, el análisis del discurso (jurisprudencial, de noticias periodísticas), la triangulación, etc.

Finalmente, el capítulo 7 se titula "Defender", y tiene como objetivo explícito orientar al lector en la elaboración del trabajo final de tesis o tesina que acredita la conclusión de su carrera. En él, se distinguen los tipos de trabajo (monografía, ensayo, tesis, tesina), y se propone un modelo de plan de trabajo.

Es interesante destacar que, a diferencia de los otros capítulos, en éste se alude a las dificultades "concretas" que preocupan tanto a los alumnos como a quienes tenemos a cargo los cursos de metodología o los talleres de tesis, y que si bien son poco o nada académicas en su forma, hacen a la esencia de la investigación científica: qué tema elegir, qué problema o hipótesis formular, qué director elegir. Allí, las autoras se centran precisamente en esos puntos donde poco o nada puede ser dicho desde el lugar de la enseñanza metodológica y mucho desde la experiencia de la investigación.

En síntesis, esta *Guía para estudiantes y tesis*, con sus interrogantes y sus reflexiones, pero especialmente con su llamado a "la acción", viene a suplir un vacío en una disciplina que ahora sí comienza a ser construida. En nuestro medio, es el primer texto sobre *investigar en derecho*; auguramos que no será el último.

Andrea L. GASTRON¹

¹ Prof. Adjunta regular en el Área de Ciencias Sociales, Fac. de Derecho, UBA. Prof. Titular de Metodología del Derecho y del Taller de Tesis del Decanado en Derecho con orientación en Derecho Privado. UCEL.

DERECHO CONSTITUCIONAL
COLECCIÓN DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Alberto Ricardo DALLA VIA
 La Ley, Buenos Aires, 2002

I - Apuntes iniciales

La obra que nos ocupa fue elaborada por el Dr. Alberto R. Dalla Via, con el aporte de varios colaboradores de su cátedra de Derecho Constitucional en las Universidades de Buenos Aires y de Belgrano, así como de los Dres. Germán J. Bidart Campos y Miguel Padilla.

El tomo se inscribe en la Colección de Análisis Jurisprudencial publicada por Editorial La Ley. Esta serie, compuesta de volúmenes preparados por profesores con experiencia docente y versación técnica en las materias abordadas, quienes seleccionan los materiales incluidos y diseñan recursos para su mejor aprovechamiento por los alumnos (cuestionarios, notas explicativas, *vg.*), ha venido a ampliar la oferta de libros de casos disponibles. En materia constitucional, esta oferta había sido muy reducida hasta el año 2000.¹ En tal contexto, la aparición de un trabajo de las características del que habremos de comentar aquí resulta un hecho saludable y estimulante.

II - La obra ante la enseñanza del Derecho Constitucional

En el prólogo de la obra se explicitan -como suele ocurrir- los objetivos que se propusieron sus autores y -en este caso- a guisa de sus convicciones frente a la enseñanza del Derecho Constitucional. Estas definiciones merecen ser destacadas, porque iluminan las opciones realizadas a la hora de seleccionar los contenidos que integran el libro, de organizarlos y de darles tratamiento.²

¹ Cárneo, María Laura. "Mirar sobre los 'libros de casos' reconsiderados en el contexto del 'método de casos'", *Revista Académica* N° 7, págs. 13-41, 7 y 23.

² Cuando hablamos aquí de "dar tratamiento" a los materiales seleccionados, entendiendo que "materias" y "contenidos" son sinónimos, en este contexto nos referimos a la forma en la que ellos han sido incorporados al libro: lagos, énfasis, comentarios, etc.

Desde el mismo comienzo se nos dice que el libro que tenemos entre manos es un *manual*, destinado primordialmente a los alumnos que cursan la asignatura en las universidades de nuestro país. En esa línea, se nos advierte que el texto no agota el programa de la materia, sino que "representa un contenido mínimo como aporte de la cátedra".

Asimismo, se pone de manifiesto que el objeto del trabajo es "contribuir a la enseñanza del Derecho Constitucional a través del método de casos, como herramienta complementaria de los contenidos teóricos" (énfasis añadido). En relación con ello, el prólogo trae a colación la controversia vinculada al modo en que debe enseñarse la materia, que se plantearía entre dos posiciones antitéticas: aplicar el método de casos —como se hace en las universidades norteamericanas— o hacer hincapié "en la dogmática y en los contenidos teóricos, como se acostumbra en las universidades europeas y continentales". Ante la disyuntiva, opta por una postura intermedia, combinando ambas modalidades,³ en razón de que nuestro sistema jurídico abrevia tanto en fuentes norteamericanas —particularmente en materia constitucional— como en la tradición continental europea.

Si bien extenderse sobre esta cuestión excedería los límites de esta nota, el debate que deja planteado el Dr. Dalla Vía nos parece central. Hace ya algunos años el Dr. Julio Cuello Ria se quejaba de "la injustificada calma que existe en nuestro país, respecto de la técnica pedagógica de sus facultades de derecho".⁴ Desde 1958, en que se publicaron estas palabras, el panorama no parece haber variado mucho. Los cambios han consistido en un paulatino avance del método de casos y en la aparición de algunos libros de casos —como el que nos ocupa—, pero —al margen de ello y con pocas excepciones— no hay una discusión genuina y profunda sobre los sistemas de enseñanza del Derecho.⁵ Sin embargo, como lo señala el autor citado en último término, se trata de un asunto nodal.

³ "La enseñanza de la teoría constitucional y de la dogmática en cuanto al dominio de las categorías y contenidos de la materia debe combinar el estudio y razonamiento teórico con la aplicación práctica del derecho en la resolución de los casos" (Prólogo, p. XVIII).

⁴ "El Case Method" observaciones sobre la enseñanza del Derecho en los Estados Unidos", LL 71-1147.

⁵ No obstante, en las páginas de "Academia" este punto ha sido motivo de reflexión constante, y ciertamente ellas constituyen un ámbito propicio para intercambiar ideas acerca de este tema.

III - Estructura de la obra

El libro consta de una Introducción ("Vigencia del Estado y la Constitución") y ocho capítulos o bloques temáticos:

- I Supremacía y control
- II Poder constituyente y división de poderes constituidos
- III Federalismo.
- IV Democracia y participación
- V Régimen constitucional de los tratados
- VI Autonomía personal y orden público
- VII Derechos y garantías.
- VIII La restricción de los derechos: poder de policía y estado de necesidad.

La enumeración permite advertir que el libro abarca los aspectos fundamentales del Derecho Constitucional, tal como es enseñado actualmente en las universidades argentinas.

Paralelamente, cada capítulo presenta dos secciones: "Doctrinas y comentarios" y "Jurisprudencia". En la primera se recopilan tanto artículos que desarrollan los principales temas del capítulo como los comentarios a las sentencias más relevantes vinculadas con esos puntos, mientras en la segunda se hallan reunidos los fallos elegidos.⁶ Como lo explica el Dr. Dalla Via en el prólogo, esta dicotomía se vincula con la posición de los autores frente a la enseñanza del derecho, que -como quedó dicho- debe integrar teoría y práctica.

IV - Acerca de "Doctrinas y comentarios"

En esta sección se hallan artículos, notas a fallo e, inclusive, un fragmento del "Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina", de Juan Bautista Alberdi. Más allá de la heterogeneidad de los temas y los matices propios de la variedad de autores, estos textos presentan puntos en común, que dotan a la obra de coherencia interna y unidad.

Posiblemente, el más evidente de estos rasgos compartidos sea la preocupación docente que surta el libro de principio a fin, manifestada en el énfasis puesto en los fundamentos de la disciplina.

⁶ En rigor, ambas partes del capítulo no constituyen compendios estancos. Por el contrario, hay una fluida relación entre ellas, con remisiones y referencias constantes de una a otra. Un acabado ejemplo es el comentario al caso "Sojo" que incluye el texto mismo de la sentencia analizada (v. "El caso Sojo, de 1887" pp. 11-45).

Otra arista digna de mención es el lugar preponderante otorgado al derecho constitucional norteamericano, que es objeto de estudio en varios artículos específicos⁷ y cuyo influjo está presente en toda la obra. Esto, por cierto, obedece a que el derecho constitucional estadounidense fue y es fuente primordial del nuestro, como se recuerda en el prólogo. Pero creemos que también se debe a una decisión de los autores, quienes optaron por analizar el derecho constitucional del país del norte incluso en puntos en los que su impronta en Argentina es menos notoria.⁸

No obstante lo anterior, la tradición constitucional europea tiene igualmente su espacio, a través de frecuentes citas de estudiosos franceses, españoles, italianos o alemanes⁹ y — en menor medida — de jurisprudencia del Viejo Continente.

V - La jurisprudencia compilada y el criterio de selección

En este terreno — desde nuestro punto de vista — se encuentran los mayores aciertos del volumen.

Por una parte, se incluyen decisiones de tribunales extranjeros y supranacionales, como la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. — cuya doctrina es objeto de referencia permanente —, el Tribunal Constitucional Español y el Tribunal Arbitral del Mercosur.

En cuanto a los fallos de tribunales argentinos, hay un acentuado predominio de sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que componen la columna vertebral del libro. Desde luego, esto es producto de las características del Derecho Constitucional de nuestro país, que en gran medida es creación del más alto órgano jurisdiccional de la Nación. Sin embargo, la compilación no se detiene allí: comprende también resoluciones de los tribunales superiores de la Ciudad de Buenos Aires y de las provincias de Buenos Aires,

⁷ Por ejemplo, véanse los artículos "La influencia de la jurisprudencia estadounidense", p. 25; "El caso 'Brown v. Board of Education of Topeka' y la interpretación dinámica de la constitución" (p. 84) o "Actualidad de la jurisprudencia estadounidense sobre comercio interjurisdiccional" (p. 267).

⁸ Así ocurre, *vg.*, en el caso de "Financiamiento de las campañas electorales", examinado en dos comentarios a fallos de la Corte Suprema de los EE. UU. "Contribuciones y gastos en las campañas electorales, algunos aspectos constitucionales" (p. 389) y "Se amplía la legitimación en el derecho norteamericano, los electores pueden conocer el financiamiento de 'proceso electoral'" (p. 412). Otro ejemplo puede hallarse en "Actualidad de la jurisprudencia estadounidense sobre comercio interjurisdiccional" (p. 267), donde se pasa revista a la evolución de la doctrina del tribunal aludido sobre esta cuestión.

⁹ Esto es particularmente apreciable en los artículos escritos por el Dr. Dalla Yá.

Córdoba y Santa Fe, evidenciando así un saludable criterio federal. Análogamente, se encuentran en la obra fallos emanados del Jurado de Enjuiciamiento de la Nación, de la Cámara Nacional Electoral, de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 4, del Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2 y del Tribunal Colegiado de Familia N° 1 de Quilmes.

Desde otra perspectiva, es dable apreciar que la obra combina sentencias clásicas¹¹ con otras, más ligadas a temas de actualidad. De las últimas, citaremos a título de ejemplo algunas que resuelven conflictos relativos a la interrupción del embarazo en caso de anencefalia; a la fabricación, distribución y comercialización de la llamada "píldora del día después"; a la problemática electoral o al derecho de la integración.

Como puede verse, el elenco de fallos incluidos resulta muy abarcativo y muy diverso, tanto en lo referente a las cuestiones que tratan como a los órganos que los dictaron. En nuestra opinión, este sesgo "pluralista" del manual del que hablamos —que recoge variadas voces judiciales y por esa vía da cabida a distintos puntos de vista— constituye de uno sus mayores logros.

VI - El tratamiento de los materiales

Un aspecto fundamental de todo libro de casos es el modo en que da tratamiento a los materiales recopilados. Entre los recursos para la utilización de esos materiales, es evidente que en la obra se dio prioridad al encuadre teórico y al comentario de las resoluciones elegidas. Estos, a su vez, se centran en el marco histórico o jurídico en que se sitúan los fallos respectivos, y en la explicación de los problemas y argumentos principales que ellos desarrollan.

En contraste, los autores concedieron poca importancia a los cuestionarios, cuya escasez es manifiesta: sobre cincuenta y seis sentencias, sólo

¹¹ Entendemos por tales las que han marcado hitos en la evolución del Derecho Constitucional, y por lo tanto existe un consenso bastante generalizado respecto de su relevancia. Desde luego, ese acuerdo no equivale a unanimidad, y es posible —y beneficioso— discutir que fallos formen parte del "canon" y por qué razón lo. Girio, op. cit. en nota 1, p. 221. En relación con ello, cabe señalar que no se incorporaron a la obra algunas resoluciones que suelen considerarse integrantes de esta categoría: no están, por ejemplo, "Marbury vs. Madison", "Evilam v. Lantieri de Benshaw" ni "Sim". Sin embargo, estimamos que estas ausencias no obedecen a cuestionamientos ideológicos sino a motivos de orden práctico. Imaginamos que los autores prefirieron seleccionar materiales de acceso más dificultoso, suprimiendo por razones de espacio otros de indudable importancia, pero muy diluidos.

trece están acompañadas de preguntas." Análogamente, se advierte que, salvo algún caso aislado, los cuestionarios son breves «constan de entre y cuatro y diez preguntas» y más bien genéricos. Parecen diseñados para operar como un auxiliar mnemotécnico, orientado a que los destinatarios identifiquen y recuerden los puntos salientes del fallo. A nuestro juicio esta característica, sumada a la amplitud de los temas enfocados, limita la utilidad de la obra como medio para profundizar en los argumentos jurídicos contenidos en ella y para permitir que los usuarios desarrollen o perfeccionen los suyos.¹ Creemos que un mayor empleo de los interrogantes, a fin de mostrar los problemas insitos en las cuestiones abordadas, de estimular la búsqueda de soluciones alternativas o de fundamentos nuevos, hubiese potenciado las posibilidades del manual como herramienta pedagógica.

VII • Colofón

En síntesis, la obra comentada resulta muy completa, tanto por la multiplicidad de temas que aborda como por el conjunto de fallos seleccionados. Quienes se acercuen a ella podrán acceder a un rico panorama del derecho constitucional argentino, de sus raíces, de su evolución y de sus problemáticas centrales. Sin dudas, será una valiosa ayuda para alumnos, profesores y estudiosos.

Claudia M. Suárez Gallo*

¹ Los casos que exhiben cuestionarios adjuntos son: "Sojo" (pp. 43-45), "Archería al libertador" (p. 103), "Transportes Automotores Chevallier" (p. 37), "Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires" (p. 38), "Schneider" (p. 172), "Metrogas c/ ENRE" (p. 375), "Cafés La Virginia" (p. 377), "De Jaeger de Popwood" (p. 394), "Peralta" (p. 414), "Cuchía" (p. 466), "Oroni" (p. 469), "V. del Club Dreams" (p. 518) y "Anaria, Air de Maestros de la Provincia de Buenos Aires c/ Provincia de Buenos Aires" (p. 538).

² Vincent Busi ("Feaching Reasoning", Chicago Kent Law Review 1999, 47 CHLR 647) afirma que "al margen de la duración de las clases, los cursos y los libros de casos tienen que cubrir temas diferentes que hay poco tiempo para explorar, implicaciones o desarrollar críticas más allá de un nivel básico." Precisamente, nos parece que buenos cuestionarios, elaborados por profesores competentes cursos que prepararon los libros, ayudarían a cubrir este déficit. Análogamente, este autor señala que "las facultades de derecho enseñan efectivamente varias habilidades pero el análisis sostenido y la argumentación no están entre ellas." Esta observación puede aplicarse con justicia a las facultades de derecho argentinas. Se trata de una carencia sensible, si se tiene en cuenta que la argumentación es una de las actividades centrales del abogado (cf. Alenza, Manuel, "Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales", Isonomía N° 1, octubre 1994, México, págs. 31-48).

* Profesora Adjunta Interina de Elementos de Derecho Constitucional (Curso de Estudios Dirigidos) y Jefe de Trabajos Prácticos (Derecho Constitucional Profundizado y Procesal Constitucional), Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

ELEMENTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO
COLECCIÓN DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Tomás HUTCHINSON

La Ley, Buenos Aires, 2003

1. Introducción

La lectura de la *Colección de Análisis Jurisprudencial* para la asignatura *Elementos de Derecho Administrativo*, publicada por Editorial La Ley, cuya realización estuvo a cargo del profesor Tomás Hutchinson, hace recordar una reflexión de Tomás Ramón Fernández, formulada a la hora de intentar rescatar del olvido ciertas obras clásicas para acordar el estudio de la división de poderes: *"se escribe y se publica demasiado entre nosotros"*. En opinión del citado catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, la *"producción immoderada"* de literatura jurídica impide *"prestar la atención debida a los libros realmente importantes que reclaman por su calidad no solo la lectura, sino una detenida reflexión. Igual que los árboles no dejan ver el bosque en muchas ocasiones, los libros que se editan hoy por cientos y aun por miles en el ámbito universitario impiden descubrir aquellos pocos que necesariamente deben ser leídos y pensados o, incluso, releídos de tiempo en tiempo"*.¹ Hoy, además del importante número de obras sobre Derecho que pueblan los estantes de librerías y bibliotecas, resulta usual encontrarse con publicaciones tan sectoriales que prácticamente no tienen otros destinatarios que los exclusivos miembros de la correspondiente especialidad o vecinos de su geografía más inmediata.² Salvando las distancias entre la situación española de saturación que describe el autor citado y la argentina, parece oportuno recordar lo beneficioso de acudir a las obras clásicas para comprender cualquiera de los puntos de una materia tan extensa como el derecho administrativo.

De la misma manera, resulta de gran utilidad sumergirse sin intermediarios en la lectura de la jurisprudencia esencial que ha contribuido a la formación del derecho administrativo de nuestro país.

¹ *De la arborescencia de la Administración*. Civitas S.A., Madrid, 1974, p. 111.

² Pedro Fernández, José Luis, *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*, Cuadernos y Debates, n.º 65, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 86.

Desde ya que pretender destacar el valor de la jurisprudencia (o, mejor dicho, de la doctrina jurisprudencial) para abordar los contenidos básicos del derecho administrativo, no implica de ninguna manera desmoronar el incalculable aporte de los doctrinarios y tratadistas. El derecho administrativo argentino, en varios de sus contenidos, ha alcanzado un desarrollo que le ha valido un alto prestigio a escala internacional. En gran parte, ello se debe a la lucidez, dedicación e inteligencia de los grandes maestros de la especialidad que nos han legado una obra importante y perdurable.

2. El derecho administrativo y su cometido fundamental

En la Introducción de su obra *Derecho Administrativo*, el catedrático de la Universidad de París Prosper Weil afirma que: "[l]a existencia de un Derecho Administrativo es, en cierto modo, milagrosa. La actividad de los particulares está regulada por un derecho que se les impone desde el exterior y el respeto de los derechos y obligaciones que lleva consigo está bajo la autoridad y la sanción de un poder externo y superior: el del Estado. Pero resulta extraño que el Estado acepte voluntariamente considerarse obligado por la Ley".¹ Como sostiene García de Enterría, en el Estado de Derecho es la ley, en cuanto expresión no de un imperante, sino de la voluntad general, la clave de bóveda del derecho público y cuyo mandato toca a la Administración ejecutar como un poder vicario. Al lado de esa ley que atribuye potestades al Estado y lo organiza, se encuentran los derechos fundamentales del individuo, los derechos del hombre y del ciudadano, en la terminología revolucionaria.² Del cruce de estos dos principios —legalidad de la Administración y posición del ciudadano como sujeto de derecho y de libertades—, surgirá el derecho administrativo.³ La Administración, a partir de este diseño, tiene como finalidad esencial servir con objetividad los intereses generales "con sometimiento pleno a la ley y al Derecho" —como con simpleza se expresa en el art. 103.1 de la Constitución española—. Organizado desde el Derecho, el Estado debe actuar dentro de los ámbitos que el propio ordenamiento jurídico

¹ Cejas S.A. Madrid, 1986, p. 35 (la primera edición original de esta obra fue publicada bajo el título *Le Droit Administratif* en 1964, por Presses Universitaires de France con el nº 1151 de la colección *Que sais-je?*).

² Luego de la Revolución de 1789, la organización administrativa francesa creció. Y, lógicamente, también creció la necesidad de regular su actividad.

³ García de Enterría, Eduardo, Los ciudadanos y la administración: nuevas tendencias en derecho español. *Revista de Derecho Administrativo*, año 2, nº 4, Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 21.

de una manera previa le reserva. Y en la húsqueda del equilibrio armónico entre las prerrogativas públicas y las garantías individuales, con la finalidad de regular (a partir de una relación de Derecho y no de poder) la ineludible tensión entre el valor autoridad y el valor libertad que se genera cuando se relacionan el Estado y el ciudadano, se encuentra el derecho administrativo.

3. El valor de la jurisprudencia para el derecho administrativo argentino

Arribando —lentamente— al tema que es objeto de comentario, se puede traer a mención las palabras del doctor Julio César Cueto Rúa al prologar, hace ya varios años, otra "Colección de Fallos" publicada por Editorial La Ley: "*los casos decididos en el pasado por los jueces se transforman en una de las mas valiosas fuentes de información para elaborar predicciones acerca del probable comportamiento del juez al verse en la necesidad de resolver conflictos similares en el futuro*". Desde otra óptica, Holmes expreso hace tiempo que "*las proferias acerca de lo que los tribunales harán en concreto, y nada mas pretencioso que eso, es lo que yo entiendo por derecho*". Estas dos opiniones reflejan la relevancia que tiene en el ámbito universitario el estudio a través del sistema de casos.³

En lo que hace a nuestra materia, si se posa la mirada en Francia, directamente se asocia a un pronunciamiento del Tribunal de Conflictos (el caso "Blanco", del 8 de febrero de 1873), el nacimiento formal del derecho administrativo. Las decisiones del Consejo de Estado, como se sabe, fueron y son consideradas la piedra angular del derecho administrativo francés.⁴

En el campo del Derecho administrativo argentino, tradicionalmente caracterizado por un escaso desarrollo legislativo a escala nacional que contribuya a sistematizar sus contenidos principales —no existe en el ámbito nacional un Código Procesal Administrativo o Contencioso Administrativo—, la jurisprudencia —sin que sea necesario acentrase ahora en el debate acerca de su

³ Cuaderno de Fallos La Ley S. A., Buenos Aires, 993.

⁴ Holmes, Oliver Wendell, *The path of law*, ps. 407-408, 450 y 475, en *Collected Legal Papers*, Harcourt, Brace and Howe, New York, 1920, a. edito por Albert R. Blanch, en L. 1990, I, 1089.

⁵ Sobre la utilidad del método de casos para la enseñanza del derecho, véase G. de la Torre, *Notas sobre los libros de Casos y Controversias en el contexto del 'método de casos'*, Revista Académica, n.º 4, Buenos Aires, primavera 2004, II, 13 y siguientes.

⁶ Estos pronunciamientos se han agrupado en la clásica obra titulada "*Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*", Le Loutre Sirey, Paris, 1976, séptima edición.

calidad como "fuente de derecho", adquiere una importancia que puede calificarse de *fundamental*.¹⁰

La señalada situación de escasez en lo que hace al desarrollo legislativo en la órbita nacional, claro está, no impide que proliferen verdaderas "junglas normativas", conformadas por una inmensa cantidad de disposiciones, como los reglamentos administrativos y las resoluciones de carácter administrativo que sobre los aspectos más diversos dicta todos los días el Poder Ejecutivo —para corroborarlo es suficiente consultar el Boletín Oficial—. Pero varios de los grandes temas de derecho administrativo argentino permanecen al margen de la sistematización legislativa (algun intento se advierte en la actualidad en materia de regulación de los servicios públicos). Es cierto que el sistema judicial argentino (la escala nacional) colapsado en su cúspide y en sus conimientos por motivos diversos, también suele demorar varios años en concretar su *sentencia definitiva*, pero, aun así, los conflictos que los ciudadanos traen con el Estado con frecuencia parecen llegar antes a conocimiento de los estrados judiciales que a las bancas del Congreso. Véase lo ocurrido en nuestro país con la creación pretoriana del amparo judicial en el año 1957, cuando la CSJN se anticipa diez años a la legislación y casi cuarenta a la Constitución,¹¹ al pronunciarse en la causa "Ángel Sir".

Asimismo, si bien el derecho administrativo ha perdido gran parte de su originario carácter de "ius in fieri", toda vez que sus contenidos esenciales se encuentran consolidados y se trata de una rama del derecho que ya cuenta con sus instituciones y sus correlativos principios fundamentales,¹² sería un error creer que no existen zonas de su territorio que requieren ser visitadas a puntos

¹⁰ Muñoz, Gu. Herminio Andrés y García, Carlos Manuel, *Lecciones de Derecho Administrativo en su obra y trayectoria*, y Testimonios del Derecho Administrativo, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 108.

¹¹ Según Palmeo Hernández, "El género del denominado derecho público ha sido el más propicio a las labores normativas, donde la complejidad y dificultad en la tarea de simple creación normativa, llevada a cabo que solo una ajetada estirpe —por supuesto escasa— de juristas de otras ramas de sus más afiladas espadas recurre. Solo un escueto número de "hombres para el tal o cual" especial en el campo judicial, que genera, que mena, un doble comportamiento común: pretensión de generalización del ordenamiento en cuestión (en sus cursos frente de sus autos) automática de la casidumbre que se puede esperar a ella con la disposición generalizada del derecho, tratando de darse de más y más normas propias y sensadas de rechazo general ante el surgimiento de las necesidades normativas sectoriales", *ib. cit.*, p. 86.

¹² Balleu, Alberto S., *Control de Constitucionalidad*, t. 2, Abeper de Edición Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 199.

¹³ Fallos, 239, 459.

¹⁴ Muñoz Gu., Miguel S., *El Derecho Administrativo argentino*, hoy, en la obra colectiva del mismo título, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 17 y siguientes.

que merecen alguna reflexión. Y ello no podría ser de otra manera, desde que su propio objeto de estudio y regulación experimenta cambios permanentes. El Estado, según las épocas, sufre modificaciones en lo que hace a su organización, sus cometidos y a la manera de relacionarse con los ciudadanos. "Y la Administración es un producto histórico sustancialmente unido a la idea que, en cada momento, se tenga del Estado y que varía asimismo, según los fines que el mismo vaya asumiendo. Así, no es lo mismo la Administración del Estado por la que la del Estado liberal o la del intervencionista".¹⁴ Estos cambios, lógicamente, se reflejan con claridad en la jurisprudencia, a partir de la diferente clase de problemas que se llevan a conocimiento de los tribunales según la época. El Estado intervencionista, con su actividad, genera una clase determinada de conflictos. El Estado mínimo, con su abstención, podrá ser demandado ante los tribunales, pero tal vez por motivos distintos.

Hoy en día, también se debe destacar que hay ciertos pleitos de gran importancia que, en nuestro país, *no se llevan a conocimiento de la jurisdicción nacional*, a partir de la vigencia de mas de medio centenar de tratados de protección recíproca de inversiones aprobados durante la década de los años noventa del siglo pasado¹⁵ que disponen el arbitraje internacional para resolver diferendos vinculados con los servicios públicos, por ejemplo. Ocurre que para el estudiante de Derecho, es importante tomar conciencia de lo que *se aplica* como de lo que *no se aplica* del ordenamiento jurídico vigente, de lo que *se enseña* como de lo que *no se enseña* en las facultades, y de lo que *se puede resolver* como de lo que *no se puede resolver* ante los tribunales nacionales.

En definitiva, para comprender cabalmente muchos de los puntos que abarcan esta extensa materia —los presupuestos que generan la responsabilidad del Estado o lo concerniente a la habilitación de la instancia judicial para demandar al Estado ante los tribunales, por enunciar sólo dos ejemplos—, resulta indispensable explorar el patrimonio jurisprudencial argentino y familiarizarse con sus contenidos.

Como afirma Nieto, "la doctrina jurisprudencial consiste en una proposición jurídica afirmada en una o varias sentencias. Los jueces y tribunales se

¹⁴ Villar Palasi, J. L. y Villar Palasi, J. L. *Principios de Derecho Administrativo*, t. 1, 4 ed. (an. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999), p. 20.

¹⁵ V. Casar, José-Ovaldo, *Los mecanismos alternativos de resolución de controversias tributarias*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 259.

expresan en sentencias (que en su conjunto forman la jurisprudencia) y en el texto de una o varias sentencias se encuentran proposiciones jurídicas que son las que forman la doctrina: de la misma manera que dentro de un libro se encuentran proposiciones u opiniones que constituyen lo que – con deliberada generosidad – suele denominarse ‘doctrina científica o de los autores’. Confundir jurisprudencia y doctrina jurisprudencial es confundir el continente con el contenido (...). A veces sucede que una sentencia está redactada en términos tan precisos que su doctrina emerge directamente de la literalidad del texto. Esto no es lo ordinario, sin embargo, y de la misma manera que el intérprete ha de elaborar del texto de la ley una ‘norma’ legal, igualmente ha de elaborar del texto de una sentencia su doctrina”.¹⁷ Y en este sentido, al leer la *Colección*, también se recuerda lo sostenido por Luis María Díez-Picazo: “son los jueces que se apartan de la jurisprudencia los que, al final, hacen que esta progrese”.¹⁸

4. La Colección de Análisis Jurisprudencial

La obra puede verse como un verdadero programa de *Elementos de Derecho Administrativo con jurisprudencia*.¹⁹ También resulta valioso el aporte de los colaboradores del profesor Hutchinson al comentar las sentencias de manera sucinta. Tal vez uno de los mayores logros de la obra sea el orden expositivo en el que se han dispuesto los fallos seleccionados (aunque corresponde destacar que, a veces, un fallo puede tener relevancia para más de un tema del programa). Ello permite al lector navegar de manera coherente las profundas aguas del derecho administrativo argentino. La selección de los pronunciamientos, en un marco limitado por razones de espacio, parece irreprochable –también resulta acertada la exclusión de los resúmenes de las sentencias que contienen las revistas especializadas, pues ello obliga a su lectura completa–. Es evidente que la *Colección* pretende arrimar al lector los fallos fundamentales y tradicionales en la materia, pero también algunos menos conocidos.²⁰

¹⁷ Micró, Alejandro. “Valor legal y alcance real de la jurisprudencia”, en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 9 y 10 (UNED, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2002), p. 103 y siguientes.

¹⁸ Díez-Picazo, Luis M., *Regimen constitucional del Poder Judicial*, Civitas S.A., Madrid, 1999, p. 127.

¹⁹ El libro contiene casos del Poder ejecutivo administrativo federal, civil y comercial federal, de la CSJN de la justicia provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

²⁰ Oudo que el catálogo de sentencias incluidas en la *Colección* abarca un amplio espectro, sólo nos referiremos a algunas de ellas, a partir de lo que se ve que pretende ser simplemente ilustrativa y de ninguna manera exhaustiva.

El Capítulo I contiene una suerte de introducción ineludible para comprender el ámbito en el cual se desarrolla el derecho administrativo. En materias como "Derecho constitucional" o "Teoría del Estado", los alumnos comprenden el sistema de "división de poderes". Sin embargo, resulta necesario profundizar en el tema para comprender que, en realidad, los tres poderes del Estado realizan la llamada "función administrativa". En rigor, si se tiene en cuenta la sustancia de la actividad que desarrollan los poderes del Estado, se toma conciencia de que cada uno de ellos posee una función principal (el Congreso legisla, los jueces juzgan y el ejecutivo aplica la ley), pero también desarrollan, de alguna manera, las funciones restantes (el Poder Judicial, por ejemplo, resuelve juicios, pero también se administra y dicta reglamentos o acordadas, c. Poder Ejecutivo, aplica la ley pero también dicta normas de alcance general obligatorias como los reglamentos y resuelve controversias entre los particulares o entre los particulares y el Estado, mediante los llamados "tribunales administrativos"). Esta idea se aprecia en las sentencias recaídas en las causas "AHF", "Villar de Puenzo" y "Rodríguez Varela" (que abordan cuestiones vinculadas a la función administrativa del Poder Judicial y la posibilidad de su revisión judicial). También se refiere este capítulo al tema central de la revisión judicial suficiente a la que debe estar sometida la denominada actividad jurisdiccional de la Administración ("Fernández Arias").

En el Capítulo II se incluyen sentencias que ayudan a abordar el estudio de una de las fuentes más importantes del derecho administrativo: los reglamentos. La función reglamentaria del Poder Ejecutivo es de tal importancia por su envergadura, complejidad, variedad y efectos, que sería impreciso reducir la descripción de la actividad de esa rama del gobierno a una mera "ejecución de la ley". Especial referencia se hace a la delegación legislativa con la inclusión de tres fallos emblemáticos ("Delfino", "Mouviel" y "Coulthart"), imprescindibles para entender la dimensión de esta herramienta excepcional con anterioridad a la reforma constitucional del año 1994.

También se encuentra allí el conocido fallo "Peralta", mediante el cual la Corte, el 27/12/90, convalidó la utilización de otra herramienta de excepción que posee el Poder Ejecutivo: los decretos de necesidad y urgencia (DNU). Este caso fue determinante para que, en el año 1994, se incluyera una regulación de los DNU en el ámbito constitucional (art. 99 inc. 3º, CN). La emergencia invocada en el año 1990 en el caso "Peralta" para justificar el dictado de los DNU,

aparentemente, todavía continua. Para intentar comprender la posición de la Corte en relación con las atribuciones que el Estado posee para reglamentar los derechos de los ciudadanos durante la emergencia, véase también "Smith", "San Luis" y el reciente "Bustos". El caso argentino es especial, dado que la situación normal, al menos en los últimos años, es la de emergencia.

Resultan de gran interés los fallos recaídos en las causas "Video Club Dreams" —verdadero *leading case* en materia tributaria, posterior a la reforma del año 1994, que confirma la sentencia de Cámara que había invalidado la extensión del hecho imponible a una situación no prevista por el legislador, instrumentada por dos DNU—, "Verrocchi" —supresión de asignaciones familiares mediante DNU— y "Guida" —reducción de remuneraciones de agentes públicos por la vía del DNU—. En todos estos pronunciamientos, se aprecia con claridad el alance con el cual la Corte ejerce el control jurisdiccional respecto de la utilización de estos decretos por parte del PEN. En este Capítulo debe resaltar-se la inclusión del interesante "Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos", pues nos permite apreciar de qué manera la Corte ejerce el control de un acto administrativo dictado en ejercicio de facultades discrecionales, a partir del examen de los elementos reglados que todos los actos administrativos poseen.

El Capítulo II incluye jurisprudencia sobre organización administrativa. Por ejemplo, se destaca aquella vinculada con el debate sobre el *status* constitucional de los municipios y el alcance de sus atribuciones ("Municipalidad de Rosario"). También se puede abordar la cuestión de la autonomía universitaria y sus límites ("Ministerio de Cultura y Educación v. Universidad Nacional de Luján" y "Universidad Nacional de Córdoba v. Estado Nacional").

¿Cómo comprender realmente la atribución que posee el legislador para reglamentar de manera razonable los derechos de los ciudadanos sin recurrir a la jurisprudencia de la CSJN? La Colección incluye en el Capítulo VI el tradicional caso del "Cine Callao". También resulta útil en este punto el fallo "Peralta", ya mencionado. En materia de poder de policía, existen muchísimos fallos interesantes para leer. Entre los más conocidos se encuentran: "Plaza de Toros", "Los Saladeristas" —aspirativos de la etapa en que se concebía un poder de policía limitado a regular materias relacionadas con la seguridad, salubridad y moralidad pública—, "Ercolano" —exponente del cam-

bro que se da en la jurisprudencia a raíz de la adopción de un concepto mucho más amplio de poder de policía—, "Avico" e "Inchauspe", entre otros. Un fallo muy actual que se encuentra en este Capítulo es "Del Piero", de la justicia en lo contencioso-administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Se trata de una sentencia recaída en una acción de amparo mediante la cual el actor cuestionó el acto administrativo de la Dirección General de Educación Vial y Licencias del GCBA que le había denegado la renovación de su licencia de conductor profesional por poseer antecedentes penales. El fallo es importante desde el punto de vista procesal (por la referencia a la idoneidad del amparo para cuestionar un acto administrativo considerado ilegítimo) y también debido al desarrollo que se realiza sobre el fondo de la cuestión debatida, vinculada con la reglamentación del derecho a trabajar.

El Capítulo VIII se dedica al acto administrativo, la "célula motora" de la actividad administrativa. Como sostiene Perrero, *"la teoría del acto administrativo y, en especial, el régimen de su invalidez sufren significativas modulaciones con relación a los principios del Código Civil que justifican una regulación autónoma... gravita a tal efecto la presunción de legitimidad, que en el orden federal consagra en forma expresa el art. 12 de la ley N° 19.549, y según la cual los actos se presumen dictados de conformidad con el ordenamiento jurídico"* (presunción *iuris tantum*). De allí que no sea posible aplicar en el ámbito del derecho administrativo las disposiciones del derecho privado sobre nulidades en forma directa o supletoria, sino que resulta necesario realizar un proceso de adaptación a través de la analogía ("Los Lagos"). Gran parte de los aspectos relevantes del régimen jurídico del acto administrativo en nuestro país fue explicado, primero, por la doctrina y la jurisprudencia, y luego por la regulación positiva. Por ejemplo, el desarrollo jurisprudencial que se realiza sobre la cuestión de la estabilidad del acto administrativo ("Carman de Carón", del año 1936), más tarde será receptado en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 —LNPA—, del año 1972. Según la LNPA, para que sea válido, un acto administrativo debe reunir ciertos elementos esenciales, que hoy se encuentran enunciados en su art. 7°. La inclusión de aspectos de derecho sustantivo en una ley de procedimientos es usual en nuestro derecho

²¹ Perrero, Pablo E., *Teoría de la invalidez del acto administrativo*, en *Acto Administrativo y Regimiento* (BAE, Buenos Aires, 2002), p. 104.

administrativo y no debe pasar desapercibida pues, tanto a nivel local como nacional, se advierte en la actualidad que las regulaciones específicas sobre la materia, más allá de su denominación, incursionan en temas que sobrepasan largamente los aspectos adjetivos, formales o de rito. Como se dijo, el régimen jurídico del acto administrativo (un tema de derecho sustantivo, no de rito) antes de la LNPA se delineó a partir de la doctrina y de la jurisprudencia. Luego de la LNPA, también ha sido la jurisprudencia quien ha tenido el rol fundamental de interpretar su contenido y alcance a la hora de resolver en los casos concretos para determinar, por ejemplo, si un acto administrativo era legítimo o ilegítimo ("Sola"); si la potestad revocatoria de la Administración se había ejercido de manera correcta o incorrecta ("Pustelnik" y "Iurlotti"); si la impugnación de los actos administrativos prevista en los incisos a) y b) del artículo 23 de la LNPA, dictados durante la ejecución de un contrato de la administración, estaba o no sujeta al plazo establecido por su artículo 25, o si era o no admisible la acción de cobro de pesos o indemnización de daños sin impugnar, dentro del plazo del citado art. 25, la legitimidad del acto administrativo que desestimaba la misma pretensión o cuyo contenido excluía el pago de lo reclamado (v. plenario "Petracca", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, del 24/4/86). La CSJN incluso ha interpretado de forma dinámica la ley para terminar innovando en la materia ("Almagro").⁴

Los Capítulos XI y XII se ocupan de ilustrar los aspectos sobresalientes del procedimiento administrativo (que se desarrolla en sede administrativa) y del proceso administrativo (que transcurre en sede judicial). El Estado se desenvuelve en el marco de un régimen jurídico exorbitante. Así, entre sus privilegios, se destacan la presunción de legitimidad de los actos que emite (aspecto tratado en el capítulo referido al acto administrativo) y la posibilidad que tiene de revisar sus propios actos antes de que se lo demande ante los tribunales de justicia. En pocas palabras, un ciudadano que desea demandar al Estado argentino, en principio, debe antes "agotar la vía administrativa", a través de la utilización de los recursos administrativos o del reclamo administrativo previo —según la pretensión—, previstos en el ordenamiento. Luego, y dentro de un plazo específico (contenido en el art. 25 de la LNPA), puede iniciar la acción

⁴ Fallos 421:169.

judicial. El estudio de los presupuestos procesales para demandar al Estado ante los tribunales judiciales es una cuestión fundamental (al respecto, la Colección incluye fallos importantes, como "Serra", "Gorordo", "Tajes" o "Gypobras"). Para describir la confusión que muchas veces predominó sobre estos precisos aspectos de la materia que nos ocupa, Muñoz supo titular un estudio sobre el asunto como *"El enigma de la habitación de la instancia"*.²¹ No debe olvidarse que, en un principio, en nuestro país se debatió arduamente acerca de la posibilidad o imposibilidad de demandar al Estado Nacional en juicio. Fue finalmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación la encargada de elaborar, a partir de su jurisprudencia —por momentos vacilante—, los lineamientos generales sobre el punto. Hasta que en el año 1900 se dictó la ley N° 3.952. La Constitución de 1853-60, en su artículo 100 (actual 116), estableció que corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución (...) y "de los asuntos en que la Nación sea parte". No se aclaraba en el Texto Fundamental si se trataba de los asuntos en que la Nación era parte actora, parte demandada o parte actora y demandada. Así, al momento de dictar la ley N° 48 —que reguló la jurisdicción de los tribunales nacionales—, los legisladores no se pusieron de acuerdo y resolvieron mantener la expresión utilizada por el constituyente, para que la Corte decidiera la cuestión. Así, en la causa "Vicente Seste y Antonio Seguich c. Gobierno Nacional", sentencia del 25 de septiembre de 1864 (Fallos: 1:317), el Alto Tribunal sostuvo que el gobierno de la Nación no podía ser demandado sin su expreso consentimiento ante los tribunales nacionales. Otra referencia importante de aquel período es la sentencia dictada por la Corte con fecha 1° de julio de 1865, en la causa "El doctor D. Juan Carlos Gómez, en representación de su hermano José Candido, en demanda contra la Nación" (Fallos 2:36). La evolución del instituto del reclamo administrativo previo como solución para poder demandar en juicio al Estado y su utilidad (o inutilidad) posterior, también resulta un aspecto central de la materia que merece atención.²²

²¹ Muñoz y García, *ob. cit.*, p. 533.

²² Muñoz, Guillermo, *El reclamo administrativo previo* L., 1988-A, 1048 y Gálvez, Juan Octavio, *El proceso administrativo en el orden nacional argentino —origen y evolución—*, en la obra colectiva *Derecho procesal administrativo*, reeditada en homenaje al profesor Jesús González Peter, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, T. I, p. 29 y siguientes.

Por último, el Capítulo XIV se destina a un tema en el cual, según la opinión general, la jurisprudencia ha tenido un protagonismo determinante ante la falta de normas de Derecho público (al menos en el ámbito federal): la responsabilidad del Estado.⁴⁵ La evolución sobre esta relevante cuestión, en buena medida, debe buscarse en las sentencias incluídas en la Colección. El desarrollo jurisprudencial aludido se advierte con nitidez, por ejemplo, a la hora de identificar los presupuestos que generan la responsabilidad aquiliana del Estado. En la causa "Tomas Devoto" (año 1933), la Corte se apoya en la responsabilidad del principal por la actividad negligente de sus dependientes, con mención expresa de los arts. 1104 y 1113 del Código Civil, sorteando de esta manera la prohibición contenida en el art. 43 del mismo Código que, según la redacción anterior a la ley N° 7.711, impedía ejercer acción civil o criminal por incriminación de daños contra las personas jurídicas. Años después, en el caso "Ferrocarril Oeste" (1938), el Máximo Tribunal, hace aplicación de los arts. 1102 y 1113 del Código Civil, destaca la conducta culposa del personal, pero introduce la noción de "falta de servicio" como factor de atribución. El reconocimiento de una responsabilidad estatal objetiva y directa como consecuencia de una "falta de servicio" se manifiesta en forma expresa en el año 1984, a partir del caso "Vadell", centrando el Alto Tribunal exclusivamente el fundamento de la responsabilidad en el art. 1102 del Código Civil. La Corte desplaza a la culpa como factor de atribución y ninguna mención realiza sobre aquella responsabilidad de tipo indirecta o refleja utilizada en "Devoto".

5. Conclusión

La iniciativa de elaborar y publicar una *Colección de Análisis Jurisprudencial* para la asignatura *Elementos de Derecho Administrativo* resulta valiosa por la utilidad práctica de contar con una recopilación actualizada de pronunciamientos judiciales que, a partir de una organización metodológica clara, permite acercarse con certeza a los distintos temas que integran la vasta materia que nos ocupa. La obra está destinada a trascender, pues la función de los jueces no es hacer doctrina, ni pedagogía, sino resolver los conflictos concretos que ante ellos se plantean.⁴⁶ La confrontación con la

⁴⁵ V. Cuscor, Juan Carlos, *Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, en *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 24 y sus notas.

⁴⁶ Miter y Guzmán, ob. cit., p. 275.

realidad a la que nos obliga el estudio de una sentencia resulta, por lo general, enriquecedora, al dejar de lado las discusiones abstractas, se puede tomar contacto de manera directa con los conflictos que condujeron a las personas a los tribunales de justicia (a raíz de que no pudieron o no quisieron resolver su diferendo de otra manera),¹² con la finalidad de que un sujeto imparcial e independiente, investido con la potestad jurisdiccional, determine de manera irrevocable el Derecho en el caso concreto. Lejos de forcejeos doctrinarios, el presente ejemplar de la *Colección* ofrece a los alumnos –y también a profesores, funcionarios, profesionales, magistrados y a cualquier interesado–, la posibilidad de acceder con comodidad a un importante número de decisiones judiciales que han resultado decisivas para la configuración del derecho administrativo argentino.

Juan Octavio GALNA (x)

¹² Cfr. O. Gal, *La Corte en el estrado*.

the 1990s, the number of people in the UK who are aged 65 and over has increased by 1.5 million, and the number of people aged 75 and over has increased by 1.1 million (Office of National Statistics 1999). The number of people aged 85 and over has increased by 0.5 million.

There is a growing awareness of the need to address the needs of the ageing population. The Department of Health (1999) has published a strategy for ageing, which sets out the government's commitment to improve the lives of older people. The strategy is based on three main principles: (1) to ensure that older people are able to live independently and actively; (2) to ensure that older people are able to access the services and support they need; and (3) to ensure that older people are able to participate in the life of their communities.

The strategy is based on the following assumptions: (1) that older people are a diverse group with different needs and interests; (2) that older people are able to live independently and actively; (3) that older people are able to access the services and support they need; and (4) that older people are able to participate in the life of their communities. The strategy is based on the following principles: (1) to ensure that older people are able to live independently and actively; (2) to ensure that older people are able to access the services and support they need; and (3) to ensure that older people are able to participate in the life of their communities.

The strategy is based on the following principles: (1) to ensure that older people are able to live independently and actively; (2) to ensure that older people are able to access the services and support they need; and (3) to ensure that older people are able to participate in the life of their communities. The strategy is based on the following principles: (1) to ensure that older people are able to live independently and actively; (2) to ensure that older people are able to access the services and support they need; and (3) to ensure that older people are able to participate in the life of their communities.

The strategy is based on the following principles: (1) to ensure that older people are able to live independently and actively; (2) to ensure that older people are able to access the services and support they need; and (3) to ensure that older people are able to participate in the life of their communities. The strategy is based on the following principles: (1) to ensure that older people are able to live independently and actively; (2) to ensure that older people are able to access the services and support they need; and (3) to ensure that older people are able to participate in the life of their communities.

The strategy is based on the following principles: (1) to ensure that older people are able to live independently and actively; (2) to ensure that older people are able to access the services and support they need; and (3) to ensure that older people are able to participate in the life of their communities. The strategy is based on the following principles: (1) to ensure that older people are able to live independently and actively; (2) to ensure that older people are able to access the services and support they need; and (3) to ensure that older people are able to participate in the life of their communities.

The strategy is based on the following principles: (1) to ensure that older people are able to live independently and actively; (2) to ensure that older people are able to access the services and support they need; and (3) to ensure that older people are able to participate in the life of their communities. The strategy is based on the following principles: (1) to ensure that older people are able to live independently and actively; (2) to ensure that older people are able to access the services and support they need; and (3) to ensure that older people are able to participate in the life of their communities.

CASOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL
COLECCIÓN ACADÉMICA

Lidia M. R. Garrido Cordobera

La Ley, Buenos Aires, 2004

1- Introducción

En este breve escrito pretendo reseñar el libro "Casos de Responsabilidad Civil", recientemente aparecido, reflexionando a la vez sobre los problemas teóricos del derecho de daños y la utilidad del método de casos para avanzar en la construcción de una doctrina jurídica consistente.

La Profesora Dra. Lidia M. R. Garrido Cordobera nos ofrece el primer libro de casos de responsabilidad civil de la Argentina. La obra está marcada por un profundo enfoque pedagógico. Contiene una selección de fallos sobre diversos temas de actualidad como el derecho a la indemnización, la prevención de daños, los intereses difusos, el daño colectivo y el daño particular, la responsabilidad del Estado, la asunción de riesgos y el deber de seguridad entre varios otros. Además, incluye artículos y ponencias de la autora —a los que haré referencia más adelante— en los que, sin intervenir en el tratamiento de los casos, se establece una posición teórica sobre varios de los tópicos mencionados.

En lo que hace a los casos, cada fallo está acompañado por un breve comentario que sirve de guía a los estudiantes y una serie de consignas de trabajo y actividades para realizar en coordinación con el docente. Los cuestionarios apuntan a que el alumno logre extraer los conceptos jurídicos fundamentales utilizados en la decisión y, tras analizar todos los fallos, pueda tener una visión general del sistema de reparación de daños. Por otra parte, las actividades propuestas por la autora consisten, en primer lugar, en analizar el fallo conforme a las pautas de los marcos definidos al comienzo de la obra. Los marcos son tres: a) el fáctico; b) el lógico y normativo y c) el axiológico. El trabajo dentro del marco fáctico requiere que el alumno estudie los hechos del caso y distinga las cuestiones relevantes de las irrelevantes. El marco lógico y normativo implica el análisis legal y conceptual del fallo. Así, el alumno debe desarrollar y relacionar los temas discutidos en la sentencia y la normativa aplicada. Por último, el marco axiológico tiene por objetivo que el

¹ Grupo Cordobera, Lidia M. R. *Casos de Responsabilidad Civil*. La Ley, Colección Académica, 2004.

alumno reconozca en el discurso judicial las valoraciones fundantes del fallo. Finalizado el trabajo conforme a las pautas de los marcos, se debe continuar con la adopción de los roles de los abogados de ambas partes para luego elaborar un decisivo fundamentado. En oportunidades también se recomienda la comparación del fallo en estudio con otro de los incluidos en el libro.

En general, el método de casos promueve la participación activa de los estudiantes a través del debate y la deliberación. A la vez desarrolla la expresión oral del alumno y su capacidad argumentativa, lo que resulta fundamental para distinguir las buenas de las malas razones brindadas en la confrontación de ideas.³ Asimismo, estimula el pensamiento haciendo que el alumno traspase los límites de los hechos que le son presentados, elabore alternativas, reorganice los conocimientos teóricamente ordenados en función de la solución del caso⁴ y adquiera la habilidad de resolver problemas.⁵ Por la forma en que está estructurado y la calidad del material seleccionado no tengo dudas de que este libro puede cumplir con todos estos objetivos, siendo de gran utilidad también para todo docente que pretenda innovar incorporando este método de enseñanza en sus cursos.

Otra razón para celebrar la aparición de este libro es que creo que el método de casos puede servir para solucionar algunos problemas de fondo de la teoría de la reparación de daños. En el punto siguiente señalaré cuáles son los problemas que según mi opinión impiden que la doctrina del derecho de daños sea sólida y consistente. En la conclusión explicaré el modo en que entiendo que el método de casos puede contribuir a mejorarla.

2- Reflexiones en torno a la teoría del derecho de daños

La responsabilidad civil como materia —se ha dicho— se encuentra en un estado lamentable.⁶ En la jurisprudencia reina la confusión de conceptos. Muchas veces con la intención de *hacer justicia* los jueces y juristas echan mano a argumentos insostenibles que la mayoría acepta a falta de soluciones más convincentes.

³ Cárdeno, Laura. "Notas sobre los libros de casos reconsiderados en el contexto del método de casos." Academia, año 1, N° 2, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, 2003, pp. 18-19.

⁴ Cousselet, Werner. "El análisis de casos como elemento imprescindible de la enseñanza jurídica." Academia, año 2, N° 4, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, 2004, p. 130.

⁵ La resolución de problemas fue identificada como la más importante de las habilidades que un abogado debe adquirir. Ver Narasim, Stephen. "Desarrollando habilidades para resolver problemas legales." Academia, año 1, N° 2, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, 2003, pp. 24-35.

⁶ Lutz, André. "Le visage actuel de la responsabilité civile dans une perspective de droit comparé." en *Developpements récents du droit de la responsabilité civile*, Luzzo, 1992, citado por Lorenzo Baranda Lutz, *La responsabilidad civil, la ley 2017/03*.

tes. Las ficciones jurídicas terminan ocupando el lugar de los conceptos teóricos. Así, por ejemplo, se recuerda frecuentemente la observación de Saleilles cuando los juristas debieron decidir los casos de incendios producidos por las chispas de los ferrocarriles: "era un suceso incógnito y lo resolvieron con la ficción de la culpa, pero de la manera más justa posible".⁶ La doctrina jurídica se fue construyendo en base a estas ficciones, que en su nacimiento seguramente proyectaban una imagen de justicia, pero con el tiempo degeneraron en capas y capas de normas, principios y reglas cuya justificación oculta conceptos total o parcialmente inaceptables. El principal peligro de las ficciones es su natural extensión más allá de su alcance original creando una fachada de justificación para reglas que en algún punto pueden herir nuestro sentimiento de justicia.⁷ Cuando se llega a esta situación comienza la lucha para cambiar el derecho. Algunos intentarán mantener la ficción, y otros destruirla. Sin embargo, si una ficción inconveniente es reemplazada por otra ficción actualizada nada se avanza. El verdadero avance de la doctrina se da cuando el jurista puede formular conceptos y proponer reglas que sirvan a objetivos claros, bien definidos de antemano.

La responsabilidad civil ha evolucionado enormemente en los últimos años. Basta recordar la primera línea de la tesis doctoral de Attilio Alterini, de 1969: "La reparación de daños, fruto de la responsabilidad jurídica en el ámbito civil, comporta una forma de sanción".⁸ La doctrina ha sufrido un cambio radical y, en todo caso, la sanción ha pasado a ocupar un lugar secundario en la teoría general de la reparación de daños, subordinado a otros objetivos principalmente relacionados con la eficiencia económica. Prácticamente no hay texto sobre este tema que no cite —y yo no seré la excepción— los famosos artículos de Yvonne Lambert-Falvre y José María López Olaciregui. Lambert-Falvre explica "la evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización",⁹ es decir, el cambio de óptica que llevó al progresivo abandono de la culpa como primer factor de atribución y la adopción de una responsabilidad basada en factores objetivos. Por su parte, años antes, el artículo de López

⁶ Guichard, Isidore, "Impacto tecnológico y manifestación social en el derecho", II, 1989-E-871, citado por Gastón Cerquera, Lidio M. R., "Las conductas del Derecho" en *Casos de Responsabilidad Civil*, La Ley 2014, p. 132.

⁷ Sobre las ficciones en el derecho, ver Muir, Enrique, *La teoría de las ficciones*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA, EUDEBA, Buenos Aires 2012, pp. 179-184.

⁸ Alterini, Attilio, *Responsabilidad Civil. Límites de la reparación civil, segunda edición*.

⁹ Lambert Falvre, Yvonne, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, París, 1982, I, reproducido en castellano en *Antfuq*, Attilio-José Cerquera, Roberto, *Derecho de Daños*, La Ley, 1992.

Olaciregui precisaba algunas ideas fundamentales para entender la responsabilidad civil y el camino que ella habría de seguir hasta ahora. El autor observó que el sistema de reparación de daños tiene por objetivo evitar los daños injustos mediante reglas de justicia y equidad. Un daño puede ser injusto por haber sido injustamente causado o por ser injusto que lo soporte quien lo recibió. Una parte del sistema está formada por reglas que sancionan pero otra parte por reglas que distribuyen el costo de los accidentes. Por ello, es incorrecto concebir a la teoría del responder como un capítulo de la teoría de la ilicitud.¹⁰

Evidentemente ha variado la actitud ante el fenómeno de los daños. Se da menor relevancia a la conducta del agente dañador, a la antijuridicidad o a la culpabilidad, y la sanción ya no es el objetivo primario del sistema. Por el contrario, el enfoque es ahora sobre la víctima del accidente y los esfuerzos se dirigen a lograr la reparación del daño. Para ello se apela a valores como la solidaridad social y a instituciones como el seguro, que no excluyen la responsabilidad del obligado sino que concurren con ella.¹¹ Los factores de atribución se relacionan con el riesgo introducido en la sociedad por las cosas de las que nos servimos o las actividades que realizamos (*riesgo creado*), el beneficio económico recibido (*riesgo provecho*), el deber de garantía y la equidad.

Esta nueva visión de la responsabilidad por daños tiene perfecto sentido en un mundo complejo en el que los accidentes se han multiplicado, la violencia ha aumentado significativamente y el agente dañador no es fácilmente identificable, ya sea porque —como señala Garrido Corcobera en el libro que estoy comentando— se mantiene anónimo en las conductas sociales¹² o porque en cierta categoría de daños modernos la causalidad es difusa.

Hay generalmente acuerdo en que los ejes centrales de un buen sistema de responsabilidad son la unificación de las órbitas contractual y extracontractual, la prevención del daño, la dilución del requisito de antijuridicidad y la expansión de la responsabilidad objetiva.¹³ Sin embargo, la doctrina ha avanzado muy poco al

¹⁰ Lema Olaciregui, José María, "Esencia y fundamento de la responsabilidad civil", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 1, N.º 61, 1978, publicado nuevamente en *Responsabilidad Civil y Seguros*, año 1, N.º 1, 1999.

¹¹ Auzanin, Armin, *Controversias actuales de la responsabilidad civil*, Apellido-Perron, p. 35.

¹² Garrido Corcobera, Lidia M. R., "Las conductas del derecho", en *Casos de responsabilidad civil*, La Ley, 2004, p. 131.

¹³ Estos son los ejes en los que se apoya el Proyecto de Código Único Civil y Comercial de 1998, aunque agrega la limitación cuantitativa de la responsabilidad. No la incluyo como eje central por estar su conveniencia fuertemente debatida. Ver Fundamentos del Proyecto, Título IV, punto 259.

momento de teorizar en esta materia. Los elementos descriptos en los párrafos anteriores no constituyen una teoría, sólo son buenos argumentos para que en ciertas ocasiones algo en deba cargar con un daño.

Se dice usualmente que la responsabilidad civil apunta ahora a la causalidad.¹⁴ Ello no agrega demasiado teniendo en cuenta que la relación de causalidad es un problema que no ha podido ser resuelto por los filósofos más importantes de la historia. Pero, dejando ello de lado, la relación causal está regulada en los arts. 904 a 906 del Cod. Civil, en el capítulo de los hechos y actos jurídicos, y define el grado de proximidad en base a la previsibilidad o al hecho de haber previsto la consecuencia. Ello significa que se sigue basando en la voluntariedad de la acción, porque quien previó y actuó, quiso el resultado. No veo que por ahí esté la respuesta a los problemas del derecho de daños.

Por otra parte, si la antijuridicidad de la conducta deja de ser relevante al momento de imputar responsabilidad y lo único importante es la relación causal, tenemos un serio problema para explicar por qué ciertos actos lícitos que producen daños no traen como consecuencia jurídica el deber de reparar. Por ejemplo, tomemos el caso de los daños que un competidor le ocasiona a otro en el mercado. Supongamos que la captación legítima de clientela termina llevando a la bancarrota, ¿por qué, si lo único relevante es haber causado el daño, no está obligado a reparar el comerciante exitoso? Este ejemplo parece ridículo en su planteo, pero analizando la cuestión desde el nuevo paradigma de la responsabilidad y con las herramientas de las que disponemos es imposible justificar esta excepción al deber de reparar. La respuesta no puede ser ya que el comerciante no está realizando un acto ilícito o que tiene derecho a llevar adelante su actividad, porque obviamente al quedar al margen el requisito de antijuridicidad deja de ser una excusa válida para no responder. Podría decirse entonces que el perjuicio sufrido por el comerciante quebrado no es un "daño" sino una pérdida que debe soportar. Pero esto solo es posible si se utiliza un concepto de daño apoyado en nociones normativas previas, lo que significa introducir de contrabando a la antijuridicidad en una teoría que pretende prescindir de ella. Establecer objetivos loables como reparar y prevenir los daños es insuficiente, hay que pensar además cómo lograr esos objetivos.

¹⁴ En el punto 260 de los Fundamentos del Proyecto de 1996 se citan las Jornadas de Responsabilidad por Daños en Homenaje al Dr. Jorge Bustamante A. (1990) (Buenos Aires, 1990) que recomendaron establecer una única regla de atribución de daños con base en la idea de causalidad adecuada.

¿Cuál es el límite de la reparación? Las tendencias actuales a veces son alarmantes por dos razones. La primera es que la doctrina parece no advertir que obligar a reparar es trasladar el costo del daño de un agente a otro, y nada garantiza que quien sea finalmente sindicado como responsable esté en mejores condiciones de asumir el daño. Los individuos son dañados tanto cuando sufren un accidente como cuando son obligados a reparar un daño que no desearon, pero que tal vez sea justo que deban asumir. Es decir, el daño no desaparece con la obligación de reparar sino que solo se distribuye. Algunos razonamientos parecen ignorar esto. En segundo lugar, una consecuencia de no poder establecer el límite a la reparación es el crecimiento en cada vez más áreas de la reparación por solidaridad o la extensión, mediante ficciones jurídicas, del deber de garantía. En última instancia el Estado termina asumiendo el pago de indemnizaciones. Ello significa que todos somos responsables por todos los daños, que es lo mismo que decir que nadie es responsable por las consecuencias de sus acciones. Esta es la paradoja de la responsabilidad solidaria. ¿Cuál es el resultado de un sistema en el que nadie responde directamente de su bolsillo? Obviamente la multiplicación de los accidentes. El objetivo prevención con esta lógica se torna inalcanzable. Tal vez por ello Garrido Cordohera afirma que "es tan peligroso un Estado irresponsable como uno que responda absolutamente por todo; ninguno de estos caminos llevan a la realización de la justicia".⁵ No estoy diciendo que el Estado no deba ser solidario, sino que debe serlo en aquellos casos que una teoría bien pensada en función de los objetivos de la responsabilidad civil así lo recomienda.

Creo que el problema de la doctrina es que el cambio de paradigma que se dio luego de la reforma de 1968 no fue acompañado por una nueva teoría capaz de explicar el deber de reparar. Cuando una nueva teoría puede explicar los fenómenos del mundo mejor de lo que lo haría la teoría anterior, ésta resulta desplazada por la primera. En el derecho de daños tal como está planteado hay dos inconvenientes. En primer lugar, la definición de conceptos es sumamente vaga, poco precisa. Por ejemplo, se alude al deber de garantía como factor de atribución de responsabilidad, pero sus alcances en concreto son indefinidos. No sabemos qué significa exactamente ser garante. No sabe-

⁵ Carr, en Córdoba, Julia M. R., "Reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado", en *Casos de responsabilidad civil* (La Ley, 20-04, p. 67). En este trabajo la autora señala las bases para regular correctamente la responsabilidad del Estado por una ley especial.

mos exactamente cuándo alguien tiene un deber de garantía. Algunos creen que su aplicación se limita al ámbito contractual (art. 1198 CC), otros que se refiere a la responsabilidad por el hecho del dependiente (art. 1113 CC) y, por último, están quienes opinan que no es un factor de atribución autónoma sino que está incluido dentro de la noción de riesgo creado.⁴ Obviamente hay casos simples, en los que es indiferente que postura se tome, y casos difíciles en los que resulta fundamental definir el alcance del concepto: estos últimos son los que me preocupan. En segundo lugar, ante los nuevos objetivos planteados, esto es, básicamente la reparación del daño injusto, el jurista no cuenta con las herramientas adecuadas para alcanzarlos porque la norma que tiene disponible está estructurada casi del mismo modo en que lo estaba hace ciento treinta años.

En cuanto a la indefinición de conceptos, es claro que el derecho de daños ha quedado rezagado en su construcción teórica. Ello no ocurrió por ejemplo en el derecho de los contratos. Las modernas modalidades de comercialización han traído consigo una teoría de los contratos por adhesión o predispuestos y de las cláusulas abusivas. Está bien claro que es un contrato predispuesto, que son las condiciones generales de contratación, etc., y está bien claro también cuáles son las consecuencias normativas de que el contrato se haya celebrado de esa manera. A la vez, el ordenamiento jurídico ha brindado una serie de herramientas para solucionar los conflictos que pudiesen darse. Todas las reglas de interpretación respecto del significado de las palabras, la regla *clara loqui*, la regla *favor arbitris*, la interpretación contra el predisponente, la nulidad de las cláusulas abusivas, la integración del contrato, el principio de conservación del contrato —que en el derecho de consumo resulta fundamental para preservar el acceso a bienes y servicios— etc., son prueba de ello. Entonces, en materia contractual los nuevos objetivos luego de la reforma de 1968 estuvieron bien definidos y fueron acompañados por una adecuada teoría de los contratos que contempla la diferencia en el poder de negociación de las partes. Además, el ordenamiento legal proveyó las herramientas necesarias para cumplir con el objetivo de proteger a la parte débil.

⁴ Ver, Tello Rivas, Félix A. "Los presupuestos de la responsabilidad civil en el proyecto de 1998" *Rev. Nac. de Derecho* 2000, 3: 314. Véase también el Nº 34 el autor una abundante doctrina en este sentido.

En el derecho de daños la situación es distinta. Como señalé, los conceptos no son tan claros como en materia de contratos. La teoría no puede explicar consistentemente en qué casos se debe reparar qué daños. Pero tampoco cuentan los juristas con una normativa adecuada. Nótese que la teoría general de la reparación sigue estructurada del mismo modo que antes de la reforma del 68. Sigue habiendo cuatro presupuestos para la responsabilidad civil: hecho generador, relación causal, daño y factor de atribución. La única diferencia es que en éste último caso, que antes estaba configurado exclusivamente por la ilicitud, se agregaron los factores objetivos. Ahora, la teoría no puede cambiar porque la normativa se mantuvo. Los agregados como el art. 1113 del Cód. Civil, no son suficientes para alterar la estructura del sistema de reparación. Lo que sí puede hacerse aún con el viejo Código de Vélez es trabajar los conceptos fundamentales de la teoría para lograr cierta claridad y consistencia. En este sentido, el libro que comento está pensado para cumplir con este objetivo a través de los cuestionarios. Por ejemplo, en distintos fallos se estudia la diferencia entre pérdida de la chance, daño futuro y daño eventual, la existencia de graduación de la culpa en nuestro derecho, los alcances del derecho a la intimidad de las personalidades públicas frente al ejercicio de la libertad de información, la diferencia entre intereses difusos, intereses colectivos e interés legítimo, la culpa de la víctima y la asunción de riesgos, la noción de actividad riesgosa, la culpa de un tercero por el que no se debe responder y el caso fortuito, la concausa, el daño estético, el daño psíquico, el daño moral y el daño patrimonial, la obligación de seguridad, la seguridad y el riesgo, etc. Sólo con definir bien y coherentemente estos conceptos habremos avanzado muchísimo. La correcta definición depende en parte del material seleccionado por la autora, pero fundamentalmente será responsabilidad del docente que se valga de este texto en sus cursos. Es interesante observar cómo los fallos están agrupados y ordenados en esta obra de modo de poder interrelacionar conceptos permanentemente, lo que sin duda colabora a la obtención de principios coherentes entre sí.

Otra dificultad, momentáneamente insalvable, es que la moderna teoría de la reparación de daños funciona hoy sobre la misma plataforma que el sistema del Código de Vélez Sarsfield. Así, la teoría de los hechos y actos jurídicos sigue determinando que los hechos involuntarios no producen por sí obligación alguna (art. 900 C. Civil). Esto es lo primero que aprende un estudiante en

la materia Elementos de Derecho Civil. Todo el pensamiento jurídico se forma a partir de una teoría basada en la voluntad, o lo que es lo mismo, en la ineficacia de todo acto celebrado sin discernimiento, intención y libertad. Esta construcción es óptima para regular los contratos pero no para el derecho de daños. Es obvio que estas materias no pueden compartir un cuerpo de normas comunes cuando sus objetivos van en contramano. En los contratos la voluntad es lo principal, y toda la normativa apunta a corregir aquellas situaciones en las que el poder de uno de los contratantes vulnera o condiciona, aun cuando sea parcialmente, la voluntad del otro. En el derecho de daños la voluntad juega un papel residual. Debemos reparar ciertos daños que causamos, no todos, independiente de nuestra voluntad de causarlos.

En definitiva, creo que es innegable la confusión de conceptos que impera en la doctrina jurídica y la imposibilidad de dar respuestas sólidas a los nuevos objetivos con la vieja teoría de la responsabilidad civil. No es este el lugar para avanzar con el análisis, pero me gustaría cerrar la sección con algunas ideas que pueden servir como punto de partida.

Siguiendo a Calabresi, creo que lo primero que debe hacer la comunidad jurídica es establecer correctamente los objetivos a alcanzar con el sistema de reparación de daños. Sin dudas la compensación y la prevención son las metas más importantes. Ahora, hasta que no se advierta que en muchas situaciones la mejor herramienta para asegurar la compensación es la peor herramienta para la prevención no podrá avanzarse en absoluto. Los factores de atribución objetivos y los sistemas de seguro, que deberían minimizar los costos dados por la falta de reparación o la indemnización tardía, generan incentivos negativos tanto en los agentes causadores (que por estar asegurados se comportarán, sin llegar a la culpa, de una manera menos diligente que la óptima) como en las víctimas (que por existir reparación en todos los casos, dejando de lado los daños físicos, tampoco adoptarán medidas para no ser dañadas). Está comprobado que la existencia misma del seguro incrementa las actividades dañosas. Por razones inversas tampoco funcionaría un factor de atribución puramente subjetivo. La investigación debe dirigirse a una combinación adecuada de factores de atribución objetivos y subjetivos que con una determinada lógica realicen tanto como sea posible el objetivo reparación y el objetivo prevención. Seguramente no podrá lograrse el máximo de prevención o el máximo de compensación que desearíamos tener, pero la sociedad alcanzara un mayor bienestar con la mejor combinación posible de ambos

objetivos que con la concreción de uno u otro. En una teoría de la reparación de daños, intuyo que no es posible dejar de lado la culpabilidad. La idea de hacer responsable a alguien es que merece serlo, la idea de compensar a alguien es que no merece sufrir el costo del accidente que sufrió. Quien es sindicado como responsable debe merecer cargar con el daño, por haber introducido un riesgo o por la razón que sea. La eficiencia recomendaría que si el evitador más económico de accidentes automovilísticos es el fabricante de televisores, él debería ser responsabilizado. Sin embargo, nuestra cultura jurídica no nos permite llegar a tanto. La responsabilidad puramente objetiva, que deja de lado la forma en que nos comportamos, es contraria a nuestras intuiciones más profundas. Ese no puede ser el costo de compensar todos los daños. Debe buscarse una alternativa intermedia. Por ejemplo, Garrido Conclubera, en materia de responsabilidad por daño ambiental, propone instituir un "fondo de polución" para indemnizar o emprender obras de saneamiento. Este fondo se formaría "por medio de multas o indemnizaciones a cargo de los contaminantes o funcionarios que hayan incurrido en una falta personal".¹⁵ Esta solución tiene perfecto sentido económico ya que busca que la actividad contaminante pague sus propios costos. La multa funcionaría como un elemento disuasivo para el agente dador, por lo que el nivel de daño se limitaría a eficiente, mientras que el fondo de polución contribuiría a compensar a las víctimas del daño.

Por último, a fin de llamar la atención sobre el modo de argumentar en función de los objetivos planteados y para aclarar que no estoy proponiendo volver al pensamiento de Velez me gustaría brindar un ejemplo. Si se pretende responsabilizar a la AFA por los daños que sufren los espectadores en los estadios debe hacerse con buenos argumentos. Nuestros tribunales han fundado esta responsabilidad en la doctrina de los actos propios. Han sostenido que la AFA es responsable en los términos del art. 51 de la ley 24.192¹⁶ por haber tomado un seguro de responsabilidad civil, y nadie que no es responsable se asegura.¹⁷ ¿Debemos entender entonces que quien no se asegura no es responsable? Hasta donde tengo entendido la fuente de responsabilidad es la ley y no la voluntad del

¹⁵ Garrido Conclubera, Lilia M. B., "La contaminación del medio ambiente: la protección y el daño ambiental en la Constitución Nacional y en el Código Civil", en *Casos de responsabilidad civil*, La Ley, 1994, p. 43.

¹⁶ Art. 5: "Las entidades o asociaciones participantes de un espectáculo de portivo, son solidariamente responsables de los daños y perjuicios que se generen en los estadios."

¹⁷ TS Conclubera, Sala penal, 2003/05/30, Mercesch Jorge A., reproducido en el libro *Casos de Responsabilidad Civil*.

canados o sus ecos. La AFA cometió un gravísimo error: se aseguró por los daños que pudiesen sufrir los espectadores cuando en realidad debió asegurarse por los daños que ella misma podría sufrir a causa de la arbitrariedad de la jurisprudencia argentina. En lo personal creo que la AFA debería ser responsabilizada, pero la argumentación brindada hace toda la diferencia en un Estado de Derecho.

3- Conclusión: la utilidad del método de casos

En el apartado anterior expliqué los problemas de la doctrina del derecho de daños y, vagamente, los puntos de partida que creo adecuados para empezar a construir una teoría consistente. Cualquier teoría se construye estudiando situaciones y casos. Creo imposible teorizar en abstracto. El análisis de casos nos permite testear nuestras intuiciones respecto de los principios que consideramos correctos. No obstante, a menudo los rasgos aparentemente relevantes de un caso nos engañan y confunden nuestras intuiciones, recomendando soluciones que, incas las cosas consideradas, son incorrectas. A la inversa, un principio correcto muchas veces puede parecer injusto aplicado en un caso concreto porque confundimos los aspectos realmente relevantes con otros secundarios. La manera de resolver esto es mediante la práctica, el aprendizaje a través de casos.

Otra ventaja del método de casos es que muchas veces es necesario un enfoque interdisciplinario del fenómeno resarcitorio²⁰ para poder resolver los problemas planteados. En función de los objetivos que se determinen para el sistema de reparación de daños, este enfoque será fundamental, porque las consecuencias de los principios y reglas que se adopten sólo pueden ser apreciadas plenamente cuando se considera su impacto final en la sociedad. Así, actualmente los objetivos se relacionan con garantizar la compensación del daño injustamente sufrido, su prevención y su distribución.²¹ Al perseguir estos objetivos un análisis más profundo revelará que es imposible realizarlos en su totalidad con una sola herramienta como la proliferación de factores objetivos y el abandono de la culpa. Para poder apreciar los efectos no previstos debe acudirse al enfoque interdisciplinario. La economía puede ofrecer algunas respuestas aunque, como el mismo Calabresi reconoce, no todas.

²⁰ Gaspario Comares, Lidia M. R., *Cursos de Responsabilidad Civil*, op. cit., ver la introducción, p. VII.

²¹ Ver Gaspario Comares, Lidia M. R., "De la responsabilidad Civil al Derecho de Daños", en *Cursos de Responsabilidad Civil*, op. cit. La distribución, que es una idea calabresiana, implica que asume el daño aquel que está en mejores condiciones de hacerlo.

Para terminar, como dije en la introducción, celebro la aparición de este libro no sólo por su alto valor pedagógico sino también porque es el primer paso para cambiar la forma en que se construyen los conceptos jurídicos en el derecho de daños. Generalizado el método de casos puede contribuir notablemente a la elaboración de una moderna teoría de la responsabilidad civil.

Diego Martín PAPAYANNIS*

* Docente de los Departamentos de Derecho Privado y Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO
COLECCIÓN DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Ricardo A. GUIBOURG
La Ley, Buenos Aires, 2003

Ya han sido reseñados en números anteriores de la presente revista, otros títulos correspondientes a la *Serie de libros universitarios*¹ de la editorial La Ley.

Se trata de una colección que tiene por objeto ofrecer a los docentes un compendio de fallos nacionales y extranjeros ordenados de acuerdo con los contenidos curriculares de las materias fundamentales de la carrera de derecho, al estilo de los *case books* de la academia norteamericana. Es, por lo tanto, una colección que tiene una clara propuesta metodológica en lo que respecta a la forma en que deben ser educados los futuros abogados y abogadas.²

En esta oportunidad el volumen que nos ocupa tiene una particularidad, dado que corresponde a una disciplina teórica, cuyo objeto no sigue un corpus dogmático y que por lo tanto suele ser percibido por los alumnos como prescindible o ajeno a su realidad.

Alguien podría argumentar —con obvia razón— que todas las disciplinas jurídicas se sustentan en alguna teoría o concepción, aun en aquellos casos en que los operadores jurídicos no son conscientes de ello. Precisamente aquí radica la virtud de la obra que comentamos. Ya en la introducción, el profesor Guibourg renuncia con sutil ironía³ a la falsa dicotomía teoría/práctica e insta tanto a los docentes como a los alumnos a poner en cuestión los presupuestos valorativos que, desde las sombras, sustentan nuestras opciones dogmáticas.

No obstante lo señalado precedentemente, el libro no parece tener la finalidad de reemplazar la lectura de textos clásicos *vg.* la *Teoría Pura del derecho* de Hans Kelsen o *El concepto de derecho* de H. L. A. Hart sino, por el contra-

¹ Véase por ejemplo en Academia, Año 2, n.º 4, pp. 279 y ss., las referencias a los volúmenes correspondientes a las asignaturas Elementos de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional.

² Una aguda crítica del uso de casos como herramienta pedagógica que tiende a la reproducción de la jerarquía es la que realiza Duncan Kennedy en "La educación legal como preparación para la jerarquía", en *Justin Coates* (comp.), *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, EL DEBA/Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2001, pp. 173-190.

³ "La práctica jurídica se transmite de generación en generación y la teoría es generalmente menospreciada como un prescindible barba cultural para abogados exitosos" (pag. XVII).

no, la de servir como herramienta complementaria tendiente a facilitar la problematización de cada tema.

La obra consta de catorce capítulos —producto del trabajo en equipo de diversos autores—⁴ dedicados al análisis de qué se entiende por derecho (cap. I); cuáles son las opciones epistemológicas de la ciencia del derecho (cap. II); qué son las normas (cap. III); los conceptos de ilicitud (cap. IV); obligación, responsabilidad (cap. V); capacidad, imputabilidad y competencia (cap. VI) y los derechos subjetivos (cap. VII); el concepto de persona (cap. VIII), la identificación y el fundamentos de los sistemas jurídicos (caps. IX y X), y las fuentes del derecho (cap. XI). Cada uno de ellos consta de una pequeña introducción al tema, seguida de fragmentos de fallos actuales especialmente seleccionados,⁵ y concluyen con un cuestionario. Al final del volumen se encuentran agregados los textos completos de los fallos.

Respecto de los contenidos es dable señalar que los mismos informan de forma acerbada respecto de las posturas mayoritarias en debate (iusnaturalismo/dispositivismo) y permiten observar las implicancias ideológico-políticas que acarrea la opción por un determinado paradigma en detrimento del otro.

Es sin embargo de lamentar que tratándose de una obra que "trata de tender un puente que [muestre] la estrecha y generalmente ignorada relación entre teoría y práctica", omita referencia alguna a las propuestas teóricas contemporáneas que, tendiendo a su vez múltiples puentes hacia otras disciplinas,⁶ nos señalan que esa estrecha e ignorada relación es política.

Paula VITURRO⁷

⁴ La introducción, los capítulos I, II, III, VII y la redacción final estuvieron a cargo de Ricardo Llanos, José Rolando Ciriaco se encargó de los capítulos IV, V y VI, Ricardo Garmendia de los capítulos X y XI, Liliana Hecoxaur traxeron de los capítulos VI, XI y XIII y Jorge César Huanca de los capítulos X y XIV.

⁵ Observando algunos fallos clásicos que lógicamente no podían estar ausentes, tales como *Kat. Porcentaje Balbir*, *Peralta*, etcétera, la gran mayoría de las sentencias seleccionadas son de los últimos cinco años, lo que demuestra el interés de los autores en ofrecer una obra que refleje las problemáticas a las que nos enfrentamos los y las abogados hoy en día.

⁶ Conf. "Venturas y desventuras de la interdisciplinariedad hoy. Derecho y literatura. Algo de lo que se dice pero en voz baja", en Enrique Mier, *Teoría de las ciencias*, Buenos Aires, EUNEDSA, Departamento de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2002, p. 217.

⁷ Docente de Teoría General del Derecho.

Academia es una publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires orientada a difundir trabajos sobre teoría e investigación en la enseñanza de las ciencias jurídicas.

Solo se recibirán para su publicación trabajos inéditos o con escasa difusión en América Latina o España, actualizados, y que signifiquen aportes empíricos o teóricos de singular relevancia.

La recepción de un trabajo implica asumir un compromiso de publicación.

El Consejo Editorial seleccionará los trabajos de acuerdo con criterios formales y de contenido. Los/as autores/as de trabajos que resulten publicados en la revista, no recibirán ninguna retribución económica o de cualquier otro tipo por parte de Academia ni de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

El envío de una colaboración para su publicación implica, por parte de su autor/a, la autorización a la revista para su reproducción por cualquier medio, en cualquier soporte y en el momento que lo considere conveniente, salvo expresa renuncia por parte de esta última. Los originales enviados no serán devueltos.

Los trabajos se enviarán en versión digital (tratados con procesador de textos apto para entorno Windows), formato de página tamaño A4, utilizando una fuente no inferior a 10 pts. y con 1,5 de interlineado.

Cada trabajo deberá incluir un resumen no superior a 10 líneas, destacando sobre el texto o en línea aparte las "palabras clave" que identifiquen los principales contenidos del artículo.

Todas las páginas deberán estar numeradas, incluyendo bibliografía, glosos, tablas, etc.

Al final del trabajo se incluirá la lista de referencias bibliográficas, por orden alfabético, que deberá ajustarse a la siguiente estructura:

- Libros: el apellido del autor en versalitas, seguido de nombre en minúsculas, título del libro en cursiva, editorial, lugar de edición y año.
- Revistas: el apellido del autor en versalitas, seguido del nombre en minúsculas, título del trabajo en cursiva, nombre de la revista entre crillitas, número de volumen, editorial, lugar, año de publicación y las páginas que comprende el trabajo dentro de la revista.

Las notas a pie de página tendrán una secuencia numérica.

El archivo también deberá incluir nombre de su autor/a, dirección postal, institución, cargo académico que desempeña, breve *curriculum vitae*, números de teléfono y fax y dirección de correo electrónico.

Si el/la autor/a desea recibir directamente comentarios o respuestas a su trabajo deberá hacerlo constar explícitamente para que sus datos sean publicados.

Los trabajos serán remitidos a:

dpública@derecho.uba.ar
Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho/CBA
Av. Figueroa Alcorta 2263
C1425CEB Buenos Aires, Argentina
Tel./fax: (54 31) 4809-5668

FE DE ERRATA

En "Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires", año 2, número 3 otoño 2002, página 223, nota a pie de página de Viviana Kuwana, donde dice profesora "a nivel de grado, posgrado y doctorado", debe leerse "docente en cursos de posgrado en doctorado" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Se terminó de imprimir en
"Talleres Gráficos DE, S. R. L.
Humboldt 1803, Buenos Aires
Mayo de 2005.

Doctrina

Cánones en el derecho constitucional
J. M. BALKIN y Sanford LEVINSON

Los oficios del jurista: la fragmentación de la profesión jurídica y la uniformidad de la carrera judicial
Alberto M. BINDER

¿De una facultad de derecho hacia una *Fachhochschule* con nociones básicas de derecho?
Hans Peter BULL

Derecho de la educación
Miguel Angel CIURO CALDANI

Clásicos

Nociones sumarias sobre el estudio del derecho administrativo
Rafael BIELSA

Históricas

Cronica de la Facultad: inauguración del Instituto de Enseñanza Práctica del Derecho
Hector LAFAILLE

Estudios e Investigación

Enseñar derecho pensando en el profesional del siglo XXI
Susana CAMPARI

Segmentación en la profesión jurídica: cambios ocupacionales de los abogados argentinos, 1995-2003
Maria Inés BERGOGLIO y Jerónimo CARBALLO

El derecho constitucional y las especializaciones
Alberto Ricardo DALLA VIA

La enseñanza del Derecho en Brasil
Jacinto Nelson DE MIRANDA COUTINHO

La carrera docente como parte de la organización y de la formación de la docencia en la Universidad de Buenos Aires
Andrea MOLINARI y Guillermo RUIZ

Actualidad Universitaria

Res. (CS) N° 3.797 reforma de los contenidos de la asignatura "Derecho" del CBC

Algunos resultados del relevamiento estadístico del Servicio de Consultorio y Patrocinio Jurídico de la Universidad de Buenos Aires

Notas sobre estrategias de enseñanza e INTERNET

Ética en internet. Nuevas herramientas para la enseñanza y aprendizaje de los contenidos éticos en la educación superior
Sebastián SCIOSCIOLI

Bibliográficas

Comentario a *Investigar en Derecho*, de Ana KUNZ y Nancy CARDINAUX, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho UBA, Buenos Aires, 2004, por Andrea GASTRON.

Comentario a *Derecho Constitucional*, Colección de Análisis Jurisprudencial, Alberto Ricardo DALLA VIA, La Ley, Buenos Aires, 2002, por Claudia Suárez GALLO.

Comentario a *Elementos de Derecho Administrativo*, Colección de Análisis Jurisprudencial, Tomás Hutchinson, La Ley, Buenos Aires, 2003, por Juan Octavio GAUNA (h).

Comentario a *Casos de Responsabilidad Civil*, Colección Académica, Lidia M. R. GARRIDO CORDOBERA, La Ley, Buenos Aires, 2004, por Diego Martín PAPAYANNIS.

Comentario a *Temas Generales del Derecho*, Colección de Análisis Jurisprudencial, Ricardo A. GUIBOURG, La Ley, Buenos Aires, por Paula VITURRO.