

ISSN 1667-4154

# Academia

Año 4 - número 8 - 2006

Revista

sobre enseñanza  
del Derecho



DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES



RUBINZAL - CULZONI  
EDITORES

## DIRECCIÓN

Mary Beloff  
María Laura Clérico

## CONSEJO EDITORIAL

Gonzalo Álvarez  
Martín Böhmer  
Mónica Pinto  
Juan Seda  
Guillermo Treacy

### Colaborador del Consejo Editorial

Sebastián Scioscioli

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

ISSN 1667-4154

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

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

Impreso en la Argentina - *Printed in Argentina*

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

**DECANO**

Atilio A. Alterini

**VICEDECANO**

Tulio E. Ortiz

**CONSEJO DIRECTIVO**

**CLAUSTRO DE PROFESORES**

*Consejeros Titulares*

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

*Consejeros Suplentes*

Tulio E. Ortiz / Enrique N. Zuleta Puceiro / José Osvaldo Casás  
Eduardo Barbarosch / Mary Beloff / Silvia Pinto Varela  
Julio César Rivera / Andrés Gil Domínguez

**CLAUSTRO DE GRADUADOS**

*Consejeros Titulares*

Carlos Mas Velez / Lilian Lapadula / Jorge Del Azar / Juan Curutchet

*Consejeros Suplentes*

Marcelo Bersano / Mónica Rico / Juan S. De Stefano / Alberto Badaun

**CLAUSTRO DE ESTUDIANTES**

*Consejeros Titulares*

Oscar Jara López / Rodrigo Guevara / Celia Loperena / Paula Streger

*Consejeros Suplentes*

Hernán Arce / Fernanda Melchionda / Cintia Suárez Cuadro

**Secretario Académico:** Gonzalo Álvarez

**Secretario de Hacienda y Administración General:** Alejandro Gómez

**Secretario de Investigación:** Eduardo Barbarosch

**Secretario de Extensión Universitaria:** Juan Pablo Mas Velez

**Subsecretario Académico:** Sergio Brodsky

**Subsecretario de Hacienda y Administración General:** Luis Mateo Barreiro

**Subsecretario de Extensión Universitaria:** Carlos A. Bedini

**Subsecretario de Vinculación Ciudadana:** David Escobar

**DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES**

**Directora:** Mary Beloff

**Secretario:** Pablo Perel



# ÍNDICE

---

*Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*  
Año 4, número 8, 2006, ISSN 1667-4154

---

## **Teoría**

Protagonismo judicial y representatividad política 9  
Roberto BERGALLI

La función de juzgar 37  
Alberto Ricardo DALLA VIA

Un buen juez es difícil de encontrar: un ensayo sobre el  
realismo legal y los libros de casos de las facultades de Derecho 59  
Thomas HAYES

Jueces o académicos: ¿A quiénes debemos mirar  
según nuestro derecho constitucional? 71  
Andrew L. KAUFMAN

Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez 101  
François OST

El reformista y el conservador: un estudio  
sobre las actitudes judiciales 131  
John P. REID

La literatura y el cine como herramientas  
para la formación ética de los jueces 167  
Carlos Ríos

¿Importa la ley? La respuesta de un juez al  
movimiento de la escuela crítica del Derecho 181  
Alvin B. RUBIN

## **Clásicos**

El buen juez de primera instancia 195  
Julio CUETO RÚA

## **Estudios e investigación**

La enseñanza jurídica y el proceso de evaluación para  
la selección de funcionarios del Poder Judicial 213  
Ana María BRIGIDO y Carlos Alberto LISTA

Acervos de conocimiento y estructuras de interpretación. Un estudio microsocial del Poder Judicial del Estado de Puebla, México 233  
Angélica CUÉLLAR VÁZQUEZ

Entre tradición e innovación: la formación de un jurista en Italia 245  
Michele Angelo LUPOI

Modelo de calidad para la planificación de la formación en una escuela judicial 285  
Martha Elizabeth RODRÍGUEZ WAGNER

Entrenamiento de habilidades judiciales 299  
Stephen M. SIMON y Bertrand PORITSKY

La investigación jurídica aplicada enfocada a las realidades jurisdiccionales. Exigencia académica y social para los posgrados en Derecho 307  
Gabriel ZAPATA BELLO

### **Actualidad universitaria**

Escuela judicial e Internet: la formación y capacitación judicial en la red 319  
Sebastián SCIOSCIOLI

### **Bibliográficas**

*Carta abierta sobre la tolerancia: Apuntes sobre Derecho y protesta*, Roberto Gargarella, Buenos Aires, Siglo XXI, Club de Cultura Socialista "José Aricó", mayo de 2006 333  
Lucas ARRIMADA ANTÓN

Teoría





## Protagonismo judicial y representatividad política\*

ROBERTO BERGALLI\*\*

*A Elías Díaz, un jurista y un español heterodoxo  
a quien tanto le reconozco, le respeto y le estimo*

### 1. UN FENÓMENO SOCIO-JURÍDICO QUE AFECTA EL SISTEMA POLÍ- TICO

Desde hace algún tiempo se presencia un fenómeno que, con mayor o menor propiedad –tanto en lenguaje periodístico como en ciertos niveles de estudio– se denomina como “protagonismo judicial”. Este fenómeno consiste en una aparente hiperactividad de la acusación pública y la jurisdicción penal, llamada a intervenir en asuntos de una supuesta mayor entidad política respecto de los otros para las que regularmente aquéllas están predisuestas. En algunos casos, de manera exagerada, el fenómeno ha dado pie para que se lo denomine como “Gobierno (o República) de los jueces”. Sin embargo, la denominación de “protagonismo judicial” que aquí se emplea convendría que no fuera confundida con la de *judicial activism*, la cual es de aplicación más habitual en el ámbito de la sociología jurídica norteamericana para describir el comportamiento de los jueces, adscribiéndolo a una serie de principios o valores fundamentales en los que se encuentran un límite y una justificación para tal comportamiento

\* Un contenido parcial de esta colaboración fue publicado originalmente con el título de “Protagonismo judicial y cultura de los jueces”, *Jueces para la Democracia* (Información y Debate), nro. 19-21, Madrid, 14-17, 1993, el cual, a su vez, constituyó una Ponencia en el *Workshop: Threshold of Legality and Social Change*, convocado por el *International Scientific and Professional Advisory Council of the United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Programme* (ISPAC), en Valle de Aosta-Italia, el 29 de agosto de 1993.

\*\* Dr. en Derecho y Ciencias Sociales (UBA, Universidad de Salamanca y Universidad de Köln). Profesor de la Universidad de Barcelona.

(un análisis crítico sobre las diferentes posiciones que analizan el *judicial activism* se encuentra en Wolfe, 1991).

La cuestión parece más aguda en países pertenecientes a la cultura legal del Derecho continental, sobre todo los ubicados en la Europa del Mediterráneo norte y algunos del área de América Latina.

Pero tal cuestión también es de llamativa importancia en otros enmarcados en la cultura del *common law*. En todo caso, el fenómeno parece estrechamente vinculado con las transformaciones que se vienen produciendo en el interior de los sistemas políticos, las cuales, a su vez, se revelan como consecuencias inmediatas de cuanto está aconteciendo en la economía planetaria (cfr. Bergalli, 1993). Sin embargo, lo que realmente interesa destacar aquí es que, una vez más, a través del fenómeno aludido, se demuestra con claridad algo que para una cultura crítica es por demás obvio, pero que en muchos otros ámbitos de cierta tradición jurídica existe resistencia en reconocer; esto es, la íntima relación que subyace entre el Derecho y las esferas política y económica de cualquier sociedad. Cabe destacar, no obstante, que el empleo de la denominación “protagonismo judicial” conviene reservarla a un tipo de comportamiento de los jueces, quienes, sin apartarse del marco de un Estado de Derecho, han asumido una resonancia particular a causa de ciertas falencias que se producen en el entero sistema político dentro del cual los magistrados deben actuar.

Mas, cuanto acaba de decirse no es sólo materia de discusión académica; también puede verificarse en el terreno de la praxis jurídica. Ejemplos de ello se cuentan hoy por millares y, para no ir más atrás en la historia de la cultura jurídica universal, pueden destacarse los casos italiano y español más recientes. Así, puede comprobarse hasta qué punto –particularmente ciertas áreas de la legislación penal de esos países han sido últimamente puestas en cuestión– se las ha pretendido reformar o han sido reformadas bajo la fuerte presión que ejercen los fenómenos de criminalidad económica organizada, deslegitimación de buena parte de la clase política y de algunos sectores, tanto del empresariado como de la más elevada burocracia en ambos países; estos últimos implicados en múltiples investigaciones judiciales por situaciones de corrupción y financiamiento ilegal de partidos políticos, cuando no de enriquecimiento ilícito.

## 2. LECTORES DE LA LEGALIDAD O INTÉRPRETES CRÍTICOS DE ELLA

Con lo dicho hasta ahora parece que se han suministrado algunos elementos para reflexionar acerca de un aspecto central que hoy se destaca en lo que se puede comprender como “cultura jurídica”, habida cuenta de que, dentro de las múltiples concepciones que de ésta se pueden dar, una amplia ha de encerrar algo más de los aportes que a ella entregan los juristas prácticos con su trabajo profesional, y los académicos con sus estudios doctrinales.

En efecto, la contribución que a ella hacen los jueces –tanto cuando producen derecho (mediante sus decisiones jurisdiccionales), como cuando se manifiestan sobre la realidad circundante, pero como miembros de la corporación judicial– es también una manifestación de la cultura jurídica. Así lo entiende no únicamente el asociacionismo judicial más avanzado en Europa continental (cfr., por todos, los más recientes aportes de Magistratura Democrática 1994), sino también aquella sociología jurídica originada en las distintas versiones del realismo norteamericano (cfr. Cotterell, 1984:186 y ss.). Tampoco el tema ha sido extraño al ámbito de la teoría del Derecho continental europeo, y así se ha revelado cuando ella se ha planteado la concepción de la actividad de los juristas como fuente del Derecho y la existencia de un “Derecho judicial” o “jurisprudencial” que, según las tradiciones de pensamiento jurídico, se enuncia como *Juristenrecht* o *Judges make Law* (cfr. Baratta, 1990), aunque sobre este punto se volverá más adelante.

Ahora bien, la cultura jurídica, genéricamente así presentada, no sirve sino para describir las actitudes y las definiciones que frente al y del Derecho pueden dar quienes, de una manera u otra, participan íntimamente en el momento de producción normativa. En cambio, otro concepto que aquí me interesa destacar es el que se conoce como “cultura de la legalidad”, puesto que es en su ámbito donde los jueces de las sociedades democráticas se confrontan hoy abiertamente con el mayor desafío al que tiene que responder la forma-Estado de Derecho.

Esta cultura de la legalidad nace de la distinción weberiana entre legalidad y legitimación racional del poder, sobre lo cual parece hoy día prudente hacer una recapitulación, por lo menos por dos tipos de razones. El primero, por una parte, concierne a la naturaleza y nombre del Estado

legal, esto es, al tipo de organización política que está fundada sobre la legalidad. El segundo, por otra parte, concierne a la interpretación de formas de conducta social que evitan, eluden o engañan a la legalidad en tanto que su definición formal no queda afectada (v. Resta, 1993).

Por todo esto, quizá sea oportuno comenzar a pensar si el protagonismo judicial del cual me ocupo aquí forma parte o de verdad representa un papel importante en esa tentativa de recomposición de la identificación entre el comportamiento social y la normatividad –entendida ésta como lo expresa el Derecho positivo (racionalidad formal)–, la cual, al parecer, hoy está en crisis y expandida en muchas zonas del mundo occidental.

El problema que aquí se pretende proponer es, entonces, el de saber hasta qué punto la jurisdicción puede intervenir, provocando una disminución en la elección de conductas ilegales, al demostrar que la racionalidad del egoísmo (o la lógica del *free riding*, de la que habla Resta, en op. cit.) no puede seguir orientando el comportamiento social. Un motivo para que esto no haya sido resuelto hasta hace poco en la cultura jurídica tradicional radica en el apego que ella ha demostrado a esa racionalidad formal.

Pero, la respuesta al problema que se propone no se puede satisfacer si no se analizan los motivos del propio comportamiento de los jueces. Una actitud firme, como la asumida por un relevante sector de la clase judicial italiana, y algunos de la similar española, frente a los fenómenos de criminalidad organizada, corrupción política y complicidad de una vasta franja del empresariado (también esto está acaeciendo, aunque en otra medida y condiciones del sistema político, en los ámbitos alemán y francés), ha sido sólo posible por la revalorización del papel del juez que ha tenido lugar en la cultura jurídica como intérprete de la legalidad. Puede decirse, entonces, que efectivamente la respuesta que se pretende debe buscarse en el plano de la cultura, aunque en un sector específico de ella, como lo es la cultura jurídica y, en particular, la cultura de los jueces.

El tema es central en el debate sociojurídico contemporáneo pues estas dos últimas culturas se han alimentado tradicionalmente de unas concepciones sobre el Derecho, sus procesos de creación, interpretación y aplicación, de una forma tal que lo han hecho entender de manera

instrumental e idónea para el desarrollo del único modelo social que parece extenderse por todo el planeta. Empero, este modelo está siendo duramente cuestionado por estar demostrando ser una fuente de desequilibrios y de injusticias, de crecientes separaciones entre el norte y el sur del mundo, de miseria y de hambre para inmensas masas de hombres y de pueblos, de peligros de guerra y de catástrofes ecológicas.

Como se sabe, entonces, la deslegitimación del modelo social ha acarreado la del sistema político y así, la de los aparatos de Estado. El punto más agudo de esta crisis se verifica en la caída de representación que afecta a los actores de la mediación entre el nivel de la sociedad civil y el del Estado. La jurisdicción y los jueces, según la tradición de la cultura política y jurídica de Derecho continental, no tienen asignadas tareas de representación, pero son severamente cuestionados cuando en cierta manera, requeridos por una función de representación suplente, toman decisiones en asuntos de entidad más política que en otros. Es en este punto, en consecuencia, en el cual convergen la crítica a la cultura jurídica con la crítica al papel funcional que los jueces cumplen si ellos mantienen y prolongan el paradigma de la interpretación del Derecho, asentado en una racionalidad formal, al constituirse en meros lectores de la legalidad.

### **3. LA AMBIGÜEDAD DEL DERECHO MODERNO Y LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL**

Es perfectamente correcta la denuncia de la falsa igualdad de las personas ante el Derecho, en especial ante el Derecho Penal, y la cobertura que ella ofrece a las desigualdades reales, como al papel de dominadores y explotadores que cumplen los sujetos socialmente más fuertes. De la misma manera lo es la acusación de legitimación ideológica de las situaciones existentes llevada a cabo hasta ahora por el falso universalismo de los “valores” (bienes) jurídicos que protegería el Derecho Penal.

La alta complejidad y el elevado nivel de conflictividad alcanzado en el campo de las relaciones sociales contribuyen sensiblemente a que el Derecho no pueda alcanzar el grado de “racionalidad substancial” que le permitiría mediar entre partes desiguales. De este modo, se marca con evidencia el carácter “ambiguo” en el que se mueve el Derecho y toda la cultura jurídica tradicional. Aún más, esta ambigüedad es, desde

siempre, la connotación no sólo del Derecho, sino de toda la cultura occidental de la Modernidad. Esta última ha construido una dimensión axiológica universal que se ha prestado a ser empleada y aplicada a objetivos parciales e instrumentales, izada como máscara de las finalidades de conquista, de atropello y de explotación. Todo esto lo ha enseñado Marx y sería absurdo olvidarlo. La conciencia expresada por los “valores” occidentales –respeto por la vida humana, propiedad, honor, justicia, derecho, derechos del hombre y del ciudadano–, transferidos al Derecho Penal como bienes jurídicos dignos de protección, ha podido transformarse en falsa conciencia.

Mas, sin embargo, ésta es la ambigüedad que ha sido desde siempre propia del Derecho, por lo cual ella se plantea como un terreno de lucha no sólo en lo que respecta a su producción, sino también en lo que atañe a los usos y a las “instrumentalizaciones” que con él pueden ser realizadas, que, por cierto, necesitan ser contrastadas.

No obstante, de vez en cuando, esta ambigüedad del Derecho Penal ha podido ser aplicada con sentido progresivo, dependiendo ello no sólo de las relaciones de fuerza, sino también del rol –más avanzado que subalterno, de transformación antes que de conservación– desempeñado por la filosofía política y por la cultura jurídica. Dentro de esta última, la cultura crítica de los jueces cumple un papel descollante, pues su tarea es hoy, sin duda, la de disolver semejante ambigüedad, asumiendo el Derecho “en serio” (Dworkin, 1977), aun cuando se tenga certidumbre de que ella no será jamás totalmente disuelta y que la falsa conciencia continuará siempre acompañando y minando la conciencia moral e intelectual de los juristas.

¿Cómo pueden la jurisdicción y los jueces colaborar en la disolución de tal ambigüedad? La tarea es quizá hoy más sencilla que en el pasado. En efecto, si bien es apropiado seguir denunciando la dicotomía entre “racionalidad formal y racionalidad substancial” –de la cual ha sido víctima hasta ahora la cultura jurídico-penal y en general todo el sistema penal–, sin embargo, tal dicotomía puede ser superada por el paradigma de la interpretación constitucional (cfr. Zagrebelsky, 1992, esp. 199-203) en la cual ha tomado lugar la racionalidad substancial, bajo la forma de los derechos fundamentales y las garantías individuales. De esta manera, los conflictos entre moral y Derecho, entre valores y hecho, entre nor-

matividad axiológica y eficacia concreta, entre idealismo y realismo; finalmente, entre racionalidad substancial y racionalidad formal se convierten en antinomias jurídicas, entre normas positivas e interpretación de ellas por los jueces, en las cuales resalta el proceso de formación en el que tuvo origen el Estado democrático de Derecho (Ferrajoli, 1992).

En virtud de esa penetración de la racionalidad sustancial, bajo la forma de la interpretación constitucional del Derecho Penal positivo, la ambigüedad que caracteriza a éste cambia de naturaleza. Es verdad que existe un fuerte temor por una temida “explosión” subjetivista de la interpretación, pero ese temor está alentado por la parcialidad que representa la comunidad de los juristas adheridos al simple formalismo. Cuando los principios constitucionales dejan de ser externos al ordenamiento jurídico y se convierten en una fuente de legitimación de todo el sistema penal, la hermenéutica jurídica tradicional sufre un rudo golpe. De tal forma, asimismo, pierde veracidad la tesis kelseniana según la cual la validez de las normas es un hecho puramente formal que depende sólo del modo de la producción normativa. La validez, en efecto, se convierte en un hecho también substancial que, al mismo tiempo, depende de las decisiones de la jurisdicción que resultan inválidas cuando se revelan en contraste con los valores constitucionales, incorporados al sistema penal por la interpretación jurisprudencial.

En ese sentido, la idea de racionalidad sobre la que se ha sostenido la Modernidad y, en consecuencia, el Derecho moderno, observado a la luz de una cultura de la legalidad, bien pueden estar agotados (así lo está afirmando un buen número de autores que, en el mundo angloamericano, se identifican con una cultura jurídica crítica -los *Critical Legal Studies* o los análisis sobre *Law and Society*- y en el ámbito europeo continental descienden directamente de la tradición gramsciano-frankfurtiana) como lo están las grandes narraciones que caracterizaron a la cultura moderna. Por esto se explican las búsquedas de arraigo a un nuevo concepto de racionalidad y, en consecuencia, la amplia aceptación que comenzaron a tener ciertos modelos interpretativos del sistema social. Sin embargo, algunos de ellos, en una visión sistémica muy particular, entienden la legitimación del subsistema jurídico pero desplazando la consideración del hombre; éste es el reproche que se le formula a Luhmann (cfr. por ej. Izuzquiza, 1990).



De este modo, una forma de proponer la legitimidad de la legalidad en esta perspectiva no es más la de describirla como la verdad reconocida de las demandas de validez, sino como la de alcanzar la integración de dos procesos de aprendizaje diferentes, a saber: a) el de quien toma las decisiones (el juez) acerca de cuáles son las estructuras cognitivas de esperanzas de comportamiento social que el Derecho positivo acoge y sobre las que puede decidir, y b) el del afectado y otros terceros que aceptan la decisión (del juez) porque con ella se legitiman sus esperanzas respecto del comportamiento de terceros (Luhmann, 1972-11: 26 1).

Mas, esta propuesta de Luhmann se enmarca en la más general que le permite entender el sistema social como un “sistema de acciones, interacciones, roles y estructuras selectivas de sentido”, y al hombre como “ambiente problemático del sistema mismo” (1971:26 y ss.), la cual, sin embargo, adolece de una obvia inconsistencia lógica. En efecto, si por un lado se niega que el hombre haga parte del sistema social, por el otro, sin ninguna preocupación, se considera que las relaciones sociales del hombre, vale decir sus acciones, interacciones, roles y estructuras selectivas de sentido son, en cambio, fundamentales partes constitutivas del mismo sistema social. Esto hace muy difícil entender cómo el hombre, de golpe convertido en ambiente o entorno (*Umwelt*), sea capaz todavía de desempeñar funciones en el ambiente problemático del sistema. Sin embargo, detrás de esta inconsistencia se esconde una teoría sobre la reducción de la complejidad en la cual los procesos jurídicos juegan un papel descollante, pero con la que se evitan las interferencias de los individuos en los procesos de decisión. Desde este punto de vista, entonces parecería que fuese ideal tener al hombre fuera y no dentro del sistema social (Maldonado, 1992:162) lo cual, por cierto, contradice una de las tradiciones más fuertes de la teoría social, pues ésta siempre ha privilegiado precisamente al hombre como centro del sistema social de que se trate.

#### 4. UNA CONCEPCIÓN POSMODERNA DEL DERECHO Y LA CULTURA DE LOS JUECES

Lo expuesto hasta ahora ha pretendido traducir una cierta manera de reconstruir los fundamentos racionales sobre los que se ha basado la



cultura jurídica moderna. Pero, tal como ha sucedido en otros ámbitos de la cultura occidental, particularmente artísticos, ¿puede hablarse también en el terreno jurídico –como algunos autores lo hacen (cfr. por todos, De Sousa Santos, 1992)– de una quiebra de la racionalidad que el discurso posmodernista ha introducido en el debate cultural?

Si este discurso se ha gestado evidentemente en torno a la credibilidad de la Modernidad en sí misma, como una autodenominación de la civilización occidental, bien industrial o posindustrial, bien capitalista o poscapitalista, ello implica que los atributos autoadscriptos, contenidos en la idea de Modernidad, ya no se sostienen hoy día y quizá tampoco se sostenían ayer. El debate posmodernista se concentra alrededor de la autoconciencia de la sociedad occidental y de los fundamentos (o la ausencia de ellos) de tal conciencia.

No muchos estudios han sido realizados acerca de una concepción posmoderna del Derecho. En todo caso, en algunos destaca como rasgo central el carácter declinante del Derecho como medio de integración social, lo cual se generaría por variados motivos, según los autores, pero que en general se produciría por una creciente intervención del Estado. Esto es lo que Habermas denomina “crisis de racionalidad” (cfr. 1979:87 y ss.), la cual emerge porque el Estado toma prestado para satisfacer sus funciones; de esta manera, por consiguiente, se gesta una gravosa inflación y una crisis financiera. Así nace la crisis de racionalidad, porque los problemas están arraigados en la incapacidad del Estado para reconciliar los diferentes y conflictivos intereses del capital privado. La irracionalidad básica es la que los marxistas denominan usualmente como la “anarquía del mercado”, o sea, la idea de que una sociedad ordenada puede ser construida fuera de los intereses privados en conflicto.

En el nivel de la integración social, la crisis de racionalidad aparece como una crisis de legitimación (Habermas, op. cit., pp. 96 y ss.). En efecto, si el Estado no puede encontrar las estrategias correctas para reconciliar los intereses en conflicto que trata de regular, entonces pierde legitimidad a los ojos de los ciudadanos; falla en su tarea y la justificación de su existencia se hace confusa.

Pero, si la crisis de racionalidad puede ser reconducida en el subsistema político, entonces la escena cambia hacia el subsistema sociocultural

y puede surgir el tercer tipo de crisis: la crisis de motivación (Habermas, op. cit., 106 y ss). Por lo tanto, si la crisis económica es una crisis de integración del sistema, y la crisis de racionalidad es una crisis del sistema y de integración social, entonces la crisis de motivación es únicamente una crisis de integración social.

Ahora bien, ¿cómo incide esta perspectiva –que supone el resumen de variados enfoques sobre las diferentes crisis que atraviesan en la actualidad al Estado democrático– sobre la racionalidad del discurso jurídico? Evidentemente, con una caída de legitimación de la legalidad y del sistema jurídico.

Pero dicha perspectiva se asienta en una única dimensión de la comprensión del Derecho como Derecho estatal, lo cual constituye una de las características básicas de la cultura jurídica moderna. Éste es el punto de partida de la construcción de un “nuevo sentido común jurídico” (De Sousa Santos, 1992, op. cit., 23) pues, como resultado de la llamada “re-contextualización” del Derecho, emerge el reconocimiento de espacios y tiempos como contextos de producción jurídica. Estos contextos serían: el doméstico (relaciones sociales entre los miembros de la familia), el de producción (relaciones en el ámbito del o en el trabajo), el de ciudadanía (relaciones sociales en la esfera pública, entre los ciudadanos y el Estado) y el mundial (relaciones económicas internacionales y entre Estados nacionales).

En este cuadro estaría el germen para el reconocimiento del pluralismo jurídico, que se revela como concepto clave en una visión posmoderna del Derecho. Pero, aquí no se habla del pluralismo legal de la tradicional antropología jurídica, en la cual los diferentes órdenes legales son concebidos como entidades separadas que coexisten en el mismo espacio político. Por el contrario, se alude a la concepción de diferentes espacios legales superimpuestos, penetrados en su interior, que actúan mezclados tanto en las mentes como sobre las acciones humanas, en ocasiones a saltos cualitativos, o provocando, bien sea crisis en las trayectorias vitales, bien sea sobre la oscura rutina de las vidas cotidianas. Se vive, entonces, un tiempo de porosidad legal o de legalidad porosa por la coexistencia de múltiples redes de órdenes legales, los cuales impulsan a las personas a constantes transiciones y traspasos de uno a otro. Por tanto, la vida legal de la posmodernidad está constituida por una intersección de di-

ferentes órdenes legales; esto es, por la “interlegalidad” que resulta ser el complemento fenomenológico del pluralismo legal y, en consecuencia, el segundo concepto clave de una concepción posmoderna del Derecho (De Sousa Santos, 1987:298).

Mas, la “interlegalidad” constituye un proceso de elevado dinamismo a causa de que sus diferentes espacios legales no operan de modo sincrónico, lo cual genera mezclas inestables de códigos legales, en sentido semiótico. De tal manera, la ampliación del espacio legal, hacia una escala mundial o planetaria, puede provocar la aparición de nuevos particularismos y nuevos personalismos, lo cual evoca el renacimiento de privilegios o corporativismos de las diferentes profesiones jurídicas. Evidentemente, este aspecto constituye un cierto aliento al “protagonismo judicial”, aunque este mismo ya no sea el propio que puede emerger en el marco de consideración de un mundo legal “policéntrico”, en el cual el único referente es el Derecho del Estado, lo que sigue siendo un factor político decisivo.

De todas maneras, los ciudadanos están más cerca de los órdenes legales que afectan a sus realidades cotidianas y se sienten alejados de los que no las rozan, por las formas de socialización y aculturación que imperan en la sociedad industrial; la legalidad a la que se adscribe el comportamiento social es la dictada por el orden del Estado nacional. No obstante, puede decirse que la vida en la sociedad posindustrial está de verdad regida por órdenes legales supra (ONU, Comunidad Europea, Acuerdos de Schengen, Grupo de Trevi) e infraestatales (ámbitos doméstico y de producción) que poco a poco han minado el concepto de Derecho estatal e, incluso, el principio de la soberanía. Esto es lo que ayuda a configurar un “nuevo sentido legal común” como el tercer concepto clave en la concepción posmoderna del Derecho que, en esencia, se presenta como un sentido común pluralista.

No obstante, una semejante concepción está todavía en fase inicial de elaboración.

Para que la cultura jurídica, que depende férreamente del Derecho estatal, acepte ese sentido común pluralista, deberán todavía vencerse muchos de los fetichismos que la alimentan y habrá de aceptarse que la “cultura de la legalidad” no podrá entenderse más como la conformidad

del comportamiento social prescrito por el Derecho. En efecto, el pluralismo jurídico supone que las prácticas jurídicas incluyen siempre algunos momentos de ilegalidades, pues la porosidad de los diferentes órdenes legales que atraviesan la realidad de la sociedad posmoderna obligan a constantes transiciones y transgresiones.

Estas últimas reflexiones –que modestamente pretenden introducirse en el debate– no sólo traducen un desafío para la cultura de los jueces, quienes, de aceptar las propuestas de la concepción posmoderna del Derecho, asumirían otro tipo de protagonismo, “cuestionador” de valores y bienes jurídicos tradicionales. Constituyen también, sin duda, un esbozo de poner a prueba ciertos principios que alientan particularmente la ética profesional de los jueces penales, en cuanto éstos deben someter sus convicciones morales por los vínculos de estrecha legalidad a aplicar o no aplicar exactamente las leyes. En este caso, una nueva hermenéutica jurídica, orientada por los parámetros constitucionales, debe guiar a los jueces a valorar su obligación jurídica de someterse a la ley, dentro de espacios inevitables de autonomía moral y de responsabilidad política (Ferrajoli, 1989:969).

## 5. LAS CAÍDAS DE REPRESENTATIVIDAD POLÍTICA Y LA FORMA-ESTADO: EL PAPEL DE LOS JUECES. MANIFESTACIONES EN EL CENTRO DEL SISTEMA EUROPEO

He aludido antes al papel que los jueces y la jurisdicción parecen haber asumido en ciertos países, en los cuales la crisis del sistema político afecta el nivel de relaciones entre la sociedad civil y el Estado. La situación se hace a cada momento más aguda:

*Tangentopoli* en Italia ha generado un verdadero terremoto político, hasta el punto de haber provocado el llamado fin de la *prima Repubblica*. Está por verse qué ocurrirá finalmente en Francia, con la continuación de la investigación judicial conocida con el calificativo periodístico de *Pieds propes*, y en España, donde en el último año sus ciudadanos no han dejado de manifestar el asombro cotidiano que provocaron las revelaciones verdaderamente sorprendentes acerca de la corrupción en la que han estado envueltos los más altos cargos de la banca estatal (caso “Rubio”), de la seguridad del Estado (caso “Roldán”) o de la cúspide

del partido en el gobierno (caso "Filesa"). Sin embargo, el caso más alarmante, por las revelaciones que está aportando, las implicaciones que se manifiestan y las imprevisibles consecuencias que puede generar es la ya famosa investigación sobre los GAL y la utilización de fondos reservados para las actividades criminales de estos grupos. Todos estos casos han dado ocasión a un cierto protagonismo judicial de enormes repercusiones en el plano de la vida política española. Semejante corrupción, por otra parte, ha provocado la debilidad del partido en el Gobierno (PSOE) y lo ha obligado a buscar apoyos en fuerzas políticas nacionalistas (CiU, de Catalunya, y PNV, del País Vasco) para no perder la mayoría parlamentaria con la cual pueda mantener la gobernabilidad.

El cuadro sintéticamente descrito no sólo ha hecho variar las líneas estratégicas de las políticas estatales en esos tres países europeos; también ha generado un clima de inestabilidad generalizada frente al cual han surgido cambios radicales en la composición de los propios gobiernos. El caso italiano resulta paradigmático en cuanto las elecciones de marzo de 1994 significaron un triunfo de las posiciones de la derecha, integrada en tres fracciones que reflejan intereses socioeconómicos y políticos, e incluso modelos de Estado, absolutamente contrastantes entre sí: los más heterogéneos de Forza Italia, liderados por el magnate Berlusconi, que procuran la limitación de la intervención estatal en todos los campos; los regionalistas de la Lega Nord, que auspician un proyecto federalista, tachado incluso de secesionista, a través del cual se intenta el desmembramiento económico y social del país, y los fascistas del Movimento Sociale Italiano que no sólo plantean el fortalecimiento del Estado unitario y centralista, sino que suponen la amenaza más aciaga para el futuro democrático de Italia y de toda Europa, en cuanto son los herederos de las ideas de Benito Mussolini.

En los momentos de preparar esta contribución, son las situaciones políticas en Francia y en España las que evolucionan en un sentido más previsible. No obstante, sin haberse concretado un vuelco tan radical como en Italia, no pueden dejar de preverse transformaciones profundas que pueden constituir tanto el cambio de las alianzas sobre las cuales se sostienen sus gobiernos, cuanto la posible entrada en éstos de fuerzas de las actuales oposiciones parlamentarias.

Si bien el panorama italiano se manifiesta de manera única, tampoco es muy alentador el de buena parte de Europa continental, sin por supuesto entrar en la consideración de los imprevisibles movimientos que se están produciendo en los Balcanes y en los Urales. En estas áreas las situaciones asumen en algunos casos tintes dramáticos para la frágil convivencia o incluso para la subsistencia, aunque no hayan existido, hasta ahora, realizaciones del Estado democrático de Derecho como en el occidente europeo.

Mientras tanto, lo que ha sido innegable en estos últimos años de gran parte de Europa continental es un activismo particular de los jueces. Allí donde los derechos civiles han sido atacados, donde las iniciativas de los ciudadanos han necesitado apoyo, donde la moralidad pública ha tenido que ser tutelada, donde nuevos derechos han debido ser promovidos, donde el terrorismo o la criminalidad organizada se han convertido en grandes fenómenos sociales, se han reproducido las imágenes que han acompañado a los jueces. Éstos no son únicamente alternativas italianas (no obstante que haya sido en Italia donde la conciencia democrática de la clase judicial ha sido manifiesta) y no pueden, de modo alguno, ser analizados desde la perspectiva de la “politización de la justicia”, tal como en algunas ocasiones se ha reprochado desde la clase política. Sin negar la existencia de algunos casos en los cuales jueces individuales o tribunales aislados se han hecho protagonistas en situaciones en que de manera evidente han existido vinculaciones entre estructuras judiciales y poder político, en la mayoría de los casos la tendencia general ha constituido la dilatación del papel de la jurisdicción en el conjunto del sistema político.

5.1. *La creatividad del juez y la politización de la jurisdicción.* No obstante, la denominada “politización de la actividad jurisdiccional” puede y también debe ser analizada con otro enfoque. En efecto, si la resolución de una controversia se realiza con la mediación de un juez, no debe sorprender que ella adquiera un cierto relieve político puesto que de este modo se asiste, dicho de una forma bastante banal, a una manera de expresión de la función política fundamental de asignación de valores en un caso concreto.

El hecho de que el juez deba actuar mediante la aplicación de normas jurídicas o de precedentes que revisten carácter normativo supone un aspecto que refuerza la capacidad de solución de conflictos que posee la jurisdicción pero, asimismo, acentúa inmediatamente su “politicismo” al hacer partícipe al juez de la función de aplicación de las normas. Si, en cambio, la tarea del juez estuviese limitada a aplicar de modo pasivo al caso concreto las reglas provistas por el sistema normativo de la sociedad en que actúa, tal constatación no merecería, por cierto, una gran atención. Pero, el caso es que así se abre un problema de mucho mayor relieve: saber si, y en cuál medida, semejante actividad es conducida de forma autónoma respecto al sistema normativo. En otras palabras, de lo que se está hablando aquí es del problema de la creatividad jurisprudencial.

La aceptación de que un cierto grado de creatividad es connatural al proceso de interpretación de las normas, abre el camino para el reconocimiento de una determinada discrecionalidad en la actividad jurisdiccional. Ésta es una cuestión cuyas raíces deben ir a buscarse en el estudio de la actividad de los juristas como intérpretes y “aplicadores” del Derecho, terreno sobre el cual se han escrito agudísimos análisis en la búsqueda de una relación entre la ley y su aplicación judicial que, como se sabe, se ha movido tradicionalmente entre dos extremos: el positivismo jurídico, en sus diversas variantes, y su opuesto que puede denominarse liberalismo jurídico, el cual también tiene diferentes expresiones. Mas, las relaciones entre ley y Derecho han tenido distintas orientaciones históricas en Europa continental, cuyas repercusiones han sido evidentes en la conceptualización del Estado de Derecho, según sea una más vinculada a la idea francesa de la división de poderes u otra de carácter conservador y en cierto sentido autoritaria de la escuela histórica alemana (cfr. Baratta, op. cit., 190-206). De todas maneras, en cualquiera de esas orientaciones, el concepto de legalidad supone que la legitimación de la intervención del juez debe provenir de su configuración como profesional y no como político. Un concepto semejante implicaba, aunque con variantes muy peculiares en la tradición germana de un Derecho judicial (cfr. Baratta, op. cit., 198-201), la exclusión de dicha intervención del área del decisionismo. El juez, por lo tanto, actúa como un técnico dentro de espacios de acción determinados por reglas técnicas aun cuan-



do no de una manera absoluta. De aquí proviene que el respeto de la legalidad se producía sobre la base de la capacidad profesional del juez para salvaguardar la certeza del Derecho.

Pero, aun cuando discrecionalidad no significa necesariamente arbitrio, la verdad es que el juez se enfrenta casi siempre con situaciones en las cuales debe realizar elecciones entre interpretaciones alternativas diferentes. De tal manera, si el juez puede elegir entre alternativas, su decisión puede convertirse en una fuente de incertidumbre para quien espera tal decisión. En consecuencia, actuando de este modo el juez adquiere poder, que es poder político vista su posición y los efectos de sus decisiones, las cuales asumen una especial relevancia en el caso de jueces que integran tribunales colegiados, tales como las Cortes Supremas o Tribunales Superiores por la influencia que ejercitan sobre otros inferiores al elaborar verdaderas y propias normas de carácter general (cfr. Bergalli, 1984:61).

Si la creatividad jurisdiccional es entonces un hecho ampliamente reconocido, esto no significa que ella pueda expresarse con total libertad (cfr. Cappelletti, 1984:13). Aun cuando sea difícil llegar a determinar el grado de creatividad, siendo tantos los factores en juego, lo que basta aquí es señalar la presencia del fenómeno y de su difícil reversibilidad, por lo menos en los sistemas democráticos contemporáneos. En efecto, como ha sido destacado (cfr. Cappelletti, op. y loc. cit.) este fenómeno no se conecta únicamente con una serie de movimientos culturales -muchos de los cuales pueden incluirse en la llamada "revolución contra el formalismo"- que han erosionado con fuerza la veracidad de la tradicional concepción del papel del juez como el de quien se limita a aplicar la ley al caso concreto, sino que encuentra su raíz en un número de factores mucho más complejos.

Antes de nada, los márgenes de creatividad de la actividad del juez han sido ampliados por los desarrollos del constitucionalismo social que, en la segunda mitad del presente siglo, después de la Segunda Guerra Mundial, ha difundido en muchos países europeos la justicia constitucional de las libertades y ha otorgado mayor participación a las declaraciones -nacionales e internacionales- de los derechos fundamentales del hombre. Pero, también en los países como Alemania e Italia (a los que debe agregarse ahora España), en los cuales el control de constitu-



cionalidad de las leyes ha sido confiado a tribunales diferentes de los ordinarios, la novedad ha terminado por influenciar todo el sistema judicial, modificando así, en un sentido más activo, la concepción prevalente sobre el papel del juez.

Lo que puede comprenderse como la gran transformación del papel de la magistratura en las sociedades contemporáneas está de cualquier modo relacionado, sobre todo, con algunas modificaciones que se han manifestado en el marco de realización del *Welfare State* y con el expansivo gigantismo de las grandes organizaciones económicas y políticas.

En efecto, muchas han sido las causas de semejante transformación. Otros instrumentos de regulación social entraron en crisis y la jurisdicción, sobre todo en sociedades fragmentadas, ha surgido como el único elemento de referencia común dotado de una legitimación institucional en lo que se refiere a la resolución de conflictos. Además, con la creciente complejidad social ha aumentado el número de los derechos y, con ello, también se han dificultado sus realizaciones espontáneas o a través de los tradicionales instrumentos administrativos. Es de este modo, entonces, que surgen nuevos conflictos e irresistiblemente tienden a ser "jurisdiccionalizados". De esta manera es que la jurisdicción deviene más bien, en primer lugar, un momento de visibilidad para los nuevos conflictos entre ciudadanos, Estado y grandes organizaciones, todo lo cual ha reforzado entre los primeros la necesidad de protección respecto a los aparatos administrativos y a los poderosos intereses económicos que cada vez más interfieren en la vida de los individuos.

Precisamente por sus características procedimentales, lo que obliga a dar una respuesta a las demandas del ciudadano, el sistema judicial se ha visto requerido para intervenir en situaciones concretas que afectan intereses singulares en relación a esas grandes organizaciones públicas y privadas. De este modo, la exigencia de controlar las acciones de estas organizaciones ha sido satisfecha en la mayor parte de los países democráticos mediante el papel más activo de los órganos judiciales tradicionales.

Sin embargo, dado que la creatividad jurisdiccional se manifiesta sobre todo como un aporte autónomo del juez al proceso de interpretación de las normas, su percepción será favorecida también por la diferencia-

ción, al menos parcial, de las orientaciones interpretativas del juez respecto a las prevalecientes en la comunidad política y, en particular, de las otras estructuras de autoridad de la sociedad, lo cual tenderá a asumir un relieve especial en aquellas culturas políticas caracterizadas por su baja homogeneidad. Esta opinión vendría a indicar que, cuanto más elevada es la heterogeneidad social y política, mayor riqueza adquiriría la interpretación jurisprudencial.

Muchas son las posiciones que han intentado conciliar la facultad creativa de los jueces con su responsabilidad democrática. La que lo ha hecho del modo más simple acepta la crítica de la tradicional teoría de la interpretación y, por lo tanto, el presupuesto de la creatividad jurisdiccional (cfr. Friedman, 1961). En otras palabras, se reconoce que el juez, en el curso de su actividad jurisdiccional, no puede dejar de crear Derecho –por lo tanto, de hacer política– pero se resuelve el problema sosteniendo que tal creatividad se desenvuelve o, más bien, es desenvuelta en forma de no entrar en conflicto con las orientaciones de las instituciones político-representativas. Se trata, en consecuencia, de una creatividad intersticial que tiene lugar dentro de los márgenes dejados libres más o menos voluntariamente por otras instituciones. De tal modo, el “politicismo” del papel de los jueces, aunque presente, es siempre un politicismo más bien delegado por quien representa la comunidad política. El juez rellenaría con sus valoraciones los espacios dejados abiertos por el legislador, por ejemplo con el uso de cláusulas generales, o si se aventura en sectores nuevos, no cubiertos por la ley, pero únicamente hasta cuando las instituciones político-representativas no reaccionen. Con esta visión, el juez resuelve controversias sobre la base de normas que poseen el consenso implícito o explícito de los órganos que representan la comunidad; en este caso, su “politicismo” no puede constituir un problema desde el punto de vista democrático. Ésta es una posición que resulta frecuente en los países de *common law*. Según Be11 (cfr. 1983:244-246), ésta es una fiel descripción de cómo los jueces británicos se comportan efectivamente. También respecto de los Estados Unidos, hay quien habló de un papel de este tipo. Por ejemplo, según Dahl (cfr. 1957), la Corte Suprema federal, aun ejercitando a menudo una notable dosis de creatividad interpretativa, no había entrado jamás seriamente en conflicto

con las fuerzas políticas dominantes pues ella efectivamente hace parte, por regla, de la coalición dominante en el nivel nacional.

Más allá de su cuidado en describir los reales comportamientos de los jueces, esta definición del papel que éstos cumplen no carece de un cierto realismo dado que reconoce explícitamente el fenómeno ya afirmado en casi todos los países de régimen democrático; es decir, la acentuada creatividad jurisdiccional. Sin embargo, esta posición también sostiene que los jueces en realidad no deciden –o por lo menos, no deben decidir– en contraste con las orientaciones prevalecientes en el sistema político, de forma tal que, actuando así, se resuelve la tensión entre jurisdicción y sistema político democrático.

No obstante, no todas las posiciones participan de las mismas opiniones. Un numeroso y variado grupo de autores subraya la obligación de un juez, en una democracia constitucional, de oponerse, por lo menos en casos determinados, a las orientaciones prevalecientes en la comunidad o en las instituciones político-electivas. El papel del juez, en estos regímenes, debe ser entendido como el de un garante o el de un guardián de los derechos fundamentales de los ciudadanos. El moderno constitucionalismo, entendido como técnica de limitación del poder, ha dado prueba de todos estos desarrollos (la reconstrucción de todos ellos puede consultarse en Matteucci, 1988).

Es evidente que, en la actualidad, semejante tipo de papel es más fácil que se manifieste sobre todo en aquellos regímenes democráticos que han introducido o reconocido el control jurisdiccional de constitucionalidad. En semejantes contextos, el papel del juez puede ser definido como aquel de quien tiene como tarea principal la de defender los derechos de los individuos, de las minorías, de los potenciales abusos de las instituciones político-representativas y de las mayorías que las controlan. El grado de creatividad con el cual semejante papel se ejercita, puede ser definido en sentido restringido si se entiende, por ejemplo, que los jueces deben limitarse a dar reconocimiento a una serie de derechos contenidos en el texto de la Constitución y sólo sobre la base de que esos derechos aparezcan en contraste con otras instituciones políticas. Mas, como puede pensarse, los problemas comienzan a surgir propiamente en este punto. En efecto, definir de manera ejecutiva el control judicial de constitucionalidad parece así menos realista que en el caso

del proceso de interpretación de las normas ordinarias. Las normas constitucionales, precisamente por su carácter constitutivo, como por su frecuente y explícita referencia a valores, no parecen ser fácilmente susceptibles de interpretaciones unívocas.

De esta manera, aun en el caso que se reconociese a los jueces un papel político autónomo, el problema de los márgenes de creatividad de que ellos dispondrían, asume obviamente un mayor relieve. La discusión sobre este tema ha alcanzado auténticos niveles de sofisticación y de complejidad en los Estados Unidos, posiblemente porque allí, desde hace tiempo, los jueces independientes despliegan un verdadero papel político, relativamente autónomo. Haciendo una simplificación de las numerosas posiciones que han destacado en esa discusión se puede decir que, a partir de quien entiende que el texto constitucional puede dictar a los jueces soluciones unívocas (posición representada por Berger, 1977), la mayor parte de los autores reconoce la inevitable presencia de márgenes para la creatividad, aun cuando entiende necesario que ella encuentre un límite cuando se expresa exclusivamente en la defensa de determinados derechos o principios. Existe, en primer lugar, la opinión que busca resolver el problema de la legitimación democrática de la jurisdicción justificándola funcionalmente. Así, una tarea de la magistratura –y con ella se formula una referencia concreta a la Corte Suprema de los Estados Unidos– es la de asegurar el buen funcionamiento del proceso de representación política, vigilando con particular atención los procesos electorales (opinión sustentada por Ely, 1980, y Choper, 1980).

De esta manera, asimismo, tendrían explicación otros fenómenos que se producen en el plano de la “cultura de los jueces”, los cuales han afectado de manera profunda el papel que los jueces y la jurisdicción comenzaron a asumir en Europa al promediar la década de 1970 y que ya se han manifestado en España en los últimos tiempos.

5.2. *Legitimación de la magistratura ante el cambiante papel de la jurisdicción.* Antes se ha dicho que en el proceso de afirmación del Estado de Derecho la legitimación de la intervención del juez provenía de su respeto por la legalidad vigente y de su capacidad profesional para salvaguardar la certeza del Derecho. Pero, en la configuración del Estado social dicha legitimación se produce en la medida que sus intervenciones procuran

responder a las crecientes demandas y reivindicaciones inherentes al vasto tema del bienestar (cfr. Ferrarese, 1984:103). Esto provoca no sólo la transformación del papel del juez, sino también un cambio en su percepción cultural de los fenómenos y situaciones sobre los que es llamado a decidir.

No hay que olvidar, asimismo, que la transformación y el refuerzo del papel de la jurisdicción derivan de su colocación estratégica en el sistema político-institucional, la cual, de modo casi fisiológico, la convierte en la primera instancia que encuentran aquellos nuevos sujetos e intereses sociales que están en búsqueda de su legitimación. Ello ha sucedido en materia de ambiente, tutela de los consumidores, intervención de sujetos colectivos, de problemas relacionados con la difusión de las tecnologías electrónicas, genéticas o de la reproducción. En todas estas situaciones y en otras más, son siempre los jueces quienes resultan los primeros destinatarios de las nuevas demandas sociales.

El sistema judicial se convierte así en un instrumento de directa intervención y participación de los ciudadanos. Son los sujetos individuales y colectivos que ven obstaculizado su acceso a los lugares tradicionales de la representación quienes, a través de la jurisdicción, hacen sentir sus voces y obtener así resultados que de otra forma serían imposibles.

Tal como ha sido descrito el nuevo papel de la jurisdicción en las sociedades avanzadas de Europa continental, una pregunta surge casi espontáneamente para los defensores de una simple democracia de las formas: ¿Constituye ese nuevo papel de los jueces una distorsión de la forma-Estado prevista por el constitucionalismo social, habida cuenta de la asunción de funciones por parte de sujetos institucionales que, como ellos, carecen de la legitimación democrática atribuida a las instancias ejecutiva y legislativa?

Desde que Edmund Burke escribió su famosa *Carta a los electores de Bristol* en 1774, la representación política fue considerada la llave maestra del sistema político de la democracia parlamentaria. Sobre esta idea se ha basado el desenvolvimiento posterior de los regímenes democrático-liberales en Occidente. Sin embargo, la evolución de la forma-Estado democrática y de Derecho, heredera de aquella tradición, ha atravesado diversas crisis a lo largo del siglo XX que le han provocado una pérdida

de consistencia. La más profunda y reciente de tales crisis es la que ha afectado en las dos últimas décadas al contenido de *Welfare* con el cual se había completado esa forma-Estado. De este modo, importantes factores sociales han contribuido a la crisis de representación a la que me estoy refiriendo.

Algunos de ellos, ya anteriormente aludidos, pueden ser sintetizados en los siguientes aspectos: la pérdida de relevancia del conflicto entre trabajo y capital; la excesiva fragmentación de los intereses sociales; el fenómeno de las agregaciones transitorias; la pérdida de centralidad del circuito Ejecutivo (Gobierno)-Parlamento como itinerario de las decisiones políticas; la reducción de la política económica a política coyuntural y de meras maniobras monetarias (cfr. Fernández Campilongo, 1987:97-98).

Lo que parece que en la actualidad puede afirmarse con bastante certeza es que la mayor parte de aspectos que han constituido la crisis de la representación y representatividad política no pueden seguir siendo tratados ya dogmáticamente o según un enfoque "normativista". Los fenómenos que han provocado tal crisis no fueron tenidos en cuenta por los teóricos que consideraron a la representación política como el sustento y la savia del sistema democrático-liberal, no sólo porque entonces esos fenómenos no se habían producido, sino también porque en general lo hicieron desde una perspectiva única de las normas establecidas por el ordenamiento jurídico que regula la tradicional representación parlamentaria. Este tipo de abordaje de la representación política presenta sin duda algunas limitaciones y esto ya fue reconocido en España, incluso antes de la transición a la democracia, por Pablo Lucas Verdú (cfr. 1965:31) quien reconocía entonces que el sistema representativo era un caso típico que corrobora la relativización del Derecho Constitucional frente a las realidades políticas, a la vez que no creía posible explicar satisfactoriamente, con argumentos apoyados en simples normatividades constitucionales, el profundo cambio que la representación política ha experimentado desde el liberalismo clásico hasta la democracia de masas.

El potencial de representación de un sistema político debe ser analizado y valorado con referencia a todas las organizaciones que se presentan como instancias de representación y que se confrontan, más o menos frecuentemente, más o menos concientemente, más o menos eficazmente, con las demandas de los ciudadanos y las respuestas de los

gobernantes (cfr. Pitkin, 1985). La importancia de la dimensión formal de la representación no puede desconocerse, pero los esquemas éticos o jurídico-analíticos para analizar el fenómeno en los sistemas políticos contemporáneos, no son sólo insuficientes, sino que también son impermeables a las contribuciones de las Ciencias Sociales como un todo y de la Sociología Política en particular. Por ello, es relevante para el enfoque pluridisciplinar de los fenómenos jurídicos –y no cabe duda que la representación también lo es– el examen tanto de las estructuras formales que componen el ordenamiento legal, como de los procesos sociales sobre los cuales actúan las reglas de Derecho. De tal modo, centrar el enfoque del fenómeno de la representación, por ejemplo, entre las posiciones extremas de Hans Kelsen y Carl Schmitt, es decir, dar un puesto de importancia a la falsa contraposición entre mediación y decisión (como dice Rusconi, 1984), como parece surgir de algunas de las exposiciones formuladas en el interesante debate sostenido no hace mucho en España –exclusivamente por filósofos del Derecho (cfr. *Doxa*, 1989)–, supone una simplificación analítica de la representación pues ésta queda reducida a una vinculación orgánica entre la expresión de las exigencias, su recepción por parte de los gobernantes (cuyo mandato es periódicamente verificado y puede ser revocado por medio de las consultas electorales) y la traducción de las preferencias en decisiones (cuyos efectos también ellos pueden incidir sobre la verificación electoral del mandato). En pocas palabras, en esta perspectiva el consenso electoral es la norma y todo el problema de la representación política queda reducido al análisis de su única dimensión parlamentaria.

La cuestión principal que hoy está planteando la representación política es la de saber cómo y quién reduce la complejidad que abrumba a las sociedades contemporáneas. No es ésta la sede ni la ocasión para adentrarse en semejante cuestión cuya solución se ha propuesto seriamente desde una perspectiva sistémica. Pero, tomando en cuenta la segmentación de los grupos, la fragmentación de las clases, los contradictorios procesos de redistribución y concentración del poder, en suma, la complejidad sociopolítica, ¿quién y de qué modo debe estar autorizado a seleccionar las exigencias y así reducir la complejidad? Por lo que se ha visto, esta pregunta no tiene una única respuesta desde lo que se entiende por representación parlamentaria.



En consecuencia, frente a la crisis de la representación política ha sido la administración de justicia la que ha debido encarar los conflictos que no encontraban respuestas en las sedes institucionales del sistema democrático representativo. Y es en este punto, entonces, en el que vuelve a entrar en cuestión el problema de la legitimación democrática de los jueces en el marco de las administraciones de justicia de Derecho continental, habida cuenta de que no se puede tomar como único criterio de dicha legitimación el de la investidura popular. En efecto, esta última no es la única forma de legitimación democrática, sobre todo cuando, por ejemplo, este tipo de legitimación puede ser deducida de su exposición al control de una institución determinada; para el caso de las democracias sociales, la de los Tribunales Constitucionales. La transparencia institucional que otorga una sentencia judicial constituye seguramente un fuerte instrumento de legitimación de la decisión del órgano que la ha tomado. La transparencia institucional, en otros términos, se presenta entonces como un complemento, o un fundamento, de la constitución de la legitimación democrática, o de su permanencia.

La legitimación democrática de los jueces y sus decisiones se acrecienta entonces cuando la sede jurisdiccional se presenta, al menos “tendencialmente”, como lugar de representación de sujetos e intereses de otro modo excluidos, condenados al silencio. Dar voz a los ciudadanos es, en efecto, una función típica de la democracia (v. Rodotà, 1992:175).

Por lo tanto, ante la debilidad de las formas clásicas de la representación liberal, provocada por la crisis que afecta a los sistemas políticos de buena parte de Europa continental, el protagonismo judicial de los últimos años no puede ser visto como una tentativa de “gobierno de los jueces” ni como una “politización de la justicia”, sino, antes bien, como un soporte de la democracia representativa y un elemento corrector de los demás poderes constitucionales.

### ***POST SCRIPTUM LONGI TEMPORIS***

Cuando fue preparado el texto que aquí se reproduce los fenómenos aludidos en el título no eran novedosos. Mas, las diferentes crisis que habían atravesado los sistemas políticos democráticos de Occidente habían provocado una agudización de semejantes fenómenos. Las décadas



de 1970 y 1980, en ciertos países centrales de Europa continental (Italia, Francia), configuraron un período de enormes tribulaciones para los Estados democráticos. Entre ellas, pueden tenerse en cuenta las trascendentes investigaciones judiciales a las que se hace mención en el texto emprendidas por ciertos jueces (Di Pietro, Van Ruymbeken), quienes se vieron impulsados para desvelar el entretejido de corrupciones y conductas criminales que se pusieron de manifiesto entre clases políticas y empresariales, en ocasiones con la connivencia de organizaciones criminales (tipo *Mafia*, *Camorra*, *N'drangheta* italianas). Estas actividades habían desarrollado un empleo perverso de ciertas instituciones públicas, desfigurando el auténtico sentido que les otorgaban las respectivas Constituciones sociales; la expresión *lo Stato dietro lo Stato*, tradujo una situación en la cual se pusieron de manifiesto los fenómenos a los que el título del texto hace referencia. La denuncia puesta de manifiesto de semejantes tramas comportaron un ascenso del protagonismo judicial, como a la vez un descenso en la legitimidad de las clases políticas. De esta forma, tanto la expansión de un protagonismo judicial como la caída de la representatividad política se han convertido en características casi propias de los sistemas de gobierno presentes, en particular en algunos ámbitos nacionales europeos. Ambos fenómenos han afectado, en consecuencia, las relaciones entre las esferas jurisdiccionales y las exquisitamente políticas; la voluntad demostrada por el último gobierno Berlusconi en Italia, para reformar la *Costituzione* republicana y modificar el *Consiglio Superiore della Magistratura* son pruebas de aquella afectación. El fin buscado era el de desdoblarse dicho *Consiglio* alejando al Ministerio Público Fiscal de las garantías de que gozan los jueces (independencia, inamovilidad, etc.) para obtener un cuerpo de fiscales sumiso y, con ello, alejar la posibilidad (ahora ya en vías de concreción) de que aquellos (¡muy numerosos, por cierto!) que estaban a cargo de la investigación en los numerosos procesos que acechan la responsabilidad del Cav. Berlusconi pudieran ser doblegados en su persistencia investigativa (el caso manifiesto es el del llamado *Pool* de fiscales en Milano) y tuvieran que acatar indicaciones desde la superioridad del Ministerio para abandonar las investigaciones. En España tales características también se han enseñoreado en las relaciones existentes entre su administración de justicia y su sistema político, quizá mejor dicho su subsistema político, compuesto por los partidos políticos,

el Parlamento y el Ejecutivo. Ello es ahora así como consecuencia de la injerencia que los primeros han tomado en la conformación del órgano de gobierno (Consejo General del Poder Judicial) a fin de alcanzar un predominio en las tareas asignadas al mismo y, de tal forma, obtener un cuerpo judicial vecino (o simpatizante) con el Partido predominante en los otros dos niveles del tal subsistema político. La inminente renovación de la composición del Consejo (al estar a la fecha en que esta nota se redacta) servirá para confirmar o rectificar la clara voluntad política que mantuvo el anterior gobierno conservador de España, en el sentido de obtener un Consejo que le permitiera, mediante sus capacidades de selección, reclutamiento y designación de jueces y magistrados, incidir para alcanzar un cuerpo judicial favorable a las tendencias del Ejecutivo. Asimismo, no deben olvidarse algunos casos de particular "protagonismo judicial" (Garzón), ni tampoco otros de pérdida de la "representatividad política" por cuenta de gravísimos sucesos, acaecidos en los últimos años (tragedia por el atentado a trenes en Atocha, 11 de julio de 2004) y la manipulación que pretendió hacerse en relación a sus autorías (el Partido Popular que procuró atribuirle a ETA y la posterior demostración judicial de su falacia, lo que le costó, junto a otras cosas, la pérdida electoral de 14 de julio).

Cuanto se ha escrito en esta nota ha estado guiado por la voluntad de insistir en que los contenidos del texto originariamente publicado en *Doxa* (Alicante-Madrid) hace ya más de una década a la fecha, no han perdido vigencia y lo que bastaba para demostrar ello era un sencilla actualización, mediante la presentación de un panorama actualizado acerca de cómo y dónde el "protagonismo judicial" y la pérdida de la "representatividad política" siguen siendo dos fenómenos de los sistemas políticos contemporáneos que están poniendo a prueba sus consistencias, como para que la forma-Estado constitucional de Derecho, social y democrática continúe presentándose como practicable.

Barcelona, noviembre quince de dos mil seis.

## BIBLIOGRAFÍA

BARATTA, A., "Le fonti del diritto ed il diritto giurisprudenziale", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Siglo XX, nro. 1, giugno, 1990, 189-210.

- BELL, J., *Policy Arguments in Judicial Decisions*, Oxford, Clarendon Press, 1983.
- BERGALLI, R., *Estado democrático y cuestión judicial*, Buenos Aires, Depalma, 1984.
- “Protagonismo judicial y sistema político (Una espina clavada en el corazón de capitalismo)”, en *No hay derecho*, Año IV, nro. 10, Buenos Aires, 1993.
- BERGER, R., *Government by Judiciary*, Harvard University Press, Cambridge, 1977.
- CAPPELLETI, M., *Giudici legislatori*, Milano, Giuffrè, 1984.
- CHOPER, J. H., *Judicial Review and the National Political Process*, Chicago, The University of Chicago Press, 1980.
- COTTERELL, R., *The Sociology of Law: an Introduction*, London, Butterworths, 1984; hay versión en castellano (trad. C. Pérez Ruiz; Introd. A. Pérez Luño), Barcelona, Ariel, 1990.
- DAHL, R., “Decision-Making in a Democracy: The Role of the Supreme Court as a National Policy Maker”, en *Journal of Public Law*, VI, 279-295, 1957.
- Doxa*, “Democracia y Representación”, vol. 6, Alicante, 1989, 95-2 15.
- DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Oxford, Clarendon, 1977; hay versión en castellano, *Los derechos en serio* (trad. M. Guastavino), Barcelona, Ariel, 1984; versión en italiano, *I diritti presi sul serio* (trad. G. Rebuffa), Bologna, Il Mulino, 1982.
- ELY, J. H., *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Cambridge, 1980.
- FERNÁNDEZ CAMPILONGO, C., *Representação Política e Ordem Jurídica (Os dilemas da democracia liberal)*, Disertación para obtener el grado de Maestría en el Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo, 1987; hay una versión abreviada, con el mismo título en Serie Principios, São Paulo, Editora Atica, 1988.
- FERRAJOLI, L. (1989), *Diritto e ragione (Teoria del garantismo penale)*, 2ª ed., Roma-Bari, Laterza, 1990; versión en castellano, 1995, Madrid, Trotta.
- “La conquista dell’America e la dottrina della sovranità esterna degli Stati”, en *Sessione del Tribunale Permanente del Popoli su1 V. Centenario della Conquista dell’America*, Padova-Venezia 5-9 ottobre, 1992; hay versión en castellano (trad. R. Bergalli y H. Silveira), en BERGALLI, R. y RESTA, E. (coords.), *La soberanía. Aspectos metodológicos, jurídicos y políticos*, Barcelona, Paidós, 1996.
- FERRARESE, M.<sup>a</sup> R., “Le istituzioni difficile”, en *La magistratura a trà professione e sistema politico*, Napoli, ESI, 1984.
- FRIEDMAN, W., “Legal Philosophy and Judicial Law”, en *Columbia Law Review*, LXI, 821-845, 1961.

PROTAGONISMO JUDICIAL Y REPRESENTATIVIDAD POLÍTICA

ROBERTO BERGALLI

HABERMAS, J., *Legitimationsprobleme in Spätkapitalismus*, Frankfurt a. M, Suhrkamp Verlag, 5ª ed., 1979; 1ª ed., 1973.

LUHMANN, N., "Komplexität und Demokratie", en *Politische Planung*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1971.

– *Rechtssoziologie*, 2. rororo Studium 580, Reinbek bei Hamburg, Rowohlt Taschenbuch Verlag, 1972.

Magistratura Democrática, *Giudici e democrazia. Magistratura progressista nel mutamento istituzionale* (a cura di N. Rossi), Milano, Franco Angeli, 1994.

MATTEUCCI, N., *Organizzazione del potere e libertà*, Torino, UTET, 1980.

PITKIN, H., *El concepto de representación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

RESTA, E., "En torno a la cultura de la legalidad", en *Jueces para la Democracia*, nro. 19, Madrid, 1993, 11-13.

RODOTÀ, S., *Repertorio di fine secolo*, 55 Sagittari Laterza, Roma-Bari, 1992.

RUSCONI, G. E., "Autorità, decisione, leadership", en *Scambio, minaccia, decisioni*, Bologna, Il Mulino, 1984, 93-133.

SOUZA SANTOS, B. de, "Law: a Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law", en *Journal of Law and society*, vol. 14, nro. 3, Autumn, Oxford, Basil Blackwell, 1987, 279-302.

– "O Estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo censo comum jurídico", en BERGALLI, R. (coord.), *Sentido y razón del derecho (Enfoques socio-jurídicos para la sociedad democrática)*, Colec. Sociedad-Estado, nro. 9, Barcelona, Hacer editorial, 1992, 3-36.

VERDÚ, P. L., "John Stuart Mill y la democracia representativa", introd. a: J. S. Mill, *Libertad, Gobierno Representativo, Esclavitud Femenina*, Madrid, Tecnos, 1965.

WOLFE, C., *Judicial Activism*, Brooks/Cole, Pacific Grove, 1991.

ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite (Legge diritti giustizia)*, Einaudi Contemporanea 14, Torino, Giulio Einaudi editore, 1992.

## La función de juzgar

ALBERTO RICARDO DALLA VIA\*

### EL PODER JUDICIAL

En nuestro sistema constitucional de tipo presidencialista, siguiendo la tradición de la Constitución de los Estados Unidos –que ha sido el modelo seguido por el constituyente originario– el Departamento Judicial conforma uno de los tres poderes en que se divide el Gobierno federal. Como rama o poder del Estado, la Constitución asegura su independencia a través de distintas disposiciones que, entre otros aspectos, establecen la inamovilidad de los magistrados judiciales en sus cargos, mientras dure su buena conducta, y la intangibilidad de sus remuneraciones conforme lo establece la Constitución en el artículo 110.

Esas garantías no son individuales de los jueces sino que son utilitarias a las altas funciones que la Constitución le atribuye al Poder Judicial. La independencia se encuentra así justificada en la necesidad que existe, en un sistema republicano de gobierno, de que los poderes sean independientes entre sí y de que ningún otro de los poderes políticos interfiera en sus funciones. La función del Poder Judicial es la de resolver con fuerza de verdad legal las cuestiones de Derecho sometidas a sus estrados. De ese modo, los jueces que integran este poder completan el sistema representativo al aplicar las normas al caso individual.

Así, mientras el Poder Legislativo sanciona normas de alcance general y abstractas, como son las leyes, y el Poder Ejecutivo vela por su cumplimiento y ejecución, el Judicial aplica la ley trasladándola desde lo general y abstracto al caso concreto. Los actos de gobierno que realizan los jueces se denominan sentencias. Cuando un asunto judicial se encuentra definitivamente resuelto y no puede ser revisado, se afirma que la sentencia hizo “cosa juzgada”.

\* Profesor titular de Derecho Constitucional (UBA y UB). Director de la Maestría en Magistratura (UBA).

Tradicionalmente se afirma con razón que el Poder Judicial es el más débil de los tres poderes. En la célebre lectura N° LXVIII de *El Federalista*, Alexander Hamilton señaló que el Poder Judicial no tiene la bolsa ni la espada, sino solamente el juicio. Por esa misma razón decía que los ciudadanos no debían temer nada del Poder Judicial ya que los más grandes atropellos a los derechos y garantías individuales a lo largo de la historia provenían más bien de los poderes políticos; sin embargo –agregaba– los ciudadanos debían temerlo “todo” de la unión del Poder Judicial con cualquiera de los otros poderes del Estado.

Sin embargo, la fuerza e importancia de nuestro Poder Judicial es muy grande cuando se la compara con aquellos sistemas políticos de origen monárquico en donde el Poder Judicial es simplemente un apéndice o una parte de la administración pública general del Estado. Eso es lo que sucede en la organización de algunas democracias europeas que advienen de sistemas monárquicos. Se habla allí de “administración de justicia” o de “servicio de justicia”, según el caso, siempre que se trata de actos de administración o de un servicio público, según el caso.

En el sistema presidencialista que siguió a las grandes revoluciones se adoptó el sistema de separación de poderes al modo de “frenos y contrapesos” y se consideró, desde el origen, al Poder Judicial como un poder independiente. Así se dio su evolución en la tradición anglosajona. A esto cabe agregar el desarrollo del control de constitucionalidad, en los Estados Unidos, a partir del *leading case* “Marbury vs. Madison”, y desde donde llegó a nosotros. La posibilidad de declarar inconstitucionales las leyes sancionadas por el Congreso otorga al Poder Judicial un sentido institucional muy fuerte y lo convierte en el “control de los controles” del sistema democrático. De ese modo llega a resumirse que, en definitiva, la Constitución es lo que dicen los jueces que es.

Este poder de declarar inconstitucionales las leyes ha generado serios reparos en orden al poder de los jueces, llegándose a criticar con la expresión “gobierno de los jueces” a la jurisprudencia de avanzada en algunas materias en que el legislador ha tenido posturas conservadoras. Ese “activismo” de los jueces ha sido, no pocas veces, puesto en duda al señalarse el carácter “contramayoritario” de un poder del Estado, ubicado en pie de igualdad con los demás, pero que –a diferencia del Legislativo y del Ejecutivo– nadie vota sino que, por el contrario, generalmente los

jueces representan a los sectores más conservadores de la sociedad. Frente a esa crítica se ha señalado que es ese carácter conservador del Poder Judicial el que hace de contrapeso a los poderes políticos, preservando los derechos de las minorías de los potenciales abusos de las mayorías parlamentarias.

El ejercicio del control de constitucionalidad se legitima en la medida en que completa el sistema republicano de división de poderes. Por eso nuestro sistema de control de constitucionalidad es “judicial”, ya que son los jueces quienes lo ejercitan dentro del ámbito de sus respectivas competencias. Eso lo diferencia de otros sistemas de control de constitucionalidad de carácter político donde quienes realizan esa tarea son órganos específicos, separados de la función judicial. En aquellos países en que hay un órgano centralizado único para ejercer el control de constitucionalidad, como ocurre con las Cortes o tribunales constitucionales europeos, el control se encuentra “concentrado” en dichos órganos cuyas resoluciones tienen alcance general. Al tener sus declaraciones alcance general, suele decirse que actúan a la manera de un “legislador negativo”.

En cambio, el sistema de control de constitucionalidad imperante en nuestro país es un sistema de control “difuso”, ya que cualquier juez puede ejercerlo en el ámbito de su competencia. Por ese motivo, la declaración de inconstitucionalidad sólo tiene efecto entre “las partes” actuantes en el litigio y debe realizarse dentro de una “causa” sometida a conocimiento y decisión del juez o tribunal competente y a pedido de quien tenga la “legitimación procesal” para hacerlo.

Esos requisitos tienen por objeto respetar la división entre los poderes y no se encuentran legislados ni en la Constitución ni en las normas inferiores, sino que fueron elaborados por la Corte Suprema de los Estados Unidos (concretamente han tenido la autoría de algunos de sus miembros más destacados) y, por ello, se los conoce como “reglas de Cooley” y “reglas de Brandeis”. Entre otros aspectos, se requiere que no se trate de temas abstractos (*mootness*) o de cuestiones privativas de otros poderes del Estado, a cuyo efecto se han elaborado las llamadas “cuestiones políticas no justiciables”.



## LAS DECISIONES ECONÓMICAS DE LOS JUECES

Cuando los jueces deben resolver problemas económicos en sus sentencias, como ocurrió en su momento con los amparos por el “corralito” y como actualmente sucede con los problemas vinculados a las tarifas y al suministro de servicios públicos (como el gas y la electricidad), surgen polémicas acerca de cuál es la actitud que deben asumir: si deben aplicar estrictamente las leyes o si deben mensurar las consecuencias que tendrán sus decisiones en el marco general de la política económica.

La primera actitud, que puede llamarse “activismo”, prioriza la defensa irrestricta de los derechos constitucionales; en tanto que la segunda, que puede llamarse “autorrestricción”, parte de la premisa de que no hay derechos absolutos y que el Poder Judicial no debe inmiscuirse en materias propias del Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo, como lo es la política económica.

Suele atribuirse a Charles de Secondat, barón de Montesquieu, la idea de que los jueces sólo hablan por “boca de la ley” y que a la aplicación de sus textos se limitan, ya que todo exceso de tales márgenes afectaría el principio de división de los poderes que el mismo barón propuso en forma de frenos y contrapesos al ejercicio de la autoridad política.

Esto no es solamente teoría; hay también razones prácticas para que así ocurra, porque la Economía tiene una lógica que resulta de sus propias reglas, y una de las principales es que mientras los recursos son escasos, las necesidades son ilimitadas. De ese conflicto de fondo se originan otros cuando la aplicación del Derecho por parte de los jueces beneficia solamente a los que llegan primero a petitionar ante sus estrados.

Nada parece más justo para el ciudadano que paga esforzadamente las tarifas que exigir el normal suministro de un servicio, solicitando el amparo judicial. Aparece así la versión jurídica del mismo conflicto: un apegado rigorismo que privilegia garantías individuales de origen liberal y posterga otros principios constitucionales de igual rango, pero de contenido social, como la igualdad ante la ley.

En los Estados Unidos se planteó este problema en la primera mitad del siglo XX con la aparición de la denominada corriente del “realismo jurídico” que sostenía la idea de un “juez situado” en su realidad circundante y que no debía desentenderse de las consecuencias económicas



de las decisiones que adoptaba al resolver un conflicto jurídico. Se favoreció así una interpretación “dinámica” por oposición a una interpretación estática de las leyes; pero no estuvo exenta de cuestionamientos por parte de los sectores más conservadores que previnieron acerca del llamado “gobierno de los jueces” denunciando que los mismos se apartaban de las leyes y decidían conforme a valores sociales.

Una visión más reciente es la del denominado Análisis Económico del Derecho o *Law & Economics*, como se conoce al movimiento originado principalmente en las Universidades de Chicago y de Yale que promueve la aplicación de las herramientas de análisis de la economía al Derecho.

Esto implica que la interpretación y evaluación de una norma se realiza desde la teoría económica, produciendo una reformulación del Derecho acorde con ese modelo. Por ejemplo, en el caso de leyes sobre competencia y de protección contra monopolios, los objetivos perseguidos por las normas son estrictamente económicos y deben ser analizados como lo haría un economista. El Derecho actuaría así como una estructura redundante respecto del mercado, destinada a asegurar su buen funcionamiento, afirmando las condiciones de seguridad y libertad de contratación para garantizar la certeza en los resultados de las transacciones y de las informaciones necesarias para negociar.

Entre los que sostienen esta doctrina se destaca el juez Richard Posner, quien integra una Cámara Federal de Circuito y fue el mediador en el caso “Microsoft”. En su libro titulado *Analysis Economic of Law* afirma que los jueces y tribunales pueden hacer muy poco en la distribución de la riqueza de una sociedad, y que por ello sería más sensato dejar el problema en manos de los legisladores que tienen mayores poderes de imposición y de gasto.

Es frecuente en los Estados Unidos que los jueces sostengan debates en las universidades para discutir problemas económicos. En la Argentina se han dado esas discusiones en seminarios realizados por la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Provincias y por la Universidad de Buenos Aires. Sería plausible que esa tendencia se afirmara en las distintas escuelas judiciales existentes. La Maestría en Magistratura recientemente creada en la Facultad de Derecho se encamina hacia ese objetivo, dando prioridad a la formación de jueces con mentalidad abierta.

El gran interrogante al que debe darse respuesta es si la eficiencia económica es un valor que fundamenta y justifica las decisiones jurídicas. Mientras la eficiencia económica se mide en términos de costo-beneficio, la eficiencia de un sistema jurídico debe medirse por su aptitud para asegurar los valores que una determinada comunidad política sostiene, como en nuestro caso lo son la libertad, la igualdad, la propiedad, la dignidad, el trabajo y el acceso a la justicia, entre otros. En ese punto el mercado es apto para formar precios pero no para crear valores sociales. Es a la justicia a quien compete preservarlos.

## LA ANULACIÓN DEL DERECHO INJUSTO

La sanción de la ley 25.799 por parte del Honorable Congreso de la Nación, que declara la nulidad insanable de las leyes de obediencia debida (23.492) y de punto final (23.521), abre el debate acerca de si en un sistema jurídico positivo es posible anular normas que son consideradas moralmente injustas por importantes sectores de la población, y si puede procederse como si esas leyes nunca hubieran existido.

Desde la antigüedad se ha planteado el problema de la obediencia al Derecho cuando el mismo es considerado moralmente injusto; ¿qué debe prevalecer en tal caso: la norma jurídica que preserva el orden y la seguridad en el sistema o el sentimiento de justicia? En la *Antígona* de Sófocles aparece manifiesto este eterno conflicto. Para el llamado Derecho natural se justifica inclusive el “derecho de rebelión”, en el entendimiento que “la ley que no es justa no parece que sea ley”.

Pero en los sistemas democráticos existen mayores razones para cumplir las leyes que en los sistemas autoritarios, en tanto es precisamente la democracia el sistema que mejor propende a la realización de los derechos humanos al fundar las decisiones en el consenso y en la regla de la mayoría. Desde esa perspectiva, si se busca afirmar la autoridad del Derecho, mal podría argumentarse su no acatamiento.

Por otra parte, borrar los efectos de las leyes como si nunca hubieran existido supone internarse en el carácter histórico que tiene el orden jurídico que respeta la lógica de los antecedentes y que se manifiesta en la aplicación de distintos principios clásicos, como el de irretroactividad y el de la ley penal más benigna.

Las leyes de obediencia debida y de punto final no gustan y han merecido serios reparos, como también los merecieron los indultos que beneficiaron a personas que merecen fuertes rechazos por parte de la ciudadanía; pero fueron sancionadas en su momento por el Congreso, respondiendo a razones de oportunidad, mérito y conveniencia, debatidas en los recintos de ambas Cámaras y han estado vigentes.

No cuestionamos aquí el fondo del debate ni la legitimidad o no de una determinada decisión política en un tema sensible para la mayor parte de la ciudadanía; pero si la democracia es un conjunto de reglas de procedimiento, deben buscarse las respuestas dentro del sistema jurídico, superando antiguos antagonismos entre iusnaturalistas y positivistas.

En ese balance no debe soslayarse el valor instrumental de la seguridad jurídica que se ha convertido en una verdadera demanda de cumplimiento por parte de la ciudadanía en una sociedad que no se ha caracterizado por su grado de acatamiento a las normas. Recordando a Sarmiento: "(...) La Constitución no se ha hecho únicamente para dar libertad a los pueblos; se ha hecho también para darles seguridad, porque se ha comprendido que sin seguridad no puede haber libertad (...)"

Los valores deben ser ponderados con el conjunto de los principios que se encuentran en juego en una sociedad. En nuestro caso, se incluye entre ellos la necesidad de superar el pasado, de mirar hacia adelante, de impulsar la producción y el empleo, y construir un futuro para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres y mujeres del mundo que quieran habitar el suelo argentino.

## LA JUSTICIA Y LA POLÍTICA

No obstante encontrarse clasificado el Poder Judicial como uno de los tres poderes en que se divide el Estado federal, la función que la Constitución le encomienda en los objetivos del Preámbulo es la de "afianzar la justicia" y ello debe realizarse a través de los procedimientos jurídicos regulares que la propia Constitución garantiza a fin de hacer posible la vigencia del Estado constitucional y democrático de Derecho.

El Poder Judicial se distingue de los otros poderes porque actúa dentro del marco estricto del Derecho y de la lógica jurídica que fundamenta

sus decisiones; de lo contrario, sus sentencias serían “arbitrarias” y por ello resultarían inconstitucionales, conforme a la propia categorización realizada por la Corte Suprema en derredor del principio de racionalidad.

Es así que, mientras la discrecionalidad es el modo de actuación propio en el ámbito de la política, en el ámbito de lo jurídico impera la adscripción al principio de la lógica de los antecedentes, de modo que una premisa menor debe adecuarse a una premisa mayor. De ese modo funciona también la lógica del principio de constitucionalidad que está basada en el principio de supremacía del orden jurídico.

De esa manera, enfatizando la separación de poderes que deriva del artículo 1 de la Constitución Nacional, el artículo 109 de la Constitución Nacional establece que en ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas. Este principio ha planteado la legalidad o ilegalidad de los llamados “tribunales administrativos” que son distintos tribunales que existen en el ámbito de la administración pública, ya sea centralizada o descentralizada, pero que no integran el Poder Judicial de la Nación. En tal sentido puede mencionarse el Tribunal de Cuentas, el de Defensa de la Competencia, etcétera. Anteriormente existieron las llamadas cámaras de arrendamientos. Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse en el *leading case* “Fernández Arias c/Poggio” que admitió la validez de dichos tribunales en la medida en que aseguraran el debido proceso y contaran con una revisión judicial suficiente.

Algún sector de la doctrina administrativista pretendió justificar esa validez estableciendo una sutil diferencia entre la prohibición de arrogarse facultades “judiciales” y facultades “jurisdiccionales”, al decir que esta últimas serían posibles. Francamente no advertimos la diferencia ya que lo jurisdiccional hace referencia a lo judicial.

La doctrina de las llamadas “cuestiones políticas no judiciales” también tiene origen en los Estados Unidos, donde se denominan *political questions* a aquellas materias que por su naturaleza o sustancia se encuentran fuera del alcance del Poder Judicial, como, por ejemplo, la facultad del Congreso para declarar la guerra o hacer la paz. En el sistema

constitucional argentino hay una larga lista de cuestiones que han sido consideradas materias políticas, fuera del alcance de los jueces, entre las que se encuentran la declaración de la intervención federal a las provincias, la declaración de estado de sitio y las facultades privativas del Poder Ejecutivo, como el veto a las leyes; también se ha considerado materia no justiciable la reforma constitucional y el juicio político, aunque en estos últimos dos casos se admitió la revisión del procedimiento en cuanto al cumplimiento de la garantía constitucional del “debido proceso”.

El tema ha generado posturas encontradas a favor y en contra de un mayor activismo judicial o de una autorrestricción del Poder Judicial a sus materias específicas que evite el conflicto entre los poderes. Así por ejemplo, el ministro de la Corte Suprema Julio Oyhanarte se destacó por una posición de autorrestricción frente a las decisiones de los órganos políticos, considerando que el funcionamiento de las reglas del juego democrático era propio de los llamados poderes políticos, en tanto que el ministro Luis María Boffi Boggero se destacó por célebres disidencias en las sentencias en que le tocó actuar, marcando una línea favorable a una plena intervención judicial cada vez que al Poder Judicial le corresponde juzgar sobre todos los puntos regidos por la Constitución, conforme lo señala el antes mencionado artículo 116 de la Constitución Nacional.

Es que tal vez el problema no se encuentre en el carácter político o no que tienen las materias a juzgar, sino que se trate de materias que la Constitución reserva en cuanto a su ejercicio a los otros poderes, como bien lo ha señalado el doctor Jorge Reinaldo Vanossi. Así, la firma de tratados internacionales está fuera del Poder Judicial porque la Constitución especialmente la pone en manos del presidente en el artículo 99, pero ello no significa excluir al Poder Judicial del control de la regularidad de los actos, aunque en esos casos no corresponda juzgar sobre su contenido.

Durante muchos años se consideró en nuestra jurisprudencia que la materia sobre elecciones y partidos políticos quedaba fuera del alcance del poder de revisión de los jueces por tratarse de materias políticas no judiciales. Sin embargo, la jurisprudencia varió en ese tema desde la creación de un fuero especializado en la justicia federal, tornando a la materia judicial. Porque lo que define que una materia esté fuera de la revisión judicial no es la sustancia política de la misma, sino que no

se afecte la división de poderes al inmiscuirse en la esfera propia de otro poder. La función judicial no se verá afectada por la materia sobre la que se juzgue, sino que se define por el método que siguen los jueces al resolver: el estricto apego al principio de la lógica de los antecedentes.

En los últimos años comenzó a hablarse de la “judicialización de la política y de politización de la justicia” como expresiones de un fenómeno de relaciones mutuas en el que los poderes políticos se inmiscuyen en el ámbito de lo judicial y, viceversa, la justicia exhibe un marcado activismo hacia el control de los problemas propios de la política. Expresiones de esos fenómenos han sido, por ejemplo, el llamado operativo *mani pulite* (manos limpias) en Italia donde una fuerte actuación de los jueces logró desbaratar importantes redes de corrupción, tema que también se verificó en otros países.

En otro sentido, se verifica una creciente cantidad de disputas judiciales por temas vinculados a la actuación política, como sucede con el control del financiamiento de los partidos políticos, y disputas electorales vinculadas con los escrutinios de elecciones internas, problemas de cupo femenino. El caso del llamado “corralito financiero” contemporáneo a la “pesificación” de la economía y a la salida del plan de convertibilidad es un ejemplo de medidas de orden político que se trasladaron a la esfera de decisión de los jueces. La escala del problema, sin embargo, justificaba una decisión de carácter político, aun cuando en las causas se encontraran involucradas las garantías constitucionales.

En buena medida los problemas actuales de la democracia presentan una gran complejidad por los desafíos que los mismos implican, verificándose una tendencia creciente hacia la plena justicia de los actos. La ampliación de la legitimación activa a través de los llamados “intereses difusos” y derechos colectivos, así como actuación “de oficio” de jueces y tribunales en las causas sobre control de constitucionalidad, son manifestaciones de esa tendencia.

Sin embargo, ello no es justificativo para considerar que los problemas políticos deben resolverse en el ámbito propio de la política, ya que el Poder Judicial tiene su propia esfera de actuación que es la de resolver, con fuerza de verdad legal, controversias jurídicas entre partes sometidas a su competencia.

## LA DECISIÓN Y LA ARGUMENTACIÓN

Ahora bien, muchos pueden estar contestes en que la función judicial se corrompe si se subordina a la política, y esto sin duda es así. Pero otra cosa bien distinta es cuando el Poder Judicial es considerado una función política del Estado.

En ese plano, que se evidencia fundamentalmente en los sistemas presidencialistas o en la tradición anglosajona de Poder Judicial independiente, considero que la clave del problema se encuentra en la “discrecionalidad” o en la “fundamentación jurídica” de la sentencia.

En el primer supuesto, nos encontraremos ante casos de poder político al desnudo en tanto que la segunda forma es propia de la regla de la subsunción que rige en el Estado de Derecho.

Es necesario distinguir claramente en sus dos aspectos desde el principio: una cosa es que el juez se politice por inclinación personal –como lo explicara Ossorio y Gallardo en el capítulo referido a las relaciones (buenas o malas) entre la justicia y la política, cómo fueron ayer y cómo son hoy, en su libro *El elogio de los jueces* (libro que relata la situación de la Italia posfacista)– y otra cosa muy distinta es el rol político del Poder Judicial.

Señala el autor citado que la interpretación de las leyes deja al juez cierto margen de elección y que, dentro de ese margen, quien manda no es la ley inexorable, sino el corazón variable del juez. De modo que si el juez en su fuero íntimo es partidario del régimen que dicta las leyes que debe aplicar será celoso intérprete de su espíritu y tratará de continuar y desarrollar, al aplicarla a casos prácticos, la inspiración política de la que nacieron. En cambio, si es un opositor de ese régimen, tratará de interpretarlas de modo que las haga prácticamente ineficaces, o tratará de exagerar sus defectos a fin de que aparezcan peores de lo que son y desacreditar así a los legisladores.

Agrega que se necesitaría un paciente historiador que investigara, analizando la jurisprudencia judicial de medio siglo, si bajo el fascismo los jueces interpretaban las leyes con sentimiento fascista y si bajo la república las interpretan con espíritu democrático; si al aplicar las leyes persecutorias de los judíos, los jueces se adhirieron al espíritu de perse-



cución racial con que se las había dictado, o si dentro de lo posible trataron de atenuar la infamia y mitigar la crueldad de tales leyes.

Afirma que los jueces, muchos años después de la caída de un régimen, continúan por inercia, aplicando las nuevas leyes con el mismo espíritu al que se habían acostumbrado bajo el régimen anterior. Eso explica –en opinión del autor– por qué durante el primer decenio del fascismo se acusó a la magistratura de no ser intérprete suficientemente adicta a las nuevas leyes dictadas en defensa de aquel régimen y por qué hubo que crear, para estar segura de que lo fuera, un tribunal especial. También explica del mismo modo por qué durante el primer decenio de la República se ha podido a veces sospechar que, aun respetándose formalmente las nuevas leyes democráticas, subsistiera en algunas sentencias el espíritu autoritario anterior.

Concluye que los jueces, en el sistema de legalidad, deben forzosamente ser legalistas: una vez acostumbrados a un sistema de legalidad quedan encariñados con él aun después de caído, y se necesitan muchos años para que se den cuenta de que aquel sistema ha sido derribado y que la legalidad de entonces se ha convertido en la ilegalidad de hoy.

Por eso, a mi entender, la relación entre justicia y política tiene dos planos: uno ético, definitivamente personal e individual cuyo riesgo o reaseguro se encuentra en los procesos de designación de los magistrados, y otro funcional o sistémico que tiene que ver con la cuestión de cómo un determinado sistema político articula la relación entre la justicia y la política.

Para el primer caso, concluimos citando un breve cuento de Florencio Sánchez sobre *La justicia en China* que consiste en lo siguiente: los magistrados del Poder Judicial son muy severos en China, lo mismo que en todos los países civilizados.

En Pekín había un juez llamado Tio Kin, que era un modelo en el ejercicio de su ministerio. Sabía de memoria todos los códigos del Celeste Imperio, y recitaba todos los artículos de la ley con una precisión admirable.

Me parece verlo, sentado en su tribunal, con su fisonomía rechoncha, los ojos diminutos (a la moda del país), la cabeza afeitada y la coleta tiesa como un rabo de zorro.



Varios personajes rodeaban el estrado y le ayudaban en la administración de justicia.

Sus fallos eran inapelables.

Cuando pronunciaba sentencia, el secretario abría un gran libro amarillo, en el que estaban ya redactadas para mucho tiempo, las fórmulas de la ley y no había más que llenar los blancos, así como se llenan las matrículas de las peores conciertas en nuestras comisarías de Policía.

Cierto día compareció ante el juez un pobre chino, a quien se acusaba de haber robado y comido un huevo. El magistrado se revistió de la mayor gravedad, y le interrogó así:

— ¿Cómo te llamas?

— Kin Fo.

— ¿Por qué te comiste ese huevo?

— Porque tenía hambre.

— Pues bien: la ley es muy clara en este respecto. Escucha tu sentencia: “todo el que robe alguna cosa, por pequeña e insignificante que sea, será castigado con la pena de muerte”, Artículo 31, del Código Verde. Te condeno a la horca, administrando justicia, etcétera.

El secretario abrió el libro amarillo y llenó cuatro vacíos con estas palabras: Kin-Fo-Huevo-Horca. El reo dio un golpe sobre la mesa, para llamar la atención del juez, y le mostró una pluma de pavo. Era la insignia de los mandarines. El reo era, pues, un Mandarín, y esto no lo había advertido a tiempo el magistrado.

El doctor Tio Kin se rascó la cabeza, como hombre que no sabe qué hacer, y al fin dijo:

— Estas leyes del Celeste Imperio son tan intrincadas, que bien puede dispensarme el señor Mandarín que está presente, acusado por una pequeñez, el que medite un momento sobre su causa.

Meditó un rato el chino, o hizo que meditaba, y declaró que, aunque la ley hablaba del robo en general, no encontraba en ella ningún artículo referente al robo de huevos, lo cual significaba: que no había castigo alguno para esa falta y, en consecuencia, administrando justicia, etcétera, lo declaraba absuelto.

El secretario volvió a abrir el libro amarillo, tachó la palabra Horca, puso Absuelto. ¡Con qué facilidad se hacen estas cosas en China! El juez,

entretanto, se decía para su colete: ¡Qué plancha habría hecho yo si hubiera condenado a ese Mandarín de tres colas!

Aún no se había retirado éste del juzgado, cuando fue acusado también de haberse robado la gallina que puso el huevo anterior. El magistrado sudaba frío. ¡Ya el delito era más grave! ¡Cómo transigir! Sin embargo, muerto de miedo, escarbó el código y encontró un artículo que decía: “Al que se apropiare de animales ajenos, como gallinas, patos, cerdos, etcétera, se le cortará la cabeza”.

El reo confesó su delito, con gran disgusto del juez que hubiera querido que lo negara. ¿Qué hacer pues? La ley era terminante; Tio Kin recordaba que algunos mandarines, habían sido ajusticiados en otra época, y aunque la mano temblara un poco, firmó la sentencia.

Pero, al levantar la vista, observó con asombro que el reo tenía pendiente del cuello el botón de cristal, símbolo de los grandes chambelanes del imperio. Inmediatamente se pusieron todos de pie ante el sindicado y lo saludaron con el más profundo respeto. Sólo el secretario, que era algo miope y estaba ocupado por la tercera vez en enmendar la sentencia, demoró algo en levantarse y doblar el espinazo.

Pasado el primer momento de sorpresa, volvió el juez a registrar el código, estudió mejor el plazo, y declaró, citando en su apoyo la opinión de notables juristas chinos, que aquello de “se le cortará la cabeza”, que constaba en esa ley, se refería únicamente a la cabeza del ave robada, nunca a la del ladrón, por lo cual suplicaba a éste tuviera la bondad de decapitar a la gallina, para satisfacer a la vindicta pública.

El secretario se puso los lentes, abrió el libro amarillo, borró y escribió por la cuarta vez. Pero, es el caso –exclamó el reo, sacando la corona de príncipe imperial y poniéndosela en la cabeza– que, como el dueño de la gallina me impidiera despojarle de su propiedad, yo le maté enseguida.

El personal del juzgado le hizo una profunda reverencia, en tanto el portero, informado de lo que ocurría, corrió a izar la bandera amarilla, en el balcón del palacio, para que supiera el pueblo de Pekín, que un príncipe honraba la mansión con su presencia. Y cuando estuvo izada, vino con el almohadón de seda y el dosel de púrpura para el hijo del soberano; pero ya éste salía gravemente de la sala entre dos filas de altos

dignatarios encorvados hasta el suelo y precedido del magistrado, que rompió la marcha tocando el gong.

Sólo el secretario andaba algo rezagado, motivo de haber tenido que romper, cuidadosamente para que no se notara, la página 3114 del libro de las sentencias.

Al día siguiente, cuando se instaló el tribunal, fue denunciado un vendedor de té, que no se había posternado cuando salía el príncipe del palacio de justicia. Y, por supuesto, lo ahorcaron, porque la justicia es muy severa en Pekín.

Y aquí paramos porque no es nuestro propósito ingresar en el terreno de la ética judicial, materia que debe regir el comportamiento del juez, de modo que -como la mujer del César- no sólo debe serlo sino también parecerlo.

El juez, para ser juez y seguir siéndolo, dice Herrendorf, debe desplegar una "conducta judicial". No puede desplegar otra sin dejar de ser, ontológicamente, juez, aunque su nombramiento siga mentándolo como juez; del mismo modo en que, normativamente, Incitato fue cónsul, sacerdote y senador, sin ser existencialmente (realmente) ni una cosa, ni la otra, ni la restante.

De modo que si aceptamos que los jueces son jueces, los llamamos jueces y, sobre todo, obedecemos sus sentencias que como jueces elaboran y cuyo cumplimiento ordenan, "estamos aceptando que son jueces porque están comportándose como jueces".

Y si esto es así, mientras los jueces sigan comportándose como jueces seguirán siéndolo, y no estará entre sus posibilidades de jueces comportarse de otra manera. Así, un juez arbitrario no es un juez.

El segundo aspecto, la segunda visión o perspectiva depende entonces más bien de cuál es el rol asignado al juez y al Poder Judicial en un determinado sistema político.

La primera distinción que cabe hacer es entre los países que cuentan con administración de justicia de aquellos otros que tienen un Poder Judicial como departamento político del Estado dentro de la división de poderes. A la primera categoría corresponden, en general, los sistemas continentales europeos (Francia, Italia, España, etc.), en tanto que a la

segunda categoría corresponden los países anglosajones, siendo un paradigma el sistema constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica.

Expondremos a partir de estos dos modelos, aun cuando el relativismo y las modificaciones del Derecho Comparado hace que a veces tales separaciones no sean tan estrictas.

Así, por ejemplo, los países europeos han adoptado los llamados “Consejos de la Magistratura” o “Consejos Generales del Poder Judicial”; asimismo, a partir de los años 20 del siglo XX comenzó a desarrollarse en la Europa Continental el modelo de control de constitucionalidad concentrado para cierto tipo de actos, por inspiración de Kelsen y Mercke.

Pero admitida la diferenciación de modelos –por razones metodológicas– cabe concluir que el modelo anglosajón asigna una función política a la judicatura al considerarlo un poder independiente dentro de la división de funciones y otorgarle la facultad de declarar la “inconstitucionalidad” de las normas con arreglo al principio de supremacía constitucional que fundamente el juicio lógico-formal.

Varios intentos ha habido, no obstante, para que ciertos motivos considerados esencialmente políticos quedaran fuera del poder de inconstitucionalidad de jueces y tribunales, dando así nacimiento a la doctrina de las “cuestiones políticas no justiciables”. En esa lista, en realidad, se encuentran cuestiones que son materias privativas de los otros poderes por razones de su naturaleza (declaraciones de guerra y paz, estados de excepción, etc.). Por lo tanto, no es determinante que la materia sea o no política, porque si así lo fuera no juzgarían los jueces sobre derechos electorales y partidos políticos en cuanto a su sustancia o contenido pero que, sin embargo, son pasibles de la revisión judicial sobre la base del método de razonamiento o fundamentación de una sentencia jurídica que, en todos los casos, debe seguir la regla del “debido proceso”.

En realidad, a nuestro entender, el “quid” del problema o la “clave de bóveda” se encuentra determinada por la pregunta de cuál es el método o razonamiento que siguen los jueces para resolver sus casos; cabe decir, si el mismo responde a una lógica articulada, reconocible, en el marco del deber ser, propia del método del silogismo o la subsunción

del razonamiento jurídico, o si es puro arbitrio. En el primero de los casos estará definida y confirmada una decisión jurídica bajo la firma de una sentencia, en tanto que en el segundo de los casos la sentencia será una mera o simple apariencia y nos encontraremos ante una decisión política.

Inclusive la Corte Suprema de los Estados Unidos sigue la regla del *stare decisis et queta non movere* (estar a lo decidido) que asigna un valor paradigmático al precedente, de modo tal que, en aquellos casos en que el tribunal decide apartarse de una determinada doctrina, realiza una fundamentación razonada -por lo general extensa- de tal apartamiento y de la nueva decisión.

Ese desajuste se observa, por ejemplo, con respecto a la adopción del sistema norteamericano de control de constitucionalidad en la Constitución de la Nación Argentina, porque a diferencia del sistema de *common law* sobre el que está montado el sistema originario, en nuestro caso rige el sistema continental europeo codificado, siendo que la sanción del Derecho común o "Derecho de fondo" no corresponde a cada provincia sino al Congreso federal, conforme lo señala el artículo 75, inciso 12 de la Norma Fundamental.

De este modo, el control de constitucionalidad que ejercen los jueces argentinos carece de aquel "anclaje", y en algunas circunstancias los fundamentos de una decisión de la Corte Suprema de Justicia pueden acercarse más aún al arbitrio de una decisión política. Un mayor apego al debate crítico de los fallos y al seguimiento de la jurisprudencia favorecería este último aspecto.

Las diferencias apuntadas en orden a las características en uno y otro modelo, acrecientan los problemas de interpretación judicial de la Constitución que realizan los jueces y que han dado lugar a bien conocidos debates. En tal sentido, puede resumirse que las categorías de interpretación "estática" e "interpretación dinámica" de la Constitución, sostenidas por la Corte Suprema y defendidas por destacados doctrinarios, no es más que una visión ampliada del debate entre los "originales" y los "contextuales" en los Estados Unidos, conforme la interpretación constitucional se limite al texto de la Constitución escrita o bien se admita una interpretación más elástica de las palabras y las frases sobre la

base del cambio de los tiempos y, sobre todo, de los valores impuestos en una determinada sociedad política.

En el caso de la Argentina, la interpretación dinámica se ha permitido licencias de mayor arbitrio donde se destaca la continuación jurídica de la "arbitrariedad" y, sobre todo, la aplicación de la doctrina de emergencia sobre la base de la llamada doctrina del "Poder de Policía" en un momento y, posteriormente, el Estado de necesidad o principio de supervivencia del Estado.

En los Estados Unidos, como bien se sabe, el debate ha sido profundo; además, ha presentado divergencias entre originales y contextuales, y por los debates en torno a una interpretación basada en valores, como la propuesta por Ronald Dworkin, en donde se entremezclara la corriente del "realismo jurídico" primero, con Roscoe Pound a la cabeza, para pasar al valor de Weschler y recalcar en la tesis de John Hart Ely acerca de los métodos democráticos procedimentales para la decisión judicial. No nos detendremos aquí más que a modo de referencia y para señalar que, en definitiva, es la búsqueda en cuanto al método interpretativo lo que justifica el afán y el empeño de tales construcciones jurídicas.

Es también ese empeño de certeza el fundamento de legitimidad política del Poder Judicial como rama independiente del poder y la respuesta a la crítica sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial lanzado por Alexander Bickel hace ya muchos años. En definitiva, si los jueces deciden con métodos claros, permeables y conocidos por todos, están completando la constitución de la democracia deliberativa dando continuidad al sistema representativo al respetar los procedimientos de decisiones.

En esa idea, tanto la publicidad y conocimiento de las retóricas judiciales, así como la amplitud del debate crítico sobre las mismas es fundamental para completar los mecanismos de la decisión democrática.

Esto también supera en parte el debate entre iusnaturalistas y positivistas de si los jueces son jueces de la Constitución y de los derechos fundamentales anteriores al Estado o si sólo hablan por boca de ley, tal como pretendía Montesquieu. También supera a nuestro juicio el argumento de la sumisión del juez a la autoridad política en los términos

planteados por Herrendorf, para quien la sumisión del juez al monarca fue reemplazada, con el positivismo, por la de esclavitud del juez a la ley y a los códigos, sujeto a casación y ajeno a toda valoración moral y política.

Señala Vigo que la historia del Derecho no ha sido muy favorable hacia la imposición al juez de justificar sus decisiones. En Francia a finales del siglo XIII se abandonó por los jueces la política de motivar; incluso se llegó a advertir a los jueces que debían cuidarse de mencionar la causa de la decisión y, además, estaba prohibido publicar las resoluciones judiciales sin autorización del Parlamento. Montesquieu, en el siglo XVIII, manifestaba la inconveniencia de justificar las sentencias, dado que con ello se promovían entorpecimientos por parte de quien perdía el juicio. Será después de la Revolución Francesa –concretamente en 1790– cuando se dictaran normas que establecieran la obligatoriedad de la motivación de las sentencias civiles y penales.

El mismo autor destaca cuáles son las funciones que cumple la argumentación de justificación, enumerando las siguientes:

- 1) función validante: “...la obligatoriedad de la norma depende de la validez de su justificación, que es, por consiguiente, el fundamento de aquélla” (Sergio Cotta);
- 2) función controladora: atento a que la sentencia es una unidad, sólo puedo juzgarla considerando las razones que intentan avalarla, y, además, el carácter institucional se manifiesta en el control académico, el superior, el profesional, el social, el político, el disciplinario, etcétera;
- 3) función legitimadora: Mauro Cappelletti entiende que los jueces se legitiman en el ejercicio de su poder a través de la práctica de ciertas virtudes pasivas, formales o procedimentales, entre las que destaca la justificación de las decisiones;
- 4) función “concretizadora”: aquella orden racional general que implica que la ley reclama intrínsecamente que sea proyectada a los casos que a ella se subsuman, de modo que esa obra humana racional se acabe o se complete en la tarea de individualización judicial;



- 5) función didáctica: las reglas jurídicas intentan ser modelos y causas eficientes de conductas; por eso la explicación y proyección operativa de sus destinatarios favorece el conocimiento de las mismas y su eficacia;
- 6) función científica: a la hora de la descripción y reconstrucción sistemática del Derecho vigente, con su modo de operatividad, sus fuentes del Derecho, etcétera, es forzoso atender al discurso de justificación judicial;
- 7) función estabilizadora: justificando la proyección de las respuestas jurídicas generales a los casos es posible descargar futuras argumentaciones mediante la invocación de esos precedentes y aportar a la previsibilidad de respuestas concretas;
- 8) función pacificadora: la argumentación apropiada cumple una función persuasiva y no meramente resignada respecto de aquellos que son derrotados en el proceso;
- 9) función moralizadora: al inscribir la autoridad en el ámbito de lo racional y así superar el conflicto moral –apuntado por Kant– que supone disponer sobre la libertad del otro.

La teoría de la argumentación y de la decisión racional permite superar esos encasillamientos en tanto la sentencia sea el producto de un razonamiento honesto y sincero de las cuestiones sometidas a la valoración judicial. En definitiva, se trata de sostener –como lo hiciera Carlos Nino– una concepción deliberativa de la democracia, que comprenda en ella el papel del Poder Judicial y del control de constitucionalidad.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CÁRCOVA, Carlos, "Sobre el razonamiento judicial", en J. A., LexisNexis, nro. 13, p. 18.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Perspectivas estratégicas del razonamiento y actuación de los jueces", en *Razonamiento Judicial*, LexisNexis, nro. 13, p. 30.
- DAHL, Robert, *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?*, México, Fondo de Cultura Económica.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel.
- ELY, John Hart, *Democracia y desconfianza*, Bogotá, Universidad de los Andes.
- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel.



- GUIBOURG, Ricardo, "Proceso y verdad", en *Razonamiento Judicial* (LexisNexis), nro. 13, p. 72.
- HABERMAS, Jürgen, *Ensayos políticos*, Barcelona, Península.
- HART, H. L. A., *El concepto del Derecho*, Oxford, University Press.
- HART, H. L. A. y Ronald DWORKIN, *El debate: La decisión judicial*, Siglo del Hombre, Colombia, Universidad de Los Andes.
- HERRENDORF, Daniel, *El poder de los jueces*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes: El debido proceso sustantivo como garantía innominada*, Buenos Aires, Astrea.
- NINO, Carlos, *La construcción de la democracia deliberativa*, Barcelona, Alfaguara.
- OSSORIO y Luis GALLARDO, *El alma de la toga*, Buenos Aires, Librería "El Foro".
- RAZ, Joseph, *La autoridad del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica.
- VIGO, Rodolfo, "Razonamiento justificatorio judicial", en *Razonamiento Judicial* (LexisNexis), nro. 13, p. 79.
- ZULETA PUCEIRO, Enrique, *Interpretación de la Ley*, Buenos Aires, La Ley.



## Un buen juez es difícil de encontrar: un ensayo sobre el realismo legal y los libros de casos de las facultades de Derecho\*

THOMAS HAYES\*\*

Antes de ir a la facultad de Derecho, enseñé latín en una pequeña escuela secundaria parroquial durante ocho años. Lo primero que aprendí como profesor es que los estudiantes huelen a los farsantes tanto como los tiburones huelen la sangre. Esto me mantuvo alerta, así que cualquiera sea el valor de mi pequeño descubrimiento, se lo debo a mis alumnos. El descubrimiento involucra una curiosa alteración en manual de contratos. En el siguiente ensayo, cuento sobre este descubrimiento, inicialmente en forma de anécdota. Luego, formulo una pregunta y expongo algunas posibles respuestas. Finalmente, hago algunas observaciones generales del descubrimiento y su posible explicación.

### LA ANÉCDOTA

#### *EL LIBRO DE CASOS*

Un estudiante de Derecho de primer año abre su libro de casos a comienzos de septiembre y lee el asignado para la clase: se trata de

\* Publicado originalmente en inglés como: "A Goode Judge Is Hard to Find: An Essay on Legal Realism and Law School Casebooks", en *Journal of Legal Education*, vol. 54 (junio 2004). Se agradece al *Journal of Legal Education* la autorización para traducir y publicar el artículo. Traducción al español de Leonardo Gastón De Luca (traductor literario y técnico-científico de inglés). Revisión final, a cargo de Cecilia Hopp, estudiante de la carrera de Abogacía de la UBA.

Nota del título: El título original en inglés es un juego de palabras que se produce por el parecido fonético entre la palabra "buen" (*good*) y el nombre del juez en cuestión (*Goode*).

\*\* Candidato al título de Doctorado en Leyes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Vanderbilt.

## UN BUEN JUEZ ES DIFÍCIL DE ENCONTRAR

THOMAS HAYES

“*Embry vs. Hargadine-McKittrick Dry Goods Co.*”, tal como figura en el libro *Contracts: Cases and Comment*<sup>1</sup> de Dawson, Harvey y Henderson. El tema tratado, o al menos así lo cree el alumno, es si una conversación oral entre un empleador y su empleado es suficiente para renovar por otro año el contrato del empleado. En clase, el profesor señala la verdadera lección del caso: no importa, concretamente, qué intención tuviera la conversación del empleador y el empleado, sino lo que cualquier hombre razonable pensaría que esa conversación significa. Al discutir esta teoría objetiva de contratos más de cerca, el profesor enfoca la atención de sus alumnos en la autoridad sobre la que se sustenta la resolución del caso y en un engaño judicial. El juez comenzó su decisión con una especie de contraste: “La opinión y los tratados elementales abundan en aserciones de la regla que afirma que para constituir un contrato debe haber un encuentro de las mentes...” Luego el juez pasó a señalar la verdadera regla:

Generalmente, esto puede ser cierto: pero no es literal o universalmente cierto. Es decir, la intención interna de las partes de una conversación que ulteriormente supone la creación de un contrato no puede hacer un contrato de lo que surja de esa conversación, ni evitar que se perfeccione, si las palabras usadas fueron suficientes para crear un contrato. En la medida en que su intención fuese un elemento influyente, es sólo esa intención tal como las palabras o actos de las partes lo exteriorizan; no una intención anhelada de forma secreta que es inconsistente con esas palabras o actos... En 9 *Cyc.* 245, encontramos el siguiente texto...<sup>2</sup>

El profesor, que se basó en el caso, tal como se presenta en el libro, señala correctamente que el juez hizo trampa. El juez ridiculizó los “tratados elementales” al señalar el error tan común, pero luego confió en una enciclopedia (9 *Cyc.* 245) como prueba de la teoría objetiva de la formación de contratos en la que se basó su decisión. Los estudiantes se ríen y continúan con el tema de los jueces.

<sup>1</sup> 127 Mo. App. 383 (1907), reeditado en: DAWSON, John P. et al., *Contracts: Cases and Comment*, 7ª ed., Nueva York, 1998.

<sup>2</sup> Íd. en 327. Los puntos suspensivos antes de la referencia a 9 *Cyc.* 245 pertenece al registro de los editores.

### **LOS COMPENDIOS DE JURISPRUDENCIA DE LA CÁMARA DE APELACIONES DE MISSOURI**

Al día siguiente el estudiante, ahora interesado en el caso, sube por la amplia y alfombrada escalera con moderna curvatura semicircular al segundo piso donde la facultad de Derecho de Vanderbilt guarda colección de jurisprudencia. El estudiante encuentra los desmenuzados tomos de la jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones de Missouri, entre los cuales halla el fallo "Embry vs. Hargadine-MrKittrick Dry Goods Co.", en el que el juez Goode escribió la opinión de la mayoría. El caso en el compendio difiere enormemente de la versión editada. El juez en realidad no confió en una enciclopedia para darle autoridad a su decisión. Oculto por los puntos suspensivos del libro de casos está el hecho de que el juez Goode tomó su decisión de 1907 basado en dos decisiones de la Corte de Apelaciones de Missouri: "Brewinton vs. Mesker"<sup>3</sup> y "Machine Co. vs. Criswell".<sup>4</sup> De estos dos casos tomó prestado el juez Goode el lenguaje de su decisión (ej., "intenciones internas [...] secretamente anheladas" no hacen un contrato), y es a estos dos casos (y no a 9 *Cyc.* 245) a los que hacía referencia cuando decía más tarde, "En vista de estas reglas sostenemos que..." Así que sólo estaba haciendo lo que hace un buen juez: basarse en el precedente de su propia jurisdicción. El estudiante deja los jueces de lado y se dedica a los editores de libros de casos.

### **LA PREGUNTA Y ALGUNAS RESPUESTAS**

El estudiante ha resuelto la anomalía y se queda con otra. Inevitablemente, los libros de casos presentan la jurisprudencia editada, pero ¿cómo se puede explicar una elipsis de dos páginas que hace parecer a un buen juez deshonesto o incompetente? ¿Por qué los editores de un manual tomarían esa decisión en particular? ¿Por qué editar un caso de forma tal que un juez se burle de basarse en tratados elementales y al mismo tiempo parezca basarse en una enciclopedia como prueba? Hay, creo yo, cuatro respuestas posibles: malicia, negligencia, pedagogía o religión.

<sup>3</sup> 51 Mo. App. 348 (1892).

<sup>4</sup> 58 Mo. App. 471 (1894).

### **MALICIA**

En un extremo del espectro yace la improbable y seguramente sólo ficticia posibilidad de que los editores hayan hecho una alteración *ad hominem* inspirada en la malicia pura. Es posible imaginarse cualquier cosa –por ejemplo, el abuelo de un editor que por alguna razón está ante el banquillo del juez Goode recibiendo su ira judicial causada por un mal desayuno–. Ahora por fin, habiendo esperado al acecho por muchos años, la familia del editor se toma venganza a través de un recorte de su decisión que presenta al juez Goode como una persona incompetente. Ya gasté demasiado tiempo en esta posibilidad. La malicia es casi inimaginable.

### **NEGLIGENCIA**

Al otro extremo del espectro yace la probable y seguramente razonable posibilidad de que la modificación haya sido puramente motivada por una cuestión de espacio y que el efecto haya sido accidental. Al hacer esperables resúmenes de una extensa opinión intentando preservar el punto principal de enseñanza, los editores inadvertidamente omitieron una parte del texto de forma tal que, sólo por casualidad, parecería que la decisión del juez Goode está fundada en una enciclopedia. No hay ningún elemento de *scienter* atribuible a los editores. Todo esto parece bastante razonable.<sup>5</sup>

Algunas semanas más tarde, agobiado de Contratos y ya sin más tiempo para preocuparse por el juez Goode, el estudiante busca ayuda de una fuente externa, *The Rule of Law in Our Case-Law of Contract* <sup>6</sup> de Karl Llewellyn. A medida que el estudiante lee, nota que el artículo es sólo uno de una serie de artículos que evidencian el lamentable hecho de que los cursos de contratos no reflejan la realidad de la jurisprudencia. Los artículos son un esfuerzo por brindar a la enseñanza de teoría de los contratos una línea de realismo legal.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Ésta es, de hecho, la explicación que el profesor Henderson me dio cuando le pregunté sobre la motivación detrás de esta elección editorial en particular. Ver nota infra 17. También debe hacerse notar que el texto omitido no cambia la sustancia de la decisión; sin embargo, el texto editado tal como figura hace cambiar el respaldo detrás de la sustancia.

<sup>6</sup> 47 Yale L. J. 1243 (1938).

<sup>7</sup> Ver LLEWELLYN, Karl, *Our Case-Law of Contract: Offer and Acceptance*. II. 48 Yale L. J. 779 (1939).

El profesor Llewellyn ha llegado a la conclusión de que la doctrina de contratos en las facultades no representa adecuadamente la jurisprudencia al leer mucho de ella. La causa de la desconexión es la imposibilidad de reducir a doctrina prolija la Medusa multifacética de las decisiones de las cortes.<sup>8</sup> Para el realismo legal esto es fundacional, y Llewellyn comienza sus artículos sobre contratos con una lista de siete principios bajo los cuales las cortes formulan reglas; algunos de estos principios son buenos y otros no.<sup>9</sup>

No es necesario describir aquí en detalle las siete categorías, dado que son puntos a lo largo de un espectro de toma de decisiones judiciales endémico a los escritos de Llewellyn y no exclusivo a esta serie de artículos.<sup>10</sup> Basta con decir que los principios buenos –del uno al cuatro– involucran una formulación de más estrecha a más amplia del precedente como base de la decisión judicial.<sup>11</sup> Aquí el juez está intentando conectar los hechos de este caso con los hechos o las decisiones de casos dominantes del pasado.

Los últimos tres principios son los malos, entre ellos el número cinco: “la regla es lo que algún escritor difunto *dijo* que sería”.<sup>12</sup> Llewellyn llega a lamentarse: “Si la quinta proposición carece de significado, entonces no puedo entender, por ejemplo, la enumeración de opiniones en las que se dice que un caso fue ‘explicado’ *ni la frecuencia de las citas de Cyc... al proveer ‘la regla’*”.<sup>13</sup> Para el estudiante que lee esto por primera vez y que está sorprendido por la alteración de *Embry*, todo parece tener sentido. El recorte puede no haber sido accidental.

Si se pudiera demostrar que los editores tenían en mente a Llewellyn cuando hicieron esta modificación, entonces no son culpables de negligencia, sino que han recortado la opinión del juez Goode para imitar el principio cinco de Llewellyn. Esta evidencia puede ser atrayente, sin embargo es sólo un indicio. En primer lugar, los editores hacen referencia en la página 383 del manual a la serie de artículos titulada *Our Case-Law*

<sup>8</sup> LLEWELLYND, nota supra 6, en 1244.

<sup>9</sup> Íd., en 1241-40.

<sup>10</sup> Cf. LLEWELLYN, Karl, *The Bramble Bush* 73-74 (Austin, 1995) (1930).

<sup>11</sup> LLEWELLYN, nota supra 6, en 1244-45.

<sup>12</sup> Íd., en 1245.

<sup>13</sup> Íd., en 1246 (énfasis agregado).

## UN BUEN JUEZ ES DIFÍCIL DE ENCONTRAR

THOMAS HAYES

*of Contract*. Sin embargo, esos artículos fueron precedidos en el tiempo por un artículo de Llewellyn publicado por el *Yale Law Journal*, "What Price Contract? -An Essay in Perspective-"<sup>14</sup> y los editores citan una parte de este artículo para introducir su versión de "Embry vs. Hargadine". Así que estaban pensando en Llewellyn. ¿Pero cómo o por qué estaban pensando en Llewellyn? Quizás ahora hayamos descartado los dos extremos del espectro explicativo, malicia y negligencia. Hasta ahora no hemos encontrado una explicación mejor.

### PEDAGOGÍA

Los editores pudieron estar motivados a crear dentro del caso una oportunidad heurística. Deliberadamente recrearon dentro del caso un escenario en el que los estudiantes pudieran descubrir, y en consecuencia aprender por contacto (para usar una frase de Whitehead)<sup>15</sup> una lección sobre Realismo Judicial. Dejando a un lado por un momento la decencia de hacer esto a expensas del juez Goode, si éste es el motivo, sería de esperar alguna pista, tal como una nota: "¿En base a qué tomó su decisión el juez Goode?" o un fragmento más puntual de Llewellyn antes o después del caso. Tal como figuran el caso y el texto que lo rodea, no hay forma de que un alumno de primer año, o hasta incluso un profesor, haga la conexión entre el caso editado y una proposición clave de Realismo Legal, concretamente los enjuiciamientos desalineados. Probablemente los editores no hayan previsto el camino fortuito e indirecto por el que yo hice la conexión.

Si realmente tenían un objetivo didáctico, como por ejemplo enseñar las grandes lecciones del Realismo Legal, y si realmente tenían a Llewellyn en mente, como seguramente hubiese sido, entonces ¿por qué no elegir uno de los casos de Llewellyn en el que una de esas decisiones mal fundadas, de hecho, tiene lugar? Tal como figura, si un estudiante hiciera las conexiones y los descubrimientos necesarios, yo creo que llegaría a la conclusión opuesta sobre el Realismo Legal: que debe ser casi imposible encontrar un ejemplo de un juez que no se base en el precedente de su propia jurisdicción. A fin de cuentas, no estoy convencido de que la alteración tenga un propósito didáctico, al menos no uno objetivo o evidente.

<sup>14</sup> 40 *Yale L. J.* 704 (1931).

<sup>15</sup> Cfr. NORTH WHITEHEAD, Alfred, *The Aims of Education* 66 (Nueva York, 1967).



## RELIGIÓN

La explicación final para la alteración yace sobre lo que puede llamarse una explicación religiosa si usamos el sentido más literal de esa palabra. Los editores, ya sea consciente o inconscientemente, se han comprometido con una creencia en el Realismo Legal. Es más que probable que esta influencia sea inconsciente. En este sentido, el recorte ocurre de una forma bastante parecida a la descrita más arriba en el escenario accidental o “negligente”, con una diferencia importante. Los editores estaban tan influenciados por el Realismo Legal que no notaron o simplemente ignoraron lo que verdaderamente debieron notar, concretamente convirtieron a un juez, que de hecho decidía sus casos de una forma ultra formal –*Stare decisis*– en un Realista Legal. Si la modificación fue influenciada por una imitación inconsciente del principio cinco de Llewellyn, entonces el realismo de Llewellyn se convirtió en eso contra lo que luchaba, una teoría de jurisprudencia que no está respaldada por la jurisprudencia. Los editores se volvieron tan ciegos y tan sordos a los ejemplos de jurisprudencia formal que inconscientemente editan textos que pasan a ser avatares de una teoría de realismo. La verdad a medias de una generación pasó a ser la verdad total de otra.<sup>16</sup>

Si la alteración fue consciente, entonces no cambia demasiado excepto que la elección es deliberada. La diferencia es como la que existe entre un creyente y un fanático. El creyente del credo no nota su ceguera a la realidad mientras que el fanático no puede tolerar la realidad.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> La oración está adaptada de Cardozo. Ver “*Allegheny College vs. National Chautauqua County Bank*”, 159 N. E. 173, 174 (N. Y. 1927).

<sup>17</sup> No creo que la elección del editor haya sido consciente, y esto se basa en la correspondencia que mantuve con el profesor Henderson. Con su permiso, doy aquí sus respuestas a mi pregunta sobre la edición del caso Embry:

En cuanto a los asuntos que planteas, me temo que no tengo mucho para contribuir (mis memorias sobre la última vez que edité Embry, especialmente junto con otro material en mente, se han desvanecido). “La edición de casos siempre es guiada por cuestiones de espacio”. Y en el libro hemos intentado proveer ejercicios sobre metodología legal. “Además, por supuesto que Llewellyn es un gigante, y fue mi profesor en la Universidad de Chicago a fines de los cincuenta”. Así que tengo la tendencia a conectar sus ideas sobre procesos legales con los casos del libro. Sencillamente no puedo ser más específico sobre las interconexiones de los pasajes que tienes en mente. (Énfasis agregado.) Dejo que el lector decida si su explicación sustenta su punto de vista o el mío.

### OBSERVACIONES GENERALES

En la ciencia, la presencia de un simple hecho que no concuerda con una teoría la destruye pero, como se nota a menudo, esta misma verdad no se aplica a las teorías dentro de las Ciencias Sociales.<sup>18</sup> Esto no representa ningún peligro siempre y cuando las teorías intenten primariamente categorizar información para que su transmisión sea manejable. Pero cuando los científicos sociales dejan de ver el valor de una teoría como organizacional y comienzan a ver valor en la teoría misma, han dado un paso desde la didáctica a la dogmática. La evidencia de que ese cambio ha ocurrido o está ocurriendo es la falta de atención o la intolerancia de los científicos sociales a los hechos que no son contestes con la teoría.

Sería de ayuda en este punto describir brevemente los hechos que impulsaron este ensayo, a fin de ilustrar la transición que ha ocurrido.

- En 1907 el juez Goode decide el caso “Embry” basado en dos decisiones anteriores de la Corte de Apelaciones de Missouri.
- En los años treinta Karl Llewellyn comienza a publicar artículos que demuestran que la enseñanza de esa época sobre toma de decisiones judiciales no tenía el apoyo de la jurisprudencia subyacente.
- Para corregir la doctrina incorrecta, Llewellyn comienza a rastrear y categorizar los casos de una manera mucho más compleja y sofisticada que demuestra una práctica judicial realista. Entre las categorías está la práctica judicial de contar con la autoridad de las enciclopedias en lugar del precedente del caso.
- El trabajo de Llewellyn se vuelve influyente, y comienza a enseñarse en las facultades.
- En una edición de 1998 de un libro de casos de jurisprudencia, los editores incluyen el caso “Embry” para ilustrar la teoría objetiva de formación de contratos y lo presentan de tal manera que la decisión parezca estar fundada en una enciclopedia.

<sup>18</sup> Es típico de MACINTYRE, Alasdair, “The Character of Generalizations in Social Science and Their Lack of Predictive Power”, en *After Virtue*, 2ª ed., Notre Dame, 1984, p. 88.

- Al confiar en la buena fe del editor, un profesor de contratos llama la atención sobre la decisión y la autoridad en la que se basa. Le señala a sus estudiantes que en realidad la toma de decisiones judiciales no siempre se basa en el precedente de una jurisdicción en particular.

El resultado es una pérdida doble. En primer lugar, los alumnos heredan el resultado del trabajo de Llewellyn a través de una especie de puerta de marfil de falsos sueños.<sup>19</sup> Al hacer eso no aprenden la verdadera lección que Llewellyn tenía para enseñar: que uno aprende la ley al leer casos de cada vez mayor sofisticación sobre lo que es la ley, no intentando encasillar los casos en unos pocos conceptos gastados. En segundo lugar, el trabajo de buena fe del juez Goode se ve disminuido, una víctima del disminuido respeto que le tiene el Realismo Legal a la autoridad judicial.

El mismo Llewellyn no fue consciente del peligro: “[L]a síntesis doctrinal tiende a distorsionar toda visión de la realidad subyacente. Porque la síntesis doctrinal es y siempre debe ser en términos conceptuales, en clases, en supuestas uniformidades, inclusiva, exclusiva”.<sup>20</sup> Más particularmente, no era consciente del peligro a nivel educacional. Irónicamente, la súplica de los artículos que inspiraron la decisión editorial era de veracidad en la presentación de jurisprudencia a los estudiantes:

El estudiante, y particularmente el neófito, tiene derecho a un cuerpo de doctrinas legales tan sencillas, comprensibles, con sentido común, y de fácil aproximación como los casos sean capaces de producir [...] Si el mundo de leyes fuese así desde su misma creación en la mente del estudiante, creado en divisiones y conceptos que falsificaran los hechos de la ley, el estudiante estaría desamparado.<sup>21</sup>

Cuando los editores de un libro de casos comienzan a manipular las opiniones judiciales para amoldarse a una teoría de Realismo Legal, es

<sup>19</sup> Referencia a *La Odisea*, canto XIX. “Hay dos puertas para los leves sueños: una, construida de cuerno; y otra, de marfil. Los que vienen por el bruñido marfil nos engañan, trayéndonos palabras sin efecto; y los que salen por el pulimentado cuerno anuncian, al mortal que los ve, cosas que realmente han de verificarse.” (N. del T.: traducción al español de Luis Segala y Estalella).

<sup>20</sup> LLEWELLYN, nota supra 14, en 750.

<sup>21</sup> LLEWELLYN, nota supra 7, en 783 (énfasis omitido).

## UN BUEN JUEZ ES DIFÍCIL DE ENCONTRAR

THOMAS HAYES

entonces cuando este realismo, tal como Llewellyn lo conoció, se convierte en credo. Tales educadores ya no pertenecen a la tradición de Aristóteles sino a la tradición de John Dewey, que escribió: “En el último análisis, todo lo que el educador puede hacer es modificar los estímulos para que la respuesta resulte tan segura como sea posible en la formación de disposiciones deseables tanto intelectual como emocionalmente...” y “El problema de enseñar es mantener la experiencia del alumno moviéndose en dirección hacia lo que el experto ya sabe”.<sup>22</sup> Llewellyn, sin embargo, abandonó los falsos métodos pedagógicos, sin importar cuánto placer (o interés) resultara de ellos, cuando se dio cuenta de que esos métodos no eran ejemplos verdaderos de jurisprudencia.<sup>23</sup> Esto es porque Llewellyn también era consciente de la solución para las formulaciones doctrinales: “El campo de batalla de dichas síntesis es y siempre debe ser el caso marginal e incluso patológico que examina la arrolladora generalización”.<sup>24</sup>

Yo añadiría otros adjetivos al arsenal (como “viejo” e “inedito”).

\* \* \*

Como dice el dicho, la mentira tiene patas cortas. Y también la manipulación de la autoridad inherente en las palabras de un juez.

Enmascarar una formulación inadecuada bajo el disfraz de Principio puede salvarla por un tiempo de la detección y desenmascaramiento, y hasta puede desorientar a estudiantes e incluso a cortes (...) [P]ero ese “enmascaramiento” no “convierte” una formulación en un Principio, ni el éxito del enmascarador en ser “llamado” por ese nombre: debe obtener “resultados”, en casos, en decisiones, y con alguna regularidad, o si no permanecerá siendo falso.<sup>25</sup>

En mi experiencia, los estudiantes descubren a los farsantes para desengañarse de la falsa pedagogía. La educación, legal o de cualquier otro

<sup>22</sup> “The Nature of Subject Matter”, en *John Dewey on Education*, Chicago, ed. Reginald D. Archambault, 1974, pp. 358-363.

<sup>23</sup> LLEWELLYN, nota supra 7, en 787, nro. 9.

<sup>24</sup> LLEWELLYN, nota supra 14, en 750.

<sup>25</sup> LLEWELLYN, nota supra 6, en 1263.

tipo, siempre debe tratar con la verdad, no con la mentira (sin importar cuan eficiente o interesante pueda ser la mentira). La fuente primaria –para los estudiantes de Derecho serían los casos– es el mejor remedio contra las teorías falsas pero, como muestra este ensayo, los libros de casos, en realidad, pueden ser compilaciones de jurisprudencia en los que se no puede confiar con seguridad.

Nadie debería sugerir que los casos nunca tendrían que ser compilados con vistas a una teoría en particular, pero la teoría debe ser parte de los casos, no de versiones manipuladas de los casos. No tengo la experiencia ni la información para probar cuan extensa es la manipulación editorial en los libros de registros. No obstante, la segunda cosa que aprendí como profesor de escuela secundaria fue que cuando atrapas a los alumnos fumando detrás del gimnasio, siempre te dirán que es la primera vez que lo hacen y que nunca volverá a pasar. Tengan cuidado alumnos y profesores.



## Jueces o académicos: ¿A quiénes debemos mirar según nuestro derecho constitucional?\*

ANDREW L. KAUFMAN\*\*

Jamás en la historia de la doctrina de Derecho Constitucional de este país, las opiniones de la Academia –al menos casi todas ellas– han diferido tanto de la práctica seguida por los jueces. El propósito de este trabajo es examinar dichas diferencias y obtener algunas conclusiones sobre cuál de los modelos, si aquel del *establishment* judicial o aquel de la Academia, es el que marcha al ritmo del tambor más apropiado.

Comenzaré por expresar mi opinión personal. Según mi punto de vista, el abordaje al Derecho Constitucional desde el *common law*, que ha sido dominante en la actividad judicial desde el principio de la re-

\* Publicado originalmente como *Judges or Scholars: To Whom Shall We Look for Our Constitutional Law?*, en *Journal of Legal Education*, nro. 37, p. 184, 1987. Los editores agradecen al editor el permiso para traducirlo y publicarlo en la revista. Traducido por Daniel A. Levi, estudiante de la Facultad de Derecho, UBA.

\*\* Associate Dean y Charles Stebbins Fairchild Professor of Law, Harvard Law School. Este trabajo fue preparado para su exposición oral, en forma resumida, en un coloquio del 4 de septiembre de 1986, en el 350 aniversario de la Universidad de Harvard. No quise cambiar el estilo de mi trabajo para su publicación, pero, por recomendación del editor, agregué algunas notas para identificar autores y casos que yo específicamente tuve en mente. Ocasionalmente me refiero a escuelas o tipos ideales de pensamiento, sin hacer referencia a los diversos profesionales de cada escuela ni a ningún ejemplo en particular. En todo caso, estimo que las ideas son lo suficientemente familiares como para que no sean necesarias las citas específicas [N. del T.: Toda significación local en el texto que no se encuentre expresamente aclarada se refiere a los Estados Unidos de América].

Le estoy agradecido a Stephen H. Shiffrin, profesor de Derecho de la Escuela de Derecho de UCLA y profesor visitante en la Escuela de Derecho de Harvard en 1986-87, por su cuidadosa crítica.

## JUECES O ACADÉMICOS: ¿A QUIÉNES DEBEMOS MIRAR SEGÚN NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL?

ANDREW L. KAUFMAN

pública, ha servido a los valores institucionales y sustantivos que se encuentran plasmados en la Constitución.<sup>1</sup> Durante los últimos treinta años, dicho vínculo ha caído de manera creciente bajo el ataque de toda una variedad de teóricos académicos que han cuestionado características esenciales del enfoque judicial tradicional, y al mismo tiempo han manifestado desacuerdos entre ellos mismos. Pero sobre todo, el redoble de la crítica es tan fuerte y la influencia de estos profesores sobre toda una generación de estudiantes, abogados y jueces ha sido tan grande que la amenaza al enfoque tradicional es real. Dicho enfoque ha sido una de las contribuciones más importantes a nuestra forma constitucional de Gobierno, y necesita ser defendido, aun cuando discrepásemos –incluso violentamente– con algunos de sus resultados sustantivos particulares.

En un principio, quisiera señalar algunos de los rasgos distintivos que caracterizan a la mayoría de los enfoques académicos de Derecho Constitucional.

### I

El rasgo número uno está más implícito que explícito. Exagerando un poco, en muchos de los círculos de Derecho Constitucional, hoy no se puede aspirar a ser considerado seriamente como un académico constitucionalista si uno no aborda las cuestiones de Derecho Constitucional armado de un modelo teórico “superabarcador”, sustancialmente fundado en estudios filosóficos o en teoría política o social.<sup>2</sup> Este abordaje debería ser contrastado con el modelo judicial del *common law*, que generalmente ha concebido la construcción legal, incluyendo la legislación constitucional, en términos mucho menos grandilocuentes. Ha sido más flexible, más pragmático, más conciliador de opiniones conflictivas, y menos teórico. Por supuesto, con el fin de caracterizar las tendencias

<sup>1</sup> Ver GREY, Thomas, “The Constitution as Scripture”, 37 *Stan. L. Rev.*, 1984, 1; GREENWALT, Kent, “Speech and Crime”, *Am. B. Found. Research J.*, 645, 729 ff., 1980; and SHIFFRIN, Stephen, “The First Amendment and Economic Regulation: Away from a General Theory of the First Amendment”, 78 *Nw. U. L. Rev.* 1212, 1983.  
© 1987 by the Association of American Law Schools. Citar como 37 *J. Legal Educ.* 184, 1987.

<sup>2</sup> Esta conclusión deriva de mis lecturas sobre estudios de Derecho Constitucional moderno. No estoy afirmando que cualquiera vaya a realizar esta lectura tan lejana.



estoy exagerando sus diferencias, pero pienso que es importante entender que son las tendencias teóricas las que generalmente dominan el discurso académico, y las tendencias pragmáticas y conciliadoras, el discurso judicial. De todos modos, para evaluar las tendencias se requiere examinar seguidamente otros dos rasgos distintivos.

## II

El rasgo número dos consiste en la tendencia, dentro del debate académico, de partir de la premisa de que el control judicial es una característica no-democrática de nuestro sistema de Gobierno, cuya faceta negativa debe ser reducida si uno, en última instancia, desea justificarlo.

Durante los últimos treinta años, litros de tinta fueron desperdiciados en debates entre académicos sobre este tema. Digo “desperdiciados” porque el debate no tenía ninguna relevancia. Ya desde temprano en la historia de nuestro país, la Suprema Corte, compuesta por jueces que habían tomado parte en la creación de nuestro sistema constitucional de Gobierno, decidieron que ella tenía el poder constitucional de control jurisdiccional. A pesar de tal decisión, las fuerzas estatales, escudadas tras el argumento de la ambigüedad del texto constitucional, rechazaron el poder de la Corte hasta llegar a la Guerra Civil. La derrota militar de las fuerzas estatales terminó así con un argumento que duró tres cuartos de siglo.

Recién ahora el debate ha sido restituido, debido a la fascinación de los intelectuales por los grandes modelos de la teoría política: el control judicial ejercido por jueces con cargos vitalicios no parece encajar fácilmente dentro de las teorías del sistema democrático de Gobierno. Sin embargo, las interpretaciones originales que justifican el control judicial fueron ciertamente apropiadas, por no decir absolutamente requeridas por la Constitución. Habiendo sido ampliamente aceptadas por 150 años, ahora se han vuelto un injerto en nuestra estructura institucional. El cuestionar dicha doctrina sobre la base de la teoría política es algo pernicioso. En ningún lugar la Constitución establece una teoría política en particular –y ciertamente no establece una democracia pura– como guía para la interpretación constitucional. Los artífices de la Constitución fueron, afortunadamente, personas prácticas tratando de conciliar intereses

## JUECES O ACADÉMICOS: ¿A QUIÉNES DEBEMOS MIRAR SEGÚN NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL?

ANDREW L. KAUFMAN

diversos y diferentes teorías, con el objeto de crear un sistema de Gobierno que funcionara, y no teóricos apuntando a pulir detalles para encajar en algún modelo. De hecho, los temores sobre los excesos de una democracia pura fueron prominentes en la convención constituyente y ayudaron a explicar muchas de las complejidades en la estructura del sistema de Gobierno que emergió del documento final. A tal punto podría cuestionarse que el control judicial es en cierta medida antidemocrático, a lo que yo respondería: ¿Y qué? Nada en la Constitución requiere que cada aspecto de nuestro sistema de Gobierno supere un examen de “democracia”.<sup>3</sup>

### III

Un tercer lugar común transitado por una parte sustancial de la comunidad académica es decir que el enfoque de la Suprema Corte, sustancialmente orientado por el *common law*, caso-por-caso, en la interpretación de las partes abiertas de la Constitución –en particular de la Decimocuarta Enmienda–, no es susceptible de superar una justificación por principios.

El ataque al método de elaboración de decisiones de la Suprema Corte proviene tanto desde la extrema derecha como desde la extrema izquierda. Califico como de extrema derecha, para estos fines, a aquellos que creen que existía un sentido intencional para las partes abiertas de las cláusulas constitucionales, y que atacan a la Corte por fracasar aún en la búsqueda de ese sentido en la mayoría de los casos.<sup>4</sup> Califico como de extrema izquierda a aquellos que aducen, explícita o implícitamente, que la actividad judicial en general es infinitamente manipulable y que

<sup>3</sup> Esta afirmación no debe ser tomada como significando que los propósitos democráticos no estuviesen presentes en ninguna parte del documento. Más adelante, argumentaré que las nociones de democracia necesitan de la búsqueda de valores plasmados en las cláusulas abiertas de la Decimocuarta Enmienda.

<sup>4</sup> V. gr., BORK, Robert, “Styles in Constitutional Theory”, 26 *S. Tex. L. J.* 383, 1985 [en adelante, “Styles in Constitutional Theory”]; MONAGHAN, Henry, “Our Perfect Constitution”, 56 *N. Y. U. L. Rev.* 353, 1981; BERGER, Raoul, *Government by Judiciary*, Cambridge, Mass, 1977; ver también BORK, Robert, “Neutral Principles and Some First Amendment Problems”, 47 *Ind. L. J.* 1, 1971. Utilizo la denominación “extrema derecha” para caracterizar solamente las opiniones en torno a las cláusulas abiertas de la Decimocuarta Enmienda. Sería injusto caracterizar así al profesor Monaghan con respecto a otros temas constitucionales.

esta *manipulabilidad* deja pasar oportunidades que deberían ser aprovechadas para construir una sociedad más justa.<sup>5</sup> Si bien esta posición está actualmente asociada a la extrema izquierda, con al menos algunos que se alistan a sí mismos bajo el cartel de la escuela de *Estudios Legales Críticos* (*Critical Legal Studies*), no hay razón lógica alguna para que esta posición no pueda ser igualmente adoptada por algún grupo político, con el objetivo de defender su propia noción de lo que constituye una sociedad justa. Está también asociada con aquellos individuos que en los hechos, y no tanto en el discurso, utilizarían el enfoque judicial tradicional para alcanzar metas políticas o sociales personales.

Permítanme pasar primero al ataque proveniente desde la derecha.

Tomo el texto del juez Robert Bork.<sup>6</sup> Revisando el discurso actual que tanto ha agitado el pensamiento constitucional, él dice que hasta hace poco nunca nadie había sugerido seriamente que los tribunales tuvieran poder para crear y ejecutar, contra la voluntad de la mayoría, “valores que no estuvieran en algún sentido real fundados en la Constitución”. Él encuentra un cambio bastante claro desde una noción reinante, donde la única misión del juez es interpretar la Constitución, a una en donde la tarea principal es la creación de nuevos derechos, una noción del juez como legislador. Él identifica a los nuevos teóricos de este movimiento como filósofos intelectuales que crean sistemas que pretenden instaurar la creatividad judicial, pero que terminan en lo que él llama “nihilismo constitucional”, es decir, en la imposición de los valores personales del juez al resto de la sociedad en nombre del bien público.<sup>7</sup>

El juez Bork sostuvo esta posición en una crítica algo desdeñosa:

El estilo de los filósofos [es] generalmente abstracto, complejo, e incluso intrincado. Difícilmente podría ser de otra manera; descifrar los concep-

<sup>5</sup> V. gr., BREST, Paul, “The Fundamental Rights Controversy: The Essential Contradictions of Normative Scholarship”, *Yale L. J.*, 1981, 90, 1063; PARKER, Richard D., “The Past of Constitutional Theory—And Its Future”, *Ohio St. L. J.*, 1981, 42, 223 (semblanza); ver también TUSHNET, Mark, “Following the Rules Laid Down: A Critique of Imperativism and Neutral Principles”, 96 *Harv. L. Rev.*, 781, 1983; ver también PELLER, Gary, “The Metaphysics of American Law”, 73 *Cal. L. Rev.*, 1151, 1985.

<sup>6</sup> BORK, “Styles in Constitutional Theory”, nota 4 *supra*.

<sup>7</sup> Íd. en 384, 385, 387.

## JUECES O ACADÉMICOS: ¿A QUIÉNES DEBEMOS MIRAR SEGÚN NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL?

ANDREW L. KAUFMAN

tos con los cuales los filósofos trabajan, y mostrar sus diversas aplicaciones a los problemas morales, es algo que requiere realizar laboriosos análisis. Esta literatura es tan difícil de leer como debe ser de escribir (...) El academicismo constitucional se ha vuelto mucho más explícito ideológicamente hablando. Esto es inevitable (...) para los teóricos tener que discutir por la imposición de nuevos valores en la sociedad y que esos valores se desprenden de un sistema filosófico que, por definición, la mayoría de nosotros no acepta (...) Como el escritor insiste sobre su omnicomprendivo sistema filosófico, eso parecerá tendencioso y altamente ideológico.<sup>8</sup>

El juez Bork sintetiza en dos oraciones lo que él observa como la diferencia crucial entre la Academia tradicional y la nueva tendencia, contrastando sus diferentes visiones sobre cuáles son las fuentes apropiadas para determinar el sostén legitimante de las libertades constitucionales:

Para Story, Kent, Cooley y Thayer, la fuente era la intención de los forjadores y ratificadores, la que podía discernirse a través del texto, la historia, la estructura, y el precedente. Lo que es importante de aquéllos [que no siguen la intención original como guía] no es tanto que adhieran a la filosofía moral, sino que la filosofía moral desplaza tales fuentes tradicionales como el texto, la historia, y les resta importancia.<sup>9</sup>

Si bien estoy de acuerdo con algo de la crítica, me alejo del juez Bork en el punto crucial en el cual él pasa a dar la receta. Él y los otros que agitan la bandera de la intención original creen que cualquier valor que se encuentra constitucionalizado bajo las cláusulas abiertas de la Decimocuarta Enmienda, especialmente aquellos derechos agrupados bajo el título de "familia", "autonomía" o "privacidad", han sido simplemente camuflados, al contrario de lo que sucede con un derecho tal como, podríamos decir, el derecho de libertad de expresión, que está explícitamente mencionado en la Primera Enmienda. Pero la idea de que, en cualquier caso de libertad de expresión, la Corte se guía de alguna manera por las palabras de la Primera Enmienda es simplemente falsa. Cuando

<sup>8</sup> Íd. en 391-92, 393.

<sup>9</sup> Íd. en 394.

en el caso “Fraser”<sup>10</sup>, en el último período de sesiones, la Corte defendió la facultad de un colegio público de suspender a un estudiante por hacer alusiones sexuales en un discurso durante una elección estudiantil, allí no hubo nada en la frase “ninguna ley que coarte la libertad de palabra” que indujera una respuesta en uno u otro sentido. El proceso de definir el concepto de “libertad de palabra” y de aquello que constituye una “coartación” (*abridgement*)<sup>10bis</sup> ha sido construido por la Corte durante los últimos 70 años sobre la base del caso-por-caso, siendo que las palabras de la Primera Enmienda tan sólo brindaban un punto de partida. Me parece un sinsentido decir que el resultado sustantivo del caso “Fraser” estuvo de algún modo determinado, o debió haber sido determinado, por cualquier cosa que tenga a bien llamarse la intención de los forjadores.<sup>11</sup>

El mismo tipo de análisis podría hacerse respecto de las cláusulas de la Decimocuarta Enmienda, que son aún más abiertas. Toda la discusión acerca de si la interpretación de dichas cláusulas puede ser efectuada por un órgano judicial, a la manera judicial, está algo fuera de lugar. Hacia 1868 la institución del control jurisdiccional estaba ya bastante bien establecida. Por otra parte, quienes proyectaron la Decimocuarta Enmienda tuvieron todas las razones para sospechar de la Suprema Corte y restringir su poder. Aun así, al enfrentarse con la lección del caso “Dred Scott”,<sup>12</sup> deliberadamente decidieron escribir las protecciones constitucionales de libertad individual en los términos más abiertos que se pudieran imaginar –esto es, los derechos y garantías de los ciudadanos nacionales y el derecho al debido proceso y a la protección igualitaria–

<sup>10</sup> Bethel School District Nro. 403 vs. Fraser, 106 S. Ct. 3159, 1986 [N. del T.: 478 U. S., 675, 1986].

<sup>10bis</sup> [N. del T.: utilizo los términos “libertad de palabra” y “coartación” puesto que así es como se los ha traducido oficialmente en, v. gr., [en línea], <<http://usinfo.state.gov/usa/infousa/facts/funddocs/constes.htm>>].

<sup>11</sup> Posiblemente sea desleal para con el juez Bork sugerir que él crea que las intenciones del constituyente determinen la solución de “Fraser”. Sin embargo, lo siguiente nos lleva a hacernos esa idea: “Es necesario establecer la proposición de que las intenciones del constituyente, con respecto a las libertades, son la única premisa legítima de la cual el análisis constitucional debe proceder”, BORK, Robert, *Tradition and Morality in Constitutional Law*, 10, Washington D. C., 1984.

<sup>12</sup> “Dred Scott vs. Sandford”, 19 How. 393, 1857 [N. del T.: 60 U. S. 393, 1857].

## JUECES O ACADÉMICOS: ¿A QUIÉNES DEBEMOS MIRAR SEGÚN NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL?

ANDREW L. KAUFMAN

y envistieron con el poder de hacer cumplir dichas protecciones tanto a la Corte como al Congreso. Cualquier discusión que pueda entablarse acerca de las expectativas que los forjadores y los constituyentes tuvieron en 1789 de que el control judicial tal como lo conocemos hoy no debería ser ejercido, no puede sostenerse respecto de la Decimocuarta Enmienda al tiempo de su adopción. La institución ya estaba bastante bien asentada. Y aunque yo no soy un fervoroso defensor de toda reciente decisión de la Corte sobre la Decimocuarta Enmienda, sí soy un fuerte defensor de su esfuerzo por darles sentido a sus cláusulas. Simplemente, no entiendo cómo algunas personas como el Decano John Ely pueden demostrar, en tanto creen en ello, que la Corte fue pensada para encargarse de dar un contenido sustantivo a la Decimocuarta Enmienda definiendo el contenido de los derechos individuales protegidos, y luego argumentar que, excepto para los derechos procesales, se debe evitar esa tarea puesto que no existe una base de principios sobre la cual la Corte pueda actuar.<sup>13</sup>

Uno de los problemas del debate actual entre aquellos que abrazan las opiniones del juez Bork y aquellos a los que él denomina nuevos teóricos, es que los términos de dicho debate garantizan virtualmente el fracaso de querer atrapar o reconducir las propiedades del juzgamiento; propiedades que han hecho de la actividad de juzgar una característica crucial de nuestro sistema de Gobierno desde su concepción. Los teóricos han contribuido mucho al Derecho, y yo no quisiera ser malentendido como si estuviera haciendo un ataque antiintelectual hacia aquellos que piensan en grandes términos sobre la naturaleza y los fines del Derecho. Pero el juez que está demasiado –y enfatizo el “demasiado”– inmerso en las teorías filosóficas, políticas o sociales, amenaza con un gran peligro a nuestro sistema judicial de Derecho, puesto que la característica más importante de nuestro sistema es que ha sido a lo largo del tiempo demasiado flexible y marcado por el sentido común, como para ser comprendido por una sobreabarcadora y comprensiva teoría política, social o moral.

Pienso que el juez Bork tiene razón en alertar sobre los peligros de mezclar la teoría moral con el Derecho Constitucional, pero su visión personal de lo que la judicatura constitucional significa es fundamental-

<sup>13</sup> Ver ELY, John H., *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., 1980. Mi crítica temprana se encuentra en un comentario bibliográfico en 9 Hofstra L. Rev., 1111, 1981.

mente defectuosa. Para él, el puntal que legitima las libertades constitucionales es la intención de los forjadores y los constituyentes, y ella se puede discernir “a través del texto, la historia, la estructura, y los precedentes”.<sup>14</sup> Esa visión está enormemente errada, porque, cuanto más lejos nos dirigimos –con respecto al tiempo y a las cuestiones involucradas– desde la ratificación de la controversial cláusula constitucional, la ayuda que obtenemos de la “intención de los ideólogos y los constituyentes”, aun asumiendo que pueda ser distinguible, se vuelve más y más abstracta, y cada vez menos útil a las decisiones del caso particular. Cuando, por ejemplo, la constitucionalidad del Bank of the United States fue discutida en “McCulloch vs. Maryland”<sup>15</sup> en 1819, la Corte de Marshall, que había transcurrido durante el sistema de Gobierno regido por los artículos de la Confederación, durante los debates que condujeron a la adopción de la Constitución, y durante el debate Jefferson-Hamilton sobre la creación del Bank of the United States en la primera administración de Washington, tuvo una perspectiva de primera mano de los compromisos constitucionales que se habían hecho, y en particular de los luego habituales problemas a los que sería conducido el art. I. El problema estaba tan conectado, en sustancia y tiempo, a los temas que fueron considerados en la preparación de la Constitución que no sería del todo irreal poder observar allí alguna cosa parecida a la intención de los forjadores como algo relevante en la resolución del caso, especialmente si uno entiende el término como significando, no lo que estaba en la mente de los sujetos forjadores y ratificadores, sino la intención tal como fue revelada en el texto por la iluminación de la historia (Por qué el juez Bork considera a los precedentes judiciales subsecuentes como iluminadores de la “intención” es algo que no está claro, a menos que él simplemente entienda que dicha “intención”, tal como se la interpreta en un caso particular, luego debería ser observada en los siguientes).

Ahora bien, cuando nos movemos de un caso como “McCulloch vs. Maryland”, dictado en 1819, a uno más moderno –como aquella decisión de 1985<sup>16</sup> que versó sobre la constitucionalidad de la norma sancionada

<sup>14</sup> BORK, “Styles in Constitutional Theory”, nota 4 *supra*, en 394.

<sup>15</sup> 4 Wheat. 316, 1819 [N. del T.: 1819, 17 U. S. 316, 1986].

<sup>16</sup> “García vs. San Antonio Metropolitan Transit Authority”, 105 S. Ct. p. 1005, 1985 [N. del T.: 469 U. S. 528, 1985].



## JUECES O ACADÉMICOS: ¿A QUIÉNES DEBEMOS MIRAR SEGÚN NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL?

ANDREW L. KAUFMAN

por el Congreso que impuso los requisitos de la *Fair Labor Standards Act* al sistema de transporte municipal operado por la ciudad de San Antonio-, me parece que se pierde la esencia de la labor judicial al decir que aquello que debe motivar las decisiones es el acierto en la búsqueda de la intención de los forjadores y ratificadores de la Constitución. Pienso que el juez Bork se equivoca cuando supone que un estudio cuidadoso de la intención de los constituyentes proveerá repuestas para cuestiones que suceden en contextos que están más allá del dominio imaginativo que hayan podido tener dichos forjadores. En el caso de San Antonio, ambos valores constitucionales en tensión derivan del texto de la Constitución, las diversas facultades otorgadas al Congreso bajo el art. I, sección 8, especialmente el poder sobre el comercio, y la importancia para nuestra estructura constitucional de los Estados como instituciones (siendo que el Congreso, a través de la *Fair Labor Standards Act*, no estaba buscando constreñir el poder regulador de los Estados sobre los individuos, sino regular el tratamiento que los Estados dan a sus propios empleados).<sup>17</sup>

Nada en la Constitución resuelve definitivamente el choque entre dos valores constitucionales. Antes de 1985, la Corte había intentado resolver la cuestión en muchas ocasiones distintas y lo había hecho de manera conflictiva. Si bien los constituyentes habían colocado los valores competitivos en el documento, creo que las fuentes apropiadas para resolver el tema descansan en algún lugar distinto a la búsqueda de la intención de los forjadores. La enseñanza reflejada en casos anteriores fue relevante, pero esencialmente lo que la Corte tenía que decir era cuál de los dos valores constitucionales debía prevalecer, teniendo en cuenta los precedentes anteriores, el actual equilibrio institucional entre el Estado y el Gobierno nacional, y los mecanismos existentes para salvaguardar sus intereses legítimos. Lo que fue crucial fue el sentido que los jueces tenían de las necesidades de las diferentes partes del sistema de Gobierno, tal como lo informaba la historia constitucional de nuestro sistema. Y los elementos de decisión fueron diferentes de aquellos utilizados por el Congreso al extender la *Fair Labor Standards Act* a los empleados es-

<sup>17</sup> Aunque véase MICHELMAN, Frank, "States Rights and States Roles", 86 Yale L. J., 1165, 1977, y TRIBE, Laurence, "Unraveling National League of Cities", 90 Harv. L. Rev. 1065, 1977.



tatales, puesto que la perspectiva de la Corte está más extendida en el tiempo y es más institucional, mientras que la perspectiva del Congreso tiende a ser más coyuntural y a estar orientada a la resolución de problemas.

Al exponer el tema de esta manera, no parecerá sorprendente que los jueces individualmente debieron tener diferentes opiniones acerca de la fuerza de los valores constitucionales en juego y que la Corte debió terminar ciertamente dividida. Yo creo que en un sentido constitucional ambas posiciones eran razonables y que no había una clara respuesta "correcta".<sup>18</sup> El sentido personal de los jueces sobre la jerarquía de los valores institucionales, especialmente en tanto aquellos valores estaban equilibrados en este caso en particular, determinó sus votos -como debía ser-. Nosotros les pagamos para que ellos equilibren dichos valores, y no tengo ningún problema en afirmar que algo de esa subjetividad, algo de esa mirada a los valores personales, está envuelta en la elección final entre los valores constitucionales en pugna. Cualquier decisión emitida por cualquier ser humano entre valores constitucionales, involucra elementos subjetivos.

La pregunta para un juez será siempre cuánta subjetividad, y eso es determinado por cuántos factores no-subjetivos -lo externo- limitan primeramente los parámetros de decisión y luego ingresan en la solución escogida. Según mi punto de vista, mientras que por supuesto existen diferencias entre diferentes jueces en diferentes situaciones, los factores no-subjetivos, a los cuales me referiré enseguida, siempre han jugado un rol importante; uno que es subestimado por muchos, por no decir casi todos los teóricos académicos de Derecho Constitucional. Pero más allá de la mezcla de factores subjetivos y no-subjetivos, me parece demasiado evidente que, aparte de identificar los valores constitucionales básicos que se encuentran en tensión, la "intención de los constituyentes", tal como se la piensa, relativamente puede ayudarnos a decidir el caso de los transportes de San Antonio.

<sup>18</sup> Aunque véase Martha Field, "'García vs. San Antonio Metropolitan Transit Authority': The Demise of a Misguised Doctrine", 99 Harv. L. Rev., 84, 1985 (*García* "correcta"); y William van Alstyne, "The Second Death of Federalism", 83 Mich. L. Rev. 1709 (*García* "incorrecta").

## JUECES O ACADÉMICOS: ¿A QUIÉNES DEBEMOS MIRAR SEGÚN NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL?

ANDREW L. KAUFMAN

### IV

Ahora pasaré al ataque hacia la Corte proveniente desde la extrema izquierda y desde otras personas que simplemente utilizarían el enfoque judicial tradicional para alcanzar fines personales. Estos grupos comparten la mirada del decano Ely, pero desde una perspectiva totalmente diferente. El hecho de que el decano Ely no haya encontrado una manera de darle un contenido basado en principios a las cláusulas abiertas de la Constitución, lo condujeron a restringir la aplicación de dichas cláusulas a lo que él llamó valores orientados al proceso (*process-oriented values*). Otros, en cambio, procediendo más o menos con la premisa de la *manipulabilidad* extrema de la doctrina judicial, dirían que la Corte debería utilizar la apertura de la Decimocuarta Enmienda particularmente para generar un cambio social a gran escala.<sup>19</sup> La Corte, entonces, está sujeta a un ataque por su fracaso en seguir esta receta. De hecho, en tanto la crítica particular es acompañada generalmente por una fuerte crítica dirigida hacia todo el Gobierno por su fracaso en lograr la justicia social, el desempeño de la Corte es visto no tanto como fracasando en la solución de la injusticia social, sino más bien como en complicidad con ese fracaso.

Para poder medir la fuerza de este ataque, es necesario tener en cuenta la visión tradicional, ortodoxa, de que elaborar decisiones judiciales en casos constitucionales no es lo mismo que legislar y de que ello es así tanto en los casos de la Decimocuarta Enmienda como en cualquier otra área. Para poder realizar la medición, es necesario tener un fuerte sentido acerca de la manera en que los jueces deciden los casos. ¿Por qué la mayoría de los jueces aduce que existen restricciones que operan aun en los casos más difíciles? Porque, sugiero, eso es cierto, y ha sido así por mucho tiempo. No estoy sugiriendo el viejo argumento espantapájaros de que los jueces no “hacen” la ley. Por supuesto que la hacen, pero la mayoría de los jueces no ha creído ni ha actuado como si tuviera vía libre para hacerlo. Me doy cuenta que es más fácil proponer que probar esta afirmación; pero la tarea de haber leído y enseñado casos, y haber leído y enseñado los escritos de jueces, por 35 años, como estudiante, profesional, y profesor, me ha dejado la firme

<sup>19</sup> Ver nota 5 *supra*.

convicción de que mi afirmación es precisa, al menos en lo que concierne a nuestra historia hasta 1987.

Los críticos del método judicial, que desentraña derechos protegidos bajo las cláusulas abiertas de la Decimocuarta Enmienda, han identificado toda una cantidad de posibles fuentes del Derecho ajenas al juez: el texto, la historia, la estructura, la costumbre, el consenso –o, en términos que yo prefiero, valores sociales dominantes–, principios neutrales, el Derecho natural, la razón, y “la proyección de progreso”. El más fuerte crítico de estas posibles fuentes del Derecho ha sido el decano Ely, quien ha mostrado las fallas de aquellas teorías que utilizan cualquiera de esos factores como guías de decisión.<sup>20</sup> Pero ni él ni los otros críticos han apreciado lo suficiente la manera sutil en que muchos de estos factores, tomados en su conjunto, operan para definir las cuestiones y los parámetros de una posible decisión en la mayoría de los casos, incluyendo aquellos contemplados bajo las cláusulas abiertas de la Decimocuarta Enmienda.

En el intento de dar sentido a dichas cláusulas, los jueces se apoyan en el texto de la Decimocuarta Enmienda –entendido dentro del contexto histórico de su aprobación– y en más de 100 años de interpretación de dicho texto, en tanto buscan concienzudamente los valores dominantes más duraderos de la comunidad que puedan superar el test de los derechos fundamentales, y de los derechos y garantías protegidos por la Decimocuarta Enmienda, al mismo tiempo que evitan imponer su sistema personal de valores. El tribunal comienza con un texto constitucional aprobado contra un trasfondo de expectativas inmediatas. A medida que el tiempo transcurre, el texto es aplicado a situaciones análogas, y se escriben opiniones, dando razones y explicando la aplicación del texto a situaciones fácticas particulares. El texto original termina infundido de las subsecuentes interpretaciones, para formar una compleja red de significado constitucional que opera limitando el rango posible de futuras decisiones. A fin de asegurarlo, ocasionalmente se realizan marchas y contramarchas; no obstante, la red previa de significado tiende a restringir actitudes revisionistas por parte de los jueces que puedan sentirse que están escribiendo sobre una hoja en blanco. Raramente un tribunal im-

<sup>20</sup> Ver Ely, nota 13 *supra*.

## JUECES O ACADÉMICOS: ¿A QUIÉNES DEBEMOS MIRAR SEGÚN NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL?

ANDREW L. KAUFMAN

plementa, de una sola vez, una revisión al por mayor, de grandes áreas de una determinada doctrina, sin el debido cuidado.

Pero claro que toda esta discusión simplemente afirma lo que todo el mundo conoce: que existe un rango de posibles decisiones dentro del cual el juez hará su elección, y que también existe la posibilidad de cambiar elecciones previamente hechas. Aun en el último caso, sin embargo, un nuevo curso de decisión es siempre virtual y generalmente seguido en nombre de una combinación de valores plasmados en el texto y de otras corrientes de doctrina constitucional que ahora piensan en apelar de modo más relevante a la situación actual que a la doctrina desechada. Por supuesto que la decisión del juez es personal, pero él o ella trabajan sustancialmente con –si así lo fuesen– materiales externos. El ejemplo anterior del caso de los transportes de San Antonio es una ilustración de la revisión de una elección previamente hecha, sobre la base de una percepción diferente del peso relativo de los valores constitucionales en juego.<sup>21</sup> La acción de la Suprema Corte en “Brown vs. Board”<sup>22</sup> es otra demostración. La segregación había sido “mala” en un sentido moral por un largo tiempo. Sin embargo, no se convirtió en constitucionalmente “mala” hasta que dicho sentido de injusticia fue suficientemente reconocido por el cuerpo político de la Corte habilitado para actuar. La reinterpretación de la Decimocuarta Enmienda hecha por la Corte estuvo basada en una nueva percepción de las consecuencias de la segregación en el siglo XX, al punto que llevaron a Estados Unidos a infundir un nuevo significado a los términos de la cláusula de protección igualitaria. En cada uno de los casos, entiendo que existía un cambio en el contexto social, económico o político que condujo a la Corte a una nueva percepción. Un juez o tribunal que actúa sobre la base de esta nueva percepción y que elige a partir de ella es, por supuesto, lo que yo he llamado el rango de una razonable elección constitucional. Si bien en la mayoría de los casos el rango es relativamente estrecho, en algunos casos la elección será crucial para el funcionamiento del Gobierno y para la forma en que los individuos viven sus vidas.

<sup>21</sup> “García vs. San Antonio Metropolitan Transit Authority”, nota 16 *supra*, revirtiendo “National League of Cities vs. Uesery”, 426 U. S. 833, 1976.

<sup>22</sup> “Brown vs. Board of Education”, 347 U. S. 483, 1954.

Por otra parte, cualquier esfuerzo por describir el proceso de decisión y la influencia de los factores externos está destinado a ser penosamente generalizador y a ser acusado de servir únicamente para enmascarar la propia subjetividad. Creo que nadie ha hecho algo demasiado bueno, en el intento de describir el proceso de decisión en casos difíciles, aparte de Cardozo, quien hace 65 años dijo: "La historia o la costumbre, o la utilidad social, o cierto sentido vinculante de justicia, o a veces tal vez una semiintuitiva aprehensión del espíritu invasor de nuestro Derecho, aparecerá al rescate del juez ansioso y le dirá adónde ir".<sup>23</sup> Él puso énfasis en los factores externos, en otros valores que las personas ostentan a lo largo del tiempo. Para bien o para mal –y yo pienso que, mirando el resultado, ha sido para bien– la mayoría de los jueces, la mayoría de las veces, ha intentado interpretar la Constitución por alrededor de 200 años sobre la base de tal perspectiva. De cualquier manera, yo creo que ése ha sido su mandato constitucional. Así, concluyo en que no hay razón para reinterpretar la noción del control jurisdiccional a través de una inútil o engañosa búsqueda de la intención original; ni hay razón para encorsetar la Constitución en una *omnicomprensiva* teoría política o filosófica. Lo que tenemos es una institución que, a la corta o a la larga, nos ha servido –con todos sus "errores"– bastante bien. Ella mantiene un tenso equilibrio entre la voluntad popular y los valores de largo plazo; un equilibrio que es amenazado por la *sobreintelectualización*. La institución no necesita una reparación intelectual. Ella no está dañada.

## V

Las cláusulas abiertas de la Decimocuarta Enmienda presentan el problema de la interpretación constitucional en su fase más compleja. Los valores que ellas protegen están descriptos en términos mucho más generales que aquellos que se utilizan para describir valores protegidos en otras cláusulas de la Constitución. Pero la Corte se ha propuesto especificarlos, y lo ha hecho por más de 100 años. Permítaseme examinar "Roe vs. Wade"<sup>24</sup> como el caso de prueba. Uno no puede escribir hoy

<sup>23</sup> CARDOZO, Benjamin N., "The Nature of the Judicial Process", 43 New Heaven, 1921.

<sup>24</sup> 410 U. S. 113, 1973.

## JUECES O ACADÉMICOS: ¿A QUIÉNES DEBEMOS MIRAR SEGÚN NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL?

ANDREW L. KAUFMAN

sobre teoría constitucional sin hacer mención al *Caso del aborto*. En cierto sentido, resulta desafortunado basar la visión personal que se tiene del Derecho Constitucional en el caso constitucional más difícil del siglo. Sin embargo, la dificultad que presenta este caso es el máximo desafío al compromiso personal que uno pueda tener con un enfoque particular de la jurisdicción constitucional, y en ese sentido el *Caso del aborto* ilustra los puntos que estoy tratando de marcar.

Para mí, el caso puede ser comprendido de una mejor manera comenzando desde un punto diferente del que la mayoría de los análisis parte. Quisiera empezar con la situación cercana al período completo de embarazo, con un feto de 8 meses y medio, o pasado el período normal, con uno de 9 meses y medio, al cual se pretende abortar por medio de un médico estatal, en un hospital público, y, en virtud de los riesgos que corre la salud de la madre, por un método que mate (*kill*) al feto. Asuman que la regulación estatal concerniente al aborto ha sido recientemente declarada inconstitucional, de modo que no existe autorización legal alguna que permita la interferencia estatal, y que por tanto la demanda a favor del feto interpuesta por el padre como representante se encuentra enmarcada bajo la Decimocuarta Enmienda.

Desde mi punto de vista, al margen de lo que la Corte hubiese resuelto en "*Roe vs. Wade*", existía una legitimidad sustancial –en el reconocimiento legal creciente otorgado a los derechos de los fetos en el Derecho de propiedad y de daños– como para sostener que, hasta cierto punto, el feto debería ser considerado como una persona en los términos de la Decimocuarta Enmienda. El nacimiento con vida no es en absoluto una condición *sine qua non*. Las corporaciones, a las que se les reconoció la protección constitucional de "personas" hace 100 años,<sup>25</sup> no cabe duda de que no han gozado de un "nacimiento con vida". Otorgar protección constitucional al feto puede ser visto como parte de la amplia propuesta tendiente a incrementar la protección constitucional a favor de toda una variedad de "gentes" que han sido tradicionalmente desfavorecidas en lo que hace al reconocimiento de su status legal en nuestra sociedad. Hablo aquí por lo menos de las mujeres, los menores, y los extranjeros. Por supuesto que hay enormes diferencias entre todos estos grupos, pero

<sup>25</sup> Ver "*Santa Clara County vs. Southern Pac. R. Co.*", 118 U. S. 394, 396, 1886.

el interés en la vida de un feto de 8 meses y medio o 9 meses y medio, sin duda debería pesar fuertemente en favor del reconocimiento de su status constitucional.

Me parece que resulta de utilidad observar la cuestión del derecho constitucional de la mujer para decidir sobre su propio cuerpo, en el contexto del caso que presenté. En un sentido algo perverso, veo que la búsqueda de un derecho constitucional de la mujer se muestra más fuerte si uno reconoce el status constitucional del feto, con al menos cierto grado de desarrollo. El argumento de que la elección de una mujer de someterse a un aborto tiene status constitucional requería dar un enorme salto sobre lo que había sido decidido hasta allí. Una nueva concepción de la libertad, de la libertad de tomar las propias decisiones en cuestiones de autonomía, vida personal y planificación familiar, libre de toda interferencia gubernamental, debió ser reconocida para hacer prevalecer el argumento constitucional a favor de las mujeres. Más aún, el argumento debió ser vinculado con un apropiado alto grado de escrutinio de la legislación que regulase a las mujeres únicamente, a partir de un estándar que debió derivarse del emergente reconocimiento de los tribunales de que el efecto de la larga dominación masculina, en la fijación de las políticas gubernamentales, ha generado patrones estereotipados de pensamiento acerca de los roles de la mujer en la sociedad. Pero el argumento a favor del derecho al aborto, que descansa sobre el fenómeno moderno de la creciente preocupación judicial por los grupos desatendidos de nuestra sociedad –mujeres, menores, y extranjeros–, se debilita si pretende excluir al feto. Para el caso, el mismo argumento que permite sostener el status constitucional de la elección de la mujer de someterse a un aborto es el que también permite sostener el reconocimiento del status constitucional del feto.

Habiendo sostenido que algún status constitucional para el feto debió haber sido reconocido, estoy considerando aquí solamente la cuestión de si algún status constitucional para las mujeres también debiese ser reconocido. No estoy considerando en este punto cómo deberían ser armonizados dichos intereses si los derechos constitucionales fueran reconocidos a favor de ambos casos. El argumento para reconocer un derecho constitucional a las mujeres con respecto a la decisión de abortar, es más complicado que aquel a favor de los fetos, para los cuales puede esgri-



## JUECES O ACADÉMICOS: ¿A QUIÉNES DEBEMOS MIRAR SEGÚN NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL?

ANDREW L. KAUFMAN

mirse un fuerte argumento desde el texto mismo del documento constitucional; un argumento que cierra simplemente insertando al feto dentro de la definición del término “persona”.

El argumento a favor del derecho de las mujeres de abortar no puede vincularse tan fácilmente con el texto constitucional. Desde mi punto de vista, el argumento más poderoso comienza con una teoría de la interpretación constitucional que se retrotrae a los albores de nuestra historia constitucional. El argumento –que sólo puede esbozarse brevemente aquí– comienza con el reconocimiento, en la Novena Enmienda, de la existencia de otros derechos constitucionales que no están explícitamente enumerados en la Constitución; continúa luego con las muchas declaraciones expresadas en las decisiones tempranas de la Suprema Corte –incluyendo declaraciones hechas por los primeros teóricos constitucionalistas importantes, como Marshall, Johnson y Story, acerca de la existencia de derechos naturales o fundamentales de las personas,<sup>26</sup> aunque los mismos no estuvieran explícitamente enumerados en la Constitución–; toma nota del catálogo de dichos derechos fundamentales –en tanto se encuentran protegidos por la cláusula de derechos y garantías del Art. IV–, expresado en la opinión temprana de Justice Washington en “*Corfield vs. Coryell*”;<sup>27</sup> pone especial importancia en el peso depositado sobre

<sup>26</sup> V. gr., “*Calder vs. Bull*”, 3 Dall. 386, 1798 (Chase, J.); “*Fletcher vs. Peck*”, 6 Cranch 87, 143, 1810 (Marshall, C. J., y Johnson, J.); y “*Terret vs. Taylor*”, 9 Cranch 43, 1815 (Story, J.).

<sup>27</sup> 6 F. Cas. 546 (C. C. E. D. Pa. 1823) (Nº 3230). El lenguaje utilizado por el Justice Washington para describir los principios fundamentales protegidos por el Art. IV es bastante trascendente: “Enumerar cuáles son estos principios fundamentales, tal vez sea más tedioso que dificultoso. Ellos, de todos modos, deberían estar todos comprendidos bajo los siguientes títulos generales: Protección del Gobierno; el goce de la vida y la libertad, con el derecho de adquirir y disponer de la propiedad de toda clase, y de perseguir y obtener felicidad y seguridad; sujeto no obstante a aquellos límites que el gobierno justificadamente prescriba para el bien general del conjunto. El derecho del ciudadano de un Estado de transitar a través de, o de residir en, cualquier otro Estado, con propósitos de comercio, agricultura, ejercicio de la profesión, o de cualquier otro tipo; de interponer la acción de *hábeas corpus*; de entablar o mantener reclamos de cualquier tipo ante las cortes estatales; de usar y disponer de su propiedad, ya sea real o personal; y la posibilidad de excepcionarse de afrontar tributos o impuestos más altos que aquellos que pagan los demás ciudadanos del Estado; pueden ser mencionados como algunos de los particulares



dicho catálogo en los debates acerca del lenguaje de la Decimocuarta Enmienda, y luego apunta a la creación de derechos individuales por la Suprema Corte, a partir de la interpretación de dichas cláusulas en los últimos 119 años.

La teoría constitucional a la cual he vinculado la defensa del reconocimiento del derecho de la mujer al aborto bajo ciertas circunstancias es la teoría mediante la cual la Suprema Corte ha interpretado la Decimocuarta Enmienda desde su sanción. El argumento de que dicha Enmienda debe ser limitada a las circunstancias que motivaron su aprobación –los sucesos ligados a la Guerra Civil–, nunca fue aceptado por la Suprema Corte. De hecho, la aplicabilidad de la mayoría de las cláusulas del *Bill of Rights* contra los Estados –por no mencionar la protección de los derechos de las corporaciones– debe su existencia al rechazo de aquel argumento. Es, en mi opinión, un accidente histórico que llevó a todo este desarrollo a situarse debajo de la cláusula del debido proceso y, hasta cierto punto, debajo de la cláusula de protección igualitaria, en lugar de ubicarse debajo de los derechos y garantías de la Decimocuarta Enmienda, cuyo carácter sustantivo es bastante explícito, proveyendo, así, que “ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos”.<sup>27bis</sup> Ese lenguaje deliberadamente amplio, sin dudas justifica, por no decir que requiere, la tarea de creación de derechos que la Suprema Corte ha perseguido, consistentemente, en su interpretación de la Decimocuarta Enmienda.

Extender un vínculo con la teoría constitucional establecida, que justifica el surgimiento de derechos individuales de las cláusulas abiertas de la Decimocuarta Enmienda, es sólo la fase preliminar. La tarea más difícil es construir un argumento persuasivo para el reconocimiento de este derecho constitucional particular –el derecho de la mujer de elegir someterse a un aborto, al menos ante ciertas circunstancias–. Anteriormente, he intentado mostrar que un argumento persuasivo puede esgrir-

derechos y garantías de los ciudadanos, que están claramente contenidos en la descripción general de derechos considerados fundamentales: a los cuales deben sumarse los derechos electorales, tal como están regulados y establecidos por las leyes o constituciones del Estado en el cual son ejercidos”.

<sup>27bis</sup> [N. del T.: ver aclaración en nota 10bis *supra*].

## JUECES O ACADÉMICOS: ¿A QUIÉNES DEBEMOS MIRAR SEGÚN NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL?

ANDREW L. KAUFMAN

mirse en favor de un status constitucional para el feto. Lo hice de un modo algo abstracto, es decir, construí el argumento en favor del feto independientemente de los argumentos en favor del status constitucional de los derechos de la mujer. Lo hice de ese modo, basado en la teoría de que uno tiene que comenzar en alguna parte, aunque haya calificado mi posición afirmando que, para mí, el argumento en favor del status constitucional del feto era más persuasivo, “cuando existe al menos cierto grado” de desarrollo. Cuando pasamos al status constitucional de la mujer, pienso que resulta difícil sostener un argumento en su favor aun de modo abstracto. Uno debe tomar en cuenta el hecho de que el aborto termina con la posibilidad de un “nacimiento con vida” (cuando hablo de “aborto” estoy excluyendo métodos de interrupción del embarazo que culminan en un nacimiento con vida). Así, el dilema que se presentó en “Roe” fue si un derecho personal de la mujer embarazada podía ser constitucionalizado, en cualquier circunstancia, dadas las consecuencias.

Antes de pasar al preciso argumento doctrinal a favor de la decisión tomada en “Roe”, necesitamos enfrentar la cuestión de las fuentes del Derecho apropiadas a ser consultadas por la Corte. Hace un momento expresé mi creencia acerca de que la construcción de una doctrina deviene más importante, en relación con el texto en su redacción original, cuanto más nos alejamos cronológicamente en el tiempo desde la adopción de dicho texto. De ese modo, los precedentes y la analogía a dichos precedentes han sido importantes muestras de la creación de derechos individuales. Pero también estuvo presente desde el comienzo, la idea –que yo creo fue plasmada en las cláusulas abiertas de la Decimocuarta Enmienda– de que una de las tareas de la Corte era la de preservar las libertades fundamentales de las personas de la injerencia del Gobierno, incluyendo aquellas libertades individuales fundamentales no enumeradas expresamente en el documento constitucional. Es trabajo de la Corte identificar, cautelosa y cuidadosamente, aquellos valores que han sido establecidos como esenciales en nuestra sociedad en particular, los valores que el decano Ely cataloga como “valores de consenso” pero que yo prefiero llamar “valores duraderos dominantes”.

Éste es el punto crítico en donde muchos fracasan al interpretar el rol de la Corte bajo la Decimocuarta Enmienda. Los argumentos a favor del control jurisdiccional pueden ser aceptados, el lenguaje amplio de

la Decimocuarta Enmienda es reconocido –como debe ser–, pero cuando las consecuencias son percibidas en términos de la enunciación por parte de la Corte de valores duraderos dominantes, entonces se empieza a hablar de los jueces como legisladores y de la naturaleza antidemocrática del control judicial, y todo se vuelve estridente. A lo que los críticos temen, por supuesto, es a los nueve jueces no electos de la Suprema Corte desbordando tal inmenso poder. Si el presidente hace estragos, al menos se habrá tratado de una sola persona...

La razonabilidad de dichos temores debe ser reconocida. Pero en mi opinión, el hecho es que el control judicial ha sido aceptado desde comienzos del siglo XIX, y justamente, a la vista de dicho control judicial, es que fue especialmente adoptado el lenguaje genérico de la Decimocuarta Enmienda. La Nación otorgó un enorme poder a la magistratura, y la pregunta es cómo dicho poder debería ser ejercido. Como yo lo veo, si los jueces dicen que el poder es demasiado grande para ser ejercido, no están desempeñando sus funciones. Para bien o para mal, el curso de la historia nos ha traído hasta los '80 con una magistratura que tiene la obligación de interpretar la Decimocuarta Enmienda. Pero la posesión de ese poder demanda un gran cuidado en su ejercicio, cuidar que no se traspasen sus límites y que no se defraude la confianza de aquellos que tenían expectativas en su ejercicio.

De esta manera, pienso que resulta crucial que los jueces, al ejercitar el poder de interpretar la Decimocuarta Enmienda, definiendo el contenido de sus libertades, tengan siempre en mente –como creo que tradicionalmente lo han tenido– que ellos no son libres de importar su sistema personal de valores al texto constitucional, cuando se trata de dilucidar qué valores sustanciales se encuentran plasmados en la Decimocuarta Enmienda. Cuando hay que definir si un reclamo de derechos individuales en particular debería ser constitucionalizado, la consideración que hacen los jueces sobre los aspectos de la decisión que mira a los valores sociales duraderos dominantes debería tomar en cuenta críticamente que tanto el conflicto de valores como el contexto existen. Ellos deberían evitar constitucionalizar el sistema de valores de un segmento pequeño de la sociedad. Esta limitación se ve justamente ilustrada en el proceso por el cual se alcanzó la actual solución a los casos sobre pena de muerte. La Corte, impulsada por una creciente percepción de que los Estados

## JUECES O ACADÉMICOS: ¿A QUIÉNES DEBEMOS MIRAR SEGÚN NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL?

ANDREW L. KAUFMAN

Unidos del siglo XX habían rechazado la acción de quitar la vida como respuesta apropiada al crimen, avanzó a través de una serie de casos hasta llegar al último en el cual se anunciaría dicha doctrina.<sup>28</sup> Mientras tanto, sin embargo, las legislaturas de muchos Estados se habían pronunciado en contra, al restablecer la pena de muerte. Fue así, que la mayoría de la Corte terminó concluyendo que la definición impeditiva anterior había sido prematura.<sup>29</sup> Ésa fue una reacción razonable, puesto que la acción de muchas legislaturas es ciertamente un lugar apropiado para buscar la expresión de valores sociales; no es necesariamente el factor determinante, pero sí uno importante.

Otro ejemplo de una situación donde la Corte encontró necesario decidir si un nuevo reclamo de derechos constitucionales debería ser reconocido ocurrió en el caso “*Bowers vs. Hardwick*”<sup>30</sup> durante el último período de sesiones. Si la Corte iba a resolver, como la mayoría pensó que debía hacerlo, que existía una libertad fundamental para los adultos homosexuales de practicar la sodomía en privado,<sup>31</sup> encontramos que la tarea de la Corte consistía nuevamente en determinar si la conducta había adquirido una aceptación social duradera, como libertad fundamental, para ser reconocida. Para la Corte siempre es difícil establecer la cuestión tan explícitamente, puesto que fuera de la actividad legislativa resulta dificultoso dar con evidencia relevante sobre la existencia de valores sociales. No obstante, yo creo que aquella determinación era lo que esencialmente la Corte estaba haciendo –y en ese sentido, apropiadamente– cuando expuso la extensa historia de la legislación sobre prohibición de la sodomía, la completa prohibición en todos los Estados hacia 1961, y la persistente prohibición existente en casi la mitad de los Estados al día de hoy.<sup>32</sup> Eso es también lo que los disidentes estaban haciendo, cuando

<sup>28</sup> Ver v. gr., “*Witherspoon vs. Illinois*”, 391 U. S 510, 1986; “*Furman vs. Georgia*”, 408 U. S. 238, 1972.

<sup>29</sup> “*Gregg vs. Georgia*”, 428 U. S. 153, 1976.

<sup>30</sup> 106 S. Ct. 2841, 1986 [N. del T.: 478 U. S. 186, 1986].

<sup>31</sup> Advierto que la naturaleza del reclamo podría ser expresada de manera diferente, v. gr., como un derecho constitucional de los adultos libres de realizar prácticas sexuales privadas sin interferencia del gobierno. No pienso que, al menos en un caso apropiado que presente un cuadro de la cuestión, el problema de “*Bowers*” deba hacerse pasar por una descripción del derecho en cuestión en términos tan generales, tan abstractos.

<sup>32</sup> Ver “*Bowers vs. Hardwick*”, nota 30 *supra*, en 2844-45 y nn. 5-7.

manifestaban el movimiento de despenalización y cuando enfatizaban en los aspectos privados de la cuestión como algo distinto a la conducta particular que se encontraba en discusión.<sup>33</sup>

El fallo “Bowers vs. Hardwick” puede ser bien entendido como un reflejo del criterio de la Corte de que los cambios de valores en nuestra sociedad, a lo largo de los últimos veinticinco años, no habían generado un cambio lo suficientemente duradero como para que el derecho de los adultos que consienten la sodomía en privado debiera ser reconocido con status constitucional. No obstante, la despenalización no es equivalente a una declaración de derechos. La decisión debe ser leída como que, si bien existió el reconocimiento de la validez constitucional de la prohibición de dicha conducta, también existía un rango amplio de falta de aceptación y oposición a que el nuevo derecho hubiese estado lo suficientemente establecido como para ser reconocido. No era suficiente decir que, en comparación al aborto, el perjuicio establecido por la legislatura era tanto más grande en los casos de aborto que en el caso de los derechos de los homosexuales, que ocurrió *a fortiori* de aquellos. Ése no es el enfoque correcto. La Corte, primero, debe ser capaz de reconocer el status constitucional del derecho reclamado, y en la visión de la Corte, y en la mía también, ello aparecía más endeble para el derecho reclamado por los homosexuales en 1986 que para el derecho al aborto, reclamado en al menos algunos casos hacia 1973. Con el tiempo, esto cambiará, y la Corte deberá tener la mente abierta acerca de la posibilidad de cambio,<sup>33bis</sup> pero debe tomar tiempo para un nuevo derecho lograr el status constitucional, y los proponentes del nuevo derecho en “Hardwick” estaban tratando de cortar ese camino demasiado rápido (yo, de todas maneras, deploro el lenguaje utilizado en “Hardwick” que podría ser leído como ciertamente hostil para la teoría de los derechos fundamentales expresada en este trabajo).

Habiendo discutido los factores apropiados a ser considerados, ahora podemos analizar cuál debería ser la base correcta para la solución constitucional de la Corte en “Roe”. Tan lejos como a la historia doctrinal con-

<sup>33</sup> Ver, v. gr., íd. en 2848-56 (Blackmun, J. en disidencia).

<sup>33bis</sup> [N. del T.: Para la evolución en este tema, véase “Lawrence vs. Texas” (02-102), 539 U. S. 558, 2003, revirtiendo “Bowers vs. Hardwick”].

## JUECES O ACADÉMICOS: ¿A QUIÉNES DEBEMOS MIRAR SEGÚN NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL?

ANDREW L. KAUFMAN

cierte, los avances que la Corte ha hecho en el reconocimiento de la libertad individual respecto de la posibilidad de que cada cual tome sus propias decisiones en cuestiones relativas a su vida personal, estilo de vida y planificación familiar, sin tener que soportar la interferencia sustancial del Gobierno,<sup>34</sup> y el mayor grado de escrutinio de la legislación que regula a las mujeres únicamente,<sup>35</sup> acarrearón en cierto modo el argumento a favor del aborto. Pero aunque el razonamiento a favor del resultado en "Roe" sea asistido por estos vínculos con doctrinas existentes, éstas no se enfrentan con el poderoso efecto del interés contrapuesto del feto.

La cuestión crucial a decidir en "Roe" -una vez que uno percibe que existe un interés relevante de la mujer involucrada en decidir si le será permitido tener control sobre los usos que ella le dé a su propio cuerpo, libre de la intervención del Gobierno- es si dicho interés debería ser constitucionalizado, cuando el resultado consiste en impedir el nacimiento de un embrión existente. ¿Cuál es la justificación para constitucionalizar dicho interés? Careciendo de un soporte específico en el contexto literal de la Enmienda o en los precedentes, ¿podemos encontrar algo que pueda ser aceptado como un valor social duradero por el cual tal libertad deba ser reconocida?

El argumento existente podría comenzar en el extremo opuesto al espectro biológico del ejemplo del feto -cercano al período total de embarazo, o una vez transcurrido dicho término-, con el cual empecé mi consideración sobre el status constitucional del feto. Asumamos que estamos tomando en cuenta la situación de un feto media hora después de la concepción, cuando la concepción resulta de una violación y donde el embarazo pondría en peligro la vida de la madre. Casi todas las leyes estatales que hacia 1973 prohibían el aborto, lo permitían en tal situación.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> La referencia se extiende a lo largo de casos que van desde al menos "Pierce vs. Society of Sisters", 268 U. S. 510, 1925, pasando por "Griswold vs. Connecticut", 381 U. S. 479, 1965 y "Eisenstadt vs. Baird", 405 U. S. 438, 1972.

<sup>35</sup> Ver "Reed vs. Reed", 404 U. S. 71, 1971, que presagió el explícito alto grado de escrutinio.

<sup>36</sup> Ver "Roe vs. Wade", nota 24 *supra*, en 117-8 y n. 2. Es verdad que el aborto habría sido permitido en dicha situación en casi todos los Estados, dada la amenaza a la vida de la madre. El período temprano de embarazo y la causa del embarazo habrían sido razones adicionales sólo en una minoría -aunque en una creciente minoridad- de jurisdicciones. Yo agragué esos hechos para producir un caso *a fortiori*.

Ciertamente, uno no puede contradecir que existe un derecho constitucional con respecto a toda conducta que no se ejecute criminalmente. Sin embargo, con respecto a la caldeada área del aborto, el hecho de que aun aquellas jurisdicciones que decidieron prohibir los abortos hayan dejado abierta la situación que he descripto recién, y el hecho de que más y más Estados estén perdiendo las restricciones al aborto, sugiere fuertemente una creencia general de que existía un rango de situaciones, dependiendo del grado de peligro que corre la madre, del avance del embarazo, y de la causa de dicho embarazo, en las cuales la libertad de la madre de decidir someterse a un aborto debería ser reconocida. Otra manera de llegar a esta conclusión es decir que había un reconocimiento general de que la unión de las células por sí sola no creaba el status constitucional que supedita el derecho de las mujeres.<sup>37</sup> Si uno adhiere a esta visión generalmente adoptada, sobre el argumento doctrinal a favor del reconocimiento de cierta libertad constitucional de las mujeres con respecto a lo que deberían hacer con sus propios cuerpos –sin la interferencia del Gobierno–, uno tiene en forma esquelética la base para el reconocimiento de un derecho constitucional.

Es importante subrayar el argumento de que es la autonomía de las mujeres lo que se encuentra en juego. No obstante el mayor status de las mujeres en este país y demográficamente hablando, pienso que en el instinto de la Suprema Corte, en casos de protección igualitaria, aquel tratamiento diferencial a las mujeres en las clasificaciones gubernamentales requiere de un escrutinio más agudo que el que usualmente se escucha. La historia del constante tratamiento desigual en el contexto de los estereotipos sociales, que ha guiado mucha de la legislación en este país desde sus comienzos, debe ser tomada en cuenta, no sólo en el requerimiento de tratamiento igualitario de la cláusula de protección igualitaria, sino también, en mi opinión, en el reconocimiento de otros derechos sustantivos bajo la Decimocuarta Enmienda. El argumento constitucional a favor del derecho de la mujer al aborto, por lo tanto, combina

<sup>37</sup> No estoy aduciendo que la actividad legislativa estatal justifica todo lo que fue decidido, o todo lo que debió haber sido decidido, en "Roe". Al menos, no es así en mi opinión. La situación legislativa debe ser combinada con los argumentos que llevan a justificar la constitucionalización de un derecho al aborto en cualquier situación que no involucre la amenaza a la vida de la madre.



## JUECES O ACADÉMICOS: ¿A QUIÉNES DEBEMOS MIRAR SEGÚN NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL?

ANDREW L. KAUFMAN

hilos de decisión que se trenzan alrededor de decisiones previas de la Corte, que reconocen derechos de libertad individual en el campo de la planificación familiar, con especiales consideraciones de la necesidad de proteger los derechos de las mujeres, especialmente en esta área, dado el peligro de que la legislación que restringe la libertad de las mujeres termine reflejando viejos modos estereotipados de pensamiento. Ése es, al menos, el argumento para reconocer algún Derecho Constitucional a las mujeres en lo que hace a la elección del aborto.

No he brindado una elaboración a escala completa del argumento a favor del reconocimiento de cierto status constitucional al derecho de la mujer de decidir un aborto, pero pienso que he indicado suficientemente los que yo veo como los aspectos más importantes del argumento. Mucho descansa en la exactitud de la percepción de una visión social general que apoya el derecho de la mujer de elegir en al menos ciertas situaciones. Yo no soy uno de los que cree en establecer derechos constitucionales a partir de técnicas basadas en encuestas, porque, como sabemos, las opiniones cambian rápidamente; mucho depende de la forma en que una pregunta es hecha, de cuánta información posee quien responde, y de toda una variedad de otros problemas que tornan sospechosa la exactitud de la encuesta. No obstante, las sustanciales y consistentes mayorías, mostradas por las encuestas durante muchos años, a favor del reconocimiento de alguna libertad de elección, sugieren que, a cierto nivel básico de valores descubiertos, la Corte no se encuentra fuera de la línea, al menos con respecto a aquella parte de su opinión que trata con el primer trimestre de embarazo.

Una pregunta que necesita ser encarada hoy, es si el resurgimiento del sentimiento antiabortista, que se volvió evidente en los años posteriores a "Roe", sugiere que la Corte deba revertir su doctrina tal como lo hizo en los *Casos de pena de muerte*. Yo sugeriría que se debe requerir una demostración aún mayor de un nuevo valor duradero dominante, para dar vuelta una decisión que reconoce un derecho constitucional y dejar de reconocerlo. Es más, la existencia de determinada oposición, por sí sola, no sería tampoco suficiente; de otro modo, dicha oposición hubiese requerido la potencia de "Brown vs. Board". No obstante, la cuestión aquí es diferente debido a la fuerza del interés contrario. En el caso de la libertad de los blancos de poder discriminar, no importa si



la misma es abolida para hacer lugar a un reclamo de libertad de asociación; simplemente, ese caso no es comparable en fuerza con el interés del feto de nacer con vida. El trabajo de la Corte, al reconsiderar el reconocimiento del derecho constitucional de la mujer, en pos de oponerse al mismo, consiste tan sólo en revisar las justificaciones alegadas oportunamente a favor del derecho y ver si la percepción de la Corte, en cuanto al reconocimiento general de la libertad reclamada, sigue estando justificada.

Debería quedar claro a esta altura que yo pienso que los reclamos constitucionales a favor del feto y a favor de las mujeres, en relación con la decisión de abortar, están vinculados, y que la clase de argumento que sostiene el reconocimiento de un status constitucional para uno lo sostiene también para el otro. Como ya lo he manifestado, también pienso que es mucho más difícil para el argumento proaborto prevalecer si aquellos que afirman el derecho denegaran al mismo tiempo todo status constitucional al feto. Que la Corte haya reconocido un derecho constitucional para las mujeres sin un correspondiente derecho para el feto constituye, en mi opinión, una falla sustancial en la decisión de la Corte. De hecho, lo que los comentaristas han encontrado como algo curioso y problemático en "Roe vs. Wade" –la solución cuasi-legislativa basada en los trimestres de embarazo–, parece mucho menos problemático cuando es visto como el intento de equilibrar derechos constitucionales enfrentados. Entonces, la intención de ajustar intereses –que se parece bastante a la solución de la Corte– luce más acorde a un montón de soluciones judiciales, con la salvedad de que usualmente un equilibrio complejo de este tipo es alcanzado luego de una larga serie de casos y no en una sola opinión. Incluso, si la Suprema Corte había llegado a la conclusión de que no sólo uno sino dos derechos constitucionales se encontraban involucrados en el *Caso del aborto*, podría haberse focalizado mejor y más precisamente en las razones que la llevaron a reconocer los derechos constitucionales que en cuál debería ser la armonía exacta de esos dos derechos. Esa perspectiva diferente lo llevaría a uno a concluir en que el equilibrio alcanzado por la Corte para períodos de tiempo particulares, especialmente el balance alcanzado para el segundo trimestre, es errado, sin que ello signifique que dicha conclusión en algún modo conceda

## JUECES O ACADÉMICOS: ¿A QUIÉNES DEBEMOS MIRAR SEGÚN NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL?

ANDREW L. KAUFMAN

toda la justificación a favor del reconocimiento de un derecho constitucional de las mujeres para el aborto.

El principal argumento alternativo a la teoría de los dos-derechos-constitucionales, que yo he propuesto para su consideración, es la teoría del ningún-derecho-constitucional. El argumento consiste en que no hay una clara visión dominante que se haya podido imponer por sí misma, y que el problema debe ser resuelto dentro de las más diversas legislaturas estatales como un asunto político. Algunos proponentes, aunque no todos, agregarían que ellos pueden sostener su posición desde una presunta competencia legislativa para regular derechos, en ausencia de un derecho constitucional establecido (están también aquellos que apelan a la teoría del ningún-derecho-constitucional, puesto que de ese modo obtienen una visión mucho más limitada del rol de la Corte en los casos de la Decimocuarta Enmienda de la que yo mostré aquí; aunque ya he expuesto dichas opiniones anteriormente). Debo confesar que la elección entre la visión del ningún-derecho-constitucional y la visión de los dos-derechos-constitucionales es bastante difícil. Es lo angustiante de la elección con respecto al caso del aborto lo que me lleva a inclinarme por la visión de los dos-derechos-constitucionales. Es la angustia –que parece ser una descripción bastante común de la decisión para la mayoría de las personas–; la angustia que reconoce la naturaleza extraordinaria de lo que se encuentra en juego, junto con mi percepción acerca de la visión general de la fuerza de los intereses contendientes, lo que confirma mi inclinación hacia que, en circunstancias particulares, cada uno de los valores contendientes debería ser reconocido como poseyendo un status constitucional por sí mismo, aun cuando fuera en contra del otro. Un status constitucional como tal preservará a los intereses en juego de la posibilidad de una negación total de alguno de los valores, en el caso de una solución legislativa, que es siempre el producto del paroxismo pasional.

He discutido el caso del aborto de manera tan extensa porque pienso que cualquiera que exprese sus opiniones acerca de la manera en la cual las decisiones constitucionales deben ser tomadas necesita probarlas contra el caso más difícil de todos. Pero no quisiera que la extensión de la discusión del caso particular eclipsara el punto principal que quisiera proponer: que el método judicial tradicional de interpretación constitucional es viable y debería ser acatado de un modo que instruyera al juez

a focalizar en factores distintos a sus valores personales. Debo enfatizar, sin embargo, que en los casos más importantes, el juez concienzudo tendrá un rango amplio de posiciones constitucionales razonables, que las diferencias en filosofía judicial, especialmente aquellas relacionadas con la competencia institucional, y las de opinión acerca de la importancia y dominación en nuestra sociedad de valores constitucionales particulares, marcarán una diferencia en la eventual decisión del fallo adecuado. No encuentro esto como algo del todo molesto, especialmente cuando estamos hablando de la Suprema Corte; una Corte de nueve jueces que normalmente representa un espectro de visiones y experiencias que, cuando la institución funciona de forma óptima, contribuyen a decisiones mejor fundadas.



## Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez\*

FRANÇOIS OST\*\*

En el número de junio de 1990 de la *Revue de l'École nationale de la magistrature* se describe en estos términos la profesión de magistrado: "No existe de manera evidente ningún otro modelo de referencia, ninguna otra definición unívoca de una profesión que tienda a volverse tan multiforme y pluralista". La constatación, a su vez, se inscribe en la observación de un campo judicial y jurídico definido como "heterogéneo y complejo", de tal manera que las evoluciones en curso impiden "toda referencia a la idea de un modelo".<sup>1</sup>

Paradójicamente, esta crisis de los modelos proviene, sin duda, no tanto de la ausencia de referencias como de su excesiva abundancia; como si el jurista, y particularmente el juez, no llegase a elegir, en el surtido de los accesorios de la justicia, el uniforme que conviniera a los roles múltiples que en lo sucesivo se esperan de él. ¿Será la toga, el falso cuello o la blusa, por retomar el catálogo propuesto en su tiempo por André-Jean Arnaud?<sup>2</sup> Esta manera de proliferación –a la que no es extraño cierto sentimiento de burla engendrado por la conciencia misma de disfraz– podría ser, calificándola de entrada, uno de los rasgos del posmodernismo, caracterizado precisamente por la superposición y las interferencias constantes de los juegos del lenguaje.

\* Publicado originalmente en *Doxa*, nro. 14 (1993), pp. 169-194. Los editores agradecen a *Doxa* el permiso para publicarlo en esta revista. Traducción al español realizada por Isabel Lifante Vidal.

\*\* Jurista, filósofo y escritor belga.

<sup>1</sup> *Revue de l'École nationale de la magistrature*, nro. 3, junio 1990, pp. 14-15.

<sup>2</sup> ARNAUD, A. J., "Le Mediurnet le savant. Signification politique de l'interprétation juridique", en *Archives de philosophie du droit*, 1972, pp. 172 y ss., y también OST, F., "Juge pacificateur, juge arbitre, juge entraîneur. Trois modes de justice", en *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, bajo la dirección de Ph. Gérard, F. Ost y M. van Kerchove, Bruxelles, 1983, pp. 1-70.

¿Cómo construir entonces el modelo de quien parece sustraerse a la modelización? Podríamos, quizá, comenzar evocando dos figuras extremas de la juridicidad, para trazar inmediatamente, en el vacío que los separa o la saturación que a veces los aproxima, la vía de una tercera figura que, por su misma complejidad, podría responder a la presente diseminación de las teorías, valores y discursos.

Tomemos el modelo de la pirámide o del código. Lo llamaremos el Derecho jupiterino. Siempre proferido desde arriba, de algún Sinaí, este Derecho adopta la forma de ley. Se expresa en el imperativo y da preferencia a la naturaleza de lo prohibido. Intenta inscribirse en un depósito sagrado, tablas de la ley o códigos y constituciones modernas. De ese foco supremo de juridicidad emana el resto del Derecho en forma de decisiones particulares. Se dibuja una pirámide, impresionante monumento que atrae irresistiblemente la mirada hacia arriba, hacia ese punto focal de donde irradia toda justicia. Evidentemente ese Derecho jupiterino está marcado por lo sagrado y la trascendencia.

De este modo, la aparición del segundo modelo el “herculáneo” aplicado sobre la tierra, toma la figura de revolución –gesto iconoclasta que hace del hombre, más concretamente del juez, la fuente del único Derecho válido–. En la huella de las diversas corrientes que se declaran realistas –pensamos especialmente en el “realismo americano” y particularmente en la *sociological jurisprudence*–, entra en juego un modelo que calificaría de embudo (pirámide invertida) o de *dossier*. Es Ronald Dworkin, como es sabido, quien, revalorizando hasta el extremo la figura del juez moderno, le da los rasgos de Hércules. Sin poder –lejos de pretenderlo– reducir la posición de Dworkin a la de los realistas americanos, mantendremos aquí el nombre de Hércules, particularmente acertado para designar a ese juez semidiós que se somete a los trabajos agotadores de juzgar y acaba por llevar el mundo sobre sus brazos extendidos, reproduciendo así fielmente la imagen del embudo. A partir de aquí no hay más Derecho que el jurisprudencial; es la decisión y no la ley la que crea autoridad. Al código lo sustituye el *dossier*; la singularidad y lo concreto del caso se superponen a la generalidad y abstracción de la ley. Este cambio de perspectiva nos lleva desde las cimas de la trascendencia de la ley hacia la inmanencia de nuestros intereses en conflicto. La pirámide sugería lo sagrado y lo ideal; el embudo evoca la materia, lo

profano, incluso lo alimenticio. Al predominio de una justicia inspirada por el mandato jupiterino, le sustituye la balanza de nuestros cálculos y compensaciones cotidianas.

Podríamos, evidentemente, quedarnos ahí y comentar cómodamente el entrelazamiento de estas dos figuras. No sería muy difícil mostrar cómo el modelo de la pirámide traduce las exigencias del Estado liberal o Estado de Derecho del siglo XIX, y el modelo del embudo, las actividades del Estado social o asistencial del siglo XX.

Sería fácil concluir, a continuación, que nuestra actualidad jurídica se caracteriza por una combinación, variable según las ramas del Derecho, de las dos racionalidades jurídicas que acabamos de distinguir sumariamente. De la primera habríamos heredado, junto a los códigos y las constituciones, los principios y los conceptos que estructuran nuestra disciplina; mientras que la segunda nos proporcionaría esos jueces que, desde la justicia constitucional hasta la justicia de los procedimientos de urgencia, parecen ejercer ahora el monopolio de la *jurisdictio*.

Sin embargo, esto supondría salir del paso sin demasiado esfuerzo, dejando de lado lo esencial. Todo lleva a creer, en efecto, que la complejidad que se nos presenta es todavía mucho más grande que la sugerida por la superposición de estos dos modelos. Además del hecho de que uno y otro han entrado hoy en crisis, ellos sólo ofrecen representaciones empobrecidas de la situación que pretendían describir en su época. La sociedad y el Derecho posmoderno merecen algo mejor que ese artificio teórico. Nos encontramos entonces ante la configuración de un nuevo modelo en el que conviene fijarse.

Proponemos representar este modelo bajo los rasgos de Hermes, el mensajero de los dioses.<sup>3</sup> Siempre en movimiento, Hermes está a la vez

<sup>3</sup> La figura de Hermes no es desconocida en el pensamiento jurídico. Algunos autores la evocan, aunque con sentidos muy diferentes de los que nos ocuparemos. L. SALA-MOLINS (*La Loi, de quel droit?*, París, 1977, pp. 29 y ss., y pp. 103 y ss.) lo presenta como el heraldo de la ley universal del deseo, que se aprovecha de la ley política. El autor le atribuye la filosofía de Ramón Llull, con la que está de acuerdo, y que podría expresarse en estas palabras: "Yo me basto, al diablo la ley". Esta aproximación a Hermes nos parece totalmente restrictiva; lejos de ser la expresión de una voz solipsista, Hermes es al contrario el intérprete, el mediador, el portavoz. Según Sala Molins, ningún lugar es reservado al diálogo y a la mediación; ya que la palabra no era más que monólogo, afirmación del yo, la ley no será más que violencia, y el

en el cielo, en la tierra y en los infiernos. Ocupa resueltamente el vacío entre las cosas, asegura el tránsito de unas a otras.

Dios de los mercaderes, preside los intercambios; Psicopompo, conecta los vivos y los muertos; dios de los navegantes, supera travesías desconocidas. Hermes es el mediador universal, el gran comunicador. No conoce otra ley que la de circulación de los discursos, con la que arbitra los juegos siempre recomenzados.

Si la montaña o la pirámide convenían a la majestad de Júpiter, y el embudo al pragmatismo de Hércules, en cambio, la trayectoria que dibuja Hermes adopta la forma de una red. No tanto un polo ni dos, ni incluso la superposición de los dos, sino una multitud de puntos en interrelación. Un campo jurídico que se analiza como una combinación infinita de poderes, tan pronto separados como confundidos, a menudo intercambiables; una multiplicación de los actores, una diversificación de los roles, una inversión de las réplicas.

Tal circulación de significados e informaciones no se deja ya contener en un código o en un *dossier*; se expresa bajo la forma de un banco de datos. El Derecho posmoderno, o Derecho de Hermes, es una estructura de red que se traduce en infinitas informaciones disponibles instantáneamente y, al mismo tiempo, difícilmente matizables, tal como puede serlo un banco de datos. Sin embargo, para intentar describir estos juegos

juicio, inquisición. Otro autor contemporáneo evoca igualmente a Hermes: R. DWORKIN (*Law's empire*, London, 1986, pp. 317 y ss.), quien lo traza esta vez bajo los rasgos del juez que interpreta la ley en función de la voluntad del legislador, método que critica el autor, particularmente por la imposibilidad de identificar tal voluntad. Varios rasgos diferencian nuestro Hermes del de Dworkin: 1. Para Dworkin, se trata exclusivamente de un juez, mientras que, para nosotros, Hermes representa todo actor jurídico, todo locutor que se expresa en el discurso jurídico, aunque sea un simple particular, a condición de que adopte la actitud "hermenéutica" que representamos como la propia del "modelo de Hemes". 2. Para Dworkin, el juez Hermes se consagra a interpretar la ley en el sentido correspondiente a la voluntad del legislador, mientras que, para nuestro jurista Hermes, la voluntad del autor del texto sólo representa un elemento entre otros que concurren a determinar el sentido óptimo de las normas a interpretar. En definitiva, el juez Hermes de Dworkin privilegia la voluntad del *legislador*, mientras que nuestro jurista Hermes se esfuerza por integrar, en la construcción del sentido jurídico, las creaciones normativas que emanan de otras fuentes como la jurisprudencia, las costumbres, las convenciones internacionales, los principios generales del Derecho, la doctrina, etc.



del lenguaje, infinitamente complejos y enredados, propondremos algunos aspectos de lo que se podrá llamar una teoría lúdica del Derecho. Finalmente, terminaremos dejando en toda su radicalidad la cuestión de la legitimidad: pues si Hermes no es ni trascendencia ni inmanencia, sino, una vez más, se encuentra entre la una y la otra (dialéctica) o, mejor todavía, paradoja (la una y la otra), entonces tendremos que, igualmente, aprender a reformular nuestras respuestas a la cuestión del “buen Derecho”.

Pero antes de seguir con Hermes en las redes laberínticas del Derecho posmoderno, debemos profundizar un poco en el modelo de la pirámide y en el del embudo.

### JÚPITER, LA PIRÁMIDE Y EL CÓDIGO

El modelo jurídico clásico que continúa siendo enseñado en las facultades de Derecho y que mantiene las representaciones canónicas de los juristas, modelo que además conserva alguna forma de aplicación práctica, es el modelo del Derecho codificado. La inspiración de tal Derecho está generalmente ligada a un autor único y supremo: Licurgo, Solón, Justiniano o Napoleón. Jean-Jacques Rousseau, gran teórico de la religión civil, bosqueja el retrato de ese Codificador fuera de lo común: “Para descubrir las mejores reglas de la sociedad que convengan a las naciones –escribe en el *Contrato Social*– haría falta una inteligencia superior que viera todas las pasiones de los hombres, que no tuviera ninguna relación con nuestra naturaleza y la conociera a fondo, cuya suerte fuera independiente de nosotros y, por tanto, quisiera ocuparse bien de lo nuestro, que en el progreso de los tiempos se procurara una gloria lejana, pudiera trabajar en un siglo y gozar en otro. Harían falta dioses para dar leyes a los hombres”.<sup>4</sup>

Tal Derecho codificado, reducido a la simplicidad de una obra única, se articula en forma jerárquica y piramidal. Los teóricos modernos y positivistas del Derecho, como Merkl y Kelsen, que se creían libres de toda mitología, proponen la teoría bajo la forma de “construcción del Derecho por gradas” (*Stufenbau*). Según Kelsen, un sistema jurídico “no es un complejo de normas en vigor, unas junto a otras, sino una pirámide

<sup>4</sup> ROUSSEAU, J. J., *Du contrat social. Des principes du droit politique*, Paris, 1972, p. 107.

o jerarquía de normas que son superpuestas o subordinadas las unas a las otras, superiores o inferiores”.<sup>5</sup>

A una cascada de poderes, rigurosamente subordinados los unos a los otros, responde un escalonamiento de reglas jerárquicamente derivadas. El movimiento que anima esta construcción es siempre lineal y unidireccional: si se trata de apreciar el fundamento de validez de las normas, se ascenderá de la norma inferior a la norma superior para llegar a la norma fundamental que habilita a la autoridad suprema a crear Derecho válido; si se trata, en cambio, de prever la creación de una nueva norma jurídica, se tomará el camino inverso, partiendo de esta primera habilitación para recorrer seguidamente los siguientes escalones de la jerarquía normativa. Cada norma se analiza a la vez como aplicación o individualización de la norma superior y habilitación para el órgano creador de la norma inferior.

La ordenación lógica de esta construcción enmascara bastante mal, en nuestra opinión, la teología política implícita que la inspira. En este punto, W. Krawietz ha podido mostrar que la soberanía del legislador (*brinceps legibus solutus*) no sería más que la laicización de la *suprema potestas* divina, mientras que la articulación de las normas jurídicas positivas transpondría la cascada normativa que, especialmente, Santo Tomás establece entre *lex divina*, *lex aeterna*, *lex naturalis* y *lex positiva*.<sup>6</sup> Por lo demás, el mismo Kelsen, que jamás ha cesado de reconsiderar el estatus de la norma fundamental, terminará por admitir que una norma debe necesariamente expresar el significado de un acto de voluntad y no sólo de una hipótesis intelectual. Suponer la norma fundamental significa suponer, igualmente, la existencia de una “autoridad imaginaria” que “quiere” esa norma. Esto es, sin duda, una ficción, pero una ficción necesaria para la validación positivista de los órdenes jurídicos en vigor.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, 2ª ed., trad. por Ch. Eisenmann, Paris, 1962, p. 255.

<sup>6</sup> KRAWIEZ, W., “Die Lehre vom Stufenbau des Rechts. Eine säkularisierte politische Theologie?”, en *Rechtstheorie*, vol. 5, Berlin, pp. 257-261.

<sup>7</sup> Kelsen, H., “Die Funktion der Verfassung”, en *Die Wiener Rechtsheoretische Schule Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, ed. H. Klecatsky, R. Marcie y H. Schambeck, Wien, 1968, t. I, p. 1977. Sobre esta cuestión, cf. OST, F. y M. VAN DE KERCHOVE, “La Référence à Dieu dans la théorie pure du Droit de Hans Kelsen”, en *Qu'est-ce que Dieu? Hommage à l'abbé Daniel Coppieters de Gibson*, Bruxelles, 1985, pp. 285-324.

Si se quiere asegurar la unidad y la validez de un sistema jurídico, se hará “como si” algún ser imaginario le hubiera dado el impulso inicial. Júpiter ya no está, decididamente, muy lejano.

La racionalización última de este modelo jurídico (fenómeno que –como ha recordado Max Weber– se extiende durante siglos) llega a las constituciones modernas. Se impone la idea de reunir todo el material jurídico en un *Codex* unitario que presente las cualidades de coherencia, completitud, claridad, no-redundancia, simplicidad y manejabilidad. No sólo simple yuxtaposición o compilación de soluciones casuísticas, sino también verdadera transubstanciación de las reglas por el efecto de la sistematización de sus conceptos y de sus principios estrictamente derivados de algunos axiomas iniciales.

El logro de las codificaciones no pasa sólo por cierta racionalización formal, implica también una simplificación radical del material jurídico concomitante para una nivelación del propio sistema social. Haciendo tabla rasa del pasado, inspirado en una nueva concepción de lo social, el Codificador reescribe el Derecho restableciendo algunas categorías esenciales. Una coincidencia destacable se observa así entre las codificaciones conseguidas y el reforzamiento del poder político; se trata del triunfo de una forma de despotismo ilustrado, de un fenómeno de liberación nacional o del resultado de un proceso revolucionario.

En nuestra opinión, el modelo del código conlleva, en definitiva, cuatro corolarios:

El primero es el del monismo jurídico. Por oposición a la dispersión de los focos del Derecho, el material jurídico adopta en lo sucesivo la forma dominante de la ley y ésta se acopla en códigos, reforzando aún más la sistematicidad y la autoridad.

El segundo es el del monismo político o de la soberanía estatal. La codificación –del mismo modo que el establecimiento de la Constitución en la cúspide de la pirámide normativa– supone el resultado de un proceso de identificación nacional y de centralización administrativa que culmina en la figura del soberano. A la multiplicidad de instituciones, estados y cuerpos intermediarios del Antiguo Régimen le sustituye ahora el espacio míticamente unificado de la voluntad nacional. A los múltiples consensos

sectoriales y locales los sustituye el consenso nacional –real o impuesto, poco importa aquí– cuyo código traduce las principales opciones.

El tercero, inherente a la idea de codificación, es el de una racionalidad deductiva y lineal: las soluciones particulares son deducidas de reglas generales, derivadas ellas mismas de principios todavía más generales, siguiendo inferencias lineales y jerarquizadas. El argumento fuerte de la controversia jurídica no es otro que la invocación, en apoyo de la interpretación que se sostiene de la racionalidad del legislador, garante jupiterino de la coherencia lógica y la armonía ideológica del sistema.

Por último, la codificación supone además una concepción del tiempo orientado hacia un futuro controlado. Por oposición al tiempo de larga duración (temporalidad que sobre todo mira hacia el pasado y caracteriza al Derecho consuetudinario), la empresa de la codificación descansa sobre la creencia, eminentemente moderna, del progreso de la historia: la idea de que la ley –anticipando un estado de cosas posible y considerado preferible– puede hacer llegar un porvenir mejor.<sup>8</sup>

En resumen, como recuerda Pierre Bourdieu, “la codificación pone las cosas simples, claras, comunicables”.<sup>9</sup> Sin embargo, si es verdad que hemos entrado resueltamente en la era de la complejidad, puede sospecharse que el paradigma de la pirámide y del código ha entrado en una profunda crisis. Hay que extrañarse en estas condiciones de que algunos, deseosos de desprenderse radicalmente de este primer modelo, sigan la vía de la inversión completa –vía de la revolución, de la que cabría pensar que significa también “vuelta al punto de partida”–. Siguiendo entonces la “ley de la bipolaridad de los errores”, de la cual hablaba Gaston Bachelard, que consiste en abandonar una posición errónea sólo para ocupar inmediatamente la posición opuesta –postura igualmente reduccionista y que comparte, sin duda, con la primera, un cierto número de rasgos esenciales<sup>10</sup>–,

<sup>8</sup> Sobre esto cf OST, F., “Codifier en 1987?”, en *Journal des Procés*, nro. 116, noviembre 1987, pp. 16 y ss.

<sup>9</sup> BOURDIEU, “Habitus, code et codification”, en *Actes de la recherche en sciences sociales*, nro. 64, septiembre 1986, p. 42.

<sup>10</sup> Sobre este punto, cf. OST, F. y M. VAN DE KERCHOVE, “De la ‘bipolarité des erreurs’, ou de quelques paradigmes de la science du droit”, en *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, t. 33, 1988, pp. 177 y ss.

ciertos autores van a hacer del juez (de cada juez) el foco exclusivo de la juridicidad.

### HÉRCULES, EL EMBUDO Y EL *DOSSIER*

Hay algo trágico en la figura de Hércules, como también en la de Prometeo, que no es ajeno a aquél: ¿No se dice que fue Hércules, precisamente, quien liberó a Prometeo del peñón caucásico al que estaba encadenado por haber robado el fuego de los dioses para regalárselo a los hombres? Hércules, como es bien sabido, fue castigado con la maldición de Hera; él no dejaba de expiar el infanticidio que ella le había incitado a cometer. Su actividad desbordante determinó el perdón de esta falta. ¿Qué falta expía, entonces, nuestro herculáneo juez moderno? ¿La dureza del liberalismo económico que se desarrolló al amparo del “juridicismo” formal? ¿La miopía legalista de la exégesis del siglo XIX?

Nunca nada será perdonado al “juez-asistencial” de hoy. Conciliar las economías familiares en crisis; dirigir las empresas en dificultades evitando, si es posible, la quiebra; juzgar si corresponde al interés del niño ser reconocido por su padre natural, si la madre se opone (art. 319.3 del Cód. Civ. belga); apreciar si la interrupción voluntaria del embarazo se justifica por el “estado de angustia” de la mujer embarazada (arts. 348 y ss. del Cód. Pen. belga); intervenir “en caliente” en los conflictos colectivos de trabajo y decidir (en procedimiento de extrema urgencia un catorce de agosto a medianoche) si la huelga de los pilotos aéreos de la compañía nacional, prevista para el día siguiente a las seis, es o no lícita;<sup>11</sup> juzgar si un aumento de capital decidido con el objeto de oponerse a una oferta pública de compra de un *holding*, cuya cartera representa un tercio de la economía belga, es conforme a la ley;<sup>12</sup> imponer moratorias a los trabajadores o a las empresas que amenazan el equilibrio ecológico; juzgar si llevar el velo islámico es compatible con la disciplina y el espíritu de la escuela, etcétera.

<sup>11</sup> Trib. civ. Bruxelles (réf), 15 de agosto de 1987, inédito; acerca de toda la cuestión cf. OST, F., “Rapport général de synthèse”, en *Les conflits collectifs en droit du travail. Solutions négociées ou interventions judiciaires?*, bajo la dirección de J. Guillardin y P. Van Der Vorst, Bruxelles, 1989, pp. 109-131.

<sup>12</sup> Trib. comm. Bruxelles (réf.), en *Journal des Procés*, 1988.

Hércules está presente en todos los frentes, decide e incluso aplica normas como lo hacía su predecesor que se amparaba en la sombra del código; pero también lleva a cabo otros trabajos. En el precontencioso aconseja, orienta, previene; en el poscontencioso sigue la evolución del *dossier*, adapta sus decisiones al grado de circunstancias y necesidades, controla la aplicación de las penas. El juez jupiterino era un hombre de ley; respecto a él, Hércules se desdobra en ingeniero social.

Se comprende que tal evolución, sobre todo en lo que afecta a las jurisdicciones constitucionales habilitadas para apreciar la constitucionalidad de las leyes (o que progresivamente se van atribuyendo estas competencias, como la Corte Suprema de los Estados Unidos), conduce a relativizar el mito de la supremacía del legislador. Es precisamente en los Estados Unidos, con las corrientes del realismo y de la *sociological jurisprudence*, donde esta puesta en cuestión encontrará su expresión más radical.

Es el juez O. W. Holmes quien primero hace tambalear la relación jerárquica tradicional entre reglas y decisiones, creación y aplicación del Derecho, definiendo lo jurídico en estos términos: "Las profecías de lo que harán efectivamente los jueces y los tribunales, y nada más pretencioso, eso es lo que yo entiendo por 'Derecho'".<sup>13</sup> Desde esta perspectiva, el Derecho no es tanto un deber-ser, un conjunto de reglas, sino un fenómeno fáctico complejo formado por los comportamientos de las autoridades judiciales. Se opera así un cambio radical de perspectiva que representa desde ahora el Derecho en forma de pirámide invertida o de embudo. J. Frank ha calificado oportunamente este cambio de paradigma de "revolución copernicana": mientras que el pensamiento jurídico tradicional coloca las reglas en el centro del sistema y cree poder deducir mecánicamente las decisiones particulares, Holmes y el movimiento realista colocan las decisiones judiciales en el corazón del sistema.<sup>14</sup> Las reglas generales y normativas son configuradas con el rango de *paper rules* (Llewellyn), simples posibilidades jurídicas, correspon-

<sup>13</sup> HOLMES, O. W., *The path of the law* (1987), reproducido en *The Bobbs-Merril law reprint series*, p. 461.

<sup>14</sup> FRANK, J., *Mr Justice Holmes and non-euclidean legal thinking* (1932), reproducido en *Readings in jurisprudence*, Indianapolis, 1938, p. 368.

diendo a los jueces darles consistencia en sus decisiones particulares *-real rules-* formuladas en indicativo.

El punto de vista clásico, impregnado de moralismo, que privilegia la regla y el deber de obediencia, se sustituye ahora por el punto de vista del *bad man*, que se preocupa exclusivamente de las eventuales consecuencias desagradables de sus actos. La cuestión no es ya: “¿Cuál es mi deber?”, sino “¿Qué probabilidad hay de que una jurisdicción sancione mi comportamiento?”<sup>15</sup> Se entiende que, a partir del momento en el que la regla no constituye más que una justificación de la decisión (en la medida en que ella no se impone *a priori* al decisor), aquélla sólo representará una predicción de la futura decisión. No es tanto la decisión la que deriva de la regla, sino ésta de aquélla.

Sin duda, tal modelo es muy diferente del anterior; se puede pensar, sin embargo, que reproduce, por un efecto de espejo, la imagen inversa. Se trata, por una parte, de la incapacidad de los dos paradigmas para articular, de manera satisfactoria, el hecho y el Derecho y, por otra parte –y esto no es ajeno a aquello–, de una forma de obliteración de la vida jurídica real; el Derecho se disuelve, en última instancia, en los lugares imaginarios de los que se considera procedente: vértice de la pirámide o extremidad del embudo.

Tomemos el Derecho herculáneo. Aquí la efectividad (la irrecusabilidad del hecho) es condición necesaria y suficiente para la validez; la legalidad de la regla y, *a fortiori*, su legitimidad no se toman en consideración. El Derecho se reduce al hecho, a la indiscutible materialidad de la decisión. Pero entonces, es la idea misma de validez y, con ella, la de normatividad, la que pierde pertinencia. ¿No reconocen los mismos realistas que sus *real rules* se conjugan en indicativo? Se asiste aquí no solamente a una atomización de lo jurídico, disperso en una multitud de decisiones, sino también, y fundamentalmente, a una disolución de lo normativo que se agota en una colección dispersa de manifestaciones esporádicas de voluntad. La decisión, en estas condiciones, ya no recoge nada de lo normativo de la regla (por definición ausente) y se analiza desde ahora como “el hecho del juez” que ninguna regularidad normativa quiere validar. Como bien lo ha entendido un representante de esta co-

<sup>15</sup> HOLMES, op. cit., p. 459.



rriente, J. Brown, el Derecho, en definitiva, no existe en ninguna parte: no está ni en la ley ni en las decisiones judiciales, pasadas o incluso presentes (salvo, en lo que concierne a estas últimas, para las partes en litigio). No es nunca otra cosa que devenir; su único lugar de emergencia es la decisión singular, pero en cuanto aparece, expira<sup>16</sup>.

Tomemos el Derecho jupiterino. Aquí es la legalidad la que es condición necesaria y suficiente para la validez de la regla. Es suficiente, para una norma, haber sido dictada por la autoridad competente y según los procedimientos; las cuestiones anteriores de legitimidad y ulteriores de efectividad no son pertinentes a este respecto. Todavía aquí es defectuosa la vía jurídica real, que es articulación del hecho y del Derecho, que es combinación de *legalidad*, de *efectividad* y de *legitimidad*. En última instancia, todo se reduce a un *voló* inicial, a la acción de un primer motor invisible que pone en marcha la máquina sin preocuparse, de ningún otro modo, de su trayectoria ulterior. Concentrada en el vértice de la pirámide normativa, la juridicidad se oculta tras la ficción de la autoridad imaginaria que, se supone, quiere la norma fundamental.

Dejemos, por ahora, estos análisis fundamentales y volvamos, aún un instante, a los trabajos cotidianos de Hércules. Nos queda mostrar cómo su gestión sustituye todos los atributos del *dossier* por aquellos que hasta ahora habíamos asociado al modelo de código.

El código, decíamos, implica el monismo normativo. El *dossier*, en cambio, acarrea la proliferación de las decisiones particulares. La generalidad y la abstracción de la ley dejan lugar a la singularidad y a lo concreto del juicio. Del mismo modo, si se considera el fenómeno jurídico por el lado de las prerrogativas individuales, se verá que la categoría del interés, difuso y proteico, tiende a auxiliar a las fronteras simples y a la estricta jerarquía de los derechos subjetivos que había instaurado el Código Civil de 1804.<sup>17</sup> A la movilidad de los intereses en conflicto responde la flexibilidad de la norma concebida como instrumento variable de medida, compromiso precario, medio estadístico.

<sup>16</sup> BROWN, J., "Law and evolution", en *Yale law Journal*, 1929, p. 394.

<sup>17</sup> Sobre esta cuestión, cfr. OST, F., *Entre droit et non-droit, l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce l'intérêt en droit civil*, vol. II, de *Droit et intérêt*, bajo la dirección de Ph. Gérard, F. Ost y M. van de Kerchove, Bruxelles, 1990.



Del mismo modo, hay que notar que si el código supone el monismo político, el *dossier*, en cambio, ocasiona no ya el pluralismo (que supone un principio de articulación), sino la dispersión de las autoridades encargadas de aplicar el Derecho: de cualquier modo, dispersión sin sentido.

El tercer corolario del código era una racionalidad deductiva y lineal, resultando de ello que la vocación del Derecho es ser aplicado al hecho. Pero, desde que es privado de la regla, es recusado; la marcha se invierte y se pretende inductiva. Es del hecho del que surge la regla o, más concretamente, la decisión particular en la que se agota la juridicidad.

A decir verdad, la pretensión de coherencia lógica se somete más a menudo a la búsqueda del resultado práctico (la apuesta de la intervención de Hércules era, sobre todo, proponer la regulación más judicial de los intereses rivales) que asegurar la aplicación más correcta de la ley. No es la lógica la que servirá de auxiliar al jurista, sino la economía, la contabilidad, la balística, la medicina y la psiquiatría.

Por último, habíamos asociado a la codificación una temporalidad voluntarista y continuista marcada por la pretensión de dominar el futuro de la ley, de asegurar el progreso del orden normativo. El *dossier*, en cambio, implica un tiempo discontinuo, hecho de irrupciones jurídicas esporádicas y desechables después del uso.

Quizá se puede observar que, con todo, Hércules y Júpiter no son más que dos imágenes del Derecho, dos modelos, dos tipos ideales bastante alejados de la realidad jurídica, sin duda. Se admitirá, sin embargo, que ellos representan, uno y otro, dos figuras típicas de la imaginaria jurídica y es sabido que sería un grave error subestimar la eficacia de este tipo de representaciones.

Aun así, advertidos del carácter restrictivo de estas teorías extremas, algunas de ellas intentarán siempre moderar, relativizar o combinar sus tesis respectivas. La mayoría de las teorías generales del Derecho (esas que sostienen en particular los manuales de las facultades) participan de este propósito. Se concebirá, por ejemplo, un legislador a la escucha de lo social, receloso de integrar las sugerencias de una doctrina atenta y de una jurisprudencia razonablemente creadora, capaz de modificar su texto en cada ocasión para ajustarlo a las necesidades del momento. En

efecto, no está prohibido pensar que desde lo alto de su Olimpo, Júpiter, dialogando con su pueblo, le propone cualquier nueva alianza.

Si Júpiter se humaniza, Hércules podría también, a la inversa, alejarse, al menos parcialmente, de su humana condición y elevarse a cualquier forma de racionalidad superior.

Es exactamente por esta vía por la que camina el Hércules de Dworkin, este juez racional que “toma los derechos fundamentales en serio”, que domina el “imperio del Derecho”, que se consagra en toda ocasión, y particularmente en los “casos difíciles”, a encontrar la “respuesta correcta” que se impone. Su religión, en efecto, es la unidad del Derecho, que él debe fortalecer en cada uno de sus juicios –unidad en el doble sentido: de la coherencia narrativa que mejor se adapta al estado pasado y presente del Derecho, y de la jerarquía más satisfactoria de los principios de moral política compartidos por la comunidad en cada momento de su historia. Se está entonces muy lejos del decisionismo y del pragmatismo.

¿Hay un desprendimiento, por lo tanto, de los modelos clásicos? Puede dudarse. ¿No se apunta siempre a reconstruir la unidad ideal del Derecho en un foco único y supremo, garante de toda racionalidad? El juez jupiterino razonaría postulando la racionalidad del legislador; el Hércules de Dworkin postularía la unidad del Derecho, de la cual se hace a sí mismo paladín. ¿Es ésta realmente una diferencia? ¿No es tiempo de pensar la complejidad del Derecho a partir de ella misma, y no como enmienda y complicación de los modelos simples? ¿No es tiempo de pensar el Derecho como circulación incesante de sentido, más que como discurso de la verdad? ¿No es tiempo de advertir la pluralidad y la diversidad de los actores que juegan sobre la escena jurídica y contribuyen, cada uno a su manera, a “aplicar el Derecho”?

Al monismo habría que oponer, no la dispersión, sino el pluralismo; al absolutismo binario (permiso/prohibición, válido/no-válido) habría que sustituirlo por el relativismo y el gradualismo, que no se transmuta por tanto en escepticismo;<sup>18</sup> a la linealidad jerárquica habría que oponer

<sup>18</sup> En este sentido, cfr. ARNAUD, A. J., “Repenser un droit pour l’époque postmoderne”, en *Le courrier du CNRS. Les sciences du droit*, abril 1990, p. 81: “Filósofos, teóricos y sociólogos se esfuerzan actualmente por sustituir el Derecho rígido, fundado sobre

no la circularidad viciosa, sino la recursividad fecunda; la clausura y el determinismo del discurso habría que sustituirlos por la inventiva controlada de un discurso jurídico radicalmente hermenéutico.

Es en la teoría de un Derecho múltiple en la que habría que fijarse; multiplicidad que no significa, sin embargo, anomia y anarquía. Habría que llegar a mostrar cómo el orden jurídico se nutre del desorden periférico, o incluso interno, y reproduce a su vez desorden.

Habría que pensar una autonomía que sea al mismo tiempo heteronomía. Habría que añadir aun el entrelazamiento incesante de la fuerza y de la justicia.

En una palabra, es en la teoría del Derecho como circulación del sentido en la que hay que centrarse. Un sentido sobre el cual nadie, ni el juez ni el legislador, tiene el privilegio. "Privilegio", no se sabría decir mejor, en efecto: "ley privada". La circulación del sentido jurídico opera en el espacio público y nadie podría, sin violencia o ilusión, pretender acapararlo. Hay Derecho antes de los juristas y lo habrá todavía después de ellos.

De la inagotable "idea de Derecho" o aspiración a la justicia, sin duda ellos son hoy los intérpretes más autorizados, pero esta consagración no les asegura, sin embargo, ningún monopolio.

El sentido fuerte del término "juego" del Derecho es, en realidad, un sentido neutro o medio: como se habla del "juego" de las olas o del "juego" de las luces; hay una especie de movimiento endógeno del Derecho, de producción interna, no como deseo de no se sabe qué orden jurídico hipostático, sino como proceso colectivo, ininterrumpido y multidireccional de circulación del logos jurídico.<sup>19</sup>

Es a Hermes, dios de la comunicación y de la circulación, dios de la intermediación, personaje modesto en el oficio de representante y portavoz que es olvidado en beneficio de la prosecución del juego mismo, a quien confiamos la tarea de simbolizar esta teoría lúdica del Derecho.

la todopoderosa ley, por un Derecho flexible que toma en cuenta el relativismo, el pluralismo y el pragmatismo característicos de la época posmoderna".

<sup>19</sup> Sobre este sentido medio del juego, cfr. GADAMER, G., *Vérité et méthode*, trad. por E. Sacré, Paris, 1968, p. 30.

## HERMES, LA RED Y EL BANCO DE DATOS

La imagen de la red se impone hoy en un buen número de campos. El peligro al que se expone el análisis de este paradigma nuevo y complejo es el de caer en el esoterismo. Se ha evocado, por ejemplo, la estructura en “rizoma”,<sup>20</sup> la “heterarquía”,<sup>21</sup> o incluso las “anastomosis”<sup>22</sup> del Derecho. El riesgo es grande desde el momento en que se descubre la imposibilidad de monopolizar la interpretación, la necesidad de renunciar a toda interpretación y contentarse con registrar una multitud de minor racionalidades en el seno de una racionalidad global incontrolable a partir de ahora. Se trata, seguramente, de uno de los riesgos de la cultura posmoderna.<sup>23</sup> El problema consiste, una vez más, en abandonar la monofonía por la polifonía sin caer necesariamente en la cacofonía –el “ruido”, como se dice en lenguaje informático–, lo carente de significado.

Sin embargo, la peculiaridad de la red jurídica no es tal que sea imposible escaparse de las líneas de fuerza. Sólo es necesario aprender a identificar cuidadosamente todos los nudos, a reparar los flujos de informaciones, a mostrar las interacciones de las funciones. Se verá entonces que el sentido producido dentro de la red no es totalmente imprevisible, porque siempre hay textos a interpretar; se verá igualmente que las relaciones de fuerza que ahí se desarrollan no son totalmente aleatorias, porque también permanecen jerarquías, especialmente institucionales. Esta interpretación puede ser inventiva, del mismo modo que estas jerarquías pueden ser enmarañadas.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> DELEUZE, G. y F. GUATTARI, *Mille plateaux. Capitalisme et schizophrénie*, Paris, 1980, p. 32: “Sistema sin centro, no jerárquico y no insignificante, sin dirección y sin memoria organizadora o autómatas central, únicamente definido por una circulación de estados”.

<sup>21</sup> HOFSTADTER, D., *Gödel, Escher, Bach. Les brins d'une guirlande éternelle*, Paris, 1985: programa desprovisto de monitores y consistente exclusivamente en redes de transiciones entremezcladas.

<sup>22</sup> VULLIERME, J. L., “Les anastomoses du droit. Spéculations sur les sources du droit”, en *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, t. 27, p. 11.

<sup>23</sup> En este sentido, cfr. DE SOUSA SANTOS, B., “La Transition postmoderne: droit et politique”, en *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1990, 24, p. 32.

<sup>24</sup> Sobre este punto, OST, J. F. y M. VAN DE KERCHOVE, “Creation et application du droit. Structure circulaire du système juridique?”, en *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, 1987, pp. 183-253.

Esta situación combinatoria –se podría decir, en un lenguaje más antropológico, “intersubjetiva”– nos lleva a la ontología del Derecho, a eso que Paul Amselek llamaba recientemente “la peculiaridad ontológica del Derecho”.<sup>25</sup> Como signo lingüístico, el Derecho pide, en efecto, ser interpretado por sus destinatarios; como manifestación de voluntad, el Derecho pide ser interiorizado y aceptado. A partir del momento en que los “sujetos de Derecho” –que no son sujetos *del* Derecho, sino mejor sujetos *de* Derecho, es decir, todo a la vez, seres susceptibles de derechos y coautores del Derecho– reconstruyen mentalmente el mensaje que se les dirige y mediatizan su puesta en práctica con una operación de voluntad (que es también una manifestación de libertad), el Derecho se configura como algo necesariamente inacabado, siempre en suspenso y siempre relanzado, indefinidamente retomado en la mediación del cambio.

Esta aproximación ontológica podría, a su vez, ser desarrollada y perseguida bajo el plano de la descripción de las formas inéditas que toman los sistemas jurídicos posmodernos.

Si es verdad que somos, al mismo tiempo, los herederos del Derecho liberal generado por el Estado de Derecho y del Derecho social producido por el Estado asistencial; si es verdad también que estas dos formas de Estado han entrado ellas mismas en crisis, sin por ello haber desaparecido; si es verdad, en fin, que de estos trastornos surge un Derecho posmoderno cuyos contornos no se delinean nítidamente, se comprobará entonces el grado de complejidad de la situación presente.

Primer indicio: la multiplicidad de los actores jurídicos. Se habla mucho, y con razón, del juez. Pero no habría que minimizar la intervención del legislador quien, más que nunca, “se despliega en normas”. Incluso la técnica tradicional de la codificación, que se creía abandonada, está de nuevo de moda. ¿Hay que acordarse en este punto de que Francia ha empezado con mucha determinación, parece, la reforma de su Código Penal? En la circular “Rocard” del 25 de mayo de 1988, de cara a la formulación de un “código de deontología de la acción gubernamental”, se ha dicho que “la codificación ofrece un marco privilegiado para reunir un cuerpo de reglas hasta entonces disperso, modernizando y simplifi-

<sup>25</sup> AMSELEK, P., “L’Etrangeté ontologique du droit”, en *Droits. Revue française de théorie du droit*, 1990, pp. 88-92.

cando el Derecho". En cuanto a la administración, nadie discutirá que ella se ha atribuido (en favor del intervencionismo sistemático concomitante a la aparición del Estado asistencial, que se ha hecho paulatinamente compensador, redistribuidor, pedagogo, terapeuta, industrial y banquero) un lugar preponderante –algunos pensarán: el primero– en el proceso de producción normativa.<sup>26</sup> ¿Habría que estudiar igualmente el rol de los particulares, de las asociaciones y de las sociedades comerciales en la circulación de las normas jurídicas?

Sería una grave confusión limitar su intervención al campo de las relaciones privadas. Puesto que el Derecho es concebido a partir de ahora al menos tanto como un sistema de recursos que como un conjunto de mandatos, aparece el papel esencial de "usuarios" del Derecho en la movilización de estos potenciales jurídicos. La suerte de muchas políticas públicas dependerá así de las iniciativas privadas tomadas por los usuarios, en el sentido de la ampliación de las normas jurídicas que las traducen o, al contrario, de la resistencia a ellas.<sup>27</sup>

Esto conduce a formular un segundo indicio de los cambios actualmente observables: se trata de la imbricación sistemática de las funciones desde el momento en que las agrupaciones (como por ej. los sindicatos) son asociadas, con títulos diversos, a las responsabilidades del poder público; desde que la justicia presta a la administración sus procedimientos y su estilo; desde que esta última participa en la elaboración de las normas generales, mientras que la legislación parlamentaria no se distingue bien, en la mayor parte de los casos, de las disposiciones reglamentarias; desde que la función jurisdiccional se difunde en el conjunto de los otros poderes, públicos y privados (piénsese en las comisiones de encuesta parlamentaria, en las múltiples jurisdicciones administrativas, en los diversos comités de ética...)

Tercer indicio de complejidad: la multiplicación de los niveles de poder. A la división binaria que separa, en el marco del Estado liberal,

<sup>26</sup> En este sentido, cfr. MORAND, C. A., "Le Droit de l'État providence", en *Revue de droit suisse*, Bâle, 1988, p. 534: "Por razón de los problemas que debe resolver el Estado asistencial y de la acción en red que desarrolla, la administración es el centro de la producción y de la puesta en práctica de las normas".

<sup>27</sup> Sobre este punto, cfr. LASCOURNES, F., "Nomes juridiques et rnise en œuvre des politiques publiques", en *L'année sociologique*, 1990, 40, pp. 50 y ss.

el Estado y la sociedad civil, le ha sustituido una estratificación muy densa de poderes. El Estado debe negociar con las instancias regionales y locales desde el momento mismo en que concede importantes transferencias de soberanía a los órdenes jurídicos supranacionales europeos. Del mismo modo, no es raro que se introduzcan formas de autorregulación de las cuales se sirven los poderosos operadores económicos transnacionales; estos códigos de buena conducta emanan de compañías petroleras para asegurar (y también para limitar) la indemnización de las catástrofes ecológicas de las que sean responsables. El Derecho de las Comunidades Europeas representa, en este punto, una nueva nebulosa en el firmamento de los fenómenos jurídicos. Por ejemplo, existen 20.000 directivas y reglamentos en vigor y, por eso, este Derecho constituye a la vez el resultado de un proceso de racionalización y de normalización que no está exento de un nuevo tipo de riesgo de burocratización: el “eurócrata”; sin embargo, se suscita un entusiasmo sin precedentes, como si la Europa, nuevo mito político, recondujera hoy a la figura del “legislador supremo”, ese déspota ilustrado, ideal de las Luces, para escapar del cual tenemos decididamente problemas.<sup>28</sup>

Finalmente, estos diversos cambios no dejan de ocasionar sustanciales modificaciones de las modalidades de acción jurídica. Si el Estado liberal podía satisfacerse sólo con las modalidades de permitido, prohibido y obligatorio (en aplicación de las reglas de bronce: para los particulares, “todo lo que no está prohibido está permitido” y para el poder público, “todo lo que no está explícitamente autorizado está prohibido”), en cambio, el Estado presente experimenta una gama casi infinita de intervenciones sobre las cosas y las conductas. Desde el momento en que pretende conducir el cambio social y no sólo enmarcar el mercado, el Estado promete, incita, planifica (o, a la inversa, disuade de llevar a cabo las conductas que considera no deseables). Para este fin pondrá en práctica una vasta panoplia de instrumentos flexibles para la dirección de la acción social: planes, recomendaciones, presupuestos, declaraciones gubernamentales, pactos políticos, circulares administrativas para asuntos externos, concertación y contractualización... Técnicas que se inscriben en

<sup>28</sup> Cfr. OPPETIT, B., “L’euocratie ou le mythe du législateur suprême”, en *Dalloz*, 1990, Chron., XIII, pp. 73-76.



secuencias complejas de acción que miran a la realización de programas finales, al servicio de los cuales estas modalidades (jurídicas y para-jurídicas) se otorgan un mutuo apoyo. De este modo, es bien conocido que la concertación se realiza bajo la amenaza de la adopción de una legislación de autoridad, igual que en Derecho Penal la transacción aparece como sustituta de una sanción más fuerte, mientras que, a la inversa, las leyes votadas por el Parlamento dejan generalmente a la administración un confortable margen de maniobra para permitirle prevenirse contra toda eventualidad. Y si, casualmente, se considera que la intervención directa se revela ineficaz, el Estado se hará "reflexivo", como se dice en la teoría general del Derecho alemán: se contentará con instalar un marco procedimental para canalizar la autonomía de los subsistemas suficientemente diferenciados, y capaces de autorregularse.<sup>29</sup>

Todas las estrategias, tanto simbólicas como instrumentales, parecen desde entonces ser utilizadas simultáneamente. Se desreglamenta, pero a menudo esto no es más que una manera de reglamentar de otro modo;<sup>30</sup> se despenaliza, pero con frecuencia es en provecho del redesarrollo de otras medidas coercitivas, tales como la medicalización o la fiscalización para los comportamientos indeseables;<sup>31</sup> se desjudicializa, pero es para colocar inmediatamente mecanismos de peritaje, de conciliación, de mediación o de arbitraje.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Cfr. TEUBNER, G., "Reflexives Recht", en *ARSP*, LXVIII, 1982, pp. 13 y ss.; WILLKE, H., *Systemtheorie entwickelter Gesellschaften*, Weinheim, 1989.

<sup>30</sup> En este sentido, cfr. CHEVALLIER, "Les enjeux de la dérèglementation", en *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 103, nro. 2, 1987, pp. 286 y ss.

<sup>31</sup> En este sentido, VAN DE KERCHOVE, M., "Les différentes formes de baisse de la pression juridique et leurs principaux enjeux", en *Cahiers de recherche sociologique*, nro. 13, otoño 1989, pp. 11 y ss.

<sup>32</sup> Como bien muestra J. Commaille, una observación atenta del Derecho en vigor en las sociedades modernas complejas revela un flujo y reflujo alternativo de la regulación jurídica y de la regulación social, consideradas como las dos caras de una misma moneda. Todo movimiento de regulación o desregulación jurídica es entonces extensamente ambivalente; intenta, a partir de ahora, inscribirse en una regulación social más global ("Familles, interventions et politiques. Nouvelles régulations sociales?", en nro. especial de los *Annales de Vauvresson*, Vauvresson [CRIV], 27-1987/2, pp. 101 y ss.).



¿Quién se extrañará de que, en esas condiciones, el Derecho sea a la vez estable y efímero o experimental, duro y blando (*hard* y *soft*), coyuntural y principial (jamás se ha hablado tanto como hoy de los principios generales del Derecho, gracias especialmente al trabajo creativo de las altas jurisdicciones nacionales y europeas)? ¿Quién no se percata de que el Derecho proviene a la vez del centro del orden normativo mismo y de la periferia, del desorden (o de órdenes distintos) que prevé en el exterior? ¿Quién no se percata de que las fronteras entre interior y exterior se han convertido en porosas, incluso en reversibles, como si la juridicidad adoptara hoy el recorrido paradójico de la banda de Moebius que la dirige vuelta a vuelta, y sin transición, del centro a la periferia y del exterior al interior? No es suficiente hablar de Derecho “flexible”, como lo hacía no hace mucho Jean Carbonnier, o incluso de Derecho “blando”, como se dice hoy. Es a un Derecho “líquido”, intersticial e informal al que estamos confrontados ahora. Un Derecho que, sin cesar de ser él mismo, se presenta en ciertas ocasiones en el estado fluido que le permite colocarse en las situaciones más diversas y ocupar así, suavemente, todo el espacio disponible, soportando –llegado el caso– fuertes compresiones. El Derecho, asociado a la idea de rigidez –el Derecho, regla de acero–, ¿podría entonces ser líquido? Se conocía ya, tolerada en los márgenes del sistema, la equidad, comparada a menudo con la regla de plomo, metal flexible, utilizado en Lesbos en la construcción para amoldarse a las sinuosidades de la piedra. ¿Pero una regla líquida? ¿Y por qué no, si incluso ciertos metales como el mercurio presentan esta particularidad?<sup>33</sup> ¿Es realmente una casualidad que los alquimistas de la Edad Media dieran el nombre de “mercurio”, equivalente latino del Hermes griego, a un metal tan particular?

Aunque todavía muy incompleto, este cuadro ya es algo complejo. ¿No presenta el riesgo de desorientar al observador en los circuitos de la red, o de asfixiarlo bajo la proliferación de las informaciones? ¿Cuál es, pues, el hilo de Ariadna de este laberinto, el código de este banco de datos? No se encontrará en ninguna causalidad exterior (como la infraestructura económica en la vulgata marxista), ni en un mecanismo de mando central.

<sup>33</sup> En este sentido, cfr. AMSELEK, op. cit., p. 89.

Sólo la ley misma de circulación del discurso jurídico puede aclarar su génesis y su desarrollo. Es aquí donde nos encontramos con Hermes y la teoría lúdica que él simboliza.

Antes de ser regla e institución, el Derecho es *logos*, discurso, significado en suspenso. Se articula "entre" las cosas: entre la regla (que no es nunca enteramente normativa) y el hecho (que no es nunca enteramente fáctico), entre el orden y el desorden, entre la letra y el espíritu, entre la fuerza y la justicia. Dialéctico, es el uno "por" el otro; paradójico, es el uno y el otro. Sólo una teoría lúdica del Derecho está en condiciones, en nuestra opinión, de dar cuenta de las vueltas y rodeos de tal racionalidad paradójica.

Retengamos, por ahora, cinco rasgos de esta idea de juego: Como primer rasgo, recordaremos que el juego tiene en sí mismo su propio movimiento; como una figura de danza o un efecto de estilo, dibuja su propio espacio en cuyo seno se despliega su creatividad endógena. Es el sentido neutro o medio del juego el que hace que no entre impunemente en el círculo mágico que traza; se asumen roles al menos parcialmente determinados, como en la comedia o en la estrategia, se adoptan estilos discursivos, se utilizan argumentaciones, se respetan los *topoi* (lugares comunes) y las autoridades que los imponen. Se dirá, en el lenguaje de Bourdieu, que el juego del Derecho baliza un campo generador de hábitos.

El segundo rasgo, que matiza lo que el primero podría sugerir de determinismo: el juego y, particularmente, este inmenso juego de sociedad que es el Derecho, acepta un número indefinido de jugadores cuyos roles y réplicas no están enteramente programados.

Por una parte, pueden entrar en juego jerarquías enredadas en extraños bucles; como hemos visto, delante del escenario se ponen a veces roles secundarios. Por otra parte, cada participante en el juego del Derecho es simultáneamente introducido en otros partidos que se celebran sobre otros campos: particularmente familiares, económicos y políticos.

Inevitablemente, se establecen interferencias entre estos diversos juegos sociales que son también juegos del lenguaje. De aquí resulta una transformación permanente, a veces lenta, a veces rápida, no sólo de las "jugadas" autorizadas por las reglas en vigor, sino igualmente de estas

mismas reglas. Se comprende ahora el lazo que une este segundo rasgo con el primero: si el juego está abierto a todos (o al menos a la mayoría, la observación merecería, por supuesto, ser matizada), no está reservado exclusivamente a nadie. Ningún jugador, sea cual sea su posición de fuerza y/o autoridad, puede pretender decir la primera y la última palabra. Sin un mínimo de azar, de apertura y de incertidumbre no hay ya juego, ni historia, ni Derecho, sólo violencia pura o beatitud eterna.

El tercer rasgo, sin duda el más importante, insiste sobre la naturaleza mixta del juego que combina, en proporción variable, la regla y el azar, la convención y la invención, la apertura y el cierre. La lengua inglesa expresa bien esta dualidad, en cuanto dispone de dos términos para decir “juego”: *play* que apunta sobre todo al juego libre e improvisado, y *game* que reenvía al juego reglamentado. Pero bien se trate de la liberación más desenfrenada –como la inversión carnavalesca de las tradiciones– o bien del juego sometido a las convenciones más estrictas –como una partida de ajedrez–, todo juego comporta una parte de reglas y una parte de improvisación. De este modo, la práctica del juego no se reduce ni al respeto de las reglas, ni a la indeterminación pura y simple. Más allá de las reglas no está el vacío, sino un “espacio de juego” que evalúa y explota el “sentido del juego” como intuición práctica del sentido producido por el juego mismo. El elemento central de este “sentido” o “espíritu del juego” es sin duda la adhesión a las “metas del juego” y a sus “apuestas” más fundamentales. Este modelo muestra una gran fecundidad para presentar las operaciones de interpretación y de validación a las cuales se dedican cotidianamente los juristas. Si Júpiter insiste en el polo “convención” y Hércules en el polo “invención”, Hermes, en cambio, respeta el carácter hermenéutico o “reflectante” del juicio jurídico que no se reduce ni a la improvisación ni a la simple determinación de una regla superior.

Mencionaremos todavía, para no olvidarlos, otros dos rasgos de la idea de juego, aunque sin desarrollarnos aquí.<sup>34</sup> Se dirá, por una parte, que la idea de juego permite articular la distinción y concebir las rela-

<sup>34</sup> Para más detalles, cf. OST, F. y M. VAN DE KERCHOVE, “Les rôles du judiciaire et le jeu du droit”, en *Acteur social et délinquance. Une grille de lecture du système de justice pénale*, en *Hommage au professeur Christian Debuyst*, Liège-Bruxelles, 1990, pp. 271-293.

ciones entre un polo simbólico, el del juego como representación, y un polo utilitarista, el del juego como estrategia. Estas lógicas, tan pronto distintas, incluso opuestas, como luego combinadas, caracterizan con certeza a los juegos sociales y encuentran, en el campo jurídico, innumerables ilustraciones. Por fin, se revelará el último rasgo inherente al concepto de juego, que es situar la distinción del interior y del exterior, el límite del juego y del “fuera de juego”, la frontera que separa el sistema y su medio ambiente. Pero, como se ha visto, tales fronteras no dejan de ser móviles y paradójicas: todo esto transcurre como si los límites del Derecho y del no-Derecho fueran reversibles, como si las fronteras del sistema jurídico fueran tanto externas como internas: aparece Derecho en el corazón del no-Derecho, mientras que se desarrolla no-Derecho en lo más profundo del Derecho. Un juego, como el Derecho, es siempre, al mismo tiempo, algo más que él mismo, a pesar de los esfuerzos desarrollados por uniformizar su funcionamiento y homogeneizar sus datos. En él todavía subsiste, a veces en el estado de simples potencialidades, el “no-juego”, el “otro juego” o el “doble juego”.

He aquí entonces, muy sucintamente evocadas, algunas líneas de fuerza de una teoría del juego que podrían servir de base a una teoría general del Derecho adecuada al Derecho en red o al Derecho de Hermes. Nos queda, sin embargo, abordar una última cuestión que no nos es permitido eludir. Se trata de la cuestión ética. En efecto, quizá se piense que el modelo del juego, que evoca algo de la burla y del frívolo posmoderno, ha despejado, desde hace muchísimo tiempo, la preocupación por la legitimidad, guardada (como muchos otros discursos “modernos”) en el armario de los recuerdos históricos. Y nuestros atentos oyentes se acordarán quizá de que en el panteón antiguo, Hermes, mensajero de los dioses y dios de los mercaderes, es igualmente el dios de los ladrones. ¿Conducirá entonces el cambio necesariamente a la explotación, la discusión pública a la demagogia, la interpretación o la traducción a la traición? ¿Cómo entonces, si se rechaza esta conclusión que significaría el fin del Derecho, moralizar a Hermes sin desnaturalizarlo? Dicho de otro modo: ¿Qué legitimidad concebir para un Derecho posmoderno incompatible con todo discurso de autoridad?

Para tratar de reflejar esta dudosa cuestión, querríamos sugerir una serie de observaciones finales. Las dos primeras pretenden insistir sobre

logros a los cuales parecería difícil renunciar. Estos puntos deberían ser recordados desde el momento en que despunta el doble riesgo del fanatismo nacionalista y del integrista religioso, como si la complejidad posmoderna, decididamente demasiado fluida para creer en ella, engendrara esos violentos brotes regresivos.

El primero de estos logros concierne a la legitimidad procedimental del Derecho.

Sea cual fuere el contenido material de las soluciones que impone, el Derecho es ante todo un procedimiento de discusión pública razonable, un modo de solución de conflictos equitativo y contradictorio. Desde que nuestras sociedades se representan como autoconstituyentes y ya no buscan en alguna garantía meta-social el modelo a seguir, desde el momento en que nuestras reglas, incluso las más fundamentales, se muestran convencionales, la primera garantía de legitimidad reside en el respeto a las condiciones de la discusión sin coacción. Este respeto a las formas, a los plazos, a los procedimientos es realmente esencial y substancial al Derecho. Tiene el doble mérito de descalificar a la vez a la violencia que intentaría imponer su punto de vista por la fuerza y a la buena conciencia mayoritaria que arriesga todo por imponer sus opiniones en nombre del pretendido consenso. El procedimiento jurídico, parlamentario y judicial, traza (en sentido propio y también figurado) el espacio de la controversia; ella asegura la puesta en escena o la formulación de la contestación, de la disidencia, de la defensa. Vuelve visible la división social y propone las vías argumentativas para hacerla negociable. Tal es, seguramente, el mérito esencial y la radical originalidad de la democracia. Tal es también la virtud de la intervención del juez en el conflicto. Más que el mérito intrínseco de la decisión que sería llevado a tomar, es la interposición que opera en el corazón de una relación de fuerza lo que constituye su legitimidad. Es la triangulación misma la que es legítima: esta digresión, por mínima que sea, esta ligera separación que se impone entre una voluntad y su realización. Esta mediación, tan débil y formal como aparece, constriñe a las partes en el proceso a "decir" su situación, a verbalizar su pretensión, a justificar en el lenguaje común y también en forma jurídica su comportamiento y su "buen derecho". Haciendo esto, están ahí, frente a frente, constreñidas a tomar los caminos de la discusión racional. Hermes ha desempeñado

su oficio que, mediatizando las pasiones, les libra de la violencia pura y simple. La Comisión y la Corte Europea de Derechos del Hombre no se equivocan al privilegiar sistemáticamente, de entre todos los derechos fundamentales del Tratado de los cuales tienen la custodia, el sexto, que se ocupa precisamente de las garantías del proceso equitativo. "Jurisdiccionalizando" también los conflictos periféricos, tales como los disciplinarios y administrativos, los órganos de la Convención Europea de Derechos del Hombre aseguran, al mismo tiempo, la penetración de los derechos fundamentales en los espacios cada vez más amplios de la sociedad. Esta consideración asegurará la transición a nuestra segunda observación.

Algunos, en efecto, sostienen hoy con entusiasmo que esta mediación procedimental constituye toda la legitimidad del Derecho que, por lo demás, puede presentar no importa qué contenido. Tal es, posiblemente, la debilidad intrínseca del liberalismo político auténtico: al profesar tolerancia hacia todas las opiniones por igual, no puede garantizar absolutamente ninguna, ni siquiera la suya propia; sabemos que algunas de nuestras democracias occidentales han tenido, a lo largo de siglo XIX, la experiencia dolorosa de este tipo de liberalismo. La Convención Europea de los Derechos del Hombre ha aprendido la lección recordando, en su artículo 17, que no ha de haber libertad para los enemigos de la libertad –la Corte vela, en lo que le concierne, por aquel que no haya abusado de este artículo–. Nuestra segunda observación tiende entonces a mostrar el lazo necesario que se establece entre el respeto a los procedimientos y los derechos fundamentales. Si se dirige, en efecto, a favorecer a la minoría, así como a dar sistemáticamente la palabra a la defensa, está bien que se reconozca a cada uno el derecho de expresión, incluyendo al más débil y al más extraño. Al encuentro de la dialéctica identidad ("nosotros")/exclusión ("ellos"), los procedimientos jurídicos tienen este efecto de universalizar y, por lo tanto, de igualar, al menos parcial o potencialmente, el derecho a la palabra. Al mismo tiempo, éstos son los principales derechos que son reconocidos: libertad de opinión y de expresión, integridad física y seguridad (no podría haber debate equitativo bajo apremio de la coerción física). Las diferentes formas que toman estas libertades de opinión y de expresión –libertad de sufragio político, derecho de asociarse y de sindicarse, libertad de prensa y de enseñanza...–

serán cuestión de inventiva de las comunidades políticas, al igual que los nuevos derechos que serán reivindicados en la dinámica misma del derecho a la palabra, del derecho “a tener derechos” que ha sido reconocido. No es entonces exacto sostener que el Derecho y la democracia conducen a una regla de juego puramente formal, compatible con no importa qué contenido material. Esta regla del juego implica, al contrario, el respeto al jugador y le garantiza, si no un *handicap* que le iguala con los participantes más experimentados o más poderosos, al menos el derecho a hacer valer su punto de vista.

Estas dos primeras observaciones se dirigen a preservar, en el modelo de Hermes, los logros de la cuestión de la legitimidad tal y como el pensamiento y la lucha de las generaciones que nos han precedido los han configurado. Las dos observaciones que siguen insistirán sobre nuevas cuestiones que estaría bien tomar en cuenta en protección de las generaciones que nos sucederán: ¿Hermes, encargado de la comunicación entre los vivos y los muertos, no podría igualmente, en una civilización seguramente volcada más hacia el futuro que hacia el pasado, preocuparse de los futuros huéspedes del planeta?

El primer punto se dirige a acreditar la idea de que el hombre no es solamente sujeto de Derecho, sino igualmente titular de responsabilidades. Al encuentro de una cierta retórica de los derechos del hombre, que, en ciertos casos, desvían esta categoría prestigiosa para cubrir las reivindicaciones inmediatas de los deseos más individualistas, hay que recordar que una comunidad descansa igualmente sobre las responsabilidades asumidas colectivamente. Esta idea, muy atacada desde la revolución de 1789, sólo se manifestará muy progresivamente. La primera generación de derechos, la de las “libertades-inmidades”, aparece como el escudo que protege al individuo contra las usurpaciones del poder público. En este caso, todos los derechos están del lado de la persona, todos los deberes del lado del Estado. La segunda generación de derechos, la de los “derechos económicos y sociales”, tiende a asegurar una igualación de las condiciones materiales y espirituales de existencia. Una cierta solidaridad se manifiesta aquí, pero sólo bajo la forma de retenciones fiscales y parafiscales destinadas a subsidiar los servicios públicos encargados de asegurar el buen fin de estas prestaciones, aunque esta solidaridad pasa a un segundo plano detrás de la reivindicación



misma, de modo que no se sale, por tanto, del solipsismo. En cambio, la tercera generación de derechos –categoría que, a decir verdad, está todavía en los limbos jurídicos– se ocupa de dar contenido a la idea de solidaridad o, por seguir la progresión marcada por la divisa revolucionaria francesa, a la idea de fraternidad, que sucedería así a la libertad, característica de las “libertades-inmunities”, y a la igualdad, característica de los “derechos económicos y sociales”. Estos derechos de solidaridad, como el derecho al respeto del medio ambiente, el derecho al reparto de los recursos comunes de la humanidad o el derecho a la paz, se analizan más como intereses legítimos que como derechos subjetivos y libertades. Puede que, incluso, aquí la idea de obligación prevalezca sobre la del derecho. Se trata seguramente de responsabilidades colectivas más que de prerrogativas individuales. Sin duda, todo derecho subjetivo conlleva un deber correspondiente en la persona de otro; no se negará sin embargo que la imaginaria jurídica, como el discurso político, han ocultado por mucho tiempo esta realidad, de modo que la insistencia sobre la idea de responsabilidad –¿para cuándo una “Declaración de las responsabilidades universales”?– conllevaría un profundo trastorno de las mentalidades.

Esto nos lleva a formular nuestra siguiente observación que se ocupa esta vez de insistir sobre el cambio de escala al cual el jurista, como los demás contemporáneos, está hoy constreñido. Mientras que en el antiguo régimen sólo se concebía y practicaba la norma a escala familiar y local, el progreso de la modernidad tuvo que adaptarse a la escala nacional, la época actual nos obliga a razonar –realmente y no solo verbalmente– a escala universal, eso que K. O. Apel califica de “macroesfera” que exige normas intersubjetivamente válidas de responsabilidad universal. Los nuevos peligros de nuestro tiempo, desde el más público, como la nube de Chernobyl, hasta el más íntimo, como el virus mortífero del sida, implican una reacción concertada a escala planetaria. Tal regulación no tiene la menor posibilidad de imponerse si no puede tener apoyo sobre una conciencia ética ampliada a las dimensiones de la comunidad universal. Elevar la democracia a la talla de una ciudad mundial, cuidando de la suerte de las generaciones futuras, constituye la apuesta más considerable del Derecho posmoderno.



Podríamos, sin duda, dejarlo ahí; tan vasto es el programa del cual se encarga nuestro Hermes. Sin embargo, le esperan todavía otros retos que se verá obligado a superar.

Pensemos esta vez en las cuestiones ético-jurídicas radicalmente nuevas que suscita la acción combinada de los progresos científicos y de los deseos más delirantes: ingeniería genética y manipulaciones biológicas al servicio de la eugenesia, de la reproducción de clónicos, de la determinación del sexo de los hijos y otros comercios genéticos. Tal articulación de realización técnica y de autoridad volitiva muestra claramente déficits de sentido profundamente desestabilizadores. ¿Cuál podría ser aquí el mensaje de Hermes?

Ante todo, un mensaje muy antiguo, tan viejo sin duda como el Derecho mismo. Es la restauración de la vieja regla de prudencia de la que cierto Derecho extrae su nombre: *prudentia*, *jurisprudencia*, jurisprudencia. “En la duda, *abstente*”, dice Hermes, el jurista.

Y recordemos que el procedimiento es precisamente la institucionalización de la prudencia, la instauración de una tregua, el tiempo de la reflexión. El procedimiento abandona su suerte a la duda. Esta suspensión de los proyectos societarios más soberanos tiene también por vocación dar tiempo a la memoria, esta memoria social que Hannah Arendt ha mostrado que era a veces el único escudo contra los propósitos del totalitarismo.

Pero es probable que esta temporalización y esta abstención prudentiales no sean suficientes. Un día u otro, Hermes será constreñido a decidir. Nadie sabe cómo lo hará. Se puede, sin embargo, desear que él, el virtuoso de los juegos del lenguaje, se acuerde de que cada uno de ellos tiene su especificidad y de que, concretamente, no corresponde al juego del Derecho ir a remolque del juego de la ciencia. Derecho y ciencia constituyen la inaccesible “realidad” según sus propios paradigmas. Si la ciencia tiene, sin duda, la ventaja de la intervención operativa sobre lo real –es el “reino de la técnica”–, nada en cambio le asegura un privilegio sobre el plano de la “verdad”, y todavía menos sobre el plano de la legitimidad, de su discurso. Al contrario, en una sociedad organizada es al Derecho al que le corresponde actuar sobre los aspectos más fundamentales. Más incluso que su función sancionadora y, *a fortiori*,

gestionadora, es la función de nominalización, de clasificación y de jerarquización la que constituye la función propia del Derecho. Decir quién tiene qué, quién hace qué y quién es quién, es el rol esencial del Derecho. Sin duda esta palabra instituyente no es destinada a la inmovilidad, ni consagrada a la repetición pura y simple; como todo mensaje de Hermes, interpreta los discursos circundantes y se presta ella misma a la reinterpretación. Pero no por esto debiera abdicar de su autonomía.

Trazar, en algunas páginas y algunas decenas de minutos, un modelo para el Derecho posmoderno era sin duda un proyecto desmesurado, incluso con la ayuda de un guía tanpreciado como Hermes. También, en el momento de concluir, querría evocar las palabras tan sabias del decano Vedel que, al término de una larga y fecunda carrera de jurista, decía:

“Si no sé apenas qué es el Derecho, sé bien, en cambio, qué sería una sociedad sin Derecho”.<sup>35</sup> La tarea de aplicar el Derecho es entonces una obra hermenéutica, un trabajo siempre recomenzado.

<sup>35</sup> VEDEL, G., “Indéfinissable, mais présent”, en *Droits, revue française de théorie juridique*, nro. 11, 1990, p. 71.

## El reformista y el conservador: un estudio sobre las actitudes judiciales\*

JOHN P. REID\*\*

Charles Cogswell Doe, juez miembro de la Corte Suprema de Justicia de New Hampshire desde 1859 hasta 1874 y de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos desde 1876 hasta 1896, es recordado como uno de los grandes reformistas del Derecho americano. Durante los últimos 15 años de su mandato, su colega con mayor influencia fue Alonzo Philetus Carpenter, una caricatura casi paródica de los conservadores que hacen de sus principios un *stare decisis*. En consecuencia, un estudio de estos hombres ofrece la oportunidad única de examinar las teorías, motivaciones y logros de las dos escuelas de jurisprudencia más extremas. Es doblemente única teniendo en cuenta que Charles Doe no fue un juez común, por el contrario, Roscoe Pound lo incluyó en la lista de los diez juristas líderes en la historia de los Estados Unidos de América.<sup>1</sup>

Los contemporáneos a Doe y Carpenter eran conscientes de la oposición que existía entre ellos.<sup>2</sup> Quizá nadie haya señalado el área en la

\* Publicado originalmente en inglés como "The Reformer and the Precisian: A Study in Judicial Attitudes", en *Journal of Legal Education*, vol. 12, nro. 2, 1959. Los editores agradecen al editor el permiso para traducirlo y publicarlo. Traducción al español realizada por María Pérez de Villarreal, abogada recibida en la UBA y actualmente estudiante de Traductorado Público de inglés de la UBA.

\*\* Miembro del cuerpo de abogados de New Hampshire.

<sup>1</sup> POUND, Roscoe, *Formative Era of American Law* 4, 30-31, nro. 2, 1938. Ver discusión, HURST, *Who is the great appellate Judge?*, 24 *Ind. L. J.* 394, 397 (1949).

<sup>2</sup> El año en que Carpenter murió, Edgar Aldrich, el juez del distrito de los Estados Unidos para New Hampshire, dijo en una reunión de abogados que le hubiera gustado recordar a sus dos amigos por sus similitudes: "Al respecto pienso que establecer una comparación entre el juez Carpenter [...] y el jefe de Justicia Doe, a quien sucedió, en razón de que en la mente de muchos sus nombres están inseparablemente entrelazados por su asociación en el servicio judicial y por el antagonismo que supues-

que existen divergencias entre ellos mejor que Fletcher Ladd, cuyo padre fue el aliado más cercano a Doe en los estrados y quien se convirtió en un miembro de la Suprema Corte de Filipinas. "La diferencia entre la concepción de la función judicial entre el juez Carpenter y el juez Doe fue fundamental," aclaró "El juez Carpenter se comprometió únicamente a interpretar la ley; el juez Doe, si consideraba que la ocasión lo justificaba, no se molestaba en reformarla, derogarla o ampliarla".<sup>3</sup>

El primer conflicto registrado entre la búsqueda de Doe por la *Natural Equity* (Sistema de Derecho o rama de la justicia reparadora administrado por tribunales distintos de los que aplican las normas del sistema del *common law* y que están facultados para decretar "equidad" en el sentido de justicia equitativa o imparcial. Es un sistema elaborado de normas y procedimientos aplicado en muchos casos por tribunales especiales, llamados en Inglaterra "Tribunales del Chancery", y que tenían competencia exclusiva sobre ciertas materias. El principio que lo caracterizó era: "no debe existir un derecho sin la consiguiente acción judicial". Se desarrolló en un principio como un sistema meramente auxiliar con el propósito de mitigar la rigidez del *common law* y de otorgar nuevos recursos, distintos y más efectivos que los del *common law* elaborado por los "Chancellors" del "Tribunal del Chancery") y la adhesión de Carpenter a las formalidades establecidas ocurrió en el llamado *Haverhill School-House Case*, cuando Doe presidía el tribunal *Nisi Prius* (con la intervención de un jurado que resuelve una cuestión controvertida de hecho) y Carpenter era abogado del Condado de Grafton. Una minoría de ciudadanos de Haverhill quería construir una nueva escuela y, cuando la mayoría de los ciudadanos reunidos se negaron a recaudar los fondos, la minoría demolió la vieja escuela a plena luz del día. La mayoría exigió que se los condenara por disturbios y Carpenter, cuyo sentido del orden y respeto por el proceso democrático era atroz, obtuvo la acusación. Cuando el caso llegó a manos del juez Doe, los acusados ofrecieron pagar un nuevo edificio; de hecho, ése era el propósito que tenían desde un prin-

tamente resultó de las diferentes características y tendencias judiciales, y por la última razón de que la suposición siempre se hace en torno de las diferentes escuelas de pensamiento a las que representaban". ALDRICH, *Alonzo P. Carpenter*, 2 Pub. So. N. H. B. Ass'N 207, 306 (1899).

<sup>3</sup> LADD, *Alonzo Philetus Carpenter*, 1 Proc. N. H. B. Ass'N 185, 187 (1899).

cipio; pero se negaron a declararse culpables por el delito de disturbios. Hubo una gran excitación y parecía probable que cualquier intento de acusación terminaría en repetidos desacuerdos del jurado. Luego de escuchar el relato de los hechos realizado por Carpenter, Doe, sin esperar a escuchar a los abogados de la parte demandada, sorprendió a todos denegando la moción del Estado para llevar el caso a juicio y anunciando que realizaría un cálculo considerable para librar una orden y hacer justicia. Luego derivó el caso a un árbitro, al que le ordenó tomar testimonio de un testigo de "cada parte", y determinar quién había tomado parte en el asunto y cómo podía determinarse el costo de una nueva escuela de manera equitativa para ellos. "Si las sumas calculadas son pagadas, y la escuela es construida, antes del próximo ciclo lectivo" declaró, "entonces el caso no debe ser motivo del inicio de un juicio, sino que debe ser desestimado".<sup>4</sup>

Les solicitó al Estado y a los acusados que se pusieran de acuerdo respecto del árbitro que fuera a intervenir, pero Carpenter se negó a participar en un procedimiento tan poco ortodoxo, y Doe tuvo que designar un árbitro por sí mismo.

El problema fue resuelto como Doe quiso, pero Carpenter se negó a aceptarlo. Lo consideró una invasión desprovista de decoro dentro de las reglas bien establecidas y una negligencia escandalosa del deber judicial. En su siguiente mandato, presentó una solicitud para rechazar el informe del árbitro. El juez que lo presidió confesó encontrarse en problemas respecto del procedimiento sin precedentes llevado a cabo por Doe. Admitió que nunca hubiera librado tal orden pero lo tomó como un tema delicado por interferir en las decisiones de un juez colega y sugirió que sería más seguro para las partes interesadas si dejaba el caso tal como lo había encontrado. "Me lavo las manos"<sup>5</sup>, dijo.

<sup>4</sup> SMITH, Jeremiath, *Memoir of hon. Charles Doe 17*, 1897; SMITH, *Memoir of Charles Doe*, 2 Pub. So. N. H. B. Ass'N 125, 139 (1899).

<sup>5</sup> EASTMAN, *Chief Justice Doe*, 9 Green Bag 245, 248 (1897). Eastman era alumno de Carpenter. El amigo de Doe, Jeremiath Smith, quien se encontraba en la Suprema Corte en ese entonces, da un relato más colorido del incidente: "Antes del siguiente mandato, se había tomado vista, se había realizado el asesoramiento, se había juntado el dinero y se había construido la escuela; pero la voz de los acusadores todavía estaba en pie de guerra. Solicitaron que la orden anterior se anulara y que el caso fuera llevado a

El caso ofrece una excelente delimitación “turbia” de las actitudes profesionales divergentes y las mentalidades legales de Doe y Carpenter. A Doe no le importó ignorar e incluso pisotear las reglas y los precedentes. Sin dudar, libró una orden diseñada para conseguir las únicas dos cosas que él deseaba o sentía que eran de algún modo importantes: hacer cumplir lo que era su idea del Derecho sustantivo y evitar lo que hubiera sido una gran pelea en la comunidad. Pero su accionar dejó a Carpenter shockeado y en grandes problemas. De esa manera, Doe no solamente hizo oídos sordos al derivar en un árbitro un problema penal, sino que también permitió que una minoría de votantes del pueblo hiciera su voluntad por encima de la mayoría y por medios diferentes de los legales. La justicia, la conveniencia, lo barato y la velocidad fueron la piedra angular del *credendum* legal de Doe; la forma, la certeza, el procedimiento y el precedente constituyeron la piedra angular de Carpenter. Se había negado a apoyar la solución poco ortodoxa de Doe, y cuando el segundo juez aceptó el informe del árbitro, Carpenter, sin poder apelar debido a que era un caso penal, buscó impedir cualquier decisión de ese estilo. Basándose en la teoría de que era imposible ejercer el derecho ante un juez tan radical y falto de principios como Doe, convenció a la mayoría de sus colegas en el condado de Grafton de boicotear a la Corte de Doe. Por un tiempo tuvo éxito. Durante el siguiente mandato, Doe duró en los estrados solo dos días. Ello instauró el modelo para la futura relación entre ambos, ya que Doe siempre sería quien actuaría y Carpenter quien reaccionaría.<sup>6</sup>

juicio. En ese momento el mandato era ocupado por el juez Nesmith, de quien muchos recordamos el humor picante entre escocés e irlandés. La moción fue discutida durante un largo tiempo en la vieja Corte de la calle Haverhill Corner. Cuando el abogado experimentado finalmente se detuvo (probablemente por el agotamiento físico) el juez Nesmith levantó una hoja de papel en la que se encontraba escrita la orden ofensiva y dijo: “No parece haber nada inmoral en esta hoja. De hecho, parece que se hubiera hecho en interés de una causa por la educación. Si la anulara, tendría que decir que soy mejor hombre que el juez Doe. En pocas palabras, caballeros, me lavo las manos”. La audiencia comenzó a reír y este fue el final del caso “Haverhill School-House”. SMITH, Jeremiath, *Memoir of Hon. Charles Doe* 17-18 (1897); SMITH, *Memoir of Charles Doe*, 2 Pub. So. N. H. B. Ass’N 125, 139-40 (1899).

<sup>6</sup> Durante un juicio por homicidio en 1891, Doe llamó al abogado defensor, general Gilman Marston, al estrado y le preguntó si el fiscal podía probar el alegato que había hecho en sus argumentos preliminares. “Supongo que puede probar algo de

Carpenter fue nombrado juez de la Corte Suprema en 1881. Doe criticaba a los hombres capaces que no podían ser convencidos para llenar vacantes en la Corte;<sup>7</sup> aun así no quería allí a Carpenter. En 1870, Carpenter fue candidato para el nombramiento y Doe siendo aún juez de primera instancia, había ayudado a que se lo rechazara insistiendo en que debían nombrar a un demócrata.<sup>8</sup> Ese año los republicanos habían presionado y por primera vez desde la fundación del partido, presentaron a un juez democrático. Hasta ese momento al menos, los esfuerzos de Doe por sacar a la Corte del ámbito de la política fueron poco útiles. Cuatro años más tarde, los demócratas ganaron el control del Estado y removieron a la mayoría de los republicanos de sus estrados, incluyendo a Doe. Dos años más tarde los republicanos volvieron al poder, echaron a los demócratas y reconstruyeron la Corte, nombrando a Doe como Jefe de la Corte. En su nuevo puesto, Doe continuó trabajando para ambos partidos. Amenazaba con renunciar si los demócratas no eran nombrados<sup>9</sup> y de esa manera lograba que se llegara a un acuerdo para que siempre se dividieran los cargos entre ambos partidos. La

lo que dijo”, respondió Marston. “Bueno, ¿no le parece que este caso debe ser cerrado?” preguntó Doe, quien siempre instaba a los abogados en casos con pena capital a presentar un escrito por muerte en segundo grado. “Cerrado” respondió Marston, muy asombrado. “No podemos cerrarlo, pero Ud. quizá quiera remitirlo”. EASTMAN, *supra* 5, en 248.

<sup>7</sup> “Aquellos que encajan no van a aceptar y aquellos que acepten no van a encajar. Ésa es la regla general. No puedo encontrar a aquel que encaje y acepte.” Carta de Charles Doe a William E. Chandler, 25 de junio de 1877, *Chandler Collection*, N.H.Hist. Soc’y.

<sup>8</sup> Carta de Charles Doe a Charles H. Bell, 24 de agosto de 1870, MSS; 870474 Dartmouth Collage Archives. Doe trató de convencer al asistente demócrata de Carpenter en el caso “Haverhill School-House” de que se convirtiera en candidato, en un esfuerzo por ponerle un obstáculo a Carpenter. Cartas de Charles Doe a Harry Hibbard, 20, 26, 28 y 29 de septiembre de 1870, *Doe Collection*, N. H. Hist. Soc’y. Hibbard es uno de los típicos abogados que se oponen a la reforma, pero a la vez incapaces de contener el sentimiento de admiración por los reformistas. Luego de que Doe remitiera el caso “Haverhill” a un árbitro, Hibbard lo denunció públicamente, pero se lo escuchó recalcar en privado: “Después de todo, hay una nobleza moral por encima del pronunciamiento despreocupado del derecho, que debo decir, domina mi admiración”. EASTMAN, *supra* nota 5, en 248.

<sup>9</sup> Carta de Charles Doe a Isaac Blodgett y George A. Bingham, 6 de noviembre de 1880. Mss. 880606 Dartmouth Collage Archives.

situación llegó a una *impasse* en 1881 debido al curioso número de jueces.<sup>10</sup> Los políticos republicanos no querían otorgar una mayoría a los demócratas, y Harry Bingham, el líder del partido demócrata, se comprometió a aprobar a Carpenter bajo pretexto de que no era activo en asuntos públicos.<sup>11</sup> El juez Aldrich pensó que la afirmación de Carpenter acerca de su independencia en asuntos políticos era un capricho similar a la afirmación de Doe de nunca leer diarios ni revistas.<sup>12</sup> “Quienes mejor lo conocían” afirmó, “creían que éste era un mecanismo para mantenerse fuera de la vida política y la creencia se basaba en el hecho de que, en cuanto se hacía referencia a cuestiones prácticas y necesidades, él era un federalista, un *whig* y un republicano”.<sup>13</sup> Hubo innumerables ocasiones en las que Doe estuvo de acuerdo en que Carpenter era federalista.

Carpenter fue el primer juez de New Hampshire en deberle el nombramiento, al menos en parte, a la influencia ferroviaria. Su yerno, Frank S. Streeter, durante la siguiente década como abogado del Ferrocarril Concord, se iba a convertir en un semidictador de estado, con casi el poder de vetar promulgaciones legislativas.<sup>14</sup> Desde el conocido caso “Moses vs. Railroad” en 1855,<sup>15</sup> las Cortes de New Hampshire, ambas demócratas y republicanas, se habían negado a hacer más flexibles “los principios saludables y aprobados del *common law*”<sup>16</sup> para conveniencia del ferrocarril. De esa manera, al rechazar la llamada “Ley del Ferrocarril”, New

<sup>10</sup> Había siete jueces en la Corte Suprema.

<sup>11</sup> CORNING, *The Highest Courts of Law in New Hampshire - Colonial, Provincial & State*, 2 Green Bag 469, 489 (1890). El principal diario republicano de New Hampshire vio la necesidad de asegurar a sus lectores que Carpenter era un hombre seguro: “A nivel político, es un republicano independiente. Con esto no queremos decir que era ayudante demócrata (...) sino alguien que a veces ‘rasga’ sus etiquetas”. *Concord Monitor*, 8 de julio de 1881, p. 2. col. 2.

<sup>12</sup> El único diario que Doe leía regularmente era el *Times* de Londres. Se suscribió para leer los reportes de los juicios británicos, y al estudiar el procedimiento liberal descripto, obtenía el ímpetu para su cruzada en la reforma de las reglas de la prueba de New Hampshire. Carta de Charles Doe a John H. Wogmore, 4 de febrero de 1895, *Wogmore Papers*, Elbert H. Gary Library, Northwestern University Law School.

<sup>13</sup> ALDRICH, *supra* nota 2, en 303.

<sup>14</sup> LUCIER, A. J., *The machine* (1908).

<sup>15</sup> 32 N.H. 523 (1855).

<sup>16</sup> Ídem en 540.



Hampshire se encontraba fuera de la corriente dominante de la jurisprudencia americana del siglo XIX. Los ferrocarriles no podían tolerar tal situación, y para el año 1900 eran tan poderosos que ningún abogado podía ser nombrado en el tribunal sin su consentimiento. Sin embargo, durante el término en el que Doe formó parte de la Suprema Corte, ésta utilizó principios uniformes del Derecho de ilícitos civiles para ciudadanos comunes y es interesante destacar que al menos dos de las decisiones menores en las que Doe y Carpenter se encontraban en desacuerdo tuvieron que ver con casos de ferrocarriles.<sup>17</sup>

La era de la evolución judicial de Hampshire en la que Carpenter se encontró (casi a la medida de un conservador legal como él) ha sido descrita por el juez Ladd:<sup>18</sup>

Fue nombrado para ocupar un cargo en un momento en el que la Honorable Corte, de la que Carpenter fue miembro durante siete años, se estaba apartando rápidamente de muchas de las tradiciones del sistema del *common law* y de la teoría y la práctica con la que él había sido tan profundamente entrenado, ingresando en un comprensivo esquema de legislación judicial. Este esquema resultó (...) en el reestablecimiento y la reconstrucción de importantes ramas del Derecho sustantivo (una fusión entre el Derecho y el *Equity* más completa que la lograda en Inglaterra a través de las leyes de organización de la justicia) y una remodelación, con la ayuda de un solo estatuto, del entero objeto del procedimiento, no menos completo que el que se hubiera conseguido en cualquier otro lugar, por la legislación más radical propiamente dicha.

Para la época en la que Carpenter fue nombrado, Doe se encontraba en pleno movimiento de reforma de los procedimientos. Quizá no exista otro jurista en la historia de los Estados Unidos de América que haya demostrado menos simpatía por los tecnicismos y las exquisiteces legales que Doe. En 1872 había sancionado la enmienda de las órdenes judiciales

<sup>17</sup> "Mithcell vs. Boston & M. R. R.", 68 N. H. 96, 34 Atl. 674 (1884) (Carpenter J., en favor de la Corte; Doe C. J., en disidencia); "Huntress vs. Boston & M. R. R.", 66 N. H. 185, 34 Atl. 154 (1890) (Doe, C. J. a favor de la Corte; Carpenter y Aleen, JJ. en disidencia).

<sup>18</sup> LADD, *supra* nota 3, en 186.

originales y reconocido su mutua convertibilidad.<sup>19</sup> “Desde el año 1842 al menos” el Profesor Hening ha afirmado:<sup>20</sup>

Ha habido un estatuto de *Jeofails* y enmiendas que permitieron la rectificación de los errores tanto de forma como de fondo. Pero en 1870 cualquier ser humano en New Hampshire, con la posible excepción del juez Doe, creyó que el derecho de reforma conforme a la ley podía ser ejercido siempre y cuando no cambiara el derecho de iniciar una acción.

Doe permitió la conversión de las órdenes judiciales del *common law* mediante *nisi prius*.<sup>21</sup> Le fue negado en un principio,<sup>22</sup> pero en 1879 finalmente el resto de la Corte aceptó su punto de vista y sostuvo que la

<sup>19</sup> Ese año Doe presagió la revolución que encabezaba cuando habló de un sistema liberal de enmiendas que sostuvo estaban “casi” establecidas en New Hampshire. “Gamsby vs. Ray”, 52 N. H. 513, 517 (1872).

<sup>20</sup> HENING, Charles Doe, en 8 William DRAPER LEWIS, *Great American Lawyers* 241, 249-50 (1909).

<sup>21</sup> “La historia cuenta que el demandado se negó a declarar porque los hechos afirmaban que el único remedio se encontraría en la *Equity*. El juez Doe le preguntó al abogado del demandado si su única objeción era que el procedimiento debió llevarse a cabo conforme a las reglas de la *Equity* y al recibir una respuesta afirmativa, dijo: ‘muy bien entonces, Mr. Clero, deberá escribir acción conforme las reglas de la *Equity* detrás de su demanda y ahora, caballeros, seguiremos con la audiencia’. Ídem en 255-56. “Siendo que Doe no estaba muy atado al precedente en casos civiles, en el ‘lado’ penal de la Corte era en donde se desviaba de las viejas reglas de procedimiento. Sabiendo que el Estado no podía llevar expectativas, a veces él tomaba un nuevo camino. Antes del paso del Estatuto de 1869, dando competencia al demandado para declarar en su propio nombre, era muy común para el abogado que representaba al acusado, quejarse amargamente por el hecho de que los labios de su defendido estaban siendo sellados; y para hacer valer tal afirmación, si sólo podían tener el privilegio de declarar, podían explicar de manera satisfactoria todas las circunstancias que los incriminaban. Probablemente el juez Doe se haya cansado de escuchar este tipo de comentarios en los casos en los que no existía duda razonable de culpabilidad. Un día, cuando un abogado iniciando su discurso de defensa realizaba una de estas afirmaciones estereotipadas, fue interrumpido desde el estrado. ‘Sr. (...) llame a su cliente a declarar’. ‘¿Cómo, su Señoría?’. ‘Puede llamar a su cliente para que testifique en su propio nombre’. El experimentado abogado, recuperándose poco a poco de su asombro, se volvió hacia su asistente y le susurró: ‘Bueno, John, tendremos que ponernos pillos y el resultado será una condena’”. SMITH, Jeremiath, *Memoir of Hon. Charles Doe* 15-16 (1897); SMITH, *Memoir of Charles Doe*, 2 Pub. So. N. H. B. Ass’N 125, 137-38 (1899).

<sup>22</sup> “Brown vs. Leavitt”, 52 N. H. 619 (1873).

acción que se inicia por incumplimiento de las obligaciones contractuales de manera errónea puede convertirse en una acción que se inicia para subsanar la violación de las obligaciones contractuales.<sup>23</sup>

Así, quedó establecido como práctica de New Hampshire que cualquier orden judicial del *common law* podía ser enmendada y convertida en otra orden judicial del *common law* cuando la justicia lo requiriera (librado a la discreción del juez interviniente). La justicia, la conveniencia y la rapidez fueron los objetivos que Doe vio y precipitadamente arremetió contra los tecnicismos que se cruzaron en su camino.

Falló que las declaraciones del actor en las que fundamentaba su derecho de iniciar una acción en casos por contratos y actos ilícitos, debían unificarse en un solo derecho de iniciar acción,<sup>24</sup> y que los escritos presentados ante un tribunal, en un juicio que siguiera las reglas del *Equity* o del *common law*, podían ser mutuamente convertidos a través de enmiendas,<sup>25</sup> anticipando así la petición única de las reglas federales del procedimiento civil.

En "Owen vs. Weston",<sup>26</sup> por ejemplo, ofreció un método de acumulación del *common law* tan simple y fácil como la regla 19. Y en una de sus opiniones más grandiosas, "barrió" una larga lista de precedentes y señaló el principio general:<sup>27</sup>

<sup>23</sup> "Stebbins vs. Lancashire Ins. Co.", 59 N. H. 143 (1879).

<sup>24</sup> "Crawford vs. Parsons", 63 an.h. 438 (1885).

<sup>25</sup> "Metcalf vs. Gilmore", 59 N. H. 417 (1879). "Sobre esta cuestión el juez Doe exhibió su indiferencia por los precedentes y la audacia judicial que raramente habían sido paralelas. El plan de Lord Mansfield de obtener un veredicto especial del jurado de comerciantes y luego proceder a pronunciar la costumbre de los comerciantes, a pesar de ser directamente opuesta a lo que el jurado había considerado como costumbre, siempre sería considerado como uno de los actos más radicales y audaces de un juez del *common law*. Apenas menos destacado fue el anuncio novedoso del juez Doe en cuanto a que las diferencias entre las distintas formas de acción en realidad no eran sustanciales sino formales". HENING, *supra* nota 20, en 250-51.

<sup>26</sup> 63 N. H. 599, 4 Atl. 801 (1889).

<sup>27</sup> SCOUT, *The Progress of the Law. Civil Procedure*, 33 Harv. L. Rev. 236,248 (1918). Doe dijo: "Hasta ahora, cuando un juicio va más allá de la necesidad de su uso, se convierte en una injusticia innecesaria y en un diablo puro". "Lisbon vs. Lyman", 49 N. H. 553, 600 (1870). Para una discusión completa acerca de las reformas de procedimiento de Doe, ver REID, *From Common Sense to Common Law to Charles Doe: The Evolution of Pleading in New Hampshire*, 1 N. H. B. J. (3) 27 (1959).

...que cuando se ha cometido un error en un juicio, la parte perjudicada no tiene derecho a un nuevo juicio si el error puede ser corregido de otra manera; y sigue siendo la corrección del error y no un nuevo juicio, aquello a lo que ante todo tiene derecho.

Estos casos son sólo ejemplos de las muchas decisiones sin precedentes redactadas por Doe que todavía merecen el respeto de eruditos contemporáneos como el decano Pound<sup>28</sup> y el juez Medina,<sup>29</sup> y que llevaron a Wigmore a dedicar su trabajo como prueba hacia él<sup>30</sup> y catalogarlo como un *reformador*. Cuando se le preguntó qué había querido decir con esto, Wigmore respondió:<sup>31</sup>

Lo considero un “reformador” en el sentido de que todos los jueces debieran, pero pocos como Doe, v. gr., se quitan las trabas de los falsos precedentes y revisan principios poco sólidos sin la impotencia de tener que delegar las reformas en la Legislatura, como muchos jueces se ven obligados a hacer.

<sup>28</sup> “Shaw, Gibson, Ruffin y más tarde Doe dejaron sus marcas en el Derecho de sus jurisdicciones y en algún punto en el Derecho de todo el país. De hecho, los logros de Doe en el procedimiento son un destacado testimonio de lo que una personalidad dominante, junto con un instinto legal y un conocimiento profundo del material legal tradicional, pueden hacer en las reformas prácticas del Derecho mediante la sola decisión judicial, sin la asistencia de la legislación”. POUND, Roscoe, *Interpretation of legal history* 139, 1930.

<sup>29</sup> “Debe haber apenas un sólo hombre de la Facultad de Derecho de Harvard que no haya sabido del gran Jefe de Justicia comúnmente conocido como ‘C. Doe de New Hampshire’. Él falleció en 1896, pero tenía el fuego, el conocimiento y el sentido común que lo convirtieron, sin la ayuda de la legislación de New Hampshire, en el gran líder del perfeccionamiento de la administración de justicia en ese Estado. Lleno de banalidades y a veces tan excéntrico como March Hare, se contagió de un espíritu de justicia y peleó por él durante toda su vida; peleó por él con el esmero, practicidad y realismo que cualquiera esperaría de un nativo de New Hampshire”. MEDINA, *Judges in Improving The Administration of Justice*, 36 J.Am. Jud. Soc’y 6,8 (1952).

<sup>30</sup> Juntamente con James Bradley Thayer. Para un estudio de las contribuciones de Doe a las normas y principios jurídicos que rigen los medios de prueba y de lo que Thayer y Wigmore aprendieron de él, ver REID, *A Speculative Novelty: Judge Doe’s Search for Reason in the Law of Evidence*, 39 B. U. L. Rev. 321 (1959).

<sup>31</sup> Carta de John Henry Wigmore al juez Robert Pike, 27 de marzo de 1916, citada en PIKE, *President’s Ardes: Memories of Judge Doe*, 3 Proc. N. H. B. A. Ass’N 463, 476-77 (1916).

Sus opiniones en “Darling vs. Westmoreland”<sup>32</sup> y “State vs. Pike”<sup>33</sup> ilustran lo que quiero decir. Se libró de muchas reglas limitadas que amenazaban con fijarse al Derecho y esas opiniones cambiaron completamente la situación alrededor de todo el país... Si todos los jueces en su momento y generación hubieran actuado como él lo hizo, no estaríamos ahora en un enredo sin la ayuda que nos dé fuerzas para remitirnos a la incompetente Asamblea Legislativa para cada mejora insignificante.

Uno de los jueces de su generación que no iba a seguir a Doe era Carpenter. Él se encontraba psicológica y emocionalmente fuera de lugar en un juzgado en el que el mayor ímpetu era la reforma. “No me parece que haya sido un líder en los cambios de nuestra práctica” señaló un amigo “...y me da la impresión de que miraba con desconfianza la libertad con la que las viejas y reconocidas formas de procedimiento del *common law* habían sido resueltas”.<sup>34</sup>

No es de extrañar que Carpenter no estuviera de acuerdo con las reformas de Doe. Él era algo así como un milagro entre los abogados de New Hampshire, alguien perfectamente sustentado en los rudimentos de las demandas especiales. Harry Bingham, el más grande abogado en ejercicio en la historia del Estado, a excepción de Jeremiah Mason, señaló que durante los 30 años en los que estuvo asociado a Carpenter, nunca tomó conocimiento que hubiera interpuesto un escrito defectuoso.<sup>35</sup>

El respeto de Carpenter hacia la uniformidad y el precedente lo llevaron a hacer lugar a reformas que habían sido instituidas antes de que él ocupara su estrado.<sup>36</sup> Así, se inclinó a lo inevitable y sostuvo en un

<sup>32</sup> 52 N. H. 401 (1872). El profesor Morgan se ha referido al caso como “la opinión clásica” en la admisión de prueba circunstancial relacionada con la reacción de los animales. MORGAN, Edmund M., *Problems of evidence* 172 n. 5 (1954).

<sup>33</sup> 49 N. H. 399, 408 (1870) (opinión afirmativa). Para una evaluación de la influencia de la reforma de Doe en este caso ver, KENISON, *Pioneers in Criminology: Charles Doe*, 47 J. Crim., L., C. & P. S. 277 (1956).

<sup>34</sup> WAIT, *In Memoriam: Alonzo Philetus Carpenter*, 2 Pub. So. N. H. B. Ass’N 268, 270 (1889).

<sup>35</sup> ALDRICH, *supra* nota 2, en 301.

<sup>36</sup> Muy poco antes de su muerte, Carpenter aprendió a apreciar el valor utilitario del trabajo de Doe y dijo acerca de él: “Una gran reforma debe ser mencionada. Con la concurrencia de sus asociados a través de la aplicación liberal e inteligente de los principios del *common law*, ha convertido nuestro procedimiento legal en algo simple, rápido y económico. No hay jurisdicción del *common law* en la que los derechos de

caso que el demandante debía modificar su acción basada en las reglas del *common law* para recuperar los daños por la usurpación de una propiedad, en un acuerdo no formal, incluso cuando el juicio había finalizado. “La cuestión presentada no tiene importancia práctica” dijo. Su consideración implicaría una pérdida de tiempo. Si al estudiarla llegaba a la conclusión de que la acción en su forma no podía ser mantenida, se le permitiría al demandante convertir su presentación de la declaración, en la que fundamenta su derecho de iniciar la acción, en un acuerdo no formal. Habiéndose probado y determinado los hechos sobre los derechos de los que las partes dependen, no hay oportunidad para un juicio futuro.<sup>37</sup>

En otro caso, Carpenter aceptó como un procedimiento establecido la doctrina de Doe en cuanto a la convertibilidad del derecho y la *Equity*.

“Los demandantes deben enmendar sus escritos iniciales mediante la interposición de escritos conformes a las normas del sistema de *Equity*”, sostuvo, “considerando innecesario determinar si se hubiera llegado al mismo resultado de haber presentado una acción iniciada conforme a las normas del sistema del *common law*”.<sup>38</sup>

Fue en cuanto a temas que no habían sido planteados previamente, sobre los que Doe había vislumbrado el cambio en las reglas establecidas del *common law*, y fue allí que los distintos puntos de vista y las filosofías de Carpenter y Doe colisionaron. Uno de los ejemplos más interesantes ocurrió en el caso “Walter vs. Walter”.<sup>39</sup> En el mismo, el demandante había puesto la granja a su nombre de por vida, con derecho a usufructo por parte del demandado, con la condición de que el demandado lo apoyara económicamente del modo acostumbrado en New Hampshire. Cuando el demandado dejó de hacerlo, el demandante inició un reclamo conforme al sistema del *Equity*, solicitando que el título de propiedad

una persona puedan ser establecidos de manera tan simple y rápida como en New Hampshire. Al respecto, consiguió, sin la asistencia de la legislación, lo que otros Estados han tratado de obtener y han fallado en obtener, a través de la sanción de los códigos. Si no hubiera obtenido otra cosa durante su largo mandato, la gente hubiera tenido una deuda de agradecimiento duradero con él”. CARPENTER, *Charles Doe*, 2 Pub. So. N. H. B. Ass’N 102-03 (1899).

<sup>37</sup> “Peaslee vs. Dudley”, 63 N. H. 220-21 (1884).

<sup>38</sup> “Sleeper vs. Kelley”, 65 N. H. 206, 18 Atl. 718 (1889).

<sup>39</sup> 63 N. H. 321 (1885).

fuera anulado. El demandado solicitó la desestimación de tal pedido sobre la base de que él tenía derecho a un juicio por jurados, en virtud de que se trataba de un tema de propiedad y alegando, además, que la Corte de *Equity* no era la apropiada para determinar la titularidad sobre la tierra. El demandante contestó a ello que no encontraría una reparación adecuada en el sistema del *common law*: no podría mantener una orden de inscripción, porque él era el poseedor; el delito de violación de la propiedad se traduciría en una reparación por daños y perjuicios nominales y dejaría el título en plena vigencia; una acción fundada en el sistema del *common law* implicaría únicamente una reparación por los daños ocasionados hasta el momento, y sólo el sistema de *Equity* podría proporcionarle el alivio al que tenía derecho.

Tomando como principio general el hecho de que “La necesidad y la conveniencia crean formas de acción que pueden ser utilizadas en casos que implican acciones y recursos legales apropiados”,<sup>40</sup> Doe creó una orden judicial enteramente nueva a la que llamó: “Una acción para el cumplimiento de la confiscación y despojo del derecho sobre la tierra por incumplimiento de la condición posterior”.

Su imaginación fue seducida por la idea de que si Glanvil pudo inventar el *Replevin* (recuperar aquello tomado ilegalmente de la posesión de una persona, por medio de un proceso legal especial) y la Corte Penal el *Novel disseizin*, si Rolle pudo inventar la acción de desalojo y los jueces elizabethanos el *Indubitatus assumpsit*, la potestad para inventar nuevas órdenes judiciales en virtud del famoso Estatuto de Edward I todavía existía para cualquier juez del *common law*.

“La objeción a la invención de formas de acción –pensaba Doe–<sup>41</sup> se basa en la idea de que las medidas correctivas vienen de fuentes distintas que las del diseño humano, o que las Cortes constantemente cargadas por esa ley, con el deber de permitir la utilización de medidas correctivas convenientes, tienen por la misma ley, el poder de permitir el uso de medidas capaces de prohibir la ejecución de un deber por sí mismo y por sus sucesores; o que la introducción de un sistema de medidas existente en el *common law*, por medio del desarrollo progresivo reciente y

<sup>40</sup> Ídem en 324.

<sup>41</sup> “Walker vs. Walker”, 63 N. H. 321, 326 (1885).

remoto a través de muchos años, ha constituido una usurpación ilegal del Poder Legislativo de los jueces que debieran haber derrotado a la justicia y no permitir la aplicación de ningún principio del *common law*, pero que tienen como precedente ilegal a la ley. Hasta que se demuestre cuál y de quién es el edicto autorizado, de antigua o nueva data, que anuló el principio del *common law* que requiere la invención y el uso del procedimiento del *common law*, y que ordena a las Cortes del *common law* permitir las acciones convenientes, el deber impuesto por tal principio no puede dejar de ejercerse de manera legítima. El examen de legalidad de una forma de acción u otras demandas, no es el tiempo de su invención sino su utilidad como método de reivindicación de derechos con derecho a los mejores métodos y formas que puedan llevarse a cabo”.

La mayoría de los observadores han criticado a Doe por esta opinión. Incluso aquellos que están dispuestos a reconocer la premisa de que el derecho a inventar formas del Derecho del *common law* no ha muerto, señalan que no había necesidad de inventar una orden judicial para recuperar un interés futuro cuando existía una acción conforme a las normas del *Equity*.<sup>42</sup> Carpenter disintió, desde luego.

Este caso señala una diferencia básica entre el pensamiento de dos juristas, más allá del deseo de Doe de arremeter en nuevos caminos y la insistencia de Carpenter de cumplir con los viejos métodos. Al crear una forma de acción novedosa que le concediera un alivio a un demandante que sufría, Doe daba expresión a su principio de que cuando existe un derecho, debe haber una acción; cuando permanece un derecho, se presupone una acción; y que si no existe una acción previa reconocida para reivindicar ese derecho, uno debe encontrar cuál es esa acción:<sup>43</sup>

Uno no puede ser privado de manera ilegítima de su propiedad, libertad personal o de cualquier derecho al resarcimiento por daños y perjuicios,

<sup>42</sup> “El efecto benéfico de muchas de sus innovaciones procedimentales no disminuye por el hecho de que en otras fue llevado muy lejos por el momento de su entusiasmo por la reforma. Las instancias en las que hizo borrón y cuenta nueva más allá de los límites de la certeza y la seguridad, pueden apreciarse cuando inventó las nuevas formas de acción, haciendo caso omiso al *common law*, en un caso en el que, reconociendo la existencia del Poder Judicial de la inversión de las acciones, quedaba claro que no había necesidad de su puesta en práctica”. HENING, *supra* nota 20, en 260.

<sup>43</sup> “Edes vs. Boardman”, 58 N. H. 580, 590 (1879).



sin un recurso establecido por el *common law*. Si el demandante tiene un derecho, éste debe por necesidad contar con los medios para reivindicarlo y mantenerlo, y con un recurso (si es perjudicado en el ejercicio o goce del mismo), de hecho, resulta vano imaginar un derecho sin un recurso. La necesidad de un derecho y la necesidad de un recurso son recíprocas.

Carpenter sostuvo lo contrario. Él creía que los recursos eran sustantivos o de fondo, no adjetivos o de forma, y que el recurso crea el derecho, no el derecho el recurso. “El *Common Law*”, señalaba Carpenter:<sup>44</sup>

No reconoce derechos por la violación de aquellos a los que no les es provisto un recurso. Si no existe el recurso, no existe el derecho. En algunos casos existe el recurso sin el proceso legal. Quitar todo recurso por una violación implica anular el derecho. Otorgar un recurso cuando no existe un derecho, implica sancionar una ley creando derechos. En cualquier caso, es legislación.

El problema que Carpenter planteó, el de la legislación judicial, ha sido siempre el meollo de una controversia entre las dos filosofías legales a las que representaban estos dos hombres. Al crear una nueva forma de acción, Doe no se consideró “legislando” desde que, por el contrario de Carpenter, él creía que los recursos eran enteramente de forma y no de fondo. Pero incluso en temas que él admitía que no eran adjetivos o de forma, Doe no dudó en legislar cuando sintió la necesidad, por lo general expresándose en términos que anticipaban la Escuela de la Jurisprudencia Sociológica. Normalmente tuvo éxito para convencer a la mayoría de sus colegas de “matar” las “doctrinas duras y repulsivas (...) [las cuales], habiendo nacido de condiciones sociales que habían desaparecido, e incompatibles con el crecimiento del comercio, la industria productiva y el patrimonio personal, han devenido obsoletas”.<sup>45</sup> Carpen-

<sup>44</sup> “Gage vs. Gage”, 66 N. H. 282, 297, 29 Atl. 543, 550 (1890) (opinión en disidencia) (menciones omitidas).

<sup>45</sup> “Brooks vs. Howinson”, 63 N. H. 382, 386 (1885). “El simple suministro de una hazaña o voluntad no debiera ser cancelado o alterado mediante la importación de un método de construcción de una regla del Derecho fundada en o desarrollada por el espíritu y la influencia de una política opresiva respecto de la tenencia de la tierra, de la que nuestros ancestros se liberaron a través de la migración. Si tales reglas y métodos

ter sostenía que tales decisiones debían ser tomadas por la Asamblea Legislativa: “Los tribunales de justicia no pueden de manera legítima hacer o revocar el derecho”,<sup>46</sup> insistía. Así, cuando una mayoría del tribunal denegaba un principio antiguo del *common law* y sostenía que un propietario es responsable “de alguna forma de acción” en la contabilidad equitativa respecto de sus copropietarios por usar u ocupar una porción mayor de la propiedad que la que le correspondía, Carpenter estaba en desacuerdo: “A veces, la dificultad que se encuentra al trazar la línea entre la declaración y la confección del Derecho (Broom Com. 5) no se encuentra aquí”, afirmaba.<sup>47</sup>

Desde que las copropiedades se han dado a conocer al Derecho, ha sido derecho incuestionable del copropietario –uno de sus derechos de propiedad esenciales– el de ocupar, usar y gozar de la propiedad común sin la responsabilidad de informar a los copropietarios, siempre y cuando no les impida el ejercicio del mismo derecho. La declaración judicial de doctrina que se reportara antes y que ha llamado la atención es la que se encuentra en el *Year Book* 17 E. 2 (1324 D. C.)<sup>48</sup> (...) “La doctrina es la

hubieran sido correctamente adoptados en Inglaterra, son precedentes para métodos y reglas contrarias en condiciones opuestas. La política de servidumbre que produjo la regla feudal en contra de las cesiones, reservas y concepción de herencia de bienes, siendo inaplicable a nuestra situación y circunstancias, sería imposible de justificar mediante una introducción judicial de la misma (en cualquiera de sus formas) o la supervivencia del prejuicio feudal contra las pruebas competentes de la concentración contractual o testamentaria”. “Smith vs. Furbish”, 68 N. H. 123, 149-50, 44 Atl. 398, 411 (1844).

<sup>46</sup> “Gage vs. Gage”, 66 N. H. 282, 299, 29 Atl. 543, 551 (1890) (opinión en disidencia).

<sup>47</sup> Ídem en 297 (opinión en disidencia).

<sup>48</sup> La predilección de Carpenter por el *Year Book* ofrece otro contraste entre él y Doe. Al hablar de Doe, el jefe de Justicia Peaslee comentó una vez: “Vean con qué frecuencia sus opiniones se llenan de presuntas citas para mostrar que sus conclusiones siempre han sido el Derecho. Como el juez Jeremiah Smith nos dijo en una ocasión, dichas opiniones fueron escritas en su mayoría con el propósito de convencer a sus asociados, hombres que en ese entonces pensaban de manera convencional o devotos del *Years Book*, como el jefe de Justicia Carpenter”. PEASLEE, *President's Address: Common Law in the making*, 5 Proc. N. H. B. Ass'N 111, 112 (1924). Para una discusión de los métodos utilizados por Doe para “convencer a sus asociados” y de cómo su uso en un caso tuvo como efecto el cambio para el nombramiento en la Corte de Justicia de los Estados Unidos, ver REID, *Of Men, and ;inks, And a Mischievous Machinator*, 1 N. H. B. J. (2) 23, 30-31 (1959).

lógica y necesaria consecuencia de la naturaleza del bien. Es el derecho, no al recurso, sino al goce del mismo”.

Una de las razones por las que Carpenter aborrecía la legislación judicial era por su repugnancia por las leyes retroactivas. “Un fallo en su favor [el del demandante]”, pensó, “le impondrá al demandado una obligación que no existía antes de su interpretación”.<sup>49</sup> En algunas oportunidades, Doe permitía ese tipo de consideraciones para entorpecer su trabajo. La diferencia en este punto entre los dos hombres, se puede resumir mediante tres citas, y es típico que, mientras que Doe expresara audazmente sus puntos de vista en un lenguaje enérgico, Carpenter buscaba fuerza e inspiración en su posición citando a un juez inglés recientemente fallecido. Doe expresaba:

La máxima que, tomada literalmente requiere que los tribunales sigan los casos decididos, se muestra a través de los cientos de decisiones denegadas, siendo una expresión figurativa que sólo requiere un respeto razonable por los casos decididos.<sup>50</sup>

Desde que había una época en la que no había precedentes del *common law*, todo lo que pudiera hacerse con ellos podía también hacerse sin ellos.<sup>51</sup>

Carpenter afirmó, citando a Jessel:<sup>52</sup>

Hacer un nuevo Derecho no forma parte de mi deber, simplemente porque reputo al Derecho antiguo de poco razonable: ésa es el área de la Asamblea Legislativa. Cuando encuentro un punto decidido, a pesar de

<sup>49</sup> “Gage vs. Gage”, 66 N. H. 282, 300, 29 Atl. 543, 552 (1890) (opinión en disidencia).

<sup>50</sup> “Lidbon vs. Lyman”, 49 N. H. 553, 602 (1870).

<sup>51</sup> “Metcalf vs. Gilmore”, 59 N. H. 417, 433 (1879).

<sup>52</sup> “Gage vs. Gage”, 66 N. H. 282, 299-300, 29 Atl. 543, 551-552 (1890) (opinión en disidencia). Es interesante que Carpenter debió respaldarse en Jessel para buscar apoyo en contra de Doe, ya que en otros contextos Doe ha sido comparado con Jessel: “La rapidez con la que trabajaba su mente era simplemente maravillosa, recordando vívidamente las descripciones dadas del último *Master of the Rolls*, el Sr. George Jessel. En el momento en que comenzaba un caso, podía distinguir enseguida el tema fundamental; y normalmente podía, tan pronto como el caso era presentado, expresar inmediatamente una opinión en oraciones cortas, que no solamente exponían el caso de manera completa sino que además hacían que todos se preguntaran cómo había cabido alguna duda acerca del resultado”. Nota 9 Harv. L. Rev. 534 (1896).

que lamente el resultado, me siento obligado a seguir tal decisión y a interpretarla de manera justa, en lugar de buscar evadirla o malgastarla introduciendo distinciones inventadas con el único propósito de hacer un pronunciamiento que sería más acorde a la razón.

El caso más interesante quizá, que demuestra las diferencias fundamentales entre Doe y Carpenter y las dos escuelas de pensamiento a las que representaban respectivamente, es "Boody vs. Watson".<sup>53</sup> Involucraba cuatro de los principales temas en los que no estaban de acuerdo: a) La creación de nuevas formas de acción; b) la legislación judicial; c) la cuestión acerca de si la ejecución de un derecho depende del previo reconocimiento de un recurso, y d) si la "justicia" es demasiado abstracta, demasiado relativa y demasiado vaga para ser un principio del Derecho. La ciudad de Northwood ha eximido de impuestos a cierta propiedad industrial que pertenecía a una familia de apellido Pillsbury. La Corte había sostenido con anterioridad que dicha exención era inconstitucional,<sup>54</sup> pero antes de que se entregara el fallo final, el plazo de los demandados (los hombres selectos de la ciudad) había expirado. Los demandantes solicitaron una orden judicial al oficial a cargo de los impuestos que obligara a los hombres selectos a realizar el ajuste requerido y a recalcar los mismos. Los demandados contestaron que teniendo en cuenta que se encontraban fuera de su lugar de trabajo, no tenían autoridad para cumplir con tal orden; que el derecho del demandante no tenía valor a pesar de haber sido otorgado, porque no existía recurso alguno para hacerlo cumplir. En nombre de la mayoría de la Corte, Doe concedió la solicitud; Carpenter disintió.

El tema fue fácil para Doe. Como existía un derecho debidamente adjudicado, la Corte solo necesitaba encontrar el recurso apropiado.<sup>55</sup>

Habiendo sido resuelto en su favor, la única pregunta a responder era en cuanto al recurso. Pero para Carpenter, la existencia de un derecho adjudicado era contingente con la existencia de un recurso.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> 64 N. H. 162, 9 Atl. 794 (1886) (Doe, C. J., a favor de la Corte en 164; Carpenter J., en disidencia en 194).

<sup>54</sup> "BOODY vs. WATSON", 63 N. H. 320 (1885).

<sup>55</sup> "BOODY vs. WATSON", 64 N. H. 162, 164, 9 Atl. 764, 796 (1886).

<sup>56</sup> Ídem en 207 (opinión en disidencia).

El derecho del contribuyente a que sus vecinos contribuyeran en su justa proporción para costear las expensas públicas no tenía más valor que el del acreedor a que el deudor cumpliera con la deuda de su propiedad. En ningún caso un derecho es absoluto. Se lo califica con la condición de que se lo haga cumplir de conformidad con las disposiciones legales. Si no puede hacerse valer, el derecho no existe.

Doe reputó a las leyes que Carpenter mencionaba como de simple asesoramiento.<sup>57</sup>

No importa en qué medida la operación de los principios preventivos del derecho se haya obstruido o limitado en otras jurisdicciones por la falta de adecuación del recurso; la violación del derecho a gravamen a los demandantes no encuentra un impedimento de ese tipo. Las órdenes judiciales mencionadas en el estatuto no son restrictivas para el uso que de ellas se ha hecho. Deben ser modificadas y adaptadas a los deseos de cada caso en particular “en términos de conveniencia y comodidad”. Por un principio de nuestro *common law*, para averiguar, establecer y justificar derechos, el procedimiento debe ser creado y usado del modo en que la justicia y la conveniencia lo requieran.

Carpenter (quien no pensaba que las leyes fueran simple asesoramiento) sostenía que una interpretación tan amplia (que permitiera la creación de nuevas formas de acción) violaría el debido proceso.<sup>58</sup> Doe no sostenía lo mismo.<sup>59</sup>

La distinción entre los derechos sustantivos y los recursos del *common law* recobraban su importancia original cuando los derechos eran liberados de la *yunta* opresiva de la forma reparadora, que materialmente confundió la distinción, e inculcó falsas ideas acerca del Derecho. El tema de la forma de acción no se tiene en cuenta cuando no tiene consecuencia práctica y el tiempo empleado en ella sería tiempo perdido.

Carpenter sostuvo que los precedentes citados por Doe para tal proposición<sup>60</sup> eran irrelevantes, e insistió en que la existencia previa de

<sup>57</sup> Ídem en 271 (citas omitidas).

<sup>58</sup> Ídem en 201 (opinión en disidencia).

<sup>59</sup> Ídem en 172.

<sup>60</sup> “Owen vs. Weston”, 63 N. H. 599 (1885); “Walker vs. Walker”, 63 N. H. 321, (1885); “Peaslee vs. Dudley”, 63 N. H. 220 (1884); “Metcalf vs. Gilmore”, 59 N. H. 417 (1879).

una forma de acción (por ej., el recurso) determinaba la existencia legal del derecho.<sup>61</sup>

Las cuestiones en los casos se encontraban relacionadas solamente con el recurso y el procedimiento, y fueron en comparación irrelevantes en cuanto a la manera en la que se resolvieron. Aquí la cuestión es de Derecho.

Carpenter sostuvo que los demandados tenían derecho a ser liberados de cualquier nuevo procedimiento que inventara Doe:<sup>62</sup>

Los demandantes no tienen derecho a gravamen. No es el de los demandantes un derecho constitucional de igualdad de impuestos, sino un derecho establecido por la ley al gravamen del respectivo impuesto por la Fábrica de Pillsbury, lo que se cuestiona (...) los Pillsbury tienen derechos. Cualquier punto de vista del presente caso, que no les tenga consideración, es inadecuado y engañoso. El derecho de los demandantes, y la responsabilidad de los Pillsbury por el gravamen, son coexistentes y correlativos: uno no puede existir sin el otro. Si no existe una disposición en el estatuto que requiera que se realice el gravamen, los Pillsbury tienen derecho a que no se graven sus impuestos.

Doe no estuvo de acuerdo en que el hecho de que “los Pillsbury no tuvieran el derecho constitucional a igualdad de impuestos” fuera lo que se encontraba en debate. Sostuvo que cualquier simple procedimiento al que los Pillsbury tuvieran derecho podría pesar más que un derecho constitucional de mayor jerarquía de los demandantes.<sup>63</sup>

La falta de pago por parte de los Pillsbury de su porción establecida por ley implicaría un pago obligatorio de dicha parte por sus vecinos, y en efecto, un pago a los Pillsbury por el uso privado del dinero de sus vecinos... El derecho sustantivo principal de los demandantes se basa no en la obligación de los demandados al gravamen judicial, o en nuestra o su obligación correccional, sino en la tarea legislativa respecto de la porción de la fábrica a un gasto en común en el que se incurre en la ejecución del contrato social.

<sup>61</sup> “Boody vs. Watson”, 64 N. H. 162, 207, 9 Atl. 794, 828 (1886) (opinión en disidencia).

<sup>62</sup> Ídem en 200 (opinión en disidencia).

<sup>63</sup> Ídem en 167.

Mientras que, como decía Doe, el impuesto era una “tarea legislativa”, Carpenter insistía en que no concernía a la magistratura.<sup>64</sup>

Todo el tema de los impuestos se encuentra bajo el control de la Asamblea Legislativa, sujeto a las limitaciones de la Constitución.

Doe no encontró limitaciones:<sup>65</sup>

La Constitución no estipula que los deberes judiciales de gravamen de impuestos no sean “impuestos” por el más alto tribunal judicial.

Carpenter sostuvo que las limitaciones se encontrarían en el hecho de que la Asamblea Legislativa había aprobado un estatuto autorizando la revaloración únicamente en este año de error y no más adelante.<sup>66</sup> Tomó el punto de vista más estrecho del Poder Judicial.<sup>67</sup>

No existe tribunal autorizado a realizar una revaloración. Si la justicia requiere que sea hecho en este momento, el recurso se realiza a través de la Asamblea Legislativa.

Doe tomó el punto de vista más amplio. La exención de impuestos era ilegal; por lo tanto, los demandantes tenían el derecho a la revaloración, y allí donde existe un derecho, deben existir los medios para aplicar un recurso:<sup>68</sup>

Cuando el Derecho ordena hacer algo, pone en revisión los medios para ejecutar la orden. No se aplazan procesos indispensables de los tribunales que tienen la carga de corregir errores judiciales. La autoridad correctora que se encarga de dar marcha atrás a la exención impositiva (...) es la autoridad que realiza la revaloración o que se encarga de que alguien la realice.

Carpenter sermoneó a Doe en cuanto a los peligros de la legislación judicial, especialmente cuando es ejercida para llevar a cabo “justicia” abstracta.<sup>69</sup>

<sup>64</sup> Ídem en 205 (opinión en disidencia).

<sup>65</sup> Ídem en 175.

<sup>66</sup> Ídem en 196 (opinión en disidencia).

<sup>67</sup> Ídem en 206 (opinión en disidencia).

<sup>68</sup> Ídem en 177-78.

<sup>69</sup> Ídem en 207-08 (opinión en disidencia).

La magistratura nunca ha dudado en ejercer su autoridad para mantener al departamento legislativo dentro de su esfera. Controla tanto a ese departamento como a la rama ejecutiva de modo que no excedan sus poderes constitucionales. El tribunal es el árbitro final de todas las cuestiones legales controvertidas. Ni la Asamblea Legislativa ni el Poder Ejecutivo pueden revisar sus acciones o revertir sus fallos. Es supremo. Si sentencia sin notificación, resuelve sin audiencia, deniega justicia o lo que es equivalente, a despecho de la voluntad legislativa, la gente no tiene recurso excepto por medio del juicio político y la remoción, o por medio de la revolución. Debiera entonces, mientras está alerta a frenar usurpaciones de las ramas legislativa y ejecutiva del gobierno, ser especialmente cuidadoso de que el propio tribunal no traspase el dominio de ninguno de los dos. Es más astuto suspender la corrección de las ocasionales travesuras accesorias a todas las leyes generales de la Asamblea Legislativa, que siempre está a mano, que asumir el ejercicio de una jurisdicción cuestionable.

El amplio punto de vista de Doe acerca del poder del tribunal, lo dejó despreocupado respecto de la legislación judicial. Los demandantes tenían un derecho, y teniendo en cuenta que el tribunal tenía una responsabilidad de hacer cumplir ese derecho, el poder para hacerlo era implícito.<sup>70</sup>

Si el otorgamiento era contractual, testamentario, establecido por ley o por el *common law*, transfería los derechos y poderes sin los cuales no tendría efecto, a los medios razonablemente necesarios para el goce o derecho sobre la propiedad otorgada (...) Cuando la ley impone la responsabilidad de corrección, todo lo requerido para obtener el fin se encuentra implícito.

Carpenter insistía en que el pedido de los demandantes de la orden judicial al órgano competente debía ser desestimada, porque “dicha orden no le confiere poder a aquellos a los que está dirigida”, y teniendo en cuenta que los demandados no se encontraban en su lugar de trabajo, “no estaban autorizados por la ley a ejecutar la orden”.<sup>71</sup> Doe vio este

<sup>70</sup> Ídem en 177.

<sup>71</sup> Ídem en 197 (opinión en disidencia).



argumento como el de un escrito inicial presentado por una persona con hábitos y actitudes pasados de moda.<sup>72</sup>

Ésta es, en efecto, una demanda solicitando que el tribunal desobedezca el Derecho porque entre las órdenes judiciales construidas por ellos y sus antecesores no hay ninguna que se adapte al caso. Es, como mucho, una objeción desestimada a la introducción de una nueva forma de acción. Si tales objeciones hubieran prevalecido en ocasiones anteriores, no hubiera habido procedimiento del *common law*.

El metódico Carpenter planteó la cuestión acerca de quién ejercería el poder de la revaloración. Pensó que los hombres selectos lo harían.<sup>73</sup>

Los demandantes reconocieron que los demandados no pueden calcular el impuesto por propia moción, pero insisten en que de todas maneras debieran estar autorizados y obligados al cálculo por un tribunal. Desde este punto de vista resulta irrelevante que en 1884 hayan sido hombres selectos de Northwood. Si el tribunal puede conferirles el poder, debe asimismo conferírsele a cualquier otra persona, y esta solicitud puede haber sido realizada contra cualquier comisario de Condado, sheriff o cualquier ciudadano de Northwood o del Estado, así como contra los demandados.

Doe:<sup>74</sup>

Cuando un archivo público, societario u oficial erróneo es enmendado por orden de esta Corte, no tiene importancia que el oficial que haya cometido el error tenga el poder de crearlo voluntariamente o si se encuentra o no trabajando (...) La Corte decide cuál es el error y cuál será la enmienda. El oficial actuando como escribiente sin responsabilidad, no toma decisiones y no tiene otra función más que la de obedecer.

Carpenter creyó que si la Corte, y no los hombres selectos, estaba llevando a cabo una revaloración, entonces los demandantes debían in-

<sup>72</sup> Ídem en 179 (citas omitidas). "La revocación federal del fallo presentado en contra de un colega de Dartmouth (1 N. H. 111) no se hubiera evitado con el vencimiento del mandato oficial de los jueces de la Corte de ese Estado, o por muerte o renuncia y una vacante duradera". Ídem en 186.

<sup>73</sup> Ídem en 196 (opinión en disidencia).

<sup>74</sup> Ídem en 181.

tentar convertir una orden judicial mandataria (en la que se le solicita a un oficial o empleado que lleve a cabo una acción que la ley reconoce como deber absoluto y no como un asunto a discreción de dicho oficial y que se utiliza cuando no se encuentra otro remedio más idóneo) en un mandamiento por el cual se ordenara al juez elevar el expediente de la causa al tribunal de segunda instancia a fin de rever la sentencia o subsanar cualquier error en que pudiese haber incurrido.<sup>75</sup>

El único alivio que pueden encontrar los demandantes frente a los demandados es la orden judicial mandataria que específicamente petitionaron. Si no tienen derecho a tal recurso, su solicitud (a falta de una enmienda entablada por otra parte) debe ser desestimada.

Doe no quiso perder el tiempo considerando detalles técnicos:<sup>76</sup>

En este caso los detalles técnicos son inútiles, y no debemos perder el tiempo con las peculiaridades poco prácticas de las órdenes judiciales que no pueden suprimir ni trastornar un procedimiento inventado. Una solicitud para llevar adelante una acción y de esa manera revertir o modificar una sentencia dictada en el marco de un juicio de esta Corte, es un recurso amplio, simple y conveniente y por ello no ha lugar a un mandamiento como el que se pretende solicitar.

Doe:<sup>77</sup>

Los casos en los que se cuestiona un error no tienen la autoridad suficiente para tomar medidas correctivas. Rehusarse a revertir esta excepción ilegal implicaría ejercer un poder para sacrificar derechos por debilidades reparadoras inventadas por la Corte.

Carpenter:<sup>78</sup>

No se ha citado caso alguno ni se ha encontrado nada que pueda hacer sostener que la orden mandatoria u otro precepto puedan ser dirigidos legalmente hacia una persona no autorizada por la ley y que lo obligue a cumplirla.

<sup>75</sup> Ídem en 194 (opinión en disidencia).

<sup>76</sup> Ídem en 173.

<sup>77</sup> Ídem en 179-80.

<sup>78</sup> Ídem en 197 (opinión en disidencia).

Doe:<sup>79</sup>

...Una decisión o demostración de que, limitada por precedentes, la orden mandatoria no es el recurso, al menos mostraría el deber de emitir alguna otra orden, o un mandamiento no limitado por un precedente, o la adopción de algún otro modo de defender un derecho que puede mantenerse tan fácilmente como el mandamiento o un recurso de apelación y el mandamiento de revisión de sentencia por un tribunal superior no se hubieran concebido.

Carpenter:<sup>80</sup>

La orden mandatoria es una orden judicial discrecional. No se utiliza cuando exista otro recurso más apropiado y un indudable derecho por parte de quien hace uso de él. En este caso, el daño pecuniario del que fue víctima el demandante es insignificante, tan mínimo que la máxima *de minimis non curat lex* es perfectamente aplicable.

Doe:<sup>81</sup>

El monto objeto de la controversia es tan mínimo para la jurisdicción de este tribunal (...) La máxima que establece que el Derecho no entiende en materia de bagatelas no implica un impedimento para interponer una acción, como fue en este caso, para reivindicar la violación de un derecho.

Los puntos de vista y enfoques divergentes de estos dos hombres puede resumirse en dos citas finales. Carpenter:<sup>82</sup>

<sup>79</sup> Ídem en 172.

<sup>80</sup> Ídem en 207 (opinión en disidencia).

<sup>81</sup> Ídem en 174.

<sup>82</sup> Ídem en 196 (opinión en disidencia). Doe no compartía el miedo de Carpenter por las dificultades en la administración de la "justicia abstracta o la justicia como debe ser". Cinco meses antes de morir, Doe le escribió al miembro más nuevo de la Corte para asegurarle que en New Hampshire la "justicia" es un punto que puede ser definido: "Lo que la justicia requiere es el examen de muchas cosas en el Derecho de New Hampshire; y si la Corte tiene un correcto sentido de la justicia, ese examen es algo a lo que no debemos temer, por más insatisfactorio que resulte para las mentes matemáticas y mecánicas y para los jueces que quieren evitar el cultivo y el uso laborioso de los juicios prácticos en hechos, a través de la aplicación de una

Es de incumbencia del tribunal reivindicar derechos y redireccionar injusticias legales; no administrar justicia de manera abstracta o justicia del modo en que se crea que hace, sino la justicia proclamada por la ley.

Doe:<sup>83</sup>

La eficacia del proceso no depende del lenguaje técnico que se les dé a los documentos en lenguaje vivo o muerto. No hay ley para echar a los demandantes del tribunal en cuestiones de terminología.

El mismo juez Carpenter declaró que estas citas no eran simples palabras, sino que representaban el espíritu actual y la manera en la que él y Doe emprendían sus investigaciones. Se mostró a sí mismo capaz de apreciar el disgusto de Doe por el *Year Book Worshipping*, cuando afirmó.<sup>84</sup>

Tomaba los precedentes como simple prueba de la ley, que debía compararse con otra prueba. El simple hecho de que uno o más jueces de tribunales han dicho que la ley es esto y aquello fue para su mente una pequeña consecuencia.

Buscaba las razones para asignarlas a sus fallos. Cualquier doctrina tendiente a frustrar, en lugar de promover justicia, era repudiada por él sin indecisión, no importaba lo antigua que fuera o por cuantos otros tribunales hubiera sido utilizada.

Carpenter quería reconocer que la mayor motivación de Doe era la justicia.<sup>85</sup>

Aquellos que disintieron con sus sentencias admitirían libremente en cualquier caso que el Derecho debiera ser como él sostuvo que era. Y debiera también decirse que sus errores judiciales, si hubiera alguno, se han cometido en interés de la justicia.

regla simple tomada de los informes de New Hampshire". Carta de Charles Doe a Frank N. Parsons, 28 de octubre de 1895, Doe Collection, N. H. Hist. Soc'y.

<sup>83</sup> Ídem "Boody vs. Watson", N. H. 162, 172, 9 Atl. 794, 802 (1886).

<sup>84</sup> CARPENTER, *supra* nota 36, en 103.

<sup>85</sup> Ídem en 104.

Aun con el deseo de reconocer la búsqueda de la justicia en Doe, la hiperortodoxia de Carpenter no le permitió compartir su idiosincrasia por la reforma. Por momentos, la urgencia por hacerlo le causó mucha introspección, pero rara vez sucumbió o abandonó sus principios básicos. Meses antes de morir, le escribió a Jeremiah Smith, refiriéndose a una reciente decisión en la que no había hecho lugar al reclamo de un niño severamente herido:<sup>86</sup>

El caso me ha causado una gran ansiedad, y no me siento tan seguro como me gustaría estar y como me siento en la mayoría de los casos, de haber tomado la decisión correcta. Me he sentido oprimido, no sólo por las decisiones en sentido contrario, sino por el aspecto humanitario. Como posible resumen del caso, esto me ha hecho ruido en los oídos de manera constante, "La falta de humanidad entre hombres hace que infinidad de cientos lo lamenten".

El juez Doe no hubiera permitido que los detalles técnicos o los precedentes injustos o inaceptables lo hicieran lamentarse. Se hubiera deshecho de ellos sin duda ni apología.

Sin embargo, durante su juventud Doe justificaba sus agresiones en cuanto a lo que él consideraba derecho poco sólido o injusto, afirmando que encontraría su racionalidad en la historia o vistiendo sus nuevas reglas con interpretaciones propias de precedentes en un intento por hacerlos respetables.<sup>87</sup> Más tarde, cuando había crecido y había domi-

<sup>86</sup> ALDRICH, *supra* nota 2, en 304-05.

<sup>87</sup> "Boardman vs. Woodman", 47 N. H. 120 (1865) (opinión en disidencia), en la que Doe ataca la regla excluyendo la opinión inexperta acerca de la prueba en casos testamentarios; "Kendall vs. Brownson", 47 N. H. 186, 201 (1866) (opinión en disidencia), en el que la discusión de Doe respecto de las presunciones acerca de la carga de la prueba es referida por la mayoría como una "novedad especulativa"; "State vs. Hodge", 50 N. H. 510 (1869), en la que Doe eliminó la presunción de que la posesión de propiedad recientemente robada es prueba tendiente a declarar la culpabilidad; "State vs. Pike", 40 N. H. 389 (1876) (opinión concurrente), en la que Doe rechazó las reglas de *M'Naghten* y la regla del impulso irresistible y desarrolló la fórmula de New Hampshire para determinar la responsabilidad penal; "Lisbon vs. Lyford", 49 N. H. 553, 582 (1870), una larga opinión en la que Doe, entre otras cosas, restringió el privilegio de los nuevos juicios; "Darling vs. Westmoreland", 52 N. H. 401 (1872), uno de los hitos en el Derecho de pruebas, en el que Doe dictaminó que los resultados de los experimentos podían ser recibidos y considerados en los juicios por jurados.

nado al tribunal, Doe simplemente ignoraba las reglas bien establecidas y afianzadas,<sup>88</sup> desechaba la legislación debidamente sancionada y creaba la ley<sup>89</sup> sin expresar el más mínimo arrepentimiento.<sup>90</sup> Por momentos, parecía disfrutar de lo no ortodoxo. Ello provocó en Carpenter, y en aquellos que pensaban como él, que lo acusaran de desear el cambio por la búsqueda del cambio mismo; de ser un déspota legal maniático de la novedad.<sup>91</sup> A pesar de que algunos amigos de Doe han ayudado a dar esa impresión,<sup>92</sup> es ampliamente falsa. Él mismo sostenía que lo nuevo era bueno sólo cuando era necesario.<sup>93</sup> Aun así, a pesar de que hubiera estado asociado a él durante muchos años y de haber tenido innumerables oportunidades para observar y admirar la brillantez y originalidad de su mente, de haber compartido con él su amor y entusiasmo por el Derecho, y de haber crecido y apreciado su deseo sincero

<sup>88</sup> "Edgerly vs. Baker", 66 N. H. 434, 31 Atl. 900 (1891). Para la crítica severa pero de un erudito como John Chipman Gray acerca de Doe y un ataque general a su teoría de la jurisprudencia, ver, GREY, *General and Particular Intent in Connection with the Rule Against Perpetuities*, 9 Harv. L. Rev. 242 (1895). Para un comentario más corto pero mucho más agradable, ver LEACH, *Perpetuities in a Nutshell*, 51 Harv. L. Rev. 638, 649 n. 29 (1938).

<sup>89</sup> "Dow. vs. Northern R. R.", 67 N. H. 1, 36 Atl. 510 (1886) y *Opinion of the Justices*, 66 N. H. 629 (1891) (conocido popularmente como el caso "Corbin's"). Para el abuso severo y poco ilustrado del senador Chandler hacia Doe, ver CHANDLER, William Eaton, *The people interest in the Concord railroad* (1895).

<sup>90</sup> "Concord Mfg. Co. vs. Robertson", 66 N. H. 18, 25 Atl. 718 (1889). En este caso, Doe hizo un esfuerzo desgastador para encontrar la base histórica de su decisión, pero como señalara el juez Putham, casi todos los precedentes que citó podrían haber sido usados para sostener la postura contraria. "Percy Summer Club vs. Astle", 145 Fed. 53 (C. C. N. H. 1906). Para una evaluación crítica ver HENING, *supra* nota 20, en 296-302.

<sup>91</sup> El hijo del juez Carpenter, Phillip, con quien había ejercido como abogado antes de ser nombrado juez, una vez realizó una parodia mordaz de Doe en la que se lo muestra como una persona que basa sus decisiones en "que el derecho hasta el momento se ha entendido de manera contraria". CARPENTER, *Response to the Toast*, "The 58<sup>th</sup> N. H. Report", 1. Proc. Grafton & Coos. B.Ass'N 44 (1882).

<sup>92</sup> "La novedad tenía, sin lugar a dudas, algún encanto para él, especialmente como método para sacar conclusiones. A veces prefería idear un camino propio entre muchos, en lugar de recorrer el camino más transitado". SMITH, Jeremiath, *Memoir of Hon. Charles Doe* 28 (1897). SMITH, *Memoir of Charles Doe*, 2 PUB. So. N. H. B. Ass'N 125, 150 (1899).

<sup>93</sup> ALLEN, *Charles Doe*, 1849, 13 Darmouth Illumini Mag. 283, 284 (1921).

por la justicia auténtica, Carpenter nunca pudo detener la alarma que había sentido en un principio durante el caso “Haverhill School-House”. Para Carpenter, un hombre que animado y sin problemas designara a un árbitro en un caso penal, siempre sería peligroso. Aun así, por debajo de la superficie, podemos distinguir la ligera envidia que el precavido siempre sintió por el audaz. Luego de la muerte de Doe, Carpenter recordó el caso “Haverhill School-House” y noblemente admitió que el tema fundamental que los había dividido había sido la justicia versus la formalidad.<sup>94</sup>

Fuera de su gran habilidad [la de Doe] y conocimiento exhaustivo del Derecho, su característica más saliente como juez fue el amor por el sistema de *Equity* natural.

Si en algún momento se dejó llevar por el mal camino, fue por su deseo intenso de hacer justicia o de impedir la injusticia entre las partes que se presentaban ante él. Hace 30 años mandó un caso penal a ser resuelto por un árbitro. Recuerdo el caso simplemente para decir que haya ido o no más allá de su autoridad cuando dio esa orden, nadie, ni siquiera el abogado del Estado, que se opuso a la orden, ni cualquier otro que conociera los hechos, hubiera dudado por un instante que la justicia igualitaria y exacta en sentido abstracto, se estaba aplicando a todas las partes intervinientes.

Al igual que en su carta a Jeremiath Smith, uno puede sentir a Carpenter deseando haber tenido el mismo coraje que el que tuvo Doe en sus convicciones. Pero hasta donde él sabía, y a pesar de que él pudo darse cuenta de que Doe estaba buscando justicia (más allá de que muchos dudaran de ello), sin embargo, siempre consideraría la uniformidad, la certeza y el precedente más vitales e importantes para el derecho que las relativas y vagas nociones de la justicia abstracta.

Un examen de sus vidas, hábitos personales y carreras ofrece pocas pistas de por qué Carpenter tenía devoción por lo puntilloso y por qué Doe era un destructor de lo falso. Hay poco en sus pasados que explique sus actitudes profesionales contrastantes. Ambos eran descendientes de familias “yanquis”, el radical Doe heredó un patrimonio considerable, mientras que Carpenter era el cuñado de Jonathan Ross, jefe de justicia de

<sup>94</sup> CARPENTER, *supra* nota 36, en 103-04.

Vermont. Su educación ciertamente contradice cualquier expectativa. Doe asistió a Darmouth, por ese entonces un “antro” de ortodoxos, mientras que el padre de Carpenter lo envió a Williams para que se encontrara bajo la influencia liberadora de Mark Hopkins. El controvertido Nathan Lord fue luego presidente de Darmouth y Doe reaccionó a su severa pedagogía.<sup>95</sup> Lo que más caracterizó la vida de Doe, famoso en toda Nueva Inglaterra mientras vivió, fue la simplicidad de sus hábitos. A pesar de su buen pasar económico, tuvo una vida casi frugal, manifestándose para ser un ejemplo para sus vecinos en una era en la que la individualidad era un recursopreciado. Muchas veces confundido con un granjero o un leñador, usaba un abrigo soso, pantalones sin planchar y borceguíes pesados y desprolijos. La única figura pública que combinaba con la mezquindad de Doe era el juez Carpenter. A pesar de que éste se interesaba más en su apariencia personal que Doe, la vida judicial de Carpenter no tuvo mayores ostentaciones y su vida privada fue extremadamente simple. Se jactó de ello en la práctica; nunca había tenido una tarjeta personal, ni un membrete, ni un anuncio, o un cartel en su puerta. Exceptuando un viaje que Doe hizo a Europa, ninguno de los dos se tomó vacaciones.

Los dos juristas eran diferentes en lo físico. Carpenter era un hombre delgado, pálido y estudioso, con una barba ridículamente larga, estrecha y pronunciada que se extendía por debajo de su pera. Doe era de estatura mediana, mínimamente encorvado y fornido, con bigotes grisáceos y desprolijos. Carpenter era retraído mientras que Doe era muy sociable. No era el Carpenter irritado, sino el Doe generoso quien sufría de enfermedades crónicas. En sus días de joven, Carpenter había sido un *whig* inactivo que se deslizaba de manera natural y silenciosa en el doblez republicano, mientras que Doe era un vigoroso demócrata hasta 1859, cuando insatisfecho por la decisión *Dred Scout*, causó sensación abandonando el partido. Había sido un orador efectivo y poseía una de las lenguas más inteligentes en New Hampshire. Carpenter, por el contrario, no era fluido al hablar y estaba totalmente desprovisto de elocuencia. Por dicha razón, muy raramente se presentaba frente a un jurado, a

<sup>95</sup> Ver, REID, *Spoiled Children of Hanover: A letter from Charles Doe. 1849*, Dart Alumni Mag., Marzo de 1959, p. 30.



pesar de que sobresalía preparando casos. Era el “Señor” de los abogados en las apelaciones. El profesor Jeremiah Smith de Harvard, que se encontraba en la Suprema Corte cuando Carpenter apareció frente a él, sostuvo que era “el mejor expositor de casos, en términos de Derecho”.<sup>96</sup> A diferencia de Carpenter, Doe se dedicó casi exclusivamente a los juicios por jurado. Los pocos casos en los que realizó su exposición frente al tribunal en pleno fueron aquellos llevados a cabo en *nisi prius*. Con tal entrenamiento, uno podría suponer que Carpenter era el pensador original con conocimientos fundamentales extensos.

Otra contradicción fundamental se encuentra en la edad que tenían cuando los nombraron jueces. Doe sólo tenía 29 años, una edad que muchos observadores consideraban demasiado joven para designar al claustro judicial, o como argumentaban, que haría que se asentara en sus modos, temeroso al cambio, y contraería una rigidez legal.<sup>97</sup> Aun así, era Carpenter y no Doe, quien era preciso y quien no fue nombrado juez hasta la avanzada edad (para New Hampshire) de 52 años.

Quizá la diferencia más tajante entre estos dos hombres, al menos la que sus contemporáneos recalcaron, fue su interés en la literatura. Doe nunca leyó por recreación a no ser por las hojeadas que le daba al *Roget's Thesaurus*, si se lo puede llamar recreación. La única novela que se le conoce haber leído fue *Les Misérables*, y algunas páginas cuidadosamente marcadas de la batalla de *Waterloo*. En un momento, se interesó por *The Baconian Theory of Shakespeare's Plays*, y lo examinó concienzudamente para encontrar pruebas de que el autor había sido abogado. Descubrió muchos pasajes que sostuvo que solamente un abogado podría haber escrito, pero no existe evidencia alguna que demuestre que haya encontrado placer al leer las obras de teatro. Carpenter, por otro lado, leía cualquier cosa “desde una historia del Sabbath-School y la Youth's Companion, hasta Huxley y Darwin y Spencer”.<sup>98</sup> Leía en francés tan fácil-

<sup>96</sup> SMITH, *Appreciation of Harry Bingham*, en *Memorial of Hon. Harry Bingham* 495, 496 (1910).

<sup>97</sup> *Contra* “Si su experiencia [la de Doe] como profesional hubiera sido más prolongada, un mayor respeto por las formalidades del procedimiento y su seguridad hubieran, sin duda, modificado el radicalismo intenso de las reformas procedimentales”. HENING, *supra* nota 20, 244-45.

<sup>98</sup> ALDRICH, *supra* nota 2, en 324.

mente como en inglés, alemán bien, italiano regular y un poco de español. Mientras se desempeñaba como abogado, leía a Hume una vez al año y llevaba libros en griego y latín en su maleta verde. Luego de ser nombrado juez, se volcó por las novelas francesas. Sus favoritas eran aquellas escritas por Balzac, Gaboriau y Zola. Le gustaba Dumas y discutía las similitudes entre él y Scout con cualquiera que lo escuchara. Uno de los hombres que se negaba a escucharlo era Doe, ya que no sabía nada de ninguno de los dos autores. El profesor Hening ha sugerido que ésta fue una explicación para las actitudes mentales antagónicas de los dos juristas.<sup>99</sup> Aun aquí nos encontramos con una paradoja en la enseñanza. Ello porque no fue el gran lector Carpenter quien era inquisitivo, de mente perspicaz, sino que así era Doe. Tampoco eran las opiniones de Carpenter, sino las de Doe, las que evidenciaban una amplia base de conocimientos y una fuerte preocupación por los problemas sociales. Se podría decir que a Carpenter simplemente le faltaba la marcada originalidad y apertura mental de Doe y que este último hubiera sido mejor juez de haber poseído el amor que Carpenter sentía por el conocimiento y por su búsqueda. Pero ello no explica el dilema ni nos ayuda a entender las diferencias entre ellos como teorizadores legales que aplicaron el Derecho para cumplir con las necesidades sociales, de forma muy diferente. Sin embargo, plantea la interesante pregunta respecto de si Doe entorpeció su propia carrera al no haber sido un estudiante de, al menos, la escena estadounidense contemporánea. Una respuesta fácil sería que no era importante, porque el fuerte de Doe era el procedimiento y no formaba parte de su tarea resolver grandes cuestiones constitucionales.<sup>100</sup> Sin embargo, ello no es del todo cierto, o al menos aceptar eso implicaría aceptar que las decisiones importantes de Doe fueron aquellas que aun hoy son significativas. El hecho es que Doe escribió opiniones en todas las ramas del Derecho, incluida la interpretación constitucional que, para sus contemporáneos, parecía imaginario y lejos de alcanzar. En verdad, la única conclusión justa a la que podemos llegar es que al igual que

<sup>99</sup> HENING, *supra* nota 20, en 305.

<sup>100</sup> "Pero las innovaciones de Doe al Derecho sustantivo fueron menos numerosas y probablemente menos significativas que las radicales reformas al Derecho de forma". Nota, *Doe of New Hampshire: Reflections on a Nineteenth Century Judge*, en 63 Harv. L. Rev. 513, 519 (1950).

abogados como Jeremiah Mason<sup>101</sup> o jueces como David Brewer,<sup>102</sup> Doe simplemente no leía nada que no estuviera conectado con el Derecho y que su trabajo no sufrió por tal hecho, al menos cuando se lo compara con el trabajo de Carpenter.

Las generalidades no probarían demasiado. Si uno afirmara que el concepto de justicia de Doe era altamente personal, también debería admitir que Carpenter tenía un concepto personal respecto de los precedentes. Carpenter hubiera estado de acuerdo en admitir que era un juzgador mientras que Doe era un legislador, que su fuerte eran las formas, mientras que el de Doe era el contenido. Pero no hubiera reconocido la prudencia (a pesar de admitir la justicia) de la "*Nomology*" (el estudio y descubrimiento de la física general y la lógica del Derecho) de su colega, más de lo que Doe hubiera reconocido la previsión de su jurisprudencia. Y resultaría injusto para ambos sostener que Carpenter era un amateur legal y que Doe era un destructor de instituciones, ya que Carpenter era un estudioso del Derecho y Doe tenía como propósito reformar los procedimientos a fin de fortalecer las órdenes judiciales tradicionales preservando al menos sus nombres y manteniendo así la continuidad histórica e impidiendo su destrucción a través de los códigos de procedimiento.

Se puede plantear una generalidad, sin embargo; que Doe fue el último gran jurista legislador del siglo XIX. Trabajó en la tradición de Shaw en Massachussets, *Ryan of Wisconsin* y *Redfield of Vermont*, en una era anterior a que los poderes legislativo y ejecutivo tomaran el control de las funciones de hacer política y que los tribunales se resignaran al

<sup>101</sup> Luego del comentario en cuanto a que Mason nunca permitió que "el encanto de la literatura" lo apartara de los libros de Derecho, uno de sus biógrafos citó el famoso lamento de William Wirt: "¡Enterrarse en un libro de Derecho durante ocho o diez años, sin la posibilidad de abrir un libro con buen gusto por un solo día! ¡Oh, horrible! ¡Horrible! ¡Muy horrible!", CLARK, G. J., *Memoirs of Jeremiah Mason* 39 nota a (1917).

<sup>102</sup> Le preguntaron al juez Brewer si había leído mucha ficción y se dice que respondió: "Muy poca [...] El verano pasado leí *To have and to Hold*". Cuando se le consultó acerca de sus lecturas en economía e historia, respondió: "Dios me bendiga, no. Es uno de los castigos para aquellos que ocupen los estrados, que sólo puedan leer cuestiones relacionadas con el Derecho". LARDNER, *Judges As Students of American Society*, 24 Ind. l. j. 386, 389 (1949).

deber negativo de la revisión judicial (excepto, quizá, en el área de los derechos civiles). Ningún juez pertenecería hoy a la corriente dominante de la tradición judicial contemporánea si se comprometiera a declarar el derecho de propiedad sobre los estanques,<sup>103</sup> reescribir las reglas en contra de la perpetuidad<sup>104</sup> o privar a su Estado de millones de dólares<sup>105</sup> con los golpes valientes y la audacia segura de un Charles Doe. Carpenter estaba más en su casa en esa década que junto a Doe. Quizá fue el reconocimiento de que la necesidad de legisladores judiciales, al menos en New Hampshire, terminó cuando el gobernador en 1896 decidió nombrar a Carpenter como jefe de justicia para suceder a Doe.

El juez Doe murió en una estación de trenes camino al inicio de su mandato judicial en Concord. Había sido la promesa de un típico período en los tribunales, ya que en su maletín llevaba una opinión en disidencia, una disidencia que intentaría usar en respuesta a la opinión mayoritaria de Carpenter y con la que tenía la esperanza de ganarles a sus colegas. “Voy a convencer a esos caballeros de que están equivocados”<sup>106</sup> exclamó, refiriéndose sin dudas a Carpenter.<sup>107</sup>

El jefe de justicia Carpenter heredó de Doe una Corte cuyo prestigio ha sido igualitario en ocasiones y que ha operado bajo el procedimiento racionalizado y eficiente como cualquier otro en el mundo del *common law*. A pesar de haberse opuesto a la mayoría de las reformas de su antecesor, Carpenter era demasiado honesto para reconocer la deuda que cada abogado de New Hampshire tenía con Doe. Con mucho cariño admitió: “Ningún juez ha vivido para ejercitar una fuerte influencia en dirección a la reforma en su propia jurisdicción más que el juez Doe, exceptuando a uno y ese fue Lord Mansfield”, y “en ningún lugar en los estrados de Dios, la justicia pudo ser obtenida de manera tan barata como en New Hampshire a través de la influencia del juez Doe”.<sup>108</sup>

<sup>103</sup> “Concord Mfg. Co. vs. Robertson”, 66 N. H. 1, 25 Atl. 718 (1889).

<sup>104</sup> “Edgerly vs. Baker”, 66 N. H. 434, 31 Atl. 900 (1891).

<sup>105</sup> Opinión de la justicia, 66 N. H. 629, 33 Atl. 1076 (1891) (caso conocido popularmente como *Corbin’s Case*).

<sup>106</sup> PIKE, *supra* nota 31, en 484.

<sup>107</sup> El caso era “State vs. Gerry”, 68 N. H. 495, 38 Atl. 272 (1896).

<sup>108</sup> HENING, *supra* nota 20, en 248.

Cada hombre contribuyó en el desarrollo del Derecho, manteniéndose cada uno firme en sus principios. Aun así, el juez Ladd probablemente expresó la opinión de la mayoría de los jueces cuando dijo:

Por suerte ninguno de los puntos de vista extremos ha prevalecido en nuestra Corte en los últimos años, pero la forma que ha tomado nuestra jurisprudencia se debe en gran medida a la influencia conjunta de estos dos fuertes intelectos contrastantes.<sup>109</sup>

No importa qué lección intentemos aprender de ellos en términos de perspectiva legal, un viejo amigo de ambos prefirió que nos entretuviéramos con la manera en la que se asociaron.<sup>110</sup>

La dedicación absoluta de sus vidas y su trabajo a la profesión elegida es algo más que único. La alta concepción de la profesión que los indujo a avasallar la ambición política y a dejar de lado las preferencias políticas que a veces estaban a su alcance, que hasta el final el trabajo que eligieron debía estar bien hecho y que las aprobaciones por dicho trabajo iban a llegar con los años, constituye una devoción profesional que merece ser tomada en cuenta para ser emulada. La alta consideración y el respeto de uno por el otro son conocidos por todos. Cada uno fue tolerante de la razón e inspirado por la lógica del otro. Ésta es generalmente la verdad de los hombres fuertes... Ninguno era de opinión orgullosa y poco razonada, en vano. Escuchaban las razones del otro de manera silenciosa, paciente y respetuosa. Eso fue encantador.

<sup>109</sup> LADD, *supra* nota 3, en 187.

<sup>110</sup> ALDRICH, *supra* nota 2, en 323.



## La literatura y el cine como herramientas para la formación ética de los jueces

CARLOS RÍOS\*

En lo que sigue me gustaría proponer un programa de formación que, en tendencia, permita articular los aspectos teóricos de la enseñanza del Derecho en la escuela judicial, sobre la base de la ponderación de los valores que se encuentran consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Este programa se deriva de la necesidad de que la formación que imparte el Instituto de la Judicatura Federal no sólo se dirija a proporcionar a quienes aspiran a seguir la carrera judicial los instrumentos técnicos, doctrinales y jurisprudenciales necesarios para ejercer una administración de justicia profesional. Si bien tales dimensiones son indispensables para la formación judicial, no son suficientes para obtener un sistema de impartición de administración de justicia que sea acorde con los principios y valores constitucionales que constituyen a los Estados de Derecho contemporáneos. Una de las críticas más recurrentes a los programas formativos de las escuelas de Derecho y de los diversos institutos que imparten programas de entrenamiento jurídico, no sólo en México, sino en diversas partes del mundo, es que en general no se orientan adecuadamente hacia el logro de los valores de las sociedades democráticas.<sup>1</sup> Dichos programas no reflejan una adecuada articulación entre los contenidos curriculares y los principios constitucionales que orientan los distintos sectores del ordenamiento jurídico, como acertadamente han planteado Lasswell y McDougal.<sup>2</sup> La enseñanza

\* Universidad Iberoamericana, México.

<sup>1</sup> Por valores, claro está, debemos entender aquellos que fueron consensuados por una comunidad política históricamente determinada, y que por lo menos en los dos últimos siglos han sido incorporados a las cartas constitucionales de los distintos países.

<sup>2</sup> BÖHMER, Martín (comp.), "Enseñanza del Derecho y políticas públicas: entrenamiento profesional para el interés público", pp. 73-104, en *La enseñanza del Derecho y el ejercicio de la abogacía*, Barcelona, Gedisa, 1999.

del Derecho ha respondido casi en su totalidad al tecnicismo legal: los problemas son definidos y clasificados en términos de problemas legales que suponen un alto nivel de abstracción, más que objetivos de carácter social. Los conceptos jurídicos, de acuerdo con esta perspectiva, así como las teorías jurídicas que en principio sólo son instrumentales, adquieren una centralidad que no les corresponde, lo cual inevitablemente conduce a una especie de fetichismo jurídico.

El caso mexicano ha sido estupendamente descrito por José Ramón Cossío,<sup>3</sup> quien ha planteado que la aproximación a la Constitución, que prevaleció en la época posrevolucionaria, se tradujo en una lectura inocua de la fuerza normativa de las normas superiores del ordenamiento. El estilo de la enseñanza del Derecho se caracterizó por considerar al texto de la ley como fuente primaria del conocimiento jurídicamente relevante, lo cual paralelamente produjo una marginación creciente de los contextos sociales y políticos en la que ésta se inscribe, así como por una casi completa desconsideración de la jurisprudencia.

Así pues, una tarea pendiente en los programas educativos del Derecho es hacer una reorientación de sus estilos y contenidos para fomentar que su enseñanza sea acorde con las necesidades de una política pública democrática. Todas las estructuras jurídicas, definiciones y doctrinas se deben enseñar, evaluar y recrear en términos de los valores democráticos y de los objetivos sociales señalados en la Constitución. La sintáctica legal, las estructuras jurídicas y los procedimientos se deben relacionar con estos contextos institucionales más amplios y con los significados concretos que les dan significación operativa.

Si lo anterior es válido respecto de la enseñanza general del Derecho, con mayor razón lo es respecto de la formación judicial. Uno de los aspectos que más preocupa en la actualidad a la política educativa de la escuela judicial mexicana es el concerniente a la formación axiológica<sup>4</sup>

<sup>3</sup> *Cambio social y cambio jurídico*, México, ITAM-Porrúa, 2001, pp. 106 y ss.

<sup>4</sup> Más adelante explicaré extensamente a lo que me refiero con la expresión formación axiológica; sin embargo, debo precisar de entrada que no se trata de una tarea de carácter moralizante de las tareas de los juzgadores. Se trata de una formación que atienda antes que nada a las virtudes epistémicas de los juzgadores, al conjunto de habilidades que son necesarias para la identificación de las normas relevantes para la resolución del caso, y al conocimiento de las situaciones reales que informan las controversias jurídicas.



de los nuevos funcionarios jurisdiccionales. Y es que a lo largo de la existencia del IJF se ha podido constatar que existe una suerte de asimetría entre el entrenamiento judicial orientado a que los alumnos obtengan las habilidades técnicas y teóricas necesarias para el desarrollo eficaz de sus funciones de administración de justicia, y la formación de actitudes axiológicas.<sup>5</sup> Es necesario orientar la formación judicial para que promueva estas actitudes de modo que sean estructuralmente funcionales a los contenidos a los que me referí más arriba.

Así pues, quiero explorar aquí los recursos que la literatura provee para la reorientación que he señalado.

A pesar de que en la escuela judicial siempre ha existido la preocupación por la formación axiológica que se ha concretado en programas académicos, los contenidos de dichos programas no han logrado todavía funcionar como ejes de la lectura del Derecho. Ello en gran medida se debe a que las concepciones tradicionales de la ética judicial se concretan a tratar de describir cómo deben vivir los juzgadores, o a proponer códigos deontológicos de buena conducta.<sup>6</sup> Como quiera que sea, creo que cualquier programa serio de axiología de la función judicial tendría que referirse a cómo leer el ordenamiento desde una clave valorativa. Esa clave se encuentra enmarcada en el sistema de valores que puede ser reconstruido desde el interior de la práctica judicial.

La función jurisdiccional, como toda actividad práctica, no es una simple aplicación mecánica de reglas; supone el conocimiento no sólo del sistema jurídico, sino de las complejidades de los contextos sociales en los que el juez deberá desarrollar su función, y del sistema axiológico que la orienta.

El hecho de que la ética judicial tenga que ser reconstruida desde el interior de la práctica jurisdiccional no quiere decir que la ética judicial es un saber separado de la reflexión moral en general; por el contrario,

<sup>5</sup> Por actitudes axiológicas entiendo la posibilidad de desarrollar hábitos intelectuales que permitan hacer una correcta lectura del ordenamiento jurídico desde el punto de vista axiológico.

<sup>6</sup> Ambos tipos de ética judicial son en mi opinión inadecuados: el primero por su carácter moralizante e intrometido con el ideal de perfección de los jueces como ciudadanos, el segundo porque desestima el aspecto de motivación de la acción moral, de modo tal que siempre queda sin respuesta la pregunta que interroga por qué debo cumplir con mi deber.

estimo que las dificultades para la implementación de un programa educativo en materia de ética judicial comparte en buena medida los mismos problemas que actualmente recorren el desarrollo del saber práctico general. Este núcleo común se manifiesta en las dificultades que con la consolidación de las sociedades secularizadas tiene la justificación racional de una ética no vinculada a imágenes predeterminadas de vida buena. La pluralidad de los relatos con contenido moral que existen en las sociedades contemporáneas torna inviable tratar de recurrir a un sólo código moral a los efectos de poder determinar la corrección de instituciones, acciones y políticas desde una perspectiva ética. El proceso de desencantamiento de las imágenes del mundo torna cada vez más compleja la intención de poder referirnos a una ética universalmente vinculante.<sup>7</sup>

Este fenómeno ha conducido a que se produzca una disociación entre los relatos de vida buena y los principios éticos que deben ser observados en el espacio público, lo cual también ha generado la correlativa desvinculación entre la “ética social” y la “ética individual”, de modo tal que cada vez con mayor intensidad los discursos éticos posmodernos conducen a ideales estéticos para describir la identidad moral y marginan la posibilidad de construcción de una ética pública.<sup>8</sup> Esa tendencia margina el discurso ético de las dimensiones sociales, produciendo lo que Habermas<sup>9</sup> ha llamado “el renacimiento del neoconservadurismo”.

Lejos de considerar que esta disociación debe ser eliminada, considero que es necesario hacerle frente en todas sus consecuencias. Cualquier tipo de justificación que presentemos sobre los modelos de ética judicial necesariamente tendrá que construirse sobre la base del presupuesto fundamental del pluralismo de las sociedades contemporáneas y de la im-

<sup>7</sup> Lo anterior no quiere decir que se asuma una concepción del saber práctico de naturaleza relativista, antes bien considero que una discusión del saber práctico tiene que estar vinculado a pretensiones universalistas. Sin embargo, en el contexto que ahora me ocupa la discusión puede ser obviada, en la medida en que los valores constitucionales se encuentran positivamente reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico.

<sup>8</sup> Tal sería el caso de los trabajos de ética de autores como VATTIMO, *El sujeto y la máscara*, Madrid, Península, 1997; LYOTARD, Jean-Francois, *La condición posmoderna*, Madrid, Cátedra, 1989, y RORTY, Richard, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona, Paidós, 1991.

<sup>9</sup> HABERMAS, Jürgen, *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, Taurus, 1990.

posibilidad de proponer a la ética como un modelo de vida buena.<sup>10</sup> Ello no quiere decir necesariamente que debemos abandonar de una buena vez los presupuestos de una ética de las virtudes; antes bien me parece que sería posible, mediante algunas adecuaciones, seguir pensando en términos aristotélicos el tema de las virtudes, para la ética judicial, con un enfoque como el que sugieren, entre otros, Carlos Thiebaut y Adela Cortina.

Thiebaut<sup>11</sup> apunta que es posible pensar con una matriz conceptual aristotélica, sin comprometernos con los presupuestos de su antropología. Es posible hacer un análisis de las virtudes en Aristóteles a partir de una triple perspectiva: en primer término habría que referirse a la cuestión de naturaleza descriptiva, en la que el filósofo da cuenta de la noción de virtud atendiendo a las expresiones y prácticas acuñadas en su cultura; sin embargo, a ese carácter descriptivo, deberían agregarse dos notas ulteriores: su carácter normativo y su carácter analítico. El planteamiento normativo implica que la investigación ética se realiza no con intereses puramente epistémicos, sino fundamentalmente prácticos, esto es, determinar cómo se debe vivir; en otras palabras, cómo ser bueno. Esa comprensión se realiza con una analítica de los factores que intervienen en la definición de algo como bueno o virtuoso. Thiebaut plantea la posibilidad de que la dimensión analítica, o por lo menos una forma de comprensión de la misma, puede separarse de las otras dos dimensiones, de modo tal que no nos comprometa con los niveles descriptivo y normativo de la ética aristotélica. Estos niveles de la ética no pueden mantenerse sin cambios en las actuales circunstancias de las sociedades contemporáneas en las que los sujetos han transformado profundamente las estructuras de comportamiento y los valores que orientan su acción. Rescatar el planteamiento aristotélico haciendo esta restricción analítica de la virtud implica circunscribir un problema tradicional de la ética a un problema de naturaleza filosófica. En tal sentido, Thiebaut practica

<sup>10</sup> Discrepo completamente con el planteamiento de Manuel Atienza en el sentido de que la ética es única y última; me parece que su posición incurre en el defecto que MacIntyre señalaba respecto de la no "contextualización" del pensamiento práctico. ATIENZA, Manuel, *Cuestiones judiciales*, México, Fontamara, 2001.

<sup>11</sup> THIEBAUT, Carlos, "Sensibilidad, reflexibilidad y aprendizaje: tres rasgos de las virtudes en la ética clásica", en *Cuestiones morales*, Madrid, Trotta, 1999.

una restricción cuya estrategia es centrar el interés en aquellas virtudes que Aristóteles denomina *dianoéticas*, o de la inteligencia, haciendo a un lado el carácter, y segregar del proyecto global aristotélico sus supuestos metafísicos y psicológicos, para comprender los problemas abordados bajo la rúbrica de la virtud aristotélica, pero en el marco de un programa filosófico ajeno a los del autor clásico. Las virtudes de naturaleza ética, no obstante, no podrán desaparecer, en la medida en que están vinculadas a la configuración de una determinada sensibilidad moral de los actores morales.

La definición aristotélica de virtud supone que no es una pasión ni tampoco una facultad, se trata más bien de un modo de ser libremente adquirido por el sujeto moral. Este modo de ser se refiere, en primer lugar, a las acciones y sentimientos de los hombres, es decir, a su sensibilidad. Vienen definidos en segundo lugar por un término medio, el cual se ejemplificaría según un principio racional, tal como sería empleado por el hombre prudente. En esta caracterización pueden apreciarse tres elementos: la sensibilidad, la reflexividad y el aprendizaje, que son relevantes para el análisis de las disposiciones de los individuos en su comportamiento moral. La virtud es un modo de ser selectivo, como hábito elegido de una manera de decidir. No es lo que nos pasa, sino el modo en que decidimos enfrentarnos a lo que nos pasa, no es aquello que nos viene dado en nuestro punto de partida, sino aquello que se decanta en nuestro punto de llegada (la felicidad, de acuerdo con el eudemonismo). Las virtudes son pues, disposiciones que los sujetos adquieren activamente y, al considerarlas analíticamente, adquieren un carácter adverbial; prestan el tono a lo que se es y a lo que se hace centrándose “en la manera en que se es o se hace”. Las virtudes son modos y maneras de hacer bien aquello que es bueno y, consecuentemente, la manera buena de ser bueno. Esa “adverbialidad” del comportamiento moral se concreta en actitudes y en juicios particularizados de carácter moral; implicará el rechazo de determinados comportamientos y la aceptación de otros, y reclamará determinados contenidos morales que se concretarán en los diversos contextos prácticos.

Las virtudes son disposiciones activas del sujeto referidas, primero, al campo de la sensibilidad y al de las acciones. Se trata, por supuesto, de la sensibilidad referida a la actividad de nuestro conocimiento prác-

tico. Es una sensibilidad conformada de determinada manera por determinadas prácticas de habituación que permiten adquirir la capacidad de percibir la relevancia de determinados factores en una situación moral, haciendo de esa capacidad activa un elemento determinante de nuestra racionalidad práctica.

Otro de los rasgos ya señalados con anterioridad de la naturaleza de la virtud es su reflexividad. Thiebaut plantea que es posible entender la doctrina del término medio en términos de un quehacer reflexivo. La idea de término medio sugiere una cierta relatividad, entre el sujeto al que se refiere, que atiende a las diferencias humanas. El medio no es una regla universal fija de una vez por todas, antes bien se trata de la medida interna de cada cual. Esa medida interna se obtiene discursivamente, cada sujeto moral determina su propia medida. La cuestión en torno a la determinación del término medio puede ser conceptualmente diferenciada, y aquí está el punto clave, de la discusión sobre el “fin del hombre”. La finalidad, la teleología de la acción, se establece desde la acción y desde el sujeto mismo, desde su particular reflexividad, y no tiene por qué requerir una metafísica de ese sujeto. No es necesario el concepto de fin del hombre para poder hablar de la finalidad de las prácticas y del sentido que tienen esas acciones.

Las acciones humanas están gobernadas por su propia idea de fin; en este sentido es posible pensar que la sensibilidad y la reflexividad de la virtud se adecuan a la teleología de la acción en cuestión, sin que sea necesario remitirnos a una idea de lo bueno en general, sino a la idea de lo bueno respecto de ciertas prácticas concretas, en nuestro caso, la práctica jurisdiccional.

Esta conclusión es coincidente con la forma en que Adela Cortina ha enfocado la cuestión de las éticas aplicadas. De acuerdo con Cortina,<sup>12</sup> las éticas aplicadas tienen una estructura circular similar a la hermenéutica crítica, es decir, no parten de unos primeros principios con contenido para aplicarlos. No obstante, tampoco se trata de éticas situacionales, ya que en algún sentido parten de principios de alcance medio desde la

<sup>12</sup> CORTINA, Adela, “El quehacer público de las éticas aplicadas”, en *Razón pública y éticas aplicadas. Los caminos de la razón práctica en una sociedad pluralista*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 13 a 44.

práctica cotidiana que tienen la pretensión de “incondicionalidad” referida al contexto específico de dicha práctica. Esto último no supone obviamente que las éticas aplicadas estén por completo desvinculadas del saber práctico general; se trata de un concepto de parecido de familia.<sup>13</sup>

Las éticas aplicadas se refieren en todo caso a aquellas obligaciones de naturaleza moral que derivan de la racionalidad interna de las prácticas. En este sentido, cuando abordamos el estudio de una práctica social, debemos atender primero a los fines de las actividades que la conforman, y sólo después a las instituciones que, como medios, sirven para satisfacerlos. Si se procediera en forma inversa los principios de la actividad estarían gobernados por las condiciones institucionales y no viceversa.

A los efectos de lograr una descripción de las prácticas es necesario destacar, entre otros aspectos, las metas sociales a partir de las cuales se constituye su horizonte de sentido, los mecanismos institucionales que resultan idóneos para alcanzar dichas metas, así como delinear un mapa de las relaciones que la práctica en cuestión tiene con otras, así como con el discurso práctico general.

Es a partir de las finalidades y metas que constituyen la práctica como se debe evaluar las instituciones que la conforman y la actuación de los sujetos que en ella participan. Cortina plantea, por ejemplo, que las metas internas de prácticas como la sanidad se identifican con el bien del paciente; las de la docencia con la transmisión de la cultura y la formación crítica de las personas. Quienes se encuentran comprometidos en estas prácticas no pueden gobernar sus acciones de acuerdo con sus preferencias personales, sino por las propias metas que las prácticas suponen. En el interior de la práctica pueden ser elegidos diversos cursos de acción que cumplen con las metas; sin embargo, el grado de posibilidades en la elección de medios tiene evidentes limitaciones. Las distintas prácticas se caracterizan por las metas que sólo mediante ellas se obtienen, por los valores que en la persecución de las mismas se descubren y por las virtudes cuyo cultivo reclaman. La diversidad de prácticas plantea la necesidad de que las investigaciones en torno a las éticas aplicadas sean también diversificadas, de modo tal que, sin realizar una descon-

<sup>13</sup> La categoría “parecido de familia” la acuñó Wittgenstein en las investigaciones filológicas.

xión con el discurso práctico general, descubran los principios, valores y virtudes que resultan necesarios para que las prácticas sean efectivas.

Lo que ahora es necesario discutir es qué idea de fin, de bien, articula la práctica jurisdiccional, y qué modalidades adverbiales de la acción están supuestas en esta compleja actividad. En seguida, sería igualmente deseable reconstruir qué formas de la sensibilidad son necesarias para los efectos de captar los aspectos relevantes de las distintas situaciones que se presentan en la práctica jurisdiccional, y cómo se puede entrenar a los funcionarios jurisdiccionales para que adquieran esa sensibilidad. Para decirlo con Taylor,<sup>14</sup> se trataría de reconstruir el mapa moral que delinea los ejes de la práctica jurisdiccional.

Este mapa moral de la modernidad se ha construido a partir del discurso de los derechos, el cual constituye el relato moral moderno como una ampliación expansiva del "Otro". Nuestros discursos legales se articulan sobre la base de un ensanchamiento respecto de quienes son los otros relevantes. El hecho de que sea en la esfera legal en la que ese mapa moral de la modernidad se muestra con mayor claridad no es obstáculo para percatarnos de que ha venido colonizando otras esferas del mundo de la vida, y el horizonte a partir del cual mediamos con la realidad.

Así pues, de acuerdo con esta perspectiva, el espacio moral del Estado Constitucional de Derecho se nutre de una justificación ético-política que considera el espacio de derechos de la persona como su plataforma fundamental. Ahora bien, también habría que considerar cuáles son en concreto los contenidos axiológicos que trazan el mapa del Estado Constitucional de Derecho. Ferrajoli<sup>15</sup> distingue cuatro criterios axiológicos específicos referidos todos ellos al valor de la persona considerada siempre como fin y nunca sólo como medio, a saber: igualdad, democracia, paz y tutela del más débil. Tales criterios sirven para determinar las opciones ético-políticas a favor de los valores de la persona –vida, dignidad, libertad, supervivencia– que son establecidos positivamente como fundamentales bajo la forma de expectativas universales y, por otro, son

<sup>14</sup> TAYLOR, Charles, *Sources of the self: The Making of the Modern Identity*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1989.

<sup>15</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.



sugeridos por la experiencia histórica del constitucionalismo democrático, la cual se ha construido sobre la base de esos ejes. Ferrajoli explica estos criterios vinculándolos con la noción de derechos fundamentales de la siguiente forma: el primer criterio se refiere al nexo entre derechos fundamentales e igualdad. En las constituciones contemporáneas, incluida la mexicana (art. 1º), se prevé una definición normativa universal de los derechos, la cual equivale a la igualdad en su titularidad a los que les son atribuidos, de acuerdo con los tres estatus reconocidos por la generalidad de los ordenamientos: personas, ciudadanos y personas con capacidad de obrar. El segundo criterio es el atinente a la vinculación que existe entre derechos fundamentales y democracia, tal como Ferrajoli entiende este concepto, es decir, a su aspecto sustancial, que no es otra cosa que el conjunto de límites y vínculos impuestos a la mayoría por los derechos fundamentales. El tercer criterio se refiere a la vinculación que existe entre derechos fundamentales y paz, el cual ha sido establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos promulgada en 1948. Existe una relación de determinación mutua entre la conservación de los derechos fundamentales y la paz.

Finalmente, el cuarto criterio concierne al papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil. Sobre la base de este criterio, los derechos humanos deben ser interpretados como leyes del más débil, en alternativa a la ley del más fuerte –política, económica y socialmente– que operaría en su ausencia. En todo caso habría que señalar que los cuatro criterios que anteceden son los que determinan las finalidades axiológicas de las instituciones jurídicas, las cuales no son sino medios instrumentales para lograr progresivamente su satisfacción. Cabe precisar que estas finalidades, con independencia de su justificación racional, son postulados de los Estados Constitucionales de Derecho y definen, como señalé con anterioridad, ese espacio moral que no sólo es constitutivo de los referentes de los operadores institucionales, sino también del universo moral de la forma de vida que todos compartimos. Frente a la crisis de las ideologías, el discurso de los derechos humanos se ha convertido en uno de los pocos referentes de orientación de la acción social que todavía tienen plena vigencia en el plano normativo.

Ahora bien, el conjunto de virtudes y capacidades que este mapa moral de los derechos reclama de los funcionarios jurisdiccionales es



fundamentalmente de índole práctico-epistémico. Los valores de cognoscibilidad y tutela de las libertades que confieren legitimidad al juez exigen ciertas actitudes axiológicas y epistémicas como, para decirlo nuevamente con Ferrajoli,<sup>16</sup> la tolerancia para las razones controvertidas, atención y control sobre todas las hipótesis y las contra hipótesis en conflicto, imparcialidad frente a la contienda, prudencia, equilibrio, ponderación y duda como hábito profesional y como estilo intelectual. Estas virtudes, de naturaleza “dianoética”, no son condición de consenso mayoritario, conforman al poder de los jueces como un poder contramayoritario.

Retomando el punto respecto de si la literatura puede ser una herramienta para el entrenamiento en estas capacidades y para la adquisición de las virtudes intelectuales, metodológicamente me gustaría comenzar por los planteamientos de un autor que justamente niega esta posibilidad: Richard Posner.<sup>17</sup> Posner se inscribe, respecto del tema que actualmente estoy considerando, en el marco de los autores que consideran que existe una diferenciación tajante entre la obra literaria abordada como un objeto estético y las consideraciones respecto a la moralidad. Las obras literarias, sostiene Posner, citando a Oscar Wilde, están bien o mal escritas, eso es todo. La edificación moral puede ser el fin de la religión, pero no el de la literatura. Posner no niega que la lectura de literatura puede tener efectos éticos y políticos. La información y la persuasión, indica este juez estadounidense, afectan la conducta, y la literatura es una fuente muy rica de ambas. Como muestra de esa influencia cabría citar autores como Turgeniev, Dostoievski, Conrad, Koestler, Orwell o Solshenitsyn, quienes tuvieron un poderoso efecto al mostrar los rasgos autoritarios de los regímenes del comunismo real y la verdadera naturaleza del anarquismo.

La tradición estética está entretejida en tres vertientes fundamentales. La primera considera que la lectura de obras literarias no nos hace mejores personas o mejores ciudadanos, tampoco por supuesto mejores jueces –quizá se pueda hacer un catálogo bastante grande de obras con pretensiones edificantes, pero que no son en absoluto buenas piezas de li-

<sup>16</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.

<sup>17</sup> POSNER, Richard, *Law and literature. A misunderstood relation*, Harvard University Press, 1998.

teratura-. En segundo lugar, habría que señalar la vertiente que defiende que no tendría por qué ser descartada una obra abiertamente inmoral, aunque sus autores defendieran tales perspectivas. Los rasgos estéticos de una obra de literatura no pueden juzgarse en razón de su adecuación moral; hay obras que fomentan valores que suscribimos pero que son literariamente mediocres. La tercera vertiente plantea que las cualidades morales del autor no deberían afectar la evaluación que hacemos de su obra. Todas esas vertientes ponen un énfasis especial en la necesidad de la separación. Pero Posner es altamente crítico de esa perspectiva edificante. La llamada alta cultura no es en realidad una condición de desarrollo del carácter moral; al contrario, existe evidencia histórica contundente que muestra cómo es perfectamente posible una convivencia pacífica entre altos niveles de educación literaria y el apoyo a valores netamente antidemocráticos. Thomas Mann fue un gran defensor del imperialismo alemán durante la Primera Guerra Mundial; los altos funcionarios de régimen de Hitler eran concedores de Goethe, Schiller y Kant, y esa compenetración no les impidió suscribir, en ocasiones de manera entusiasta, una política genocida. La gente culta no necesariamente es moralmente superior al resto de la población. Estos argumentos conducen a Posner a pensar que la escuela didáctica edificante del Derecho amenaza la división que tiene que existir entre la esfera pública y la privada. Al asignar a la literatura la función de promover valores éticos e incluso políticos, invita a la censura a asociar el arte literario con una función pública. Esta aproximación contrae la esfera privada que debe permanecer intocada. Frente a esta serie de críticas debo señalar que coincido plenamente con ellas, si las pretensiones de la escuela edificante llegan hasta el límite de vincular conceptualmente el valor literario de una obra con su contenido moral o el horizonte valorativo que proponen. Sería francamente absurdo desechar obras como *Las flores del mal* o *Los cantos de Maldoror* por tener contenidos contrarios a la sensibilidad moral de las mayorías; sin embargo, me parece indudable que la literatura tenga un importante efecto para ensanchar nuestra sensibilidad moral. De hecho, estoy convencido de que ciertos puntos de carácter filosófico están mejor expuestos por grandes obras de literatura que por tratados especializados. Compárense si no los contenidos filosóficos de obras como *El mito de Sísifo* con los de *El extranjero*, escritas ambas por Albert

Camus. Mientras que la primera tiene todos los rasgos de un ensayo de filosofía, que aborda el tema del absurdo y cómo los hombres construimos el sentido, la segunda trata virtualmente el mismo tema, sólo que en forma de un relato que permite la empatía con un personaje, Meursault, al que difícilmente entenderíamos en la vida real o por un tratado como *El mito de Sísifo*. En la historia de la literatura me parece que existen muchos ejemplos similares: la concepción sartreana del “otro” es mucho más accesible para el gran público a partir de la lectura de *A puerta cerrada* que estudiando la tercera parte de *El ser y la nada*.

En la escuela judicial hemos empezado ya un programa piloto de sensibilización moral a partir de la utilización del cine y la literatura. Aunque es difícil evaluar los efectos que estos programas han alcanzado, hemos tenido una respuesta entusiasta de los funcionarios jurisdiccionales a quienes se ha impartido el seminario (secretarios de la Suprema Corte y de Tribunales de Circuito, que ahora ya son jueces).

Las dos películas que se han elegido para ser proyectadas y discutidas son *Doce hombres en pugna*, que originalmente es una obra de teatro, y la número cinco del Decálogo de Kieslovski: *No matarás*. Ambas abordan temas que, a pesar de ser cotidianos para los jueces, lo hacen desde una perspectiva que resalta cuestiones morales que ordinariamente no son abordadas: el fin de las penas y los prejuicios en el contexto del proceso penal. Un buen libro de literatura u obra cinematográfica pueden sacudir nuestras creencias morales y dejar una profunda huella en nuestras vidas.



## ¿Importa la ley? La respuesta de un juez al movimiento de la escuela crítica del Derecho\*

ALVIN B. RUBIN\*\*

¿Se tiene en cuenta la ley? Ésa es una de las preguntas que plantean los estudios críticos del Derecho y es un tema que me gustaría discutir desde mi propia perspectiva.

Y la perspectiva afecta el juicio. Como ejemplo, déjenme contarles una historia que escuché por primera vez del decano Robert Pitofsky. Un periodista de TV estaba entrevistando a Ken, alias “la Víbora”, Stabler, uno de los primeros inconformistas de la NFL, quien solía ser mariscal de campo para los *Oakland Riders* y los *New Orleans Saints*. El entrevistador leyó este fragmento de Jack London: “Preferiría ser cenizas antes que polvo. Preferiría que mi llama quemara brillante a que fuera sofocada. Preferiría ser una fantástica estrella fugaz que un planeta permanente pero inmóvil.”

Luego le preguntó: ¿qué mensaje te parece que London quería transmitir?

“Lánzala lejos”.

Déjenme lanzarla lejos al brindarles la visión de un juez en sí. Cuando escribimos nuestros fallos, las reglas en las que decimos basarnos son el verdadero fundamento de nuestro análisis o meros artilugios verbales para decisiones ya tomadas, basadas en nuestras elecciones políticas, sociales o culturales. Una parte de la doctrina de la escuela crítica del

\* Publicado originalmente en inglés como RUBIN, Alvin, “Does Law. A Judge’s Response to the Critical Legal Studies Movement”. Los editores agradecen al editor el permiso para traducirlo y publicarlo en esta revista. Traducción al español realizada por Cecilia Garibotti, estudiante de la Facultad de Derecho de la UBA.

\*\* Terminó su carrera de leyes en la Universidad del Estado de Luisiana en 1942. Fue juez de distrito de dicho Estado (1966-1977). Desde el 8 de octubre de 1977 fue juez del Quinto Tribunal de Apelación en Estados Unidos.

¿IMPORTA LA LEY? LA RESPUESTA DE UN JUEZ AL MOVIMIENTO DE LA ESCUELA CRÍTICA DEL DERECHO

ALVIN B. RUBIN

Derecho mantiene que lo que llamamos "Derecho" no es más que un puñado de reglas legales, algunas de las cuales son diametralmente opuestas a otras. Por razones completamente subjetivas, los jueces deciden qué resultado quieren, y después seleccionan el grupo de reglas que parece proveerles un fundamento racional para su elección.

Entonces, de acuerdo a esta visión, el Derecho es tan sólo una amplia y conflictiva variedad de racionalizaciones estilizadas entre las cuales las cortes eligen. En cualquier caso interesante, piensan, cualquier abogado o abogada razonablemente bueno puede llegar al resultado que él o ella desee, cualquiera sea éste.

Me gustaría examinar esta tesis y explicar el proceso de toma de decisiones en una corte intermedia de apelaciones federal. Mis conclusiones son que los principios legales realmente funcionan como fuente del Derecho, los jueces los siguen y deciden todos, excepto una mínima fracción de los casos que se les presentan, de acuerdo con lo que ellos perciben que son las reglas legales dominantes. Lo que los jueces pueden o deben hacer cuando no hay un grupo de leyes preponderantes o cuando seguir fielmente la ley lleva a lo que ellos consideran como un desvío de la justicia es un tema serio, pero que dejaré para otro día.

Disraeli dijo: "Es muy peligroso intentar resolver abruptamente una diferencia en dos frentes". De modo que voy a intentar saltar la separación entre los críticos y los positivistas de una vez. Los críticos: o no saben lo que las cortes hacen, o eligen ignorar los casos típicos a favor de los atípicos. Basan su visión sobre lo que hacen los jueces mediante el análisis de un número relativamente pequeño de casos. El profesor Mark Tushnet, que ha escrito artículos sobre los estudios críticos del Derecho, y que es escéptico acerca de las reglas, intenta demostrar que "en un sistema razonablemente bien desarrollado de reglas legales, abogados talentosos pueden elaborar argumentos, aun respetando las premisas del sistema, que apoyen tanto un resultado como su opuesto, y esos argumentos satisfarían la necesidad de mantener coherencia interna y consistencia con respecto a decisiones anteriores".<sup>1</sup> Tushnet ilustra su tesis analizando la decisión de la Corte Suprema en "Bordenkircher vs.

<sup>1</sup> TUSHNET, Mark & Jennifer, JAFF, "Critical Legal Studies and Criminal Procedure", 35 Cath. U. I. Rev. 361, 361 (1986)

Hayes”,<sup>2</sup> un caso que involucraba la acción de un fiscal quien, para inducir al acusado a declarar su culpabilidad y aceptar una condena de cinco años, lo amenazó con pedirle al *Grand Jury* que lo juzgara como a un criminal habitual a menos que se declarara culpable. El acusado insistió en no declararse culpable. El fiscal, entonces, obtuvo la interdicción de criminal habitual y fue condenado y sentenciado a cadena perpetua.<sup>3</sup> El tema frente a la Corte Suprema fue determinar si la actitud del fiscal se produjo en represalia del ejercicio del acusado de su derecho a juicio y, en tal caso, determinar si ello afectaba el debido proceso.<sup>4</sup>

Este caso es, patentemente, atípico. Dicha atipicidad se demuestra en que fue seleccionado por la Corte Suprema para consideración en un *writ of certiorari*, cosa que se hace en tan sólo el tres por ciento de los casos en los que se busca un *writ favorable*. Como el profesor Vincent Blasi ha escrito: “Casi ninguna de las disputas que llegan a la Corte Suprema son casos fáciles. La mayoría de ellos conciernen a asuntos para los cuales las fuentes de autoridad legal –el texto constitucional, el significado original, la evolución de la costumbre y la jurisprudencia– no señalan una respuesta determinada”.<sup>5</sup> Además, el hecho de que el caso no estuviera realmente resuelto por la jurisprudencia se demuestra por dos hechos: el caso se resolvió por una decisión tomada por 5-4 y ni el voto de la mayoría ni el de la disidencia sugirió volver sobre una decisión anterior.

Los críticos dicen analizar el método y no el resultado. Pero a los litigantes les interesa el resultado. Los que pierden nunca disfrutan una decisión judicial, no importa cuan erudita sea, pero a los que ganan siempre les parece maravillosa. Un prisionero que recibió un fallo favorable una vez me escribió: “aunque estoy consciente de que su excelencia se encuentra extremadamente ocupado, he de mantener que sería insensible e infame si yo fuera a tratar con negligencia la iniciativa de felicitarlo por su incuestionable buen juicio, su buena percepción, su pru-

<sup>2</sup> 434 U.S. 357 (1978).

<sup>3</sup> *Íd.*, pp. 358-359

<sup>4</sup> *Íd.*, p. 358.

<sup>5</sup> BLASI, Vincent, “Praise for the Court’s Unpredictability”, en *The New York Times*, 16 de julio 1986 (Sec. A).

¿IMPORTA LA LEY? LA RESPUESTA DE UN JUEZ AL MOVIMIENTO DE LA ESCUELA CRÍTICA DEL DERECHO

ALVIN B. RUBIN

dencia, y la inexhausta medida y discreción a la que ha apelado para revisar los hechos y el caso en cuestión (...) Usted es uno en un millón. Ciertamente lo es. Son individuos similares a usted, porque no hay ninguno idéntico, los que hacen la vida para la gente pobre de nuestro país soportable."

Me alegro informales que le mandó una copia de la carta al Presidente. Desgraciadamente, para mis aspiraciones a la Corte Suprema, se trataba de Ronald Reagan.

Los realistas y los críticos concentran su análisis en casos como *Bordenkircher*, que son inusuales, innegablemente excepcionales.

Si a cualquier catedrático o politólogo se le pide que nombre las decisiones de la Corte Suprema más importantes de los últimos 40 años incluiría "*Gideon vs. Wainwright*",<sup>6</sup> que le asegura a un acusado el derecho a un abogado, "*Brown vs. Board of education*",<sup>7</sup> que elimina la segregación racial en las escuelas públicas, "*Miranda vs. Arizona*",<sup>8</sup> que requiere que la policía le informe a un acusado sus derechos, "*Reynolds vs. Sims*",<sup>9</sup> que aseguran igual voz para cada votante, y "*Roe vs. Wade*",<sup>10</sup> el caso del "derecho a elegir".

Estos casos fueron y son importantes, y en cada uno de ellos se dieron argumentos más que plausibles para dos resultados distintos. Esos casos prueban que la doctrina no es todo. Sin embargo, no prueban que la misma no importe.

El resultado obtenido en cada uno de estos casos se alejó de la jurisprudencia previa anunciando una nueva doctrina. Pero hay que reconocer que, a su vez, cada uno de estos casos sí asentó doctrina, la cual se ha seguido en cientos de casos decididos luego de cada uno, y que aplicaron lo que los abogados consideran como los principios legales de cada uno. Aunque *Miranda* no se deducía de fallos anteriores, ha controlado las acciones de los oficiales de la policía y de las cortes por más de dos décadas. ¿Por qué otra cosa lo atacaría el procurador general?

<sup>6</sup> 372 U.S. 335 (1963).

<sup>7</sup> 347 U.S. 483 (1954).

<sup>8</sup> 384 U.S. 436 (1966).

<sup>9</sup> 377 U.S. 533 (1964).

<sup>10</sup> 410 U.S. 113 (1973).



Mi amigo y colega, Jerre S. Williams, fue profesor de derecho por 34 años antes de volverse juez federal y ha sido presidente de la Asociación de Escuelas de Derecho Americana. Jerre dice que, cuando habla con sus antiguos colegas (profesores de Derecho) acerca del proceso de toma de decisión en los casos, es difícil convencerlos de que él y el resto de nosotros –al menos en nuestra Corte– trabaja de la manera en que lo hacemos. Él mismo dice que se sorprendió cuando empezó a trabajar como juez por la atención y respeto que profesamos por la doctrina y los precedentes. Pero los críticos encuentran justificaciones para sus teorías sólo en los pocos casos relativamente interesantes y debatibles como para llegar a ser impresos en *Cases and materials*. Su visión, como el fallecido Karl Llewellyn lo expresó, se aplica sólo a casos “lo suficientemente dudosos como para hacer respetable el litigio”.<sup>11</sup>

Déjenme referirme al proceso de toma de decisiones en casos típicos. La corte de apelaciones del quinto distrito actualmente cuenta con 14 jueces activos que son ayudados por 5 jueces *Senior*. Nos reunimos, como las cortes de los otros circuitos federales, en paneles de tres. Cada uno de estos paneles decide más de 2.000 casos por año. Cada juez participa en alrededor de 350 decisiones. Eso significa que cada juez escribe alrededor de 118 opiniones por año y participa en 236 casos adicionales. El 54 por ciento de nuestras sentencias se resuelve sin la necesidad de acudir a argumentos orales.

Todos los casos que decidimos sin argumentar oralmente son, creo, del tipo que el juez Cardozo llamó “Casos que no deberían haber sido apelados, ya que alrededor del 90 por ciento de los casos apelados estaban destinados a ser decididos de una manera”.<sup>12</sup> Realistas y críticos no prestan atención a estos casos o no los cuentan por la misma razón. No son casos “interesantes”. Un abogado realmente bueno no habría ni presen-

<sup>11</sup> LLEWELLYN, Karl L., *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, 58, Chicago, 1962. Llewellyn nota que el método inquisitivo de racionalización utilizado por los realistas “se ha acercado a demostrar que en cualquier caso lo suficientemente dudoso para hacer respetable el litigio las premisas imperantes disponibles –es decir, premisas que resultan legítimas e impecables a la luz de las técnicas legales tradicionales– son al menos dos, y ambas son contradictorias aplicadas al caso en cuestión”. Ídem.

<sup>12</sup> CARDOZO, Benjamin N., *The Growth of the Law* 60, New Haven, 1924.

¿IMPORTA LA LEY? LA RESPUESTA DE UN JUEZ AL MOVIMIENTO DE LA ESCUELA CRÍTICA DEL DERECHO

ALVIN B. RUBIN

tado la demanda, ni la hubiese defendido, ni apelado su resultado. La verdad es que los abogados sí presentan muchos de esos casos, muchos de los cuales se terminan antes de llegar a juicio. En aquellos que llegan a juicio y cuyo resultado es apelado, los abogados o sus clientes parecen pensar que tienen un argumento plausible. Algunos de esos argumentos plausibles son como aquellos presentados en una demanda en Louisiana: la defensa presenta una moción para rechazarla por estúpida. En defensa de su moción, el abogado defensor citó la definición de estupidez del diccionario Webster y después urgió a que “considerando los hechos y la historia de este malicioso litigio que ha sido prolongado innecesariamente por los demandantes, es obvio que la definición dada se aplica a la demanda. Es por ello que la petición debería ser rechazada, destruida, quemada o removida de la faz de la tierra por no tener sentido, ser cansadora y aburrida”.

Para un hábil profesor de derecho, el 55 por ciento de los casos que resolvemos serían aburridos, cansadores y carentes de sentido. Tales casos están controlados por la doctrina, aun si la doctrina involucrada es solamente deferencia a los hechos encontrados durante el juicio. Cuando el juez Hutchenson, en su famoso artículo sobre la toma de decisiones, dijo que el instinto, la intuición, y un destello de perspicacia orientaban la decisión,<sup>13</sup> no se refería a harina de este costal.

En el tipo de Corte Intermedia de Apelaciones, de las que el circuito federal es típico, seguir el precedente es indispensable. Es posible formar 560 paneles diferentes de tres jueces cada uno a partir de 16 jueces (el número permitido para nuestra Corte). Cuando fue *Chief Justice* de la Corte de Apelaciones de Nueva York, el juez Cardozo escribió que la situación de los litigantes “Sería (...) intolerable si los cambios semanales en la composición de la Corte fueran acompañados por cambios en sus decisiones. En esas circunstancias no hay nada que hacer más que defender los errores de nuestros predecesores de la semana anterior, nos

<sup>13</sup> HUTCHENSON, Joseph C., “The Judgemente Intuitive: The Function of the ‘Hunch’ in Judicial Decision”, 14 Cornell L. Q. 274 (1929) (notando que los jueces a menudo deciden casos eligiendo un resultado a partir de instinto o intuición, y después apoyo para el mismo). También HUTCHENSON, Joseph C., “Lawyer’s Law, and the Little Small Dice”, 7 Tul. L. Rev. I (1932) (entender y aplicar la ley requiere, “intuición”, “perspicacia” y “un destello de imaginación”).

gusten o no".<sup>14</sup> Para evitar caos en los resultados, con cada panel adoptando decisiones distintas, cada una de las cortes del circuito federal ha adoptado la conocida Regla-del-circuito: una decisión sirve de precedente dentro del circuito.

Refirámonos al 55 por ciento de los casos en los que consideramos que el resultado es al menos debatible. Después de que cada caso es argumentado se le asigna a un juez para que escriba su decisión. Todo juez ha tenido la experiencia de intentar escribir una opinión en concordancia con su voto tentativo para descubrir que el resultado le resultaba inaceptable. En la jerga decimos que "la opinión no cierra". En su lugar, escribimos una sentencia que llega a otro resultado y se la mandamos al resto de los jueces del panel con una nota que dice: "He llegado a un resultado diferente al que tentativamente adoptamos porque la opinión 'no cierra'". Todos sabemos lo que se quiere decir con esa frase. Significa que un buen abogado, un buen juez, un buen profesor de Derecho (es decir un estudioso de la ley) al leer la opinión sabría, como el autor se ha dado cuenta, que no toma métodos aceptables de análisis y no sigue reglas aceptadas, sino que es arbitrario en su resultado o superficial en su razonamiento. Así que llegamos a una conclusión que difiere de nuestra opinión inicial y predilección personal porque algo que reconocemos como "Derecho" (junto con su cuidadosa exposición) lo requiere.

Cuando confiamos que una decisión no tiene valor jurisprudencial no la publicamos. Tampoco lo hace el segundo circuito. Sin embargo, recientemente, la jueza Amalya Kearse dijo en chiste que por muchos años el segundo circuito ha declarado haber decidido más casos que los que se les han entablado durante el año. Al mismo tiempo, el número de sentencias sin publicar ha incrementado. Ella ha dicho que por ello el *Chief Justice* ha anunciado que la Corte estaba reconsiderando su práctica de decidir casos que no habían sido presentados mientras no hu-

<sup>14</sup> CARDOZO, Benjamin N. , *The Nature of The Judicial Process* 150, New Haven, 1921; también LLEWELYN, Karl N., *The Bramble Bush* 66-69, Dobbs Ferry, New York, 1951. Llewelyn argumenta que el precedente tiene un valor máximo y uno mínimo. El valor máximo es aquel que es concedido por una Corte posterior al recibir gratamente el precedente. El valor mínimo es aquel que es concedido por una Corte posterior que desea evitarlo; "cuanto hay en el caso que no puede". Íd. en 69.

¿IMPORTA LA LEY? LA RESPUESTA DE UN JUEZ AL MOVIMIENTO DE LA ESCUELA CRÍTICA DEL DERECHO

ALVIN B. RUBIN

biese resuelto los pedidos de distintos grupos de litigantes de citar opiniones que no fueron publicadas en otros casos que no fueron presentados aún.

En una entrevista exclusiva, contó que éste expresó que la regla de no citar fue adoptada por el acceso inequitativo a las decisiones no publicadas de la Corte. Dijo que las decisiones no publicadas en casos que no hubieran sido presentados aún, eran particularmente difíciles de encontrar.

A veces, hasta casos no presentados son realmente significativos. Una carta que recibí el año pasado de un prisionero llamado John Carver me advertía que oficiales de la prisión le habían ordenado que se afeitara la barba. Lo habían amenazado con afeitarlo por la fuerza si se negaba a hacerlo. Me escribió directamente a mí, sin preocuparse por pasar por la Corte del distrito: "Mañana si alguien muere, quiero recordarle que me están forzando (...) La constitución establece que no pueden discriminarme por raza o religión. Jesús y sus discípulos conocían la vergüenza que ocasiona a un hombre que se le fuerce a cortar su pelo al punto tal que Dios creó un derecho natural para el hombre. ¿Puedo hacer menos? Voy a pelear por lo que creo. Solamente quería que supiera que si los oficiales de la prisión mueren no es culpa mía."

Tal como a Carter, a otros prisioneros también les gusta invocar su fe religiosa. En marzo de 1984, en la víspera de Pesaj, recibí una carta proveniente de Albany, Nueva York. Era de un recluso que decía que lo habían arrestado mientras iba a Canadá a vender botones del papa Juan Pablo II sin autorización. Estaba esperando su extradición a Lafayette, Louisiana, para enfrentarse con cargos más serios del Estado. Escribió: "Voy a ir a Lafayette. Prefiero suicidarme antes. Y siendo diabético, no es difícil. Como un hombre judío a otro, por favor mire mi caso. Voy a suicidarme (...) Espero que usted y su familia tengan una linda fiesta."

Quiero acercarme de una manera un tanto distinta a la pregunta de si la toma de decisiones es puramente una selección de resultados seguida por una racionalización. El juez Harry Edwards llegó a la Corte del distrito de Columbia luego de muchos años como profesor de Derecho. Tanto él como yo habíamos pensado que, dada la amplia gama

de antecedentes políticos y filosofías de los jueces en nuestras cortes, el número de disidencias indicaría si las decisiones no son más que “racionalizaciones estilizadas”. Si lo son, entonces los jueces deberían diferir bastante frecuentemente en los resultados, las justificaciones, o ambos.

El juez Edwards encontró que, a pesar de las grandes diferencias existentes en los antecedentes políticos y la filosofía personal de los jueces en su Corte, el 94% de los casos en el año que revisó fueron resueltos sin disidencias.<sup>15</sup> Se fijó también en lo que llamó paneles “mixtos”, consistentes en jueces a los que él clasificaría como liberales y otros a los que llamaría “conservadores”. En menos del 10% de esos casos, el juez que se encontraba dentro de una minoría política hizo una disidencia.<sup>16</sup> El juez Edwards escribe que aun en los casos que considera “muy difíciles” de decidir, casos que inevitablemente se vieron influenciados por la mirada del juez, sus creencias políticas, sociales y morales, la mayoría de los jueces se sintieron comprometidos a resolver el caso de una manera que se denomina *Principled fashion*,<sup>17</sup> es decir, con el resultado determinado por reglas.

En mi propio circuito, el quinto, datos del año 1981 a 1985 muestran que hubo una disidencia en menos del 4 por ciento del total de casos decididos, y un voto concurrente en menos del 2,5 por ciento.

Llegar a decisiones por consenso sujetas a reglas legales parece también ser la práctica en otros circuitos federales. Jon Gottschall realizó un estudio de las cortes federales de apelación en un artículo al que llamó “Los nombramientos de Reagan para las cortes de apelación de EE. UU.: La continuación de la revolución judicial”.<sup>18</sup> Su estudio comprendió 3752 decisiones<sup>19</sup> que incluían los temas “que más probablemente dividen a

<sup>15</sup> EDWARDS, Harry T., “Public misconceptions concerning the ‘politics’ of judging: Dispelling some myths about the D. C. circuit”, 56 U. Colo. L. Rev. 619, 629, 1985.

<sup>16</sup> Íd. en 630.

<sup>17</sup> Íd. en 634-45.

<sup>18</sup> GOTTSCHALL, Jon, “Reagan’s appointments to the U. S. Court of Appeals: The continuation of a judicial Revolution”, 70 Judicature 48, 1986 (las cuatro categorías consistían en los jueces nombrados por Reagan, Carter, Nixon/Ford, y Kennedy/Johnson).

## ¿IMPORTA LA LEY? LA RESPUESTA DE UN JUEZ AL MOVIMIENTO DE LA ESCUELA CRÍTICA DEL DERECHO

ALVIN B. RUBIN

jueces de distintas ideologías".<sup>20</sup> En el 83 por ciento de este grupo de casos, la Corte fue unánime.<sup>21</sup>

Los abogados en el ejercicio de la profesión también creen que las reglas son importantes. Por cada demanda planteada en la Corte, innumerables problemas se presentan ante abogados que son llamados para hacer recomendaciones a clientes con respecto a propuestas de transacciones o a la resolución de conflictos. Los abogados predicen cuál será el resultado del caso si llega a juicio. Ellos están convencidos de que pueden, no infaliblemente, pero sí con un cierto grado de certeza.

Los banqueros dan préstamos, los empresarios compran tierras, los individuos adquieren casas, y los gobernantes sacan regulaciones. Los participantes de cada una de estas transacciones simplemente no podrían operar en un sistema en el que si una disputa se presentara, el

<sup>19</sup> Los temas tomados en cuenta fueron:

Tasa de disenso en la toma de decisiones de una corte de apelaciones, 1983-84		
Tema	Número de casos	Porcentaje de casos no unánimes
Derechos de acusados y prisioneros	2399	10
Discriminación racial	219	15
Discriminación por género	124	17
Primera Enmienda	147	32
Casos combinados	2889	20
Derechos y libertades civiles (promedio de tasa de disenso)		
Trabajo/ relaciones laborales	318	14
Asistencia social	301	14
Muerte/ lesiones	244	13
Casos combinados	863	14
Distribución económica (promedio de tasa de disenso)		
Todos los temas combinados	3752	17
(promedio de tasa de disenso)		

<sup>20</sup> Íd. en 54.

<sup>21</sup> Íd. en 51.

resultado sería impredecible a menos que los litigantes conocieran los valores políticos y morales del juez. Millones de personas entran en relaciones comerciales y sociales diariamente con la creencia de que si algo llega a fallar y hay que acudir al litigio, las cortes seguirán el precedente. Los críticos valoran la libertad de cátedra, y no sólo porque confían en la buena fe institucional. También confían en garantías, invierten en casa y usan bancos. Como el resto de nosotros, buscan y quieren seguridad.

Los críticos llaman a la doctrina que reconoce que los jueces ejercen en cierta medida un poder para hacer reglas, además de su aplicación, "Neopositivismo". La objeción es que los límites de este poder no pueden ser definidos por reglas. Esta observación es correcta, pero lo que encuentra es una virtud no un defecto. El rol de los jueces requiere sabiduría para resolver los conflictos entre la maquinaria de reglas y el objetivo de lograr justicia. Puede ser que, como señala el profesor Duncan Kennedy, la decisión judicial en esos casos es una usurpación<sup>22</sup> pero, salvo cuando la decisión define algún contenido constitucional, la última palabra la tiene la Legislatura.

Cuando el decano Paul Carrington dio su charla, *Of law and the river*,<sup>23</sup> me envió una copia. Me pareció una buena charla. Luego, cuando ésta levantó una lluvia de críticas me preguntó si la consideraba objetable. La volví a leer. Todavía estaba de acuerdo, a pesar de los comentarios de los críticos. Esta semana la leí por tercera vez. Por lo que entiendo, en una pequeña parte de su largo discurso, el decano Carrington rechaza la idea a la que él se refiere como el argumento nihilista que mantiene que "aquel que decide es todo lo que importa y los principios no son nada más que cosméticos". No rechaza la idea de que en ciertas ocasiones es importante quien decide. Conuerdo con él en ambas premisas.

Aleksander Solzhenitsyn dijo, dirigiéndose a los alumnos de Harvard: "Una sociedad sin otra escala más que la legal no es digna de los hombres". Estoy de acuerdo con eso. Pero una sociedad que no se rige por la medida de la ley es una sociedad sin ley. Ni los abogados ni los jueces

<sup>22</sup> KENNEDY, Duncan, "Legal Formality", en *Journal of Legal Education*, nro. 2, pp. 351, 394, 1973.

<sup>23</sup> CARRINGTON, Paul D., "Of Law and The River", en *Journal of Legal Education*, nro. 34, p. 222, 1984.

¿IMPORTA LA LEY? LA RESPUESTA DE UN JUEZ AL MOVIMIENTO DE LA ESCUELA CRÍTICA DEL DERECHO

ALVIN B. RUBIN

pueden predecir las decisiones en todos los casos con la infalibilidad con la que los astrónomos pueden señalar el camino a seguir por los planetas. Probablemente, la mayoría de nosotros no elegiría vivir, y menos ser abogados, profesores de Derecho o jueces, en una sociedad tan inmutable y burocrática. El sistema legal debería dejar alguna zona gris para los casos conflictivos, y ningún juez debería estar encasillado en un “molde” legal que decidiera todas y cada una de sus futuras decisiones. Aquel juez cuyas decisiones son totalmente predecibles es un juez que no está afectado por las distintas situaciones que se le presentan, ni por la lectura de los alegatos, ni por considerar los argumentos de ambos lados de la controversia, ni por pensar cuidadosamente acerca de un tema con la seguridad de que personas reales se van a ver afectadas por su decisión o por la destreza necesaria para explicar esa decisión.

Las decisiones de los jueces deberían ser razonablemente consistentes y coherentes. Cuando la doctrina o la jurisprudencia anterior son rechazada o dejada de lado, los jueces deberían ser capaces de explicar el porqué de su proceder. Parte de la explicación podría basarse en un corpus contradictorio de doctrina. Otra parte podría explicarse a partir de la política social o económica. Los casos en los que esto puede pasar son “los grandes casos”, los que se estudiarán y llegarán a *Cases and materials*. En cualquier corte o en cualquier período habrá pocos. El resto, los casos que reinan en la sociedad la mayor parte del tiempo, son decididos por la doctrina. Esta última, en su mayoría, viene directa o indirectamente de la legislación o de la inacción de la Legislatura. Y ésta es la manera que tiene que ser en una sociedad democrática. Si no fuera así, entonces, gobernar por ley sería imposible.

Quiero terminar con una cita del decano Carrington: “Para ríos seguros, el pueblo necesita guías cuidadosos. Para limitar el poder, el pueblo necesita abogados que clamen por la esperanza y las expectativas de que los derechos van a ejercerse”<sup>24</sup>, y agregó, las expectativas de que los jueces los ejercerán de acuerdo con las reglas, esas reglas que conocemos como Derecho.

<sup>24</sup> Íd. en 228.



Clásicos



## El buen juez de primera instancia\*

JULIO CUETO RÚA\*\*

### I. INTRODUCCIÓN

Este artículo pretende destacar algunas de las más importantes cualidades propias de un buen juez. Se refiere a jueces letrados designados por el Estado, llamados a resolver conflictos en primera instancia mediante la aplicación del Derecho vigente. Quedan excluidos de este artículo, por lo tanto, los jueces no letrados, carentes de formación jurídica universitaria. Tampoco se examinan aquí las características específicas, propias de los jueces de Cámaras de Apelación ni de otros funcionarios judiciales.

En la redacción de este artículo he tenido presente la enorme riqueza de los inevitables trazos y modalidades subjetivas de los jueces. Ellas reflejan sus historias biográficas, singulares e irrepetibles. Estilos del razonamiento, tradiciones, ideas y creencias, hábitos personales, dejan su marca en el tratamiento y la decisión de un caso. Sin embargo, esas inevitables notas subjetivas son neutralizadas por la formación profesional de los jueces, sus conocimientos de jerarquía científica, su capacidad perceptiva, sus intuiciones del entendimiento colectivo, su integración funcional en el sistema judicial, su conciencia de las obligaciones inherentes al cargo y de las expectativas sociales en torno a su desempeño.

La tarea judicial demanda objetividad, desprendimiento, capacidad analítica, espíritu comprensivo, fortaleza mental. El juez vive solitario la tensión de intereses contrapuestos, padece las presiones de las expectativas comunitarias, articuladas o amorfas, organizadas o anárquicas, y siente los condicionamientos creados por la operación de una organización vertical. El ejercicio de sus funciones le demanda una esforzada

\* Publicado en L. L. 1990-D-766.

\*\* (1920-2007) Abogado (Universidad Nacional de La Plata). Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Premio Konex de Platino en "Teoría General y Filosofía del Derecho".

dedicación individual y un exquisito sentido de la responsabilidad personal. Comprende el significado de su tarea como operador de un sistema de control social.

## II. CONOCIMIENTO DEL DERECHO VIGENTE

El juez debe tener un sólido conocimiento del Derecho vigente. Conocer el Derecho vigente significa, ante todo, estar al tanto de los sentidos que los órganos de la comunidad atribuyen a los comportamientos de los integrantes del grupo social, las creencias dominantes, los hábitos y las prácticas, las ideas y los conceptos elaborados y desarrollados por los juristas, las normativas legislativas y reglamentarias provenientes de las autoridades públicas, la organización y el funcionamiento del Estado, las valoraciones jurídicas experimentadas por los diversos sectores sociales y por quienes los representan y dirigen. Es errónea la noción de que el conocimiento sistemático de las proposiciones normativas genéricas es suficiente para el desempeño apropiado de la función judicial. Un juez que sólo conociera bien las proposiciones normativas generales y las teorías abstractas elaboradas a su respecto no habría ganado suficiente conocimiento del Derecho tal como se lo vive y se lo experimenta en la vida cotidiana de la Nación, y, en particular, de sus tribunales.

El juez dirime conflictos humanos acaecidos en cierto sitio, en cierta época, en cierto ámbito social, en cuyo seno surgen pretensiones contrapuestas; cada uno de los partícipes del conflicto invoca en su favor, hechos, normas, valores, prácticas consuetudinarias, precedentes jurisprudenciales, datos históricos, ideales sociales e intereses. El juez debe decidir. Ello significa preferir no según sus preferencias subjetivas, sino conforme a Derecho.

El Estado ha atribuido al juez la potestad de dirimir conflictos surgidos en el seno de la comunidad. Para cumplir esa función de una manera adecuada debe procurar el mayor conocimiento posible de las circunstancias relevantes del caso sometido a su decisión. Conocer comportamientos significa comprenderlos, captar el sentido que exhiben cuando se los examina desde el punto de vista jurídico. Los sentidos de los comportamientos que interesan a los jueces no son los experimentados en su intimidad por cada una de las partes litigantes, sino el sentido

que la comunidad atribuye a esa clase de comportamientos, cuando se los examina desde el punto de vista de la interferencia intersubjetiva de las conductas (relación de la acción de un sujeto con el impedimento por ella determinado en el comportamiento de otro sujeto).

Los sentidos objetivos del comportamiento de los integrantes de una comunidad se manifiestan de variadas maneras. En los Estados centralizados modernos, el procedimiento más simple y difundido es el de la legislación. Los legisladores han sido dotados de la facultad de enunciar genéricamente el sentido de los comportamientos humanos aludidos por las normas legislativas. El legislador es una suerte de órgano de la comunidad, habilitado para notificar a quienes la integran el sentido que recibirán sus actos y omisiones. Los jueces son también dadores de sentidos objetivos, pues de sus sentencias se pueden extraer proposiciones normativas genéricas (la llamada jurisprudencia en el Derecho Civil de origen romanista; y el precedente, en el *common law*). También suministran sentidos objetivos de conducta, los doctrinarios cuando sus tratados, sus ensayos, sus estudios monográficos, son aceptados, seguidos y reconocidos en el seno del grupo social. Por último, la propia comunidad suministra sentidos objetivos del comportamiento mediante sus costumbres. La costumbre, como práctica generalizada y repetida de comportamientos en determinadas circunstancias, permite comprender objetivamente el sentido del comportamiento acostumbrado y el de quien lo omite.

Conocer el Derecho significa para un juez, por lo tanto, conocer la significación objetiva de los comportamientos intersubjetivos de los miembros de la comunidad. El eje central de la preocupación judicial no son las proposiciones abstractas de las normas generales, ni los enunciados doctrinarios de similar generalidad, sino los hechos concretos ejecutados por los integrantes de la comunidad en el curso de su existencia. Los jueces son concedores de actos humanos, como lo son los sociólogos, pero con esta diferencia: los sociólogos se preguntan por la causa de esos comportamientos, en tanto los jueces se preguntan si esos comportamientos han sido lo que debían ser.

El juez, en razón de su conocimiento del Derecho, se encuentra en condiciones de formular un juicio normativo respecto de los actos humanos traídos a su conocimiento, y calificarlos ya como el ejercicio de un derecho, o como el cumplimiento de una obligación, o como la vio-

lación de un deber, o como el padecimiento de una sanción. Estos sentidos los extrae el juez de las grandes fuentes dadoras de sentido jurídico en el mundo moderno: la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y las costumbres. Conocer el Derecho, significa, por lo tanto, conocer sus fuentes y dominar el proceso de individualización de las proposiciones normativas genéricas.

El interés cognoscitivo del juez se concentra en el proceso de individualización. Su tarea principal consiste en formular un juicio normativo individual sobre los concretos comportamientos humanos constitutivos del litigio traído a su conocimiento para su resolución. Poco ayuda al juez el permanecer en la abstracción de la doctrina general. Su tarea no es la de formular juicios teóricos abstractos, sino la de pronunciarse sobre casos individuales de comportamiento humano. Ello requiere la aprehensión intelectual de las fuentes y la comprensión del sentido de los actos relevantes del conflicto traído a su conocimiento. Estos actos se conocen judicialmente mediante un proceso dialéctico de tránsito entre los datos empíricos del caso y su sentido. La comprensión valorativa del comportamiento le permite al juez elegir aquellas normas jurídicas que expresan conceptualmente dicho sentido. Así se trata con justicia a cada una de las partes en atención al mérito de sus respectivos comportamientos.

### III. CONOCIMIENTO DE LA REALIDAD SOCIAL

El conocimiento normativo concreto de los comportamientos humanos para identificar su sentido y hacer posible la búsqueda y la aplicación de la norma jurídica que mejor exprese ese sentido requiere como condición necesaria un satisfactorio conocimiento de la realidad social. La comprensión del significado de un acto humano se encuentra ligada al conocimiento de la realidad social circundante. Desde el punto de vista jurídico, ningún acto humano es comprensible si se lo considera aislado de la realidad social en que se encuentra inmerso. El juez conoce un acto humano vinculado a otro acto humano. La perspectiva del juez es intersubjetiva y social. Intersubjetiva, porque el juez examina el comportamiento de dos o más personas: un sujeto actuante y un sujeto impedido. Social, porque el Derecho es un fenómeno de la realidad social, traduce

valores sociales (v. gr., la cooperación, la solidaridad, la justicia) y se expresa mediante instrumentos de comunicación de carácter social.

El ordenamiento jurídico incluye procedimientos destinados a facilitar el ajuste de las normas a las cambiantes realidades sociales. Se basan en enunciados normativos vagos que abren un amplio campo de indefinición aprovechable por el juez para individualizar la norma general adecuándola a las características peculiares del caso concreto. Instituciones tales como el interés general, el orden público, las buenas costumbres, la culpa, la negligencia, el buen padre de familia, el estado de necesidad, el error, el fraude, la buena fe, desafían las definiciones precisas. Se las comprende a la luz de las prácticas sociales, los hábitos, las costumbres, y las valoraciones colectivas.

Un juez dotado de pobres conocimientos de su propia realidad social enfrentará serias dificultades en la tarea de calificar un determinado comportamiento para decidir si resulta o no contrario al orden público o a las buenas costumbres, a la buena fe, o si se trata de un acto culposo o doloso, o contrario a la prudencia exigida por las circunstancias. Estas instituciones difusas y elásticas juegan una función de importancia en la experiencia jurídica. Suministran un telón de fondo sobre el que se proyectan las relaciones jurídicas. Condicionan la validez de los acuerdos contractuales.

El juez cuenta con diversos medios de ganar un conocimiento adecuado de la realidad social. Por lo pronto, la intensidad de su propia vida individual. Una persona activa, integrada en los organismos intermedios de la sociedad, bien informada sobre los acontecimientos en marcha tanto en el país como en el extranjero, dotado de fuentes informativas veraces, está en condiciones de comprender los acontecimientos y de identificar y valorar los procesos en marcha. Ese conocimiento se enriquecerá y se hará sistemático si el juez busca información estudiando sociología, ensayos interpretativos de la realidad, y estudios especializados. La lectura de las contribuciones literarias de los grandes novelistas le ayuda a ver la realidad desde otras perspectivas.

El juez es un órgano de la comunidad. Se le ha confiado la interpretación y la aplicación del Derecho vigente. Él es responsable de suministrar criterios objetivos de interpretación, dejando de lado preocupaciones indi-

viduales subjetivas. No ha sido designado para dar satisfacciones a sus intereses particulares, a sus fobias o preferencias. Es responsable de facilitar el entendimiento colectivo. Sólo lo logra cuando se atiene a los datos vigentes en el seno de la comunidad, y a la significación objetiva que ellos presentan. Si las valoraciones vigentes en el seno de la comunidad no están a la altura de sus propias valoraciones, el juez siempre tiene a mano el remedio de su renuncia a la función judicial y la alternativa del camino político para modificar esa realidad.

#### IV. AUTOCONCIENCIA DE LA FUNCIÓN CREADORA DEL JUEZ

El juez crea derecho en el ejercicio de su función judicial. Lo crea, en primer término, porque él crea la sentencia mediante la cual pone fin al litigio traído a su conocimiento. Antes de la sentencia, las partes y sus abogados, y la comunidad en su conjunto, sólo cuentan con la posibilidad lógica de la aplicación de variadas normas del ordenamiento jurídico. El juez debe elegir algunas de esas normas para la resolución del caso. Tiene a su disposición diversos núcleos normativos, cuya aplicabilidad se encuentra condicionada por la forma en que el juez “construye” el caso mediante la selección de los hechos del caso que considere relevantes. La elección de un núcleo normativo, a diferencia de otro, le llevará a una determinada sentencia. De esta manera, así como el juez selecciona hechos, también selecciona normas para su aplicación al caso. El juez puede encontrar proposiciones normativas ambiguas y vagas, dotadas de varias significaciones posibles. Al dictar su sentencia, el juez despeja las incógnitas suscitadas por las variadas significaciones normativas. Transforma lo lógicamente posible en realidad individual y concreta. Después de la sentencia, cuando ésta ha ganado el carácter de final y definitiva, los derechos y las obligaciones de las partes quedan fijados de una manera cierta e indubitable. El paso de la posibilidad a la realidad, ínsito en toda sentencia con cualidad de cosa juzgada, acredita la función creadora del juez. Antes de la sentencia final estaba abierta la posibilidad de la selección fáctica y normativa. Con la sentencia final y definitiva, la posibilidad ha desaparecido. Una nueva situación jurídica ha sido creada por el juez.



Además, el juez crea derecho al sentar precedentes con sus fallos. Los precedentes son sentencias, es decir, normas individuales. Ellas establecen una relación de imputación entre datos empíricos concretos e individuales (los antecedentes relevantes del caso) y ciertos actos u omisiones a ejecutar por ciertas personas en cierto lugar y tiempo igualmente determinados. Esta sentencia individual puede transformarse en precedente en la medida en que futuros jueces extraigan de ella proposiciones normativas genéricas. Ese proceso de generalización tiene lugar mediante la ejecución de dos pasos lógicos: el primero consiste en eliminar de los datos antecedentes del caso precedente, todos aquellos carentes de relevancia a los fines de la resolución de la disputa. El segundo consiste en generalizar los hechos considerados relevantes. En el caso del Derecho Civil de origen romanista, este proceso de supresión de datos irrelevantes y de generalización de los relevantes opera en el contexto lógico-normativo suministrado a priori por el legislador. De esta manera, una precedente jurisprudencial en el Derecho Civil romanista constituye una instancia de especificación e individualización de la norma jurídica general. La función creadora del juez se hace más perceptible aún, cuando el juez debe resolver un conflicto planteado por hechos carentes de precedentes, inesperados, fuera de lo común, extraordinarios, sobre los cuales nada dicen las normas jurídicas vigentes. Suele hablarse en estos casos de "lagunas del Derecho". En realidad, "laguna" no existe porque el ordenamiento jurídico siempre permite resolver cualquier controversia. Opera aquí el principio ontológico enunciado por Carlos Cossio: "todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido".<sup>1</sup>

Cuando se habla de "laguna del Derecho" se está hablando, en realidad, de inexistencia de una solución justa para un tipo inesperado o extraordinario de conflicto.<sup>2</sup> Si el juez no encuentra referencia normativa alguna que le permita resolver con justicia el caso inesperado o extraordinario, se limitará a rechazar la demanda señalando que el actor carecía de normas vigentes que sustentasen su pretensión.

Una sentencia de rechazo de la demanda, bajo la alegación de una "laguna del Derecho", crea derecho en la medida en que pone fin a un

<sup>1</sup> Cossio, Carlos, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, pp. 263-265-336-403 y ss.

<sup>2</sup> Cossio, op. cit., pp. 544-545.

litigio preexistente y notifica a los integrantes de la comunidad la existencia de un precedente susceptible de ser seguido en futuras situaciones similares.

Una sentencia del juez, “colmando la laguna” mediante el procedimiento señalado por el art. 16 del Código Civil argentino, también crea derecho al sentar un precedente susceptible de ser seguido en casos similares. El principio de la analogía, aludido por el artículo citado, suministra base suficiente para la elaboración de una norma general que permita resolver haciendo justicia el caso planteado por conflictos sin precedentes, imprevistos o extraordinarios. Siempre es posible encontrar una analogía. Podrá ser más o menos cercana o lejana, pero siempre suministrará una base lógica para la enunciación de la norma que será aplicada para la decisión del caso. Si analogías cercanas llevan a una sentencia injusta, chocante o que perturba el entendimiento colectivo, el juez buscará analogías más distantes si éstas suministran fundamento normativo suficiente para decidir el conflicto haciendo justicia a las partes.

El juez debe tener conciencia esclarecida de la índole creadora de su actividad. Debe comprender que él, con su sentencia, no se ha limitado a resolver un conflicto particular. Si entre Pedro, el locador, y Juan, el locatario, ha surgido una disputa, el juez al dictar su sentencia no sólo ha puesto fin al conflicto surgido entre Pedro locador y Juan locatario. Además, ha resuelto un caso que puede ser interpretado como ejemplo de una clase de conflictos entre locadores y locatarios. Futuros jueces podrán seguir dicho precedente jurisprudencial señalando la similitud existente entre el caso pendiente de resolución y dicho precedente.

La autoconciencia esclarecida del juez sobre la índole de su propia función, le lleva a la selección cuidadosa de los términos de su sentencia. Evitará expresiones de excesiva generalidad, perfilará con la mayor claridad posible los hechos relevantes del caso, destacará las circunstancias que lo individualizan, mencionará sus aspectos peculiares, y explicitará los datos relevantes de la disputa. De esta manera, el juez habrá sentado un precedente respecto de un punto definido y ceñido de la realidad social. El análisis cuidadoso de la posición de las partes en el litigio y de los intereses generales comprometidos coloca al juez en una actitud prudente y mesurada. Cuanto más específicos y concretos son los términos utilizados para decidir el litigio, cuanto mayor es el número de

los hechos relevantes del caso, menor será la extensión lógica del enunciado normativo susceptible de extraerse del precedente. Menor será también el peligro de generalizaciones capaces de perturbar el tratamiento judicial de futuros conflictos. Con el correr del tiempo, situaciones inesperadas o conflictos extraordinarios pueden ganar habitualidad y previsibilidad. El sentido de esos eventos puede cambiar y llevar a nuevas valoraciones colectivas o a la emergencia de una realidad social diferenciada de la anterior. Los ajustes normativos que estas modificaciones puedan hacer necesarios se verán afectados si los precedentes jurisprudenciales han quedado expresados con términos de excesiva generalidad.

## V. OBJETIVIDAD Y REALISMO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

Las partes trabadas en un litigio cuyos hechos relevantes han sido controvertidos deben producir su prueba ante el juez de primera instancia. Al margen de la coincidencia o de la divergencia que las partes puedan mantener acerca del Derecho aplicable al caso, las diferencias en torno a los hechos del caso son, habitualmente, de importante incidencia sobre el desenlace del conflicto. Si la norma invocada por el actor enuncia como debida la prestación por el demandado si se dan los hechos A, B y C, de poco le servirá dicha norma al actor si no prueba ante el juez el efectivo acaecimiento de A, B y C, tal como lo alegó en la demanda. Como lo sabe cualquier abogado, un juicio puede perderse o ganarse en la etapa de la producción de la prueba. La mayoría de los casos contenciosos en trámite ante los tribunales son juicios donde la cuestión no gira tanto alrededor de la norma jurídica aplicable al caso, cuanto de la existencia o inexistencia de los hechos relevantes en que se funda la demanda.

La importancia capital de la prueba en los juicios controvertidos requiere un cuidadoso control judicial de su producción. Sin embargo, es un dato bien conocido de la realidad de experiencia "tribunalcia" en la Argentina que el juez no interviene directamente en ese período del proceso. Es un testigo distante, salvo muy contadas excepciones, de cuanto acaece en las audiencias designadas para la recepción de la prueba. No escucha a los testigos, ni a los peritos; no efectúa inspecciones oculares; no asiste a las absoluciones de posiciones de las partes litigantes. Es

cierto que la organización de nuestros tribunales dificulta seriamente la recepción de la prueba por el mismo juez. Los juzgados se encuentran sobrecargados de trabajo, la tramitación escrita del proceso lo atrasa y lo prolonga; los incidentes procesales quitan energías dignas de mejor destino; la escasa colaboración recíproca de las partes y sus abogados multiplica las actuaciones escritas; la escasez de facilidades materiales (sillas, escritorios, máquinas de escribir, copiadoras, procesadoras de palabras, salas de audiencia) impide organizar con mayor racionalidad y economía los esfuerzos de los jueces, los secretarios y los empleados. En este contexto negativo de ritualismo escrito y carencias materiales, las posibilidades correctivas del juez son menores o ineficaces. La inercia, el formulismo y la resistencia al cambio que se perciben en el foro tienden a la perpetuación de un cuadro lamentable. Con todo, el juez dispone de algunos recursos que permitirían intentar un cambio progresivo, para introducir eficacia en el proceso. Los arts. 34 y 36 del Código Procesal colocan en manos del juez facultades suficientes para acelerar y simplificar la tramitación de las causas y clarificar la materia litigiosa. Una actitud activa y emprendedora por parte de los jueces de primera instancia permitiría:

- 1) Individualizar los hechos relevantes a probar por las partes litigantes;
- 2) eliminar medidas de prueba redundantes o innecesarias;
- 3) perfilar los términos del litigio y de las pretensiones de las partes;
- 4) estimular la cooperación de las partes litigantes;
- 5) crear condiciones propicias para la búsqueda de soluciones transaccionales;
- 6) disminuir el número de las peticiones escritas y sus secuelas (traslados, notificaciones y resoluciones);
- 7) reducir la materia litigiosa y la materia apelable.

Para lograr estos objetivos se requiere una actitud dinámica por parte del juez, la colaboración activa del personal del juzgado y la cooperación de los letrados de las partes.

El cambio es posible. Los jueces cuentan con recursos normativos idóneos para acelerar el tránsito de los juicios y disminuir la sobrecarga

de tarea del juzgado y de los abogados litigantes provocada por tramitaciones anacrónicas, actitudes reaccionarias y formulismos vacíos.

La participación activa y directa del juez en la recepción de la prueba coloca en sus manos elementos informativos que le permitirán juzgar objetivamente la veracidad de los testigos, la precisión de sus recuerdos, la solvencia técnica o científica de los expertos y peritos, la visión directa de objetos y sitios relativos a la controversia. Ese mayor conocimiento, ese acercamiento del juez al trámite del juicio, esa iluminación de la disputa provocada por la intuición directa de las partes y de los trámites pone en manos del buen juez, datos y antecedentes susceptibles de suministrar base empírica adecuada para la definición del litigio.

## VI. CAPACIDAD EXPRESIVA

El juez, como los abogados, cuenta con la palabra, oral o escrita, como instrumento básico para el desempeño de sus funciones. Debe ser claro y preciso en sus decisiones y en la enunciación del fundamento de las mismas. La claridad en la palabra corresponde habitualmente a claridad en las ideas. Quien tiene claro en su mente el concepto o la proposición a expresar está en condiciones de manifestarse con similar claridad. Por lo contrario, quien se encuentra confundido expresa confusión. Pero no son pocos los casos de quienes siendo claros en sus ideas, pueden enfrentar dificultades en la expresión de las mismas. Hay jueces experimentados y perspicaces, no obstante lo cual padecen problemas de comunicación, particularmente cuando ésta es escrita. Dificultades sintácticas o limitaciones terminológicas pueden dificultar el esfuerzo del juez por dar razones convincentes de su fallo y comunicarlas con eficacia a las partes y a los tribunales superiores. El juez puede haber encontrado una justa respuesta a las pretensiones de las partes. Pero ello no basta. Debe expresarlo con vigor y agudeza para transitar a las partes, especialmente a la perdidosa, la solidez del fundamento invocado y el valor de los elementos de prueba y de convicción utilizados.

La tarea de persuadir a los abogados no es sencilla. Ellos integran un sector altamente articulado y experimentado de la sociedad. Han sido entrenados para utilizar conceptos normativos con fuerza persuasiva. Están dotados de buena capacidad crítica y son consistentes en sus ma-

nifestaciones. Una buena justicia requiere del juez razones fundadas de su decisión, expresadas mediante lenguaje conciso, coherente, claro y transparente. No basta hacer justicia. Hay que demostrarlo.

Jueces ricos en el manejo del idioma, elegantes y convincentes en el empleo de las palabras, saben transmitir a las partes, a sus colegas y a los integrantes de la comunidad, seriedad y la imparcialidad puesta en la decisión del conflicto sometido a su consideración. La buena presentación escrita del fallo atenúa la intensidad de la reacción negativa de la parte perdedora y modera la expresión de las quejas de quien perdió el juicio. Sentencias judiciales bien fundadas y mejor escritas traen paz a la comunidad, pues el mensaje del juez dotado de adecuada capacidad expresiva pone de manifiesto la racionalidad de la decisión. Toda disputa entre integrantes de un grupo social lo debilita. Buenos fallos judiciales expresados con claridad y fuerza persuasiva tranquilizan al grupo y apaciguan a los perdedores de buena fe.

## VII. FORTALEZA ESPIRITUAL

Los jueces son médicos del alma. A sus despachos llegan los conflictos humanos, las diferencias que las partes no han sabido o no han podido superar. Traer un caso al tribunal implica el consumo de recursos y energías que se hubieran podido utilizar en tareas productivas de bienes para su distribución en el seno de la comunidad. Sin embargo, esos litigios llevados al juez para su resolución tienen su razón de ser. Salvo casos excepcionales, responden a reales dificultades de entendimiento, a conflictos de intereses difíciles de transar.

Cuando dos partes se enfrentan en un litigio ante el juez, y hay razón para tal enfrentamiento, el juez puede encontrarse en la delicada posición de quien comprende las buenas razones de ambas partes litigantes y el fundamento de sus respectivas pretensiones. Buenos abogados de las partes, hábiles en el manejo del idioma, agudos en la percepción de los conflictos y de sus limitaciones, al tanto de los desarrollos teóricos y jurisprudenciales, están en condiciones de formular alegaciones dotadas de un alto grado de persuasión. El juez percibe la legitimidad de los intereses pretendidos por los litigantes y los fundamentos de sus requerimientos. El actor ha tenido sus razones para demandar y el demandado

para resistir la demanda. Colocado en una posición de neutralidad e imparcialidad, el juez escucha a ambas partes y se siente convencido por ellas.

La necesidad de decidir el litigio coloca al juez en una difícil posición. Debe dictar sentencia. No puede eludir esa responsabilidad. Nadie puede compartir su soledad. El fallo será su fallo. Ese fallo dirá mucho acerca de las partes, pero mucho dirá también de quien lo dictó. En su soledad, el juez deberá pronunciarse sobre este conflicto humano cuyas razones comprende tanto como comprende las limitaciones del Derecho aplicable. Sin embargo, deberá definirse y encontrar una respuesta razonable y legítima a las pretensiones de las partes litigantes. El cumplimiento de esta delicada tarea cae sobre las espaldas de un hombre o una mujer, constreñido por sus limitaciones, sus inquietudes, sus angustias y sus carencias, típicas de todo ser humano. El juez es consciente de esas limitaciones y de la incidencia que ellas tendrán sobre las esperanzas y las aspiraciones de las partes. Sin embargo, no le está dada la posibilidad de eludir su deber. Podrá estar convencido de las buenas razones invocadas por los litigantes y comprender sus argumentaciones. Ello no obstante, deberá preferir, efectuar su elección. Estas tensiones inevitables en el cumplimiento de la función de juzgar y resolver conflictos humanos conforme a Derecho requiere del juez un alto grado de fortaleza espiritual. Debe aceptar como inevitable su responsabilidad por el sacrificio de determinados intereses, por la frustración de ciertas esperanzas, por la pérdida de bienes y aspiraciones. Al juez le acosa la conciencia de sus propias limitaciones, éstas son naturales de la condición humana. Percibe en la realidad dramas y tragedias irremediabiles. Sabe del reducido alcance de sus recursos y de la inexistencia de respuestas perfectas, capaces de satisfacer todas las pretensiones de las partes intervinientes. Y, no obstante sus limitaciones y sus carencias, debe seguir adelante, decidir el caso a conciencia del dilema existente.

El juez debe estar preparado espiritualmente para soportar las limitaciones que impone la convivencia en sociedad y para cumplir sus funciones sabiendo que al hacerlo así frustrará esperanzas y lesionará expectativas fundadas.



## VIII. SABIO EJERCICIO DE LA AUTORIDAD

El juez concentra un alto grado de poder en sus manos. De él depende la suerte de quienes se encuentran sometidos al ejercicio de su jurisdicción. La estructura del Poder Judicial, por un lado, y las normas jurídicas, por el otro, introducen mecanismos y procedimientos para controlar la autoridad y la discreción del juez. Lograrlo no es fácil, pues la interpretación de las normas depende del juez, quien, además, cuenta con variados métodos interpretativos para definir en concreto el ejercicio de su poder. En la práctica y en razón de la naturaleza misma del proceso judicial, el juez dispone de un alto grado de poder en el cumplimiento de sus tareas. Un buen juez con malas normas hará buen derecho, un mal juez con buenas normas, hará mal derecho.

El buen juez es prudente y medido en el ejercicio de su autoridad. Se adelanta a admitir la posibilidad de su error en la formulación de sus juicios normativos, en la interpretación de las fuentes jurídicas, en la valoración de las conductas de las partes, en el juzgamiento de la prueba traída al juicio, en la medición de los perjuicios y en la dimensión de los remedios otorgados. Aprovecha la cooperación de los abogados de las partes con el objeto de mejorar su información sobre el derecho aplicable al caso y de administrar las tramitaciones para lograr la máxima economía posible de recursos. Dirige el procedimiento cuidando de mantener su imparcialidad y de respetar las potestades y las facultades de los litigantes y sus respectivos letrados. Ejercita sus potestades disciplinarias de manera mesurada. Mantiene el orden en el tribunal y coordina sus tareas con las de otros organismos públicos que intervienen en el juicio. Evita interferencias en el cumplimiento de sus funciones y preserva su independencia de criterio.

## IX. REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA

La misión central del juez consiste en la realización de la justicia mediante la aplicación del derecho. Ello significa, igualdad en el tratamiento de las partes y equilibrio y armonía de todos los valores. El juez es justo y realiza la justicia si mantiene el orden en la sustanciación del caso, suministra seguridad a las partes, preserva su autoridad y la ejerce con prudencia y mesura, crea un clima de entendimiento recíproco y de



unidad en el esfuerzo por superar diferencias humanas; logra la cooperación de todos los interesados en el juicio y se hace solidario con todos quienes comprometen sus esfuerzos para permitir la superación del conflicto.

El juez tiene conciencia de su función en el litigio, conoce las circunstancias que lo rodean, tiene una idea definida de las opciones presentes en el caso y de los recursos a su alcance, tanto normativos como institucionales, para cumplir con justicia sus tareas de pacificación y mutuo entendimiento. Sabe que cada uno de los casos sometidos a su conocimiento y decisión admite, lógicamente, variadas soluciones, de las cuales una es la mejor. Sabe que la justicia consiste precisamente en buscar y realizar esa mejor solución. El buen juez sabe que los valores jurídicos gravitan de manera diferenciada en la vida de las instituciones jurídicas. La solidaridad da sentido al Derecho de Familia; el orden, a la negociación de los documentos negociables; el poder, a la operación y conducción de las fuerzas armadas; la paz, a las relaciones entre los diversos sectores de la comunidad nacional y entre los diversos Estados en el plano de la comunidad internacional; la cooperación, a las relaciones laborales e industriales, y la seguridad, a las prestaciones sociales de cobertura de riesgos. Como conoce la riqueza de la vida humana, la multiplicidad de sus facetas, la variedad de los intereses culturales, la plenitud de las formas de vida humana, la heterogeneidad de las vinculaciones, el juez es sutil y selectivo en la consideración de cada una de las disputas que llegan a su despacho para aguardar resolución judicial. Ir al juez –decía Aristóteles– es ir a la justicia, porque el juez ideal es algo así como justicia personificada.<sup>3</sup> Ir a la justicia es su función, pues sólo así logra el pleno entendimiento colectivo y suministra a cada ser humano la posibilidad de realizar su propio destino conforme a sus deseos.

<sup>3</sup> ARISTOTELES, *The Nicomachean ethics*, Libro V, par. 11, nro. 77, trad. H. Rackham, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1975.



Estudios e  
investigación



## La enseñanza jurídica y el proceso de evaluación para la selección de funcionarios del Poder Judicial<sup>1</sup>

ANA MARÍA BRIGIDO\* y CARLOS ALBERTO LISTA\*\*

### INTRODUCCIÓN

Desde hace varias décadas, los países latinoamericanos constituyen un amplio campo social donde, desde principios de los sesenta y hasta mediados de la década de los setenta se desarrollaron políticas que dieron lugar a los programas de primera generación de “Derecho y desarrollo” (*law and development*), cuyo objetivo fue la modernización de la enseñanza del Derecho, los que culminaron sin logros significativos (Dezalay y Garth, 2002, pp. 66-70; Rodríguez, 2000, pp. 20-28).

En los programas de segunda generación de “Derecho y desarrollo”, las reformas, propiciadas por organismos de financiación como el BID, el Banco Mundial y el AID, toman como objeto la estructura y funcionamiento de la administración de justicia. Iniciados a mediados de los

<sup>1</sup> Este trabajo constituye una versión más extensa de una ponencia presentada por los autores al VII Congreso Nacional de Sociología Jurídica, La Plata, 9 de noviembre de 2006.

\* Doctora en Ciencias de la Educación. Profesora Titular Plenaria de Sociología de la Educación de la Facultad de Filosofía y Humanidades, Universidad Nacional de Córdoba. Autora de numerosos artículos en revistas especializadas y de los libros *Sociología de la Educación. Temas y perspectivas fundamentales*; *El sistema educativo argentino. Elementos teóricos, metodológicos y empíricos para su análisis*; *La equidad en la educación argentina*, y coautora, con Carlos Lista, de *La Enseñanza del Derecho y la Formación de la Conciencia Jurídica*. E-mail: [en línea], <brigidoam@ciudad.com.ar>.

\*\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC) y Master (MPhil) en Sociología, New York University. Profesor Titular Cátedra B de Sociología Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Autor del libro *Los Paradigmas de Análisis Sociológico* y de numerosos artículos en revistas especializadas. Coautor, con Ana María Brigido, del libro *La Enseñanza del Derecho y la Formación de la Conciencia Jurídica*. E-mail: clistaciudad.com.ar.

## LA ENSEÑANZA JURÍDICA Y EL PROCESO DE EVALUACIÓN PARA LA SELECCIÓN DE FUNCIONARIOS DEL PODER JUDICIAL

ANA MARÍA BRIGIDO – CARLOS ALBERTO LISTA

ochenta, adquirieron mayor intensidad a comienzos de la década siguiente y se proyectan hasta nuestros días. Por un lado, los críticos de este tipo de programas (Rodríguez, 2000; Dezalay y Garth, 2002, entre otros) reconocen que ambas generaciones han contribuido a reforzar el potencial regulatorio del Derecho, en detrimento de su potencial emancipador (Santos, 1995), generando “democracias de baja intensidad, cuyo principal objetivo es la protección de la propiedad y la acumulación de capital” (Rodríguez, 2000, p. 18). Por otro lado, se admite la necesidad de fortalecer la democracia y el Estado de Derecho en América Latina, lo cual encierra un potencial emancipador, en tanto ofrece un marco jurídico-político que puede ser empleado en defensa de sectores social, económica y políticamente marginados. Como afirma Cárcova (1996, p. 52), “*el derecho expresa no sólo, entonces, la forma de dominación, sino también la de resistencia*”, y en tal sentido, las reformas, más allá de su inspiración económica, pueden generar consecuencias sociales y políticas beneficiosas.

Esta dualidad se refleja, de alguna manera, en los programas de reforma judicial, los que según Rodríguez (2000, p. 33) pueden ser agrupados en cuatro categorías, en función de sus objetivos: primero, promover condiciones favorables para el crecimiento del sector privado y la inversión extranjera, procurando seguridad jurídica y protección de la propiedad privada; segundo, reforzar la estabilidad democrática, consolidando un Poder Judicial independiente y eficiente; tercero, mejorar el acceso de los ciudadanos al sistema judicial, incorporando un componente de equidad social como contrapeso a la orientación eficientista, y cuarto, reforzar los mecanismos de control social, a través de la investigación y el castigo de cierto tipo de delitos.

Según el mismo autor (pp. 34-36), dentro de este conjunto, los proyectos que integran los programas pueden ser clasificados en seis categorías, entre las que queremos destacar una, por ser el foco de interés del presente proyecto de investigación: aquella que propugna la independencia del Poder Judicial, a través de reformas institucionales; en particular, la reforma del procedimiento de selección y designación de funcionarios y empleados del Poder Judicial. La nueva impronta transformadora promueve la creación de mecanismos de evaluación y nom-

bramiento independientes y meritocráticos para el acceso y la promoción dentro de la administración de justicia.

En Argentina, bajo la influencia de estas tendencias de cambio, diversas instituciones gubernamentales y no gubernamentales iniciaron estudios de diagnóstico, y se desarrollaron propuestas de reforma de diferentes aspectos de la administración de justicia, lo que dio origen al Programa Integral de Reforma Judicial (PIRJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MJDH). Entre las actividades encaradas figura una “política de acuerdos de cooperación con diversas Cortes Provinciales, para la asistencia recíproca en cuestiones referidas a la reforma de la Administración de Justicia”. El Programa de Desarrollo Provincial “en su faz destinada a las mejoras de las Justicias Provinciales (PDPII) ha impulsado ambiciosas modificaciones en las Provincias de Santa Fe, Salta y Córdoba”. La Reforma Judicial del Banco Mundial en la Provincia de Córdoba (CEFJA 2003, pp. 4-5) contempla entre las propuestas de solución del plan de reforma, una “carrera Judicial Jerarquizada” y “designaciones todas supeditadas a concursos”.

Nuestra investigación se centra, particularmente, en dos de los componentes antes mencionados: la reforma administrativa y la capacitación profesional, más específicamente, en la selección de recursos humanos a través de concursos de antecedentes y oposición y en la “formación calificada de los protagonistas de la actividad judicial” (MJDH), que incluye los planes de estudio de grado y las Escuelas Judiciales.

Entre otros rasgos, la enseñanza jurídica dominante que imparten las universidades prioriza la transmisión y aprendizaje de textos legales por sobre otro tipo de conocimiento, y el desarrollo de habilidades cognitivo-instrumentales simples, mientras que las cognitivo-críticas y las expresivas son escasas y excepcionalmente desarrolladas. La formación para la práctica profesional, el *know-how* para el ejercicio de la abogacía, constituye el reclamo más consistente y uniforme de estudiantes y egresados, y la evaluación, uno de los momentos más críticos, menos claros e impredecibles de la experiencia estudiantil. A esto se agrega que la demarcación entre el discurso pedagógico y el profesional es sumamente débil (Lista y Brigido, 2002). Las sucesivas reformas de la enseñanza jurídica, algunas de las cuales fueron parte de la primera generación de los programas de “Derecho y desarrollo”, no han sido exitosas en producir un

## LA ENSEÑANZA JURÍDICA Y EL PROCESO DE EVALUACIÓN PARA LA SELECCIÓN DE FUNCIONARIOS DEL PODER JUDICIAL

ANA MARÍA BRIGIDO – CARLOS ALBERTO LISTA

cambio sustancial de los rasgos tradicionales. Por su parte, los nuevos programas centrados en las reformas judiciales plantean la necesidad de introducir transformaciones a nivel de la enseñanza jurídica universitaria, las que todavía permanecen pendientes.

Tal como fuera expresado antes, uno de los objetivos políticos de las reformas del sistema judicial consiste en reforzar la estabilidad democrática, mediante la consolidación de un Poder Judicial independiente y eficiente, en estrecha relación con el objetivo económico de una mayor seguridad jurídica que favorezca el crecimiento del sector privado y la inversión, todo lo cual supone un conjunto de medidas referidas al acceso a la justicia, la gestión, la capacitación, la reforma administrativa y del sistema judicial, la infraestructura y la construcción de consenso para la reforma (PIRJ).

En este marco, una de las estrategias planteadas para lograr aquel objetivo consistió en cambiar el procedimiento de selección y designación de los agentes del Poder Judicial. En el caso de la Provincia de Córdoba, se optó, entre otras medidas, por promover una carrera judicial jerarquizada y supeditar las designaciones de los funcionarios del Poder Judicial a un sistema de selección por concurso de antecedentes y oposición. El sistema de selección interna que se analiza está vigente desde 1996. Comprende solamente a los funcionarios del Poder Judicial,<sup>2</sup> ya que los magistrados son seleccionados de acuerdo a los procedimientos y criterios del Consejo de la Magistratura. El Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la provincia es el organismo encargado de regular el sistema. Los principales objetivos explícitos que persigue este sistema<sup>3</sup> son: promover una mayor igualdad de oportunidades y designar en los diferentes cargos a quienes den muestras de la idoneidad necesaria para desempeñarse en ellos. Se pretende una forma de selección meritocrática, basada en una competencia abierta, con reglas claras e iguales para todos.

<sup>2</sup> Secretarios de Cámara, Secretarios de Fiscalía de Cámara, Secretarios de Primera Instancia de los Juzgados de Instrucción, Correccional y Faltas, Secretarios de Fiscalía de Instrucción, Ayudantes Fiscales, Prosecretarios Letrados.

<sup>3</sup> Las metas del sistema de concurso están fijadas en la Constitución Provincial, cuando en su artículo 166 establece entre las atribuciones del Tribunal Superior de Justicia la de "Designar a su personal en base a un procedimiento que garantice la igualdad de oportunidades y la selección por idoneidad". Ambas metas son explícitamente reconocidas por el Acuerdo Reglamentario N° 588 de la serie A (AR 588 A).



Cabe señalar que, analizando la documentación que propone y regula el sistema de concursos, la palabra más utilizada para su legitimación es “idoneidad”, como rasgo necesario para asegurar la eficiencia en el desempeño profesional. En ningún momento, dicha documentación define qué se entiende por “idoneidad” en el ejercicio de la magistratura judicial. Pásara (2004, pp. 81-83), afirma que “en el discurso más generalizado sobre el tema, se reconoce la necesidad de una doble condición en quien se postula a un cargo: profesional y moral”. La primera suele ser entendida como “capacidad jurídica”, fundamentalmente como “conocimientos legales adquiridos” y la segunda, como el “perfil ético” o “calidad moral”, cuya evaluación descansa, fundamentalmente, en personas y organizaciones de la sociedad civil que consideran la trayectoria del candidato.<sup>4</sup> En el discurso y las experiencias de selección de magistrados en diversos países de América Latina y España se detectan otros dos criterios adicionales: a) El “perfil psicológico” o “personalidad” del candidato, que es utilizado normalmente con fines limitativos (detectar rasgos de no idoneidad, más que de idoneidad), y b) la “postura político-social”, con lo que se pretende conocer el grado de compromiso de los futuros funcionarios con ciertos valores considerados fundamentales, especialmente los propios del régimen democrático.<sup>5</sup> Es obvio que el logro de dicha idoneidad y, en gran medida, también de las cualidades que tienen que ver con la postura político-social de un postulante a ocupar un cargo en la justicia plantea nuevas exigencias a las instituciones encargadas de la formación jurídica. Se debería operar en éstas un proceso de socialización diferente al que se está llevando a cabo actualmente.

En lo que sigue presentaremos los resultados de algunos de los avances que hemos realizado hasta el momento en nuestra investigación. Los datos provienen, por una parte, del análisis de la normativa que regula los concursos, y por otra, de las discusiones que registramos en cuatro

<sup>4</sup> Este procedimiento de vigilancia social sobre el proceso de nombramiento de magistrados es utilizado, sobre todo, en la selección de las altas cortes o tribunales.

<sup>5</sup> Tal criterio figura en el *Libro Blanco de la Justicia de España*. El mismo es poco utilizado en Latinoamérica de manera explícita y manifiesta, por los rasgos de discriminación ideológica y arbitrariedad que suele traer consigo su utilización. Si es utilizado como criterio oculto e informal.

grupos focales, integrados de manera aleatoria, a partir de una muestra estratificada por cargos, sobre la base del padrón de funcionarios en ejercicio de su cargo. Tres de los grupos se constituyeron con funcionarios de distinto rango del fuero penal de la capital de la provincia que accedieron a sus cargos por concurso; el cuarto estuvo conformado por vocales de cámara que actuaron como tribunales evaluadores en los diferentes concursos.

## 1. LA NORMATIVA VIGENTE

Desde la implementación de los concursos internos, hace ya una década, su regulación ha sido instrumentada a través de acuerdos reglamentarios del Tribunal Superior de Justicia de la provincia. La normativa es de dos tipos: general y particular. La primera incluye sistematizaciones que sucesivamente han operado a modo de reglamentos generales, mientras que en la segunda se dictan por diversos motivos. Éstas suelen introducir innovaciones que difieren de las pautas generales, corrigen normas anteriores o las complementan, o bien constituyen reglamentaciones ad hoc dictadas para regular concursos específicos.

Si bien ciertos rasgos principales de la normativa se han mantenido a lo largo del tiempo, los cambios son constantes. Una de las causas de éstos ha sido la incorporación permanente de modificaciones y ajustes, tanto en los criterios como en los procedimientos de evaluación. La profusión normativa no hace posible un análisis pormenorizado de la misma en un espacio limitado, lo que, por otra parte, nos apartaría de la discusión objeto del presente trabajo. A título de ejemplo, basándonos en la última reglamentación general (AR 588/2001), podemos distinguir dos componentes que se tienen en cuenta en la evaluación: los antecedentes laborales y de capacitación, y las pruebas de oposición, a los cuales se asigna un máximo de 35 y 65 puntos, respectivamente. Entre los primeros se incluyen la antigüedad en el Poder Judicial y en el fuero, cursos, publicaciones, docencia, otros títulos universitarios, etcétera. Las pruebas de oposición evalúan la capacidad para resolver casos prácticos, los conocimientos jurídicos del postulante que se consideran relevantes para el ejercicio del cargo (incluye redacción y ortografía), y la habilidad para

operar la PC. Los criterios de evaluación y los puntajes que se asignan a ambos componentes pueden ser aumentados o disminuidos por el TSJ.

## 2. OPINIONES DE LOS PRINCIPALES ACTORES RESPECTO DE LAS FORTALEZAS Y DEBILIDADES DEL SISTEMA DE CONCURSOS

Antes de referirnos a este tema, debemos recordar que el actual sistema de selección de recursos humanos para la justicia sustituye a uno anterior, el cual dejaba en manos de los funcionarios del Poder Judicial la selección de sus colaboradores. El principal argumento en contra de esta forma de provisión de los cargos se relaciona con el grado de discrecionalidad al que daba lugar: no contemplaba el principio de igualdad de oportunidades, en consecuencia, permitía que se cometieran muchas injusticias con empleados valiosos que, por diferentes motivos, no eran del agrado de sus superiores. Por otra parte, el sistema no brindaba la posibilidad de aunar criterios para la selección del personal. Cada funcionario superior imponía los suyos y emitía sus propios juicios de valor. Inevitablemente, estos juicios no eran comparables y quienes se veían perjudicados eran los empleados que dependían de los jefes más exigentes.

A pesar de estas críticas sustanciales al sistema de “calificación”, los participantes en los diferentes grupos destacaron algunas de sus principales ventajas. La mayoría coincidió en afirmar que el sistema de selección por “calificación” permitía evaluar a los agentes del Poder Judicial en ítems tales como el trato con la gente, la relación con los compañeros de tareas, la relación con los superiores, la capacidad para integrar un equipo de trabajo, la disposición para atender a la gente, la solicitud para solucionarle los problemas, etcétera. Desde su punto de vista, todo esto constituye un aspecto fundamental para la provisión del servicio de justicia y hoy, debido a que ello no cuenta para la asignación de un puntaje a la hora de competir en un concurso, es totalmente descuidado en las actividades cotidianas de los tribunales. A su juicio, esto ha causado un serio deterioro en la provisión del servicio. Por otra parte, sostienen que, como durante la vigencia del sistema de selección anterior cada empleado sabía que sería evaluado por su producción y su desempeño, se esforzaba por cumplir de la mejor manera posible con sus obligacio-

nes. Un agente se sentía orgulloso cuando se hacía acreedor a la llave de la oficina; “tener la llave” para poder ir a trabajar por la tarde, cuando cada quien quisiera, poseía un significado simbólico muy importante (“era el primer ascenso que uno tenía”, afirmó uno de los vocales de cámara en su intervención).

## **2.1. PRINCIPALES FORTALEZAS DEL SISTEMA DE CONCURSOS**

Con matices, que denotan la oposición total de algunos y la adhesión con reservas de la mayoría, los agentes consultados coincidieron en que la principal fortaleza del sistema de concursos reside en el aumento de la igualdad de oportunidades para acceder a los cargos, fundamentalmente porque reduce el nivel de discrecionalidad que caracterizaba al sistema anterior. Si bien los empleados del interior están siempre en inferioridad de condiciones, porque sus posibilidades de capacitarse y perfeccionarse son escasas, y los agentes de algunas áreas no pueden dedicarse a realizar cursos porque están sobrecargados de trabajo, el actual sistema es menos arbitrario que el anterior.

Dos serían las características de este sistema de selección que apuntan a igualar las oportunidades: el anonimato de las pruebas y la definición de criterios objetivos para la evaluación. La asignación de un puntaje determinado a los dos aspectos que comprende el concurso –la prueba de oposición (escrita) y los antecedentes– apuntan en esa dirección, aunque los profesionales consultados cuestionan fuertemente el peso relativo que se otorga a algunos ítems en el conjunto, o la pertinencia de unos y otros (ítems y puntajes) considerando el cargo para el cual se concursa. Otro aspecto positivo de los concursos tiene que ver con que los mismos han obligado a muchos a “volver a los libros”, a actualizar sus conocimientos teóricos. Cabe mencionar que esto último fue señalado sólo por uno pocos participantes.

Aunque algunos consideran que el actual sistema no ha eliminado los principales vicios del anterior, la mayoría acuerda en que es necesario buscar la forma de perfeccionarlo a fin de que sea posible conjugar la igualdad de oportunidades y la selección del más apto, en una “competencia sana” que garantice lo fundamental: la eficiencia en el desarrollo de las tareas. En opinión de los participantes, si esto no se cumple,

no hay verdadera justicia, precisamente porque falla lo más importante, es decir, el servicio de justicia.

## **2.2. PRINCIPALES DEBILIDADES DEL SISTEMA DE CONCURSOS**

En principio, los agentes consultados admiten que el problema no son los concursos en sí mismos, sino la forma en que se están llevando a cabo, la cual está condicionada, en gran medida, por las normas que regulan el sistema. Los señalamientos en este sentido son múltiples y variados. Quienes se oponen de plano a los concursos concluyen de manera tajante y general que no es un sistema justo y que no garantiza la selección de los más capaces. Quienes los aceptan, aun con reservas, entienden que es un sistema perfectible, pero señalan con claridad sus principales debilidades, aunque no se ponen de acuerdo a la hora de pensar en propuestas para mejorarlo. Se advierte que tienen perfectamente claro qué sería necesario incorporar en la evaluación y qué se debería sacar, pero les cuesta articular una propuesta de evaluación que garantice una selección justa y a la vez eficaz, desde el punto de vista de la provisión del servicio. Aunque no definen con claridad en qué consiste una selección justa, de sus discursos se deduce que entienden por tal un sistema de evaluación que permita colocar en los primeros lugares del orden de mérito a quienes demuestren fehacientemente que poseen los conocimientos, la experiencia en la función y las cualidades personales necesarias para desempeñarse en ella con idoneidad y eficacia. En la evaluación se debería tener en cuenta que gran parte de lo anterior varía, en cierta medida, según el cargo para el que se concursa, por lo tanto, no consideran adecuado definir criterios de evaluación comunes para las pruebas correspondientes a los diferentes cargos y a los diferentes fueros. Los criterios deberían ajustarse a los requerimientos concretos de la función que va a desempeñar el postulante.

Parece haber unanimidad acerca de la injusticia que supone hacer depender la promoción de un agente del resultado de un solo examen. Al margen de algunos cuestionamientos que hacen a las pruebas escritas, entienden que en la situación de examen el resultado puede estar determinado más por factores circunstanciales que por lo que uno efectivamente sabe. Sostienen que las capacidades y aptitudes reales de un

postulante no pueden ser comprobadas a partir de pruebas escritas, aun contando con que ellas estén muy bien planteadas, lo que también es puesto en duda por varios agentes. Cabe señalar que el contenido de las pruebas escritas es precisamente uno de los puntos más cuestionados de los concursos.

Parece importante advertir que, a pesar de reconocer ventajas al sistema de selección por concurso, en cuanto a la igualación de las oportunidades, objetan su eficacia en términos del otro objetivo que persigue, es decir, la selección por idoneidad para desempeñar las diferentes funciones. Desde el punto de vista de nuestros informantes, hay un ostensible deterioro en la provisión del servicio, hecho que atribuyen, en gran parte, al sistema de selección por concursos.<sup>6</sup> En este sentido, se preguntan por qué, si el sistema de concursos es tan bueno, el Tribunal Superior no lo aplica para el nombramiento de sus propios empleados y sigue usando el sistema anterior. Consideran que es muy significativo el hecho de que dicho tribunal siga aplicando “el dedo” (tal como denominan al anterior sistema) para el nombramiento de sus agentes.

Otra idea general que surge de las discusiones es que no basta con definir criterios de evaluación objetivos, sino que es imprescindible considerar también cuestiones difíciles de cuantificar y que surgirían más bien de apreciaciones subjetivas de quienes han actuado como jefes de los postulantes. Consideran que una entrevista personal sería de gran utilidad para definir el perfil de un candidato, a pesar de que esto supondría renunciar al anonimato, uno de los principios sostenidos con mayor firmeza por el Tribunal Superior al implementar el sistema de concursos.

En síntesis, en opinión de los funcionarios consultados, el sistema tiene muchos puntos débiles que es necesario revisar y corregir: es innecesariamente complejo; la forma en que se lo regula parece en algunos casos inadecuada, cuando no violatoria del derecho de las personas; no

<sup>6</sup> Entre otras consecuencias negativas de los concursos, señalaron las siguientes: los agentes del Poder Judicial están en estado de concurso permanente, muchos descuidan sus tareas para dedicarse a hacer antecedentes y preparar los exámenes; se genera un clima de competencia que impide el trabajo en equipo y deteriora las relaciones interpersonales; los jefes se ven privados de elegir a sus colaboradores y se ven obligados a recibir empleados en los cuales no pueden depositar su confianza.

cumple uno de los objetivos para el cual fue creado que es garantizar la idoneidad de una persona para cumplir una determinada función; exagera la competitividad y desalienta el compromiso con la tarea, y, como consecuencia de todo esto, ha tenido efectos negativos para la provisión del servicio.

### 3. VALORACIÓN DE LA FORMACIÓN RECIBIDA EN LA FACULTAD

Uno de nuestros objetivos era descubrir, a partir de la experiencia de los principales actores del sistema de concursos, el grado de funcionalidad o adecuación que atribuyen a la capacitación jurídica que recibieron durante el cursado de la carrera de abogacía, teniendo en cuenta las exigencias del sistema de concursos, y también las exigencias propias del desempeño como funcionario del Poder Judicial. En relación a esto, queríamos averiguar cómo evalúan dichos actores la enseñanza jurídica de grado y posgrado que ofrece la Facultad de Derecho y, eventualmente, qué reclamos le plantearían teniendo en cuenta dichas exigencias. La información que recogimos sobre este punto no es abundante, pero algunas referencias resultan muy significativas.

En líneas generales, lo que surgió en las discusiones acerca de la formación jurídica corrobora lo que pudimos constatar en etapas anteriores de nuestra investigación (Lista y Brigido, 2002). Tanto quienes actuaron como evaluadores como los que se presentaron a rendir los diversos concursos consideran que lo que recibieron de la facultad no los prepara para desempeñar un cargo en la justicia. Entre otros rasgos, señalan que la enseñanza jurídica dominante es demasiado teórica y academicista, prioriza la transmisión y aprendizaje de textos legales en desmedro de cualquier otro tipo de conocimiento; favorece, además, el desarrollo de lo que nosotros denominamos habilidades cognitivo-instrumentales simples. La formación para la práctica profesional, el *know-how* para el ejercicio de la abogacía, constituye el reclamo más consistente y uniforme de estos profesionales. Por su parte, los jueces que actuaron como jurados advierten que muchos de los concursantes tenían serias dificultades para expresarse por escrito (“no saben redactar”, afirmaron los jueces), y en algunos casos notaron incluso problemas para leer en voz alta (“es una vergüenza que se equivoquen cuando leen en voz alta”, sostuvieron los



evaluadores). En alguna medida atribuyen a la formación que brinda la facultad una buena cuota de responsabilidad por estos déficit.

Evaluadores y evaluados valoran de manera preponderante la formación que se adquiere en la práctica en tribunales. Desde su punto de vista, en los concursos se debería ponderar, entre los criterios de evaluación, la experiencia adquirida por el agente en los diferentes cargos que ocupó en el Poder Judicial, lo que ellos llaman la “trayectoria”, algo que actualmente no figura entre los ítems que se evalúan. Sostienen, además, que quienes están en las posiciones más altas de la jerarquía tendrían que ocuparse, como ocurría antes, de la capacitación de su personal; deberían hacer de los tribunales una suerte de “verdadera escuela práctica” en la cual cada uno tendría que dar cuenta de manera permanentemente de cuán preparado está para responder a las exigencias del cargo. Consideran que, como estas exigencias varían de un cargo a otro y según el fuero de que se trate, el papel del jefe respectivo, en lo que se refiere a capacitación del personal, es crucial.

#### 4. PROPUESTAS SUPERADORAS PLANTEADAS POR LOS MIEMBROS DE LOS DIFERENTES GRUPOS

El grupo de los vocales de cámara realizó en este sentido aportes muy significativos a partir de su experiencia como evaluadores. Entre otras cosas, pusieron mucho énfasis en incluir una entrevista personal como parte del concurso. Si bien esto no es posible porque la normativa vigente lo prohíbe en aras de preservar el anonimato, consideran que el hecho de tener un contacto directo con el postulante permite ver cosas que son importantes y no pueden ser captadas mediante pruebas escritas. Entienden que los méritos académicos figuran en el *curriculum vitae*, mientras que las cualidades personales que ellos consideran como imprescindibles para trabajar en el Poder Judicial solamente se pueden advertir, según lo expresa un participante, “mirando a los ojos a la persona”. Durante un contacto personal hay más probabilidad de saber quién es esa persona, qué piensa, cómo se expresa, etcétera. Para dar mayores garantías al postulante, asegurar mayor pluralismo y una valoración más justa, proponen que la entrevista esté relativamente pautada y se haga ante un cuerpo colegiado, con veedores representativos.



Un segundo punto que se planteó en los grupos es la necesidad de preparar de manera especial a los que integrarán los tribunales de concurso. Se los debería dotar de los conocimientos teóricos que hacen falta para conducir adecuadamente un proceso de evaluación: cómo elaborar una prueba, cómo seleccionar su contenido, cómo ponderar el puntaje de los diferentes ítems teniendo en cuenta los objetivos del concurso y las características del cargo que se concursará, etcétera. Con relación a esto destacaron la experiencia de los jueces que desarrollan actividades docentes en la universidad. Ésta sería el ámbito adecuado para brindar la capacitación que hace falta para actuar como evaluador.

En lo que respecta a la integración de los tribunales de concurso, se sugirió la idea de que éstos estén formados por jubilados del Poder Judicial (no por cualquier abogado; rechazan de plano la intervención de evaluadores externos). Fundamentan esta propuesta en dos argumentos que parecen razonables: por una parte, los jubilados tendrían mayor tiempo disponible y estarían en condiciones de dedicarse *full time* a resolver las evaluaciones; y por otro, con un jubilado se correrían menos riesgos de que un concurso se resolviera en función de favoritismos personales. Los jubilados están fuera de la competencia y tienen toda una experiencia por detrás, lo cual permitiría, en alguna medida, una mayor ecuanimidad en sus dictámenes.

Se sugirió también que el Tribunal Superior no deje librado a cada jurado de concurso el tema de la resolución de casos prácticos en las pruebas escritas. Esta cuestión debería ser regulada de algún modo para que haya una cierta homogeneidad en las pruebas y el nivel de exigencias sea parejo, de manera que todos los postulantes se encuentren en igualdad de condiciones en la competencia.

Piensan que debería existir algún mecanismo para obligar al tribunal de concurso a plantear pruebas cuyo contenido fuera pertinente, en orden a verificar si el postulante posee o no los conocimientos y las competencias que se requieren para el cargo que se concursará –no para cualquier cargo– y que estén referidos a la práctica judicial. La misma pertinencia se debería exigir para la evaluación de los antecedentes: cuáles son más importantes y cuál debe ser su peso relativo en el puntaje, teniendo en cuenta el cargo objeto del concurso. Con relación a los antecedentes, sugirieron que se distinga el valor de cada uno de éstos en función de

su relevancia para el desempeño del cargo, su calidad, el nivel de exigencias, etcétera. No se debiera otorgar, indiscriminadamente, el mismo valor a cualquier curso.<sup>7</sup>

Hubo consenso generalizado en que lo más importante en el proceso de evaluación de un candidato para ocupar un cargo en el Poder Judicial es su “trayectoria” en este ámbito. La antigüedad por sí sola es “signo de buena salud”, pero no resulta suficiente y se impone la necesidad de incorporar alguna estrategia de evaluación que permita valorar esa “trayectoria”.

Una sugerencia interesante, planteada como alternativa para sustituir el sistema de selección actual, se refiere a la posibilidad de implementar una verdadera Escuela Judicial, obligatoria para todos, bien organizada, y orientada a otorgar la capacitación práctica necesaria para desempeñar las diferentes funciones del Poder Judicial. Insistieron en la necesidad de fortalecer los aspectos prácticos de la formación, a través de talleres y seminarios en los que se exija el desarrollo de competencias básicas para el desempeño de dichas funciones.

A fin de superar una de las principales debilidades que se atribuyen al sistema de concursos, la que se refiere a la posibilidad que hoy existe de que prácticamente cualquiera pueda postularse para competir por cualquier cargo, proponen que el Tribunal Superior imponga algunas restricciones. Por añadidura, esto contribuiría a disminuir la cantidad de gente que se presenta y a agilizar los trámites correspondientes, que son hoy demasiado extensos, pues muchos duran más de tres años.

## 5. REFLEXIONES SOBRE LA FORMACIÓN DE RECURSOS HUMANOS PARA LA JUSTICIA

Con relación a la normativa que regula los concursos, lo que más impacta son dos aspectos: el primero se refiere a la técnica legislativa utilizada en su reglamentación y el segundo a la actitud de los integrantes del fuero penal frente a ella. En cuanto a lo primero, se destaca la pro-

<sup>7</sup> Es interesante señalar que la amplia mayoría de los participantes en los grupos focales parece no tener en cuenta, o desconocer, que la normativa que regula los concursos es muy específica y minuciosa en el otorgamiento de diferentes puntajes a los distintos antecedentes en función de varios aspectos.

liferación de normas particulares que de manera permanente modifican, tanto las generales como otras normas particulares vigentes en concursos anteriores. Esto genera un alto grado de incertidumbre entre los concursantes potenciales y los desorienta en el planeamiento de su estrategia de preparación para futuros exámenes. Existe una opinión generalizada de que las reglas de juego pueden ser cambiadas sobre la marcha y a veces con medidas arbitrarias. En algún momento, en su amplia mayoría, los interesados se han sentido afectados negativamente por situaciones de este tipo. Sin embargo, la actitud que predomina es la de acatamiento de las decisiones del TSJ, lo que revela componentes muy significativos de la cultura organizacional que no dejan de ser llamativos.

Respecto del funcionamiento y los resultados del actual sistema de selección, muchos se inclinan por considerar que no era necesario cambiar el sistema anterior, sino modificarlo para depurarlo de sus vicios más ostensibles: la falta de igualdad de oportunidades y el grado de discrecionalidad y arbitrariedad al que daba lugar. Lo que no logran es articular una propuesta que permita corregir las falencias de un sistema que daba lugar a prácticas muy difíciles de erradicar y que son, en definitiva, las responsables de ambas falencias.

El sistema de selección por concursos, al margen de que es considerado por todos como algo permanente (“vino para quedarse”), y a pesar de que generó distintas formas y grados de disconformidad entre el personal, constituye, dentro de todo, el “mal menor”. Algunos de los participantes se sitúan en una posición de rechazo total a los concursos, pero la postura mayoritaria es de aceptación con reservas.

Si tomamos en cuenta lo relativo a la valoración que esos actores hacen de la formación que recibieron en su paso por la universidad, lo que surge con claridad es que aquélla se ve como claramente insuficiente, si se tienen en cuenta las exigencias para desempeñar cargos en la justicia. Vuelve con insistencia el reclamo que advertimos en otras etapas de nuestra investigación: falta enseñanza práctica.

Sin embargo, también caben críticas de la visión opuesta, la que prioriza y se limita al ejercicio profesional. Por un lado, de las entrevistas y los grupos focales surge una sobrevaloración de las habilidades que hacen al desempeño profesional cotidiano, por sobre cualquier otro tipo de ha-

## LA ENSEÑANZA JURÍDICA Y EL PROCESO DE EVALUACIÓN PARA LA SELECCIÓN DE FUNCIONARIOS DEL PODER JUDICIAL

ANA MARÍA BRIGIDO – CARLOS ALBERTO LISTA

bilidad, y en particular, de conocimientos teóricos. Por otro lado, vinculado con lo anterior, valoran la capacitación intrainstitucional, pragmática y tradicional, no sistemática y con fuertes contenidos socializadores, frente a la capacitación, sistemática, planificada y con orientación intelectual que se lleva a cabo en las instituciones de educación formal. En nuestra opinión, esta fuerte dicotomía presenta como limitación la de ser simplista y reduccionista, pues opone, como antagónicos y excluyentes, dos tipos de formación, la profesional y la teórico-académica, que pueden (y deberían) ser complementarias, pues ambas apuntan a tipos de aprendizaje de naturaleza diferente pero con similar relevancia, si se tienen en cuenta las tareas que deben realizar los funcionarios del Poder Judicial.

El ajuste de la formación de funcionarios y magistrados a las necesidades del trabajo es un reclamo altamente legítimo y razonable, como lo es también la demanda de que la selección de personal por un sistema de concursos se base en criterios que tengan primordialmente en cuenta las exigencias propias de cada rol y las necesidades funcionales de la institución. Desde nuestro punto de vista, lo que resulta discutible es, entre otras cosas: a) la exaltación instrumental, y casi excluyente, del “saber hacer” identificado como el *know-how* del rol laboral; b) la consecuente deslegitimación y exclusión de todo saber de tipo teórico que no tenga aplicación inmediata, y c) la fuerte tendencia endogámica y monodisciplinaria que limita toda capacitación a la que pueda obtenerse dentro de la institución, y privilegia al experto en Derecho, colocando en segundo plano a especialistas en otros campos de conocimientos y que dominan otro tipo de destrezas. Esto es así aun cuando las cuestiones a resolver tienen relación directa con esos campos y exigen tales destrezas.

La formación profesional de corte tradicional, tal como es definida por los agentes de justicia, limita su perfil al de un técnico pragmático, poseedor de las destrezas instrumentales necesarias para dar solución a los problemas del quehacer cotidiano; esto varía ampliamente de acuerdo al rol que demanda cada cargo. Según la opinión predominante, el desarrollo de estas competencias se daría, exclusivamente, gracias a la experiencia laboral, en la tarea cotidiana, bajo la dirección, tutela y supervisión de los respectivos “jefes”. Tal como es caracterizada por los entrevistados, este tipo de formación se acerca más a un proceso de

socialización ocupacional especializado que a un proceso educativo sistemático y formal. Consiste en una formación jerárquica, cuyo éxito o fracaso depende de las aptitudes personales de los sucesivos agentes socializadores (aquellas personas que por su cargo ejercen la autoridad en cada caso) con los que trabaja el funcionario o el empleado. Tales aptitudes son definidas en función de la competencia, predisposición y compromiso con el trabajo, y la capacitación depende de la predisposición y la generosidad del agente de socialización para formar nuevos recursos humanos. En tal sentido, esta formación es altamente aleatoria. Al tener carácter intrainstitucional y no responder a un plan sistemático de formación de recursos humanos es fuertemente reproductiva de las prácticas y la cultura organizacionales vigentes, con sus aciertos y desaciertos.

Hemos visto que la mayoría de los participantes opone este tipo de formación a la de carácter formal y sistemático, la que es objeto de amplias y severas críticas. No obstante esto, a nuestro entender, ésta, en la medida en que se articule equilibradamente con aquélla, podría favorecer el buen desempeño profesional, fortalecer el perfil de los empleados, funcionarios y magistrados y aumentar la calidad de los servicios judiciales. Entre otros rasgos, contribuyen a ello los siguientes: a) pone el acento en el desarrollo intelectual y se centra en la transmisión-adquisición de conocimientos teóricos, más que en el desarrollo de habilidades prácticas de tipo instrumental; b) tiene un carácter más abstracto, generalista y enciclopédico, frente al particularismo concreto de la formación que se adquiere en el trabajo; c) se puede llevar a cabo de manera externa al Poder Judicial, es decir, estar a cargo de otras agencias e instituciones; d) puede desarrollarse como una actividad diferenciada y paralela a las que exige el ejercicio del rol laboral; e) se cumple, típicamente, a través de la utilización de metodologías de enseñanza-aprendizaje formales y sistemáticas que, aunque no atienden necesariamente a los requerimientos inmediatos de la práctica, contribuyen muy significativamente a la formación de una conciencia e identidad que sirven de base al ejercicio profesional en distintos ámbitos, entre ellos el judicial; f) ofrece una mayor posibilidad de elección al que demanda formación, dado que éste puede escoger entre diversas alternativas, posibilidad que es muy limitada en el caso de la formación profesional de corte tradicional.

Una solución superadora de la antinomia entre los dos tipos de formación y por lo tanto de las debilidades inherentes a cada uno de ellos sería un sistema que combinara lo mejor de ambos y redujera sus limitaciones. En el diseño de estrategias de formación de recursos humanos para la justicia, sería aconsejable evitar el ultrapragmatismo, que reduce todo *saber* al *saber hacer* y obstaculiza el desarrollo de una práctica reflexiva que induce a pensar *por qué las cosas se hacen* de determinada manera y no de otra. La tendencia ultrapragmática genera rutina y favorece la burocratización de las tareas, limitando las posibilidades de innovación y la búsqueda de soluciones creativas frente a viejos y nuevos problemas. Si bien ella da certidumbre, en el mediano y largo plazo produce desgaste, desincentivación y desmotivación en quien trabaja, provocando altos niveles de insatisfacción.

Del mismo modo, en la búsqueda de alternativas de formación de recursos humanos para la justicia, también sería recomendable no reducir toda formación a la que apunta casi exclusivamente al desarrollo teórico-intelectual de los agentes, entre la que se destaca la que imparten las universidades. Si tomamos en cuenta lo relativo a la valoración que los funcionarios consultados hacen de ella, en particular de la formación que recibieron en su paso por la universidad, lo que surge con nitidez es que se ve como claramente insuficiente, si se tienen en cuenta las exigencias para desempeñar cargos en la justicia. Más aún, podría afirmarse que la formación académica que imparte en el campo jurídico la amplia mayoría de los centros universitarios constituye un obstáculo para cualquier tipo de reforma sustantiva que, como en el caso de la reforma judicial que estamos analizando, pueda amenazar su hegemonía y estabilidad.

Un tema para reflexionar se refiere, entonces, a cuál sería el mejor tipo de enseñanza y evaluación para el desempeño profesional en la administración de justicia y, consecuentemente, el mejor tipo de proceso de selección de recursos humanos. En particular, a partir de una perspectiva profesional, sería útil y necesario plantear qué papel puede cumplir la formación académica (universitaria y extrauniversitaria) en tal sentido y de qué modo puede contribuir a mejorar, tanto el proceso formativo, cuanto el de selección de recursos humanos en la administración de justicia.

Parece claro que las reformas judiciales conocidas como de la “segunda generación de Derecho y desarrollo”, a través de sus distintos componentes y directivas, plantean a la enseñanza jurídica nuevas exigencias. Se trata de demandas que figuran entre los prerrequisitos que imponen a la enseñanza jurídica los organismos que financian dichas reformas. La formación sistemática en la facultad es un instrumento importante de “transformación del conocimiento, habilidades y valores” (Carvalho Pacheco, 2000, p. 164). Un documento del Banco Mundial (Rowat, 1995, p. 115) contiene un largo listado de objetivos para la transformación de la enseñanza jurídica, con el propósito de asegurar la eficacia de las reformas judiciales. Una de las directrices es que la enseñanza debe “reflejar los valores del sistema jurídico reformado” y “apuntar hacia cambios, no sólo de conocimientos que debe transmitir a los estudiantes, sino también de sus habilidades intelectuales y operativas, actitudes, valores y creencias” (Carvalho Pacheco, 2000, p. 164). Podría afirmarse que la supervivencia, en las escuelas y facultades de abogacía, de un discurso pedagógico –tanto instruccional como regulativo (Bernstein, 1990, pp. 106-110)– tradicional, homogéneo y con alta capacidad autorreproductiva, constituye un obstáculo para el logro de esos objetivos.

En suma, los sistemas de concursos para la selección de recursos humanos para el Poder Judicial constituyen un campo neurálgico en el que se cruzan distintos ejes de tensiones. Ubicados como requisito para el acceso y movilidad en la administración de justicia, los concursos plantean nuevas exigencias de capacitación a los concursados y reciben demandas de idoneidad del campo ocupacional del que son parte.

## BIBLIOGRAFÍA

- BERNSTEIN, Basil, *Poder, educación y conciencia. Sociología de la transmisión cultural*, Barcelona, El Roure Editorial, 1990.
- CÁRCOVA, Carlos María, *Derecho, Política y Magistratura*, Buenos Aires, Biblos, 1996.
- CARVALHO PACHECO, Cristina, “Directrices del Banco Mundial para la reforma judicial de América Latina”, *Quo vadis, Justitia. Nuevos Rumbos en la Administración de Justicia, El Otro Derecho*, nro. 25, Bogotá, ILSA, 2000, pp. 137-179.



LA ENSEÑANZA JURÍDICA Y EL PROCESO DE EVALUACIÓN PARA LA SELECCIÓN DE  
FUNCIONARIOS DEL PODER JUDICIAL

ANA MARÍA BRIGIDO – CARLOS ALBERTO LISTA

Centro de Estudios y Formación de la Federación Judicial Argentina (CEFJA) (2003), “La reforma Judicial del Banco Mundial en la Provincia de Córdoba”, dirección electrónica, [en línea], <[www.worldbank.org](http://www.worldbank.org)>.

DEZALAY, Yves y Bryant G. GARTH, *La internacionalización de las luchas por el poder*, Bogotá, ILSA y Universidad Nacional de Colombia, 2002.

LISTA, Carlos y Ana María BRIGIDO, *La enseñanza del Derecho y la formación de la conciencia jurídica*, Córdoba, Sima Editora.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (MJDH) de Argentina. Programa Integral de Reforma Judicial, dirección electrónica, [en línea], <[www.reformajudicial.jus.gov.ar](http://www.reformajudicial.jus.gov.ar)>.

PÁSARA, Luis (2004), “Selección, carrera y control disciplinario en la magistratura: principales tendencias actuales”, en *Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia*, julio-diciembre, UNAM, pp. 81-95, 2004.

RODRÍGUEZ, César, “El regreso de los programas de Derecho y desarrollo”, en *Quo vadis, Justitia. Nuevos Rumbos en la Administración de Justicia, El Otro Derecho*, nro. 25, Bogotá, ILSA, pp. 13-49, 2000.

ROWAT, Malcolm, W. MALIK y María DAKOLIAS (1995), *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean: Proceeding of a World Bank Conference*, Washington D. C., World Bank Technical Paper Number 280.

SANTOS, Boaventura de Sousa (1998), *La globalización del Derecho*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.



## Acervos de conocimiento y estructuras de interpretación. Un estudio microsocial del Poder Judicial del Estado de Puebla, México

ANGÉLICA CUÉLLAR VÁZQUEZ\*

### I

Esta ponencia no pretende hacer un análisis del discurso de los jueces entrevistados, sino abundar sobre algunas ideas que nacieron cuando trabajé la categoría de “experiencia judicial” en otro texto.<sup>1</sup> Y a la luz de otras lecturas, fueron surgiendo ideas para esta ponencia<sup>2</sup> que forma parte de una investigación más profunda y larga sobre los jueces en el Estado de Puebla, en México, realizada principalmente a partir de entrevistas.

La categoría de “experiencia judicial” busca, por un lado, ser una herramienta sociológica que permita analizar la forma en que los jueces interpretan su mundo inmediato y, por otro, observar las decisiones judiciales como acciones sociales.

Con esta categoría, pretendo observar cómo, tanto en la interpretación de su mundo inmediato el Poder Judicial, como en la forma en que los jueces interpretan la ley para realizar sus sentencias, se involucran dos tipos de conocimientos. Uno, por supuesto, es el conocimiento jurídico que adquieren en las escuelas o facultades de Derecho. Este conocimiento se complementa, en el caso de los jueces, a lo largo de su experiencia en el Poder Judicial. La misma, como veremos en las entrevistas, es muy valorada por aquéllos.

\* Socióloga. Profesora titular de tiempo completo. Facultad de Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional Autónoma de México.

Agradezco a Roberto Oseguera todo su apoyo y colaboración para la elaboración de este trabajo.

<sup>1</sup> CUÉLLAR VÁZQUEZ, Angélica, *La justicia sometida. Análisis sociológico de una sentencia*, México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM/Miguel Ángel Porrúa, 2000.

<sup>2</sup> LISTA, Carlos A. y Ana María BRIGIDO, *La enseñanza del Derecho y la formación de la conciencia jurídica*, Córdoba, Sima Editora, 2002.

Otro tipo de conocimiento es aquel que se tiene a mano, que se obtiene de una forma cognitiva distinta y que, siguiendo la terminología de Alfred Schütz, denominaremos “acervo de conocimiento a la mano”, concepto del que hablaremos posteriormente. Ambos conocimientos son empleados para dar sentido a las acciones que realizan los jueces, es decir, son considerados por ellos para emitir sus sentencias y resoluciones.

Para entender mejor estos dos tipos de conocimiento, en primer lugar expondremos aquel que los abogados y jueces adquieren en las escuelas y facultades de Derecho. Para saber y analizar de qué tipo de conocimiento se trata, tomaré el concepto de “conciencia jurídica” acuñado por Carlos A. Lista y Ana María Brigido en la hermosa y sugerente investigación que hicieron sobre la enseñanza del Derecho y la formación de esta conciencia, precisamente, en los estudiantes de Derecho en la ciudad de Córdoba, Argentina.

Se me permitirá la osadía de utilizar una investigación que no se realizó en mi país, pero creo que los resultados de la investigación llevan a pensar e interpretar otras realidades de las escuelas de Derecho, al menos en América Latina.

¿Qué tipo de conocimiento es el que los abogados adquieren en las escuelas y facultades de Derecho? Según los autores citados:

Las competencias profesionales se fundan en reglas implícitas y explícitas que fijan lo pensable y lo impensable sobre las que se basa la identidad y la autonomía de una profesión específica. Para la generación de tales competencias resulta necesario definir un área del conocimiento diferenciada de otras (cuanto más diferenciada mayor es la potencialidad de defender su autonomía) y asignar el monopolio de la misma a un grupo social, que se transforma en el guardabarreras del área.<sup>3</sup>

Y continúo citando a los mismos autores:

Es importante entonces controlar la brecha que surge entre “lo pensable” y lo “impensable”, ejerciendo una estrecha vigilancia del proceso de reflexión sobre la misma. Uno de los modos de realizarlo consiste en la reproducción de modelos teóricos que fijen lo más claramente posible los límites de “lo pensable”, la distancia con “lo impensable” y con ello,

<sup>3</sup> Ídem, p. 33.

la existencia de un grupo profesional que tenga el monopolio de aquél y controle la brecha que lo separa de éste. El formalismo jurídico constituye un ejemplo de estos modelos fundantes y reproductores del monopolio de una profesión (la abogacía) sobre un campo específico (el jurídico).<sup>4</sup>

De acuerdo con Lista y Brigido, el discurso pedagógico constituye un mecanismo de control de esa brecha a través de la transmisión de lo pensable y la exclusión de lo impensable y esto se logra mediante las reglas de selección del mensaje educativo, que transmite "...los contenidos legítimos y las habilidades deseables, así como las reglas de comunicación y modos de ser y comportarse. En otras palabras, a través de los discursos 'instruccional' y regulativo, el discurso pedagógico reproduce un código que define una forma de conciencia-identidad; la adquisición del código permite a los participantes de la relación ubicarse en el contexto, con referencia a otros contextos, y producir el comportamiento adecuado al mismo".<sup>5</sup>

La hipótesis de los autores es que el proceso de instrucción y socialización en la carrera de abogacía es un mecanismo de control que produce y reproduce un tipo de "conciencia jurídica". No me puedo extender mucho aquí citando los resultados de la investigación de los autores, sólo tomaré de sus conclusiones la que señala que el discurso pedagógico transmite un discurso jurídico dominante e imaginario, y afirma que existe un orden jurídico abstracto, armónico, racional y por supuesto separado de la compleja, contradictoria, concreta y aparentemente caótica realidad social, cultural y política.<sup>6</sup>

De acuerdo con éstos, la "conciencia jurídica producida" y reproducida por el discurso pedagógico en las carreras de abogacía se caracteriza por pensar a lo jurídico como el Derecho vigente y entiende a éste como el Derecho del Estado, fuera del marco de los valores, la sociedad, la economía y la política.<sup>7</sup> Y lo expresan así:

La conciencia jurídica dominante se caracteriza por la definición objetiva del Derecho como un orden autónomo y autosuficiente, dotado de ra-

<sup>4</sup> Ídem, p. 34.

<sup>5</sup> Ídem, p. 35.

<sup>6</sup> Ídem, p. 36.

<sup>7</sup> Ídem, pp. 159-160.

cionalidad formal, que aspira a la neutralidad valorativa, adaptable e instrumentalmente útil para canalizar valores e intereses sustantivos de diversa índole.<sup>8</sup> (...) La fuerza de las convicciones y creencias que emergen de la socialización jurídica favorece la constitución de una identidad definida, la de un especialista con una racionalidad instrumental y una mentalidad predominantemente normativa y proclive a aceptar e imponer argumentos de autoridad; controlado en su emotividad y sensibilidad frente a sus adversarios, clientes, colegas y jefes; que se caracteriza por cierta tendencia al desempeño ritual y por poseer algún grado de histrionismo y actitudes que evidencian jerarquía, seguridad y autoridad.<sup>9</sup>

Y una de las estrategias para el mantenimiento del control sobre el Derecho, continúan:

...consiste en su alejamiento y distanciamiento de lo mundano, cotidiano, contingente, vulgar y corriente. De este modo, la normatividad jurídica es ubicada en el campo de lo extraordinario, permanente y trastemporal y elevada a la categoría de dogma, operándose así un proceso de sacralización del Derecho y de quienes ejercen maestría sobre él y lo profesen.<sup>10</sup>

De acuerdo a los resultados de la investigación de Lista y Brigido, el Derecho a imaginarse apartado de los valores, la sociedad, la política, la economía, aparece como un ideal de orden social. Éste, por tanto, es producto de la aplicación del Derecho que, a su vez, es garantía de aquél.

En segundo lugar, tenemos un tipo de conocimiento distinto, el que adquieren los jueces (y cualquier ser humano) y que tiene otras características cognitivas, pues no necesariamente es transmitido en las universidades, sino también en otros muchos espacios de socialización del individuo como la familia, el barrio, la escuela, etcétera. Me refiero a lo que Schütz denomina “acervo de conocimiento a la mano” y define:

Toda interpretación de este mundo se basa en un acervo de experiencias previas sobre él, que son nuestras o nos han sido transmitidas por padres o maestros; esas experiencias funcionan como un esquema de referencia en forma de “conocimiento a mano”. A este acervo de conocimiento a

<sup>8</sup> Ídem, p. 278.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> Ídem, p. 279.

mano pertenece nuestro conocimiento de que el mundo en que vivimos es un mundo de objetos más o menos bien determinados, con cualidades más o menos definidas, entre los cuales nos movemos, que se nos resisten y sobre los cuales podemos actuar. Sin embargo, ninguno de esos objetivos es percibido como si estuviera aislado, sino como situado desde un primer momento dentro de un horizonte de familiaridad y trato previo, que, como tal, se presupone hasta nuevo aviso como el acervo incuestionado –aunque cuestionable en cualquier momento– de conocimiento inmediato. Sin embargo, también las experiencias previas indiscutidas están a mano desde un primer momento como típicas, o sea que presentan horizontes abiertos de experiencia similares anticipadas.<sup>11</sup>

Algo que me interesa remarcar de estas citas de Schütz es que los conocimientos que se encuentran en este “acervo de conocimiento a la mano” son aquellos que los sujetos dan siempre por sentados, verdades que funcionan como incuestionables (aunque en cualquier momento pueden ser cuestionadas).

En este punto, quisiera también traer el concepto de Schütz de “mundo de la vida” explicado así: “Las estructuras del mundo de la vida son aprehendidas como la trama de sentido presupuesto en la actitud natural, el contexto básico de ‘lo indiscutido’ y, en este sentido, lo ‘tomado como evidente’ que subyace en toda vida y acción sociales”.<sup>12</sup>

Si concebimos las sentencias y decisiones judiciales como acciones sociales que involucran estos dos tipos de conocimiento mencionados, estamos hablando obviamente del significado, del sentido que los jueces dan a sus resoluciones. Este sentido no surge de la nada ni se da, como lo expresaría la “conciencia jurídica”, en abstracto, fuera del mundo de los valores, de la cultura, de la política. Esta asignación de sentido se da en lo que el mismo Schütz ha llamado “contextos de significado”, que define como la síntesis de vivencias del sujeto.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> SCHÜTZ, Alfred, *El problema de la realidad social*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1995, p. 39.

<sup>12</sup> SCHÜTZ, Alfred y Thomas LUCKMAN, *Las estructuras del mundo de la vida*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1977, p. 18.

<sup>13</sup> SCHÜTZ, Alfred, *Fenomenología del mundo social. Introducción a la sociología comprensiva*, Buenos Aires, Paidós, 1974.

Por otro lado enfatiza que la realidad, tal como aparece a los sujetos, es una creación subjetiva, y lo expresa así "...el origen y fuente de toda realidad, sea desde el punto de vista absoluto o desde el punto de vista práctico, es subjetivo..."<sup>14</sup>

Lo que observamos en las entrevistas, como se verá más adelante, es que la realidad en la que actúan los jueces es también una creación subjetiva. Es decir, es una creación imaginaria en la cual "dan por sentado" que la aplicación del Derecho se da fuera del mundo de los valores y de lo que se considera la caótica realidad social. Con esta afirmación no quiero decir que desconocemos las estructuras que, de acuerdo a Giddens,<sup>15</sup> constriñen la acción de los sujetos, en nuestro caso los jueces. Hablamos de subjetividades en el sentido de Schütz, es decir, subjetividad en cuanto a que los humanos -los jueces incluidos- experimentamos la realidad. Hablamos de lo que Enrique de la Garza ha llamado "configuraciones subjetivas" que son los procesos de incorporación de códigos acumulados para dar sentido a la acción en una situación concreta.<sup>16</sup>

En las entrevistas que realizamos encontramos en los jueces, pues, dos tipos de conocimiento que utilizan cuando interpretan su mundo inmediato, el Poder Judicial, cuando hablan de su percepción de la justicia y la aplicación de la ley, cuando resuelven, cuando sentencian. Estos dos tipos de conocimiento forman parte de la realidad de los jueces, de sus "contextos de significado" y, de lo que yo he querido llamar, para el caso específico de los jueces, la "experiencia judicial". Como vimos, estos "contextos de significado" son el cúmulo de experiencias vividas y de conocimientos adquiridos por los sujetos a lo largo de su vida, que les hacen también interpretar el momento y la situación que viven.

## II

Ahora nos detendremos un momento para hablar someramente de las características del Poder Judicial en el Estado de Puebla, en México.

<sup>14</sup> SCHÜTZ, Alfred, *Estudios sobre teoría social*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1976, p. 133.

<sup>15</sup> GIDDENS, Anthony, *La constitución de la sociedad. Bases para la teoría de la estructuración*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1991.

<sup>16</sup> DE LA GARZA, Enrique, *Subjetividad, cultura y estructura*, Clacso, Biblioteca Virtual, [en línea], <<http://186.96.200.17/ar/libros/méxico/Iztapalapa/garza.rtf>>, p. 4.

Como la mayoría de los Poderes Judiciales locales, el Poder Judicial poblano reproduce muchas de las formas de organización del Poder Judicial federal. Es decir, tiene una estructura muy jerárquica y rígida, y una enorme concentración del poder en los presidentes de los tribunales.

Como en muchos países de América Latina, en los últimos años se llevó adelante una reforma del Poder Judicial federal que en lo sustantivo consistió en disminuir el número de ministros, crear el Consejo de la Judicatura (en el caso de Puebla se lo denominó Junta de Administración del Poder Judicial del Estado) entre cuyas funciones destacan aquellas relacionadas con el gobierno y la administración de los tribunales, con la preparación, selección, nombramiento y adscripción de jueces y magistrados, y las que tienen que ver con la disciplina de los jueces.

La reforma constitucional de mil novecientos noventa y cuatro creó el Consejo de la Judicatura Federal, como un órgano integrante del Poder Judicial de la Federación, pero con la misma jerarquía que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun cuando entre diferentes funciones, el primero tiene como primordial la administración de los órganos jurisdiccionales dependientes del citado Poder Judicial.<sup>17</sup>

Con esta reforma, se estableció por primera vez en el país el concurso de oposición como requisito de ingreso al Poder Judicial. Anteriormente, el ingreso al mismo se realizaba por la selección que hacían ministros y magistrados del personal que trabajaba en el Poder Judicial para ocupar los puestos de magistrados y jueces. Ministros y magistrados proponían a sus candidatos y éstos eran votados por el pleno de las salas. Esto, como no es difícil pensar, promovió una suerte de clientelas y lealtades internas basadas en relaciones interpersonales, no normadas por la institución, funcionando únicamente al arbitrio de ministros y magistrados. La reforma en México al Poder Judicial federal se llevó a cabo en 1994.

Ésta sin embargo, no fue asumida por todos los Poderes Judiciales locales inmediatamente después de la reforma federal. Un caso es el del Poder Judicial poblano cuya reforma no se realizó hasta el año 2003. Y

<sup>17</sup> Congreso Constitucional del Estado Libre y Soberano de Puebla, *Ley orgánica del Poder Judicial del Estado*, México, 2002, p. 3.

si bien recogió en buena parte la estructura del Poder Judicial federal, y se creó la Junta Administrativa del Poder Judicial, esta reforma fue muy cuidadosa en preservar sus formas tradicionales de reclutamiento. Es decir, si bien asumieron el concurso para acceder a los puestos del Poder Judicial, en su ley orgánica definieron que, para tener derecho a concursar, los postulantes tienen que tener experiencia en el Poder Judicial; eso en cuanto a lo que en la ley se denomina concurso abierto. En el concurso cerrado, podrán concursar los miembros del Poder Judicial que se encuentren en la categoría inmediata inferior. Con esta reglamentación se siguen reproduciendo las formas de clientes y las relaciones interpersonales para acceder a los ascensos y puestos.

Artículo 150: Para la selección de los jueces de Primera Instancia, la Comisión de Vigilancia, Disciplina y Selección, con la participación de la Comisión de Carrera Judicial, Formación y Actualización, deberá convocar a concurso, que será libre o interno, a juicio del pleno.

En el concurso libre podrán participar aquellas personas que además de reunir los requisitos exigidos por esta Ley y el Reglamento, hayan cursado la especialización judicial o se hayan desempeñado antes en cargos jurisdiccionales o de estudio y cuenta en los Poderes Judiciales federales o locales, o que lo merezcan por su honorabilidad, competencia y antecedentes.

En el concurso interno podrán participar quienes se encuentren en la categoría inmediata inferior, reúnan los requisitos exigidos por la ley y el reglamento, y hayan aprobado el curso de especialización judicial, considerando preferentemente a aquellas personas que presten sus servicios con eficiencia y probidad en la Administración de Justicia.<sup>18</sup>

En el Poder Judicial poblano se reproduce la rígida estructura del Poder Judicial federal, y también la enorme concentración de poder en el presidente del Tribunal Superior que, además, puede ser reelecto las veces que el pleno lo considere pertinente. En lo que se refiere a su relación con el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial poblano debe rendirle cuentas. Es decir, la misma ley orgánica del Poder Judicial crea un vínculo de subordinación con el Ejecutivo.

<sup>18</sup> Congreso Constitucional del Estado Libre y Soberano de Puebla, *Ley orgánica del Poder Judicial del Estado*, México, 2002, p. 42.



### III

Las entrevistas realizadas a catorce jueces y magistrados del Poder Judicial en Puebla se realizaron en sus oficinas. Hay que señalar que fue difícil acceder a ellos, y las entrevistas se tuvieron que hacer en sus lugares de trabajo, en lo que Giddens denomina “sedes”, es decir, los escenarios que sirven de fondo a encuentros y acciones cotidianas de los agentes.

En las entrevistas realizadas, tratamos de explorar con la categoría de “experiencia judicial” los tipos de conocimiento que los jueces ponen en juego cuando interpretan su mundo inmediato, el Poder Judicial, y su función como juzgadores; la forma en que perciben la justicia, la aplicación de la ley y la autonomía del Poder Judicial, entre otros.

Por razones de espacio, no es posible aquí exponer el texto de las entrevistas; haremos entonces un análisis resumido de los hallazgos que nos parecen más importantes.

La mayoría de los jueces entrevistados definieron la justicia como “dar a cada quien lo que le corresponde” y ninguno habló de cómo esa definición se puede llevar a la práctica. Respondieron con un conocimiento que forma parte de su repertorio de conocimientos a mano.

Con respecto a la autonomía del Poder Judicial, todos dijeron que en Puebla es totalmente autónomo. Sin embargo, todos hablaron insistentemente y con agradecimiento de los beneficios económicos que habían recibido en años recientes por parte del Ejecutivo local, el gobernador del Estado de Puebla. En particular, se refirieron al cambio operado en sus condiciones de trabajo en cuanto a los espacios físicos y prestaciones obtenidas recientemente. Pero al mismo tiempo, como dijimos, defendieron con vehemencia la autonomía del Poder Judicial con respecto a los otros poderes y a distintas fuerzas sociales y políticas.

Los entrevistados hablaron de la aplicación de justicia como un proceso objetivo, desligado por completo de los sentimientos, emociones, situaciones sociales y políticas. Solamente uno, de los catorce entrevistados, reconoció que la política podía influenciar las decisiones judiciales.

El Derecho, como lo señalan Lista y Brigido, desde la “conciencia jurídica”, es visto como algo aislado, no contaminado por la política, la sociedad y los valores. Pareciera que el Derecho mismo les otorga la tan

buscada objetividad en sus decisiones y otra cosa sumamente importante que mencionaron: la imparcialidad.

El Derecho visto así, los protege de las emociones, los sentimientos, las preferencias, los prejuicios. Dijeron que cuando resuelven cien por ciento adheridos al Derecho, sus decisiones son objetivas e imparciales.

Definieron también al Poder Judicial y a su ejercicio como un instrumento de orden social. Contestaron, casi textualmente, que cuando un Poder Judicial trabaja adecuadamente, hay orden en la sociedad, y cuando ésta no está tranquila, es señal infalible de que el mismo no está trabajando bien. Es decir, conciben al Derecho y a su aplicación como generadores de orden social.

El Derecho, en boca de sus operadores, es el instrumento que posibilita no sólo la objetividad y la imparcialidad, sino el orden social. Esta observación coincide totalmente con lo observado por Lista y Brigido.

De acuerdo con Schütz, muchas de las preguntas hechas a jueces y magistrados fueron respondidas con el “acervo de conocimiento a la mano”. Tal fue el caso de su percepción de la justicia, cuando casi todos contestaron que “es dar a cada quien lo que le corresponde”.

Cuando se les cuestionó sobre los mecanismos para incorporar personal al Poder Judicial, todos hicieron alusión a dos cosas: a la parte formal de la reforma que contempla en su nueva ley orgánica la incorporación del concurso de oposición como un elemento nuevo y hasta moderno, y, al mismo tiempo, todos hablaron de que debían concursar sólo aquellos que tenían una experiencia en el Poder Judicial haciendo especial énfasis en la experiencia. Un espíritu fuertemente gremialista afloró en las respuestas a esta pregunta. Es decir, por un lado avalan el concurso de oposición pero, por otro, se aferran a las antiguas formas de reclutamiento basadas en las relaciones personales, en el aprendizaje y la experiencia *in situ*.

Cuando se les habló de la aplicación del Derecho, todos, excepto dos, igualaron en su discurso lo justo con lo legal; es decir, para la gran mayoría de ellos, las sentencias, cuando están fundamentadas correctamente en términos jurídicos, no sólo son legales, sino justas.

Por la similitud en la gran mayoría de las respuestas, observamos que los jueces y magistrados tienen una “conciencia jurídica” y una “experiencia judicial” que les hace pensar de manera muy parecida su actuar como jueces, el papel del Poder Judicial en la sociedad y el desempeño de éste en su localidad.

Prevalece en ellos un pensamiento formal, aferrado a las formas de un discurso pedagógico que, como vimos con Lista y Brigido, permite lo pensable y controla el acceso a lo impensable, como la “contaminación” del Derecho con la política o con los valores y preferencias personales.

Ninguno de ellos, ni siquiera el que reconoció que las decisiones judiciales pueden ser influenciadas por la política, reconoció que los jueces y el Poder Judicial tienen una actuación política en la sociedad.

Nos parece, pues, que los hallazgos encontrados en las entrevistas son interesantes, quizá predecibles, pero haberlos corroborado en la investigación empírica es importante. También resulta relevante y estimulante la gran cantidad de coincidencias encontradas con la investigación de Lista y Brigido, colegas latinoamericanos que a partir de otras preguntas de investigación y sus conclusiones, nos proporcionaron un andamiaje rico para nuestra interpretación.

## BIBLIOGRAFÍA

- Congreso Constitucional del Estado Libre y Soberano de Puebla, *Ley orgánica del Poder Judicial del Estado*, México, 2002.
- CUÉLLAR VÁZQUEZ, Angélica, *La justicia sometida. Análisis sociológico de una sentencia*, México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM/Miguel Ángel Porrúa, 2000.
- *Visiones transdisciplinarias y observaciones empíricas del Derecho*, México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM/Ediciones Coyoacán, 2003.
- DE LA GARZA, Enrique, *Subjetividad, cultura y estructura*, Clacso, Biblioteca Virtual, [en línea], <<http://186.96.200.17/ar/libros/mexico/Iztapalapa/garza.rtf>>.
- GIDDENS, Anthony, *La constitución de la sociedad. Bases para la teoría de la estructuración*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1991.
- LISTA, Carlos A. y Ana María BRIGIDO, *La enseñanza del Derecho y la formación de la conciencia jurídica*, Córdoba, Argentina, Sima Editora, 2002.

ACERVOS DE CONOCIMIENTO Y ESTRUCTURAS DE INTERPRETACIÓN  
ANGÉLICA CUÉLLAR VÁZQUEZ

SCHÜTZ, Alfred, *El problema de la realidad social*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1995.

– *Estudios sobre teoría social*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1976.

– *Fenomenología del mundo social. Introducción a la sociología comprensiva*, Buenos Aires, Paidós.

SCHÜTZ, Alfred y Thomas LUCKMAN, *Las estructuras del mundo de la vida*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1977.

## Entre tradición e innovación: la formación de un jurista en Italia\*

MICHELE ANGELO LUPOI\*\*

### A) PREFACIO

Desde el comienzo se debe tener en cuenta que la formación de un jurista en Italia es un tema muy delicado y discutido.

En realidad, el término jurista no tiene un único significado. Básicamente, un jurista es alguien con formación jurídica y, por lo tanto, capaz de interpretar y aplicar una norma jurídica. Sin embargo, debe distinguirse entre alguien que está estudiando para convertirse en un jurista de aquel que ya lo es. A pesar de ello, aun este último puede requerir “entrenamiento” para estar permanentemente actualizado ante la evolución del mundo jurídico.

Desde un punto de vista tradicional, los “futuros juristas” son los estudiantes de la Facultad de Derecho, mientras que los juristas ya formados son aquellos que desarrollan profesiones y actividades que requieren conocimientos y habilidades de naturaleza preponderantemente jurídica (tales como, en Italia, abogados, jueces, notarios, profesores –que frecuentemente también son abogados–, ciertos funcionarios públicos, etc.).

Durante los últimos años, sin embargo, a fin de responder a las necesidades de una sociedad cada vez más compleja, se han dictado cursos

\* Publicado originalmente como “Between tradition and innovation: the formation of a jurist in Italy”. Documento presentado en el *International forum on new legal education method in the global society*, organizado en el contexto del Congress of the International Association of Procedural Law con sede en Kyoto (Japón), entre los días 20 y 22 de septiembre de 2006. Los editores agradecen al autor el permiso para traducirlo y publicarlo en esta revista. Traducción al español de Marina Benarroch, abogada y docente de la Facultad de Derecho de la UBA.

\*\* Profesor adjunto de la Universidad de Bolonia.

de Derecho a estudiantes de facultades no jurídicas, ya sea en estudios de grado como de posgrado (en carreras tales como Economía y Negocios, Ciencias Políticas, Ciencias de la Comunicación, etc.). También han surgido nuevas figuras profesionales (como asesores de trabajo, asesores jurídicos para empresas,<sup>1</sup> asesores de información jurídica, asesores jurídicos para el turismo, etc.): especialistas en áreas fragmentadas y específicas del Derecho que cuentan también con conocimientos de otras áreas no jurídicas.

Por otra parte, las profesiones legales tradicionales también están cambiando su naturaleza y funciones, lo que le genera algunos problemas al plano de la enseñanza. Por ejemplo, también en Italia están desapareciendo los abogados expertos en varias ramas del Derecho, al menos en las ciudades más grandes, para ser substituidos por abogados especializados en áreas específicas (con niveles de especialización que alcanzan no sólo las ramas civil, penal y administrativa, sino también propiedad intelectual, familia o derecho laboral, entre otras), cumpliendo diferentes funciones (tales como abogados litigantes *vis-à-vis* abogados asesores).

En resumen, como se ha advertido, hoy, en Italia, el jurista está atravesando una crisis de identidad,<sup>2</sup> en particular en cuanto a cierta incapacidad para acompañar los cambios de los tiempos que corren.<sup>3</sup>

Con estas premisas, es posible delinear ciertas conclusiones iniciales e indicar un esquema de trabajo a seguir:

- En primer lugar, antes que hablar de la “formación del jurista”, sería más apropiado referirse a la “formación de los juristas”;
- la formación “del” jurista debe diferenciarse de la formación “para” el jurista;

<sup>1</sup> Ver VINCIGUERRA, S., “La formazione dell’operatore giuridico d’impresa”, en *L’insegnamento del diritto oggi*, Rebuffa, Visintini eds., Milano, Giuffrè, Milano, 1996, p. 337 ff.

<sup>2</sup> PROCACCINI, M. M., “Evoluzione della figura del giurista nell’età moderna”, en *La riforma degli studi giuridici*, Cerulli Irelli, Roselli eds., Napoli, 2005, p. 91.

<sup>3</sup> PROCACCINI, op. cit., p. 97, quien remarca que “ogni trasformazione sociale (...) impone nuovi compiti al giurista che non si limiti alla mera registrazione del mutamento, di cui è invece più o meno scientemente sempre (co)artefice e partecipante”.

– en cuanto a la formación del jurista –como se señalará más adelante– la Facultad de Derecho ya no detenta el monopolio de las enseñanzas legales, presentes ahora en otras tantas Casas de Altos Estudios.<sup>4</sup>

Dicho esto, y siendo imposible tratar en este trabajo tan vasto (y de algún modo todavía desconocido) universo, las páginas que siguen estarán dedicadas a:

- a) La formación del jurista en el contexto tradicional de la Facultad de Derecho que, como ya se advirtiera, todavía sigue siendo el centro privilegiado para un acercamiento dogmático y formal a la ley;<sup>5</sup>
- b) la instrucción de un graduado con la finalidad de acceder a las profesiones legales tradicionales (abogado, juez, notario).

Esta elección puede ser considerada arbitraria y quizás “conservadora”: sin embargo, creo que, dada la actual dispersión e incertidumbre que rodea al proceso de enseñanza a jóvenes juristas en Italia, sólo (re)pensando los papeles y funciones tradicionales es posible enfrentar los nuevos desafíos. En otras palabras, si las bases de nuestra estructura educativa no son sólidas, los nuevos pisos que quisiéramos construir sobre ella serán siempre inestables.

En este trabajo, además, se presentará un cuadro de situación general, así como uno en particular sobre formación en procedimiento civil.

## B) LA FORMACIÓN DEL JURISTA EN LA FACULTAD DE DERECHO

### I) *EL CRONOGRAMA INSTITUCIONAL*

La Facultad de Derecho institucionalmente forma “juristas”. Durante mucho tiempo, sin embargo, ha atravesado una crisis de identidad.

Los requerimientos de los estudios tradicionales de grado han generado una situación intolerable, ello en tanto el 70% de los novatos de

<sup>4</sup> PROCACCINI, M. M., “La riflessione dei giuristi sulla didattica del diritto pubblico”, en *Per una riflessione sulla didattica del diritto (con particolare riferimento al diritto pubblico)*, Milano, Franco Angeli, 2000, p. 87 ff. Para más detalles, ver los trabajos de MERLONI, ATRIPALDI, PEREZ, BIANCHI, PETROLATA, PROCACCINI, RICCIO, ROSELLI e MANNINI, en *Per una riflessione sulla didattica del diritto* cit., p. 375 ff.

<sup>5</sup> PROCACCINI, M. M., “La riflessione dei giuristi...” cit., p. 89.

primer año nunca se gradúan, y de aquellos que sí, ni siquiera el 10% lo logra en los cuatro años curriculares previstos.<sup>6</sup> No sólo estaba tan extendida la “mortalidad” de los estudiantes, sino que también la edad promedio de los graduados superaba a aquella de otros países europeos.

Los contenidos y métodos de enseñanza también trajeron aparejados inconvenientes. A pesar de que la Facultad de Derecho apunta a formar juristas, en Italia, la mayor parte de los estudiantes que la escogen tienen otras opciones en mente<sup>7</sup> y, desde el mismo día de su matriculación, son conscientes de que no ejercerán ninguna profesión legal. Mientras que el empleo en la administración pública continúa siendo la opción más popular para graduados de leyes en Italia,<sup>8</sup> muy a menudo la Casa de Estudios se elige por considerarse “más fácil” que otras, como si fuera un lote de estacionamiento para sentarse y esperar a decidirse qué hacer con su vida.<sup>9</sup> Aún más, cierto o no, se considera que un grado legal es más fácil de colocar en el mercado de trabajo que otros grados más específicos.<sup>10</sup>

Todo esto, como puede verse, se refleja tanto en los métodos de enseñanza como en la respuesta de los estudiantes, especialmente respecto de ciertas asignaturas, como Derecho Procesal Civil.

A nivel institucional, además, la universidad, así como otros sectores de la sociedad italiana, se mantiene como un edificio permanentemente abierto. Con carácter previo a tratar específicamente los temas de la Facultad de Derecho, resulta apropiado presentar rápidamente las reformas fundamentales del cronograma institucional de la universidad en Italia.

Se puede empezar este *excursus* con el llamado Acto de Casati de 1859, que asignó a la universidad las tareas de instrucción para las carreras en las que se requieren estudios específicos y precisos, y de mantener e

<sup>6</sup> Ver CHIARLONI, S., “Riflessioni minime sull’insegnamento del diritto processuale civile”, en *L’insegnamento del diritto oggi* cit., p. 293.

<sup>7</sup> COLESANTI, V., “L’insegnamento delle materie processualistiche”, en *L’insegnamento delle materie processualistiche nelle Facoltà di giurisprudenza riformate e nelle scuole forensi. Atti dell’incontro di studio. Bologna, 1 giugno 2002*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 14.

<sup>8</sup> Cfr. RESCIGNO, P., “La Facoltà di giurisprudenza come scuola di metodo”, en *L’insegnamento del diritto oggi* cit., p. 134.

<sup>9</sup> CHIARLONI, “Riflessioni minime...” cit., p. 294.

<sup>10</sup> V. anche ver también TARUFFO, M., “L’insegnamento accademico del diritto processuale civile”, en *L’insegnamento del diritto oggi* cit., p. 282.



incrementar la cultura científica y literaria.<sup>11</sup> En ese momento, el Estado ejercía un control muy marcado sobre las universidades, que no tenían ni autonomía ni personería jurídica.

En esta fase, el estudio universitario del Derecho en Italia estaba muy influido por el mito del sistema jurídico de origen germánico, visto como una construcción meta-histórica que se alza por encima y domina la fenomenología jurídica. Esta influencia ha tenido consecuencias en los métodos de enseñanza que todavía se sienten hoy, tales como: a) el acercamiento teórico y dogmático de las enseñanzas,<sup>12</sup> basadas en las “instituciones” del sistema vinculado y en las conferencias magistrales, en las cuales los estudiantes juegan un papel pasivo y se deja poco o ningún espacio a la exégesis;<sup>13</sup> y b) el papel fundamental del “manual”, como fuente necesaria de enseñanza y aprendizaje.

No obstante, debe señalarse que la influencia germánica en las universidades italianas no llegó al grado de absorber, en su sistema, el método del caso, mucho más extendido en las facultades alemanas, como medio de reconstrucción partiendo del caso.<sup>14</sup>

En esta fase, y por muchas décadas, las enseñanzas en la Facultad de Derecho han estado dirigidas, preponderantemente, a lo formativo y cultural, y sin ninguna inclinación a la formación profesional para el acceso del graduado al mercado laboral. Ésta es otra consecuencia de la influencia del modelo alemán, para el cual la preparación práctica para el ejercicio profesional no se consideraba dentro del alcance de la educación universitaria.<sup>15</sup>

La llamada “reforma gentil” de 1923/24 remodeló el sistema universitario con una mezcla de aspiraciones liberales y órdenes autoritarias.<sup>16</sup> En particular, se concedió personería jurídica a las universidades y la posibilidad de introducir nuevas asignaturas en los planes de estudio.

<sup>11</sup> PICARDI, N., “La formazione di base del giurista”, en *La formazione del giurista. Atti del convegno Roma, 2 luglio 2004*, Milano, Angelici, C. ed., 2005, p. 40.

<sup>12</sup> PICARDI, “La formazione di base...” cit., p. 37.

<sup>13</sup> PICARDI, “La formazione di base...” cit., p. 41.

<sup>14</sup> PICARDI, “La formazione di base...” cit., p. 44.

<sup>15</sup> IRTI, N., “La formazione del giurista”, en *La formazione del giurista* cit., p. 4; PICARDI, “La formazione di base...” cit., p. 33.

<sup>16</sup> PICARDI, “La formazione di base...” cit., p. 45.

No obstante, estos tímidos reconocimientos tuvieron vida breve. La contrarreforma de Vecchi (*R. d.* 30-9-38, nro. 1652) estableció tablas nacionales de enseñanza y requisitos muy rígidos.<sup>17</sup> Remarcó que la finalidad principal de la universidad es la promoción del progreso científico, proveyendo la cultura científica necesaria para formar profesionales teóricos y prácticos: una vez más, se priorizaba la investigación especulativa antes que la instrucción técnica y práctica.<sup>18</sup>

En 1945, se permitió a las universidades introducir nuevas asignaturas, con la aprobación del ministro.<sup>19</sup>

Desde 1953, las universidades pudieron sumar, en sus estatutos, nuevas materias, adicionales a aquellas que figuraban en las tablas nacionales.

Estas pautas duraron hasta 1969, cuando la Ley 910 liberalizó, en lo sustancial, los planes de estudios individuales.<sup>20</sup>

Recién el 19 de noviembre de 1990, con la Ley 341, las universidades finalmente obtuvieron su autonomía didáctica, creando un sistema donde las áreas disciplinarias fundamentales se individualizaban a nivel nacional, mientras que, a nivel local, intervenían las regulaciones didácticas de ambas: universidad y facultades.<sup>21</sup> En esta fase, sin embargo, se mantuvo la homogeneidad de los planes de estudios nacionales.<sup>22</sup>

La Ley 127 del 15 de mayo de 1997,<sup>23</sup> dio un paso más en el proceso de autonomía, al mantener los requerimientos mínimos comunes establecidos por el Ministerio, como en lo concerniente a la longitud, el número mínimo de *annualità*, los contenidos calificativos mínimos para cada curso, los modos e instrumentos para la orientación y para favorecer la movilidad de los estudiantes.

Con respecto a la Facultad de Derecho en particular, el Plan de Estudios tradicional fue organizado en un curso de cuatro años, con 21 exámenes para 26 *annualità*, de carácter muy teórico y contenidos en los

<sup>17</sup> GASPARRI, W., "L'autonomia didattica delle Università degli Studi e il sistema delle fonti", en *La riforma degli studi giuridici* cit., p. 234.

<sup>18</sup> Cfr. PICARDI, "La formazione di base..." cit., p. 45

<sup>19</sup> PICARDI, "La formazione di base..." cit., p. 45.

<sup>20</sup> PICARDI, "La formazione di base..." cit., p. 47.

<sup>21</sup> GASPARRI, "L'autonomia didattica..." cit., p. 235.

<sup>22</sup> GASPARRI, "L'autonomia didattica..." cit., p. 239.

<sup>23</sup> Cfr. GASPARRI, "L'autonomia didattica..." cit., p. 240.

que jugaban un papel muy relevante las materias históricas y formativas. Para graduarse era necesario, además, escribir una tesis final.

Este modelo, como ya se ha señalado, ha estado en crisis por mucho tiempo. La excesiva carga de trabajo, junto a una disminución general, tanto de la preparación como de la motivación de los estudiantes, llevó al alto nivel de abandono y a la extensión temporal de los plazos de estudio, ya mencionada.

Este escenario se revolucionó completamente en 1999, cuando la Ley 4 e 370 y el D. m. 509, introdujeron un nuevo tipo de calificaciones universitarias,<sup>24</sup> siguiendo el modelo francés.<sup>25</sup>

En lo sustancial, el plan de estudios tradicional se dividió en dos, con:

- Un nivel de primer grado, al final de un curso de tres años, dirigido a brindar a los estudiantes un conocimiento adecuado de los métodos y contenidos científicos generales, así como conocimiento profesional específico. El grado de tres años fue adoptado a fin de cumplir con el sistema universitario europeo y se vio como un medio para garantizar un rápido acceso al mercado laboral,<sup>26</sup> con ciertos conocimientos mínimos.<sup>27</sup> Desde este punto de vista, la función profesional de los estudios universitarios se incrementó, vi- rando de un acercamiento principalmente teórico y cultural a uno más práctico y profesional;<sup>28</sup>
- un nivel de segundo grado, llamado “especialista” al principio, y desde 2004, *magistrale*, al final de un curso de dos años, con el objetivo de dar a los estudiantes un entrenamiento avanzado en actividades que requieren conocimientos altamente específicos.

<sup>24</sup> GASPARRI, “L’autonomia didattica...” cit., p. 243.

<sup>25</sup> ROSELLI, O., “Il modello francese e la sua influenza nella riforma degli studi giuridici”, en *La riforma degli studi giuridici* cit., p. 320.

<sup>26</sup> CAPOROSI BOLOGNESI, L., “Contenuti ‘culturali’ e contenuti ‘positivi’ nella formazione di base del giurista”, en *La riforma degli studi giuridici* cit., p. 75.

<sup>27</sup> CARETTI, P., “I problemi posti dall’evoluzione del sistema costituzionale nella formazione di base del giurista”, en *La riforma degli studi giuridici* cit., p. 61; GASPARRI, “L’autonomia didattica...” cit., p. 245.

<sup>28</sup> Cfr. IRTI, “La formazione del giurista” cit., p. 5; CARVALE, M., “Le discipline storico-giuridiche”, en *La formazione del giurista* cit., p. 17 ff.; PICARDI, “La formazione di base...” cit., pp. 33 ss.

Para ser admitido en estos cursos se requería un nivel de primer grado aprobado.

Además, se dio un nuevo orden a los:

- Diplomas de especialización, apuntados a proporcionar los conocimientos y habilidades requeridas para ejercitar determinadas actividades profesionales.
- *Dottorati di ricerca*, dirigido a adquirir la metodología de la investigación científica,<sup>29</sup> a la que sólo puede accederse con títulos de segundo grado. En el nuevo cronograma, como ya se señalara, cuando la universidad se vuelve hacia el conocimiento técnico, el *dottorati di ricerca* se convierte en un refugio para la ciencia especulativa y un medio para que la universidad se garantice su propio futuro.<sup>30</sup>
- Los cursos de posgrado para la enseñanza superior (las llamadas maestrías universitarias), de primer y segundo nivel, dependiendo del tipo del grado exigido.

En el nuevo sistema, también con vista a balancear el excesivo “peso” de los cursos universitarios de acuerdo con los estándares europeos<sup>31</sup> los “créditos formativos” juegan un papel fundamental: son la unidad de medida para la carga de trabajo de un estudiante en el transcurso de sus estudios,<sup>32</sup> expresan la media de horas de clases y estudio individual y la longitud de los manuales para cada examen, seminario u otra actividad.

El sistema de créditos permite que un estudiante reingrese al circuito universitario en cualquier momento, aun si procede de experiencias formativas extrauniversitarias<sup>33</sup> y, principalmente, da certeza y transparencia para los cambios de un curso o facultad a otra (también al nivel europeo, por ejemplo, en el contexto de los proyectos Erasmo o Sócrates).<sup>34</sup>

<sup>29</sup> GASPARRI, “L’autonomia didattica...” cit., pp. 245 ss.

<sup>30</sup> IRTI, “La formazione del giurista” cit., p. 12.

<sup>31</sup> El valor de un crédito se determina de acuerdo con el European Credit Transfer System (Ects): MICHELLOTTI, SCHMIDT, in *Per una riflessione sulla didattica del diritto* cit., p. 279.

<sup>32</sup> MICHELLOTTI, SCHMIDT, op. cit., p. 277 ff.

<sup>33</sup> GASPARRI, “L’autonomia didattica...” cit., p. 243.

<sup>34</sup> GASPARRI, “L’autonomia didattica...” cit., p. 251.

Entre exámenes, seminarios tradicionales, pruebas de idioma, otras actividades formativas, tesis finales, un estudiante debería reunir 180 créditos durante los tres primeros años y 120 en el curso subsiguiente de dos años (un promedio de 60 créditos al año).

Se fijó cierta relación entre las materias y los créditos a nivel central (inicialmente 66%, reducido en 2004), mientras que los créditos restantes eran determinados por cada universidad.

En la Facultad de Derecho, estas innovaciones trajeron aparejada la institución de:

- Los cursos de tres años en *Scienze giuridiche* (ciencias jurídicas) y *Scienze giuridici dei servizi* (servicios jurídicos) (por ej. Consejeros jurídicos para empresas): mientras que los primeros tenían una connotación frecuentemente jurídica, los segundos estaban muy “contaminados” por otras áreas científicas (por ej. economía, sociología);
- los cursos de dos años en *Giurisprudenza* (a los que podían acceder directamente los graduados del primer nivel en *Scienze giuridiche* de la misma facultad, mientras que los graduados de tres años en otros cursos o facultades normalmente tenían que recuperar cierto número de “deudas formativas”) y otro curso “magistrali” altamente especializado.

Sólo los graduados magistrales en *Giurisprudenza* podían participar en los exámenes estatales para acceder a las profesiones legales tradicionales e, idealmente, el curso de dos años en *Giurisprudenza* fue diseñado para proporcionar un entrenamiento más calificado y específico para éstas.<sup>35</sup>

En la práctica, sin embargo, el nuevo sistema 3+2 no encajó realmente con las características y funciones específicas de la Facultad de Derecho, en particular en lo concerniente a las perspectivas de empleo al final del curso de primer nivel.

En realidad, el grado de primer nivel fue concebido para su ingreso inmediato al mercado laboral: el problema fue que las oportunidades de empleo para los graduados de tres años en *Scienze giuridiche* no fueron inciertas, sino inexistentes.<sup>36</sup> Por consiguiente, existió una contradicción

<sup>35</sup> CAPOROSI BOLOGNESI, “Contenuti ‘culturali’...” cit., p. 75.

<sup>36</sup> BOVE, M., en *L'insegnamento delle materie processualistiche* cit., p. 132.

clara entre la función profesional del curso de primer nivel y su carencia de puntos de conexión con la figura profesional a la que aspiraba arribar. En la práctica, como a menudo ocurre en Italia, cada facultad tomó su propio camino: no siempre las experiencias positivas compusieron las negativas. En particular, muchos profesores, en el curso de primer nivel, eran reacios (y probablemente con toda razón...) a reducir el papel de los aspectos culturales y formativos de sus clases, en vista a un rápido acceso al mercado laboral,<sup>37</sup> prefiriendo garantizar una formación cultural básica, a través de materias con un alto contenido teórico y formativo, aun si esto significaba sacrificar los componentes prácticos y profesionales del curso.<sup>38</sup>

Un poco por pereza intelectual y otro poco porque casi nadie quiso abandonar la presencia de sus enseñanzas en alguno de los cursos principales (también a la luz de la antinomia estructural entre el cronograma del curso de tres años *vis-à-vis* con el de dos años), en la práctica, la mayor parte de las enseñanzas estaban “duplicadas” en ambos cursos –primero y segundo nivel–.<sup>39</sup> Esto sucedió sin ninguna pauta común, no sólo entre diferentes universidades, sino también dentro de la misma universidad, y frecuentemente en un modo no muy racional. En consecuencia, el número global de exámenes aumentó, aunque con un menor “peso específico”.

A fin de adaptar los manuales al sistema de créditos, muchos autores simplemente reprodujeron los mismos contenidos en un menor número de páginas,<sup>40</sup> y esto, paradójicamente, condujo a libros basados mayormente en un conocimiento más fáctico que formativo. En otros casos, los profesores no pudieron (o prefirieron no) adaptar sus enseñanzas a

<sup>37</sup> CAPOROSI BOLOGNESI, “Contenuti ‘culturali’...” cit., p. 76; respecto a los riesgos que vincula este aporte, en términos de la disminución de los standards de enseñanza, ver ROSELLI, “Il modello francese...” cit., p. 323.

<sup>38</sup> CAPONI, R., “Scuole di specializzazione per le professioni legali ed insegnamento del diritto processuale civile”, en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2003, p. 137.

<sup>39</sup> CAPOROSI BOLOGNESI, “Contenuti ‘culturali’...” cit., p. 76.

<sup>40</sup> Ver CARETTI, “I problemi posti dall’evoluzione...” cit., p. 62; de acuerdo con CAPOROSI BOLOGNESI, “Contenuti ‘culturali’...” cit., p. 76, es de alguna manera legítimo reducir el número de páginas de un manual: “si tratta infatti di introdurre lo studente a una dimensione nuova, in una prospettiva di cui acquisire coscienza, senza peraltro poterla ulteriormente approfondire”.

los créditos dados, con lo cual la carga de trabajo respectiva quedó completamente desequilibrada.

Además, resultó que la vasta mayoría de graduados del primer nivel ni siquiera intentó ingresar inmediatamente al mercado laboral, sino que continuó con el curso de dos años, aun cuando esto implicaba recobrar un gran número de deudas formativas.<sup>41</sup> Así, dadas las inciertas perspectivas de carrera de la mayor parte de los estudiantes, el curso de dos años perdió mucho de su función de formación profesional.

Entonces, ¿fue un fracaso total? Quizá no. Como ha probado la experiencia de los primeros años de curso magistral, el acceso al curso de segundo nivel fue tomado por estudiantes más dedicados como un rito de paso hacia madurez cultural, edad adulta, futuro profesional. En comparación con el pasado, los estudiantes del segundo nivel parecían más dispuestos a aprender, más curiosos hacia los aspectos prácticos de la aplicación e interpretación de la norma jurídica y más determinados en relación a sus perspectivas de trabajo futuras. Además, el hecho de que ciertas asignaturas (como Derecho Procesal Civil en la experiencia de la Facultad de Derecho de Bolonia) estuvieran presentes en ambos cursos, el de tres y dos años, logró mejores resultados que en el pasado, al menos en lo concerniente al segundo examen.

Desafortunadamente, nunca sabremos si, en el mediano largo plazo, con ciertas adaptaciones y correcciones, el modelo 3+2 pudo haber dado mejores resultados que los del curso previo de cuatro años. En realidad, desde el próximo año lectivo, operará un nuevo orden en la Facultad de Derecho, una especie de escenario de volver al futuro (o revivir el pasado...)

Con el D. m. 270 de 2004<sup>42</sup> los cursos universitarios dirigidos a las profesiones legales se organizarán en un plan de estudios de cinco años (el llamado modelo 1+4), en el cual el primer año es común para todos los estudiantes y los siguientes cuatro pueden diversificarse de una universidad a las demás.

<sup>41</sup> En la práctica, se ha probado que el paso de los estudiantes del primero al segundo nivel es la regla más que la excepción: PALAZZO, F., "La formazione professionale del giurista tra riforma universitaria e mutamenti dell'esperienza giuridica", en *La riforma degli studi giuridici* cit., p. 155.

<sup>42</sup> Cfr. GASPARRI, "L'autonomia didattica..." cit., pp. 258 ss.

En lo sustancial, existirá un único grado en Derecho (como antes de la reforma del 3+2), con un año curricular adicional, menor cantidad de exámenes que en el modelo 3+2, y un control más centralizado sobre los créditos formativos mínimos para cada área científica. En realidad, el Ministerio dio una lista muy rígida de asignaturas y créditos, dejando poco espacio autónomo a las facultades. Seguramente esto es una reacción a ciertos excesos de la experiencia 3+2, aunque es difícil comprender y aceptar algunas de las elecciones hechas a nivel nacional. Ciertas áreas han tenido, evidentemente, demasiado espacio en comparación con otras, especialmente en lo que concierne, con todo respeto, a las asignaturas históricas y culturales.

Las facultades y los estudiantes parecen haber recibido calurosamente esta enésima reforma. En realidad, el nuevo curso unitario debe posibilitar enseñanzas más racionales y compactas, mientras que los estudiantes deben tener la oportunidad de estudiar en un horario no demasiado apresurado y, por lo tanto, menos estresante, sin la “interrupción” del grado de primer nivel, que, frecuentemente, era sólo un requisito para la siguiente fase curricular. Esto debe llevar a que más estudiantes italianos de Derecho formen parte de los proyectos Sócrates y Erasmo en el exterior.

Sin embargo, han sobrevivido cursos de tres años en *Scienze giuridici dei servizi*, cuyo valor profesional y atractivo promocional deben reforzarse ahora.

Es cierto que el “prototipo de estudiante” de este nuevo curso “*magistrale*” continúa sin definirse. Existen razones para creer, en realidad, que el nuevo curso, dirigido expresamente a la formación de profesionales legales, seguirá siendo elegido también (si no principalmente) por estudiantes con proyectos más bien distintos para su vida, a veces con muy poco interés en el Derecho y a menudo creyendo, con o sin razón, que la Facultad de Derecho es “más fácil” que otras... Vista así, una Facultad de Derecho italiana no tiene nada en común con una americana.<sup>43</sup>

## II) LOS MÉTODOS DE ENSEÑANZA (Y SUS PROBLEMAS)

Es poco probable que la última reforma resuelva los problemas de las universidades italianas o, al menos, aquellos de las Facultades de

<sup>43</sup> Ver también TARUFFO, “L’insegnamento accademico...” cit., p. 282.



Derecho. Algunas de las desviaciones más evidentes del modelo 3+2 probablemente encontrarán remedio mientras que otros temas reales permanecerán intactos.

Algunas de las deficiencias más evidentes de las Facultades de Derecho italianas (y de la universidad en general...) pueden enumerarse como sigue:

- Ante todo, se perpetúa una falta de recursos e inversiones para la universidad. Es imposible lograr una alta calidad de enseñanza y de estándar estructurales sin las inversiones adecuadas, y las universidades italianas están luchando constantemente con sus balances.<sup>44</sup>
- También hay un serio problema en lo concerniente a la inscripción de profesores, que fue más agravado que resuelto por varias de las reformas de los últimos años; además, con respecto a sus funciones, los profesores italianos tienden a dar mayor valor a la investigación científica que a la enseñanza real, que se ve como un “mal necesario”. Incluso, la mayor parte de los profesores de Derecho están ejerciendo como abogados y muchos de ellos no están dispuestos a “perder el tiempo” dictando clase a estudiantes.
- Con particular referencia a la Facultad de Derecho, el número de estudiantes es simplemente demasiado alto, más allá de cualquier planificación razonable de las oportunidades de empleo futuras.<sup>45</sup> Aun para ese pequeño porcentaje de graduados que seguirán una carrera como abogados, el mercado ha estado saturado por años: aun los mejores graduados enfrentan muchos años de incierto y bajo (o nulo) trabajo pago, mientras que el número de abogados en ejercicio aumentan año tras año, con consecuencias muy serias respecto a la competencia y a los ingresos individuales.<sup>46</sup> A nivel universitario, sólo balanceando la relación entre los estudiantes y profesores pueden mejorar los estándares de enseñanza.<sup>47</sup> Por el momento, sin embargo, las cosas se están moviendo en la dirección

<sup>44</sup> Cfr. MILITI, V., “Numero programmato e scuole forensi per dare un futuro al mercato legale”, en *Guida dir.*, 2006, nro. 26, p. 8.

<sup>45</sup> MILITI, “Numero programmato...” cit., p. 8.

<sup>46</sup> Cfr. MILITI, “Numero programmato...” cit., p. 8.

<sup>47</sup> MILITI, “Numero programmato...” cit., p. 8.

opuesta, especialmente si se considera que, en la última década, se establecieron varias Facultades de Derecho nuevas,<sup>48</sup> de modo que ahora casi existe una en cada provincia italiana. Lamentablemente, hasta el momento, la competencia entre facultades no necesariamente colocó a la alta calidad de enseñanza en el primer plano,<sup>49</sup> además esta situación redujo la movilidad de los estudiantes, con lo que las universidades tienden a perder su identidad y a convertirse en enormes escuelas<sup>50</sup> para estudiantes perezosos y menos motivados.

- No obstante las innovaciones, está claro que, en el nuevo curso de cinco años, en el nivel central (y, es de temer, que esto sea sólo a fin de satisfacer las necesidades de las áreas científicas y para mantener ciertas asignaturas...) se ha reservado mucho espacio a ciertas materias, en detrimento de la libertad de las facultades de ofrecer y de la libertad de los estudiantes de elegir. En particular, el papel de las así llamadas enseñanzas legales “positivas” aparece demasiado estrecho *vis-à-vis* con las enseñanzas históricas y culturales. Es cierto que la Historia del Derecho es extremadamente importante a fin de recuperar las raíces de los valores en que se origina la norma legal<sup>51</sup> y lógico también que los profesores de Derecho Canónico y Eclesiástico acentúen la importancia de su asignatura en la sociedad multireligiosa contemporánea.<sup>52</sup> Es un hecho, sin embargo, que el peso específico de estas áreas resulte excesivo, hoy, para la formación de un jurista que operará en una realidad a menudo desa-

<sup>48</sup> Cfr. CAPOROSI BOLOGNESI, “Contenuti ‘culturali’...” cit., p. 83, quien habla de una: “scandalosa proliferazione dei nuovi centri universitari, pubblici e privati”. Concordantemente CONSOLO, C., “Considerazioni ‘impolitiche’ sulle Facoltà riformate e sulle scuole forensi”, en *L’insegnamento delle materie processualistiche* cit., p. 40 el aumento del número de las Facultades de Derecho “costituisce un elemento fortemente destabilizzante”.

<sup>49</sup> Ver también CONSOLO, “Considerazioni ‘impolitiche’...” cit., p. 40.

<sup>50</sup> CAPOROSI BOLOGNESI, “Contenuti ‘culturali’...” cit., p. 85.

<sup>51</sup> Cfr. GROSSI, P., “La formazione del giurista e l’esigenza di un odierno ripensamento epistemologico”, en *La riforma degli studi giuridici* cit., p. 50; IRTI, “La formazione del giurista” cit., p. 10 ff.; CARVALE, “Le discipline storico-giuridiche” cit., p. 24.

<sup>52</sup> Cfr. ONIDA, F., “La società multireligiosa e le conseguenze nella formazione del giurista”, en *La riforma degli studi giuridici* cit., pp. 136 ss.

rraigada de la historia y la tradición de donde ha surgido el sistema de los códigos, en tanto exista una fractura entre el Derecho Romano y el Derecho Civil.<sup>53</sup> Si se mantiene la mirada hacia atrás, sin evaluar las experiencias pasadas en el contexto del presente, existe el riesgo de perpetuar un modelo de jurista incapaz de enfrentar los desafíos de la competencia internacional.<sup>54</sup> Desde este punto de vista, sería necesario aumentar el rol del Derecho Comparado,<sup>55</sup> Comunitario e Internacional,<sup>56</sup> las enseñanzas económicas<sup>57</sup> así como de estudios de idiomas extranjeros “con orientación jurídica”.<sup>58</sup>

- Sobre los últimos diez años se atendió a las reformas de organización, pero no existió realmente ninguna revolución cultural y pedagógica<sup>59</sup> que actualizara las enseñanzas universitarias del derecho a las características de la sociedad contemporánea. La enseñanza de la Facultad de Derecho en Italia todavía está preponderantemente basada en conferencias magistrales, a menudo de carácter fuertemente abstracto<sup>60</sup> y literal,<sup>61</sup> donde los estudiantes juegan un papel

<sup>53</sup> Para una revisión de la relación entre las instituciones del Derecho Civil y del Derecho Romano ver CAPOROSI BOLOGNESI, “Contenuti ‘culturali’...” cit., p. 78.

<sup>54</sup> ROSELLI, “Il modello francese...” cit., p. 318, advierte sobre el riesgo de formar juristas desacertados al revisar instituciones jurídicas desactualizadas.

<sup>55</sup> Sobre enseñanza de Derecho Comparado en Italia ver VARANO, V., “Il ruolo della comparazione nella formazione del giurista moderno”, en *La riforma degli studi giuridici* cit., pp. 102 ss.

<sup>56</sup> Cfr. TOSATO, G. L., “La prospettive internazionalista”, en *La formazione del giurista* cit., p. 111 ff.

<sup>57</sup> Cfr. IMBRIANI, C., “Le relazioni tra cultura giuridica e cultura economica”, en *La formazione del giurista* cit., p. 43 ff.; STADERINI, F., “La formazione professionale del magistrato contabile”, *ibidem*, p. 101; RAMPA, G., “L’insegnamento della teoria economica nelle Facoltà giuridiche”, en *L’insegnamento del diritto oggi* cit., p. 181 ff.

<sup>58</sup> Sobre el hecho de que los estudiantes italianos tienen pocos conocimientos de lenguas extranjeras ver MILITI, “Numero programmato...” cit., p. 8; TOSATO, “La prospettive internazionalista” cit., p. 113, remarca que: “tra coloro che completano gli studi superiori, la familiarità con le lingue straniere è ancora oggi generalmente scarsa”; concordantemente GRIMALDI, V., “Avvocatura: mestiere, tormento o felicità?”, en *La formazione del giurista* cit., p. 129: “ancora nel 2004, si esce dalle università italiane quasi totalmente ignoranti in materia [di lingua inglese]”.

<sup>59</sup> CAPOROSI BOLOGNESI, “Contenuti ‘culturali’...” cit., p. 84.

<sup>60</sup> ALPA, G., “La formazione del giurista tra tradizione e innovazione”, en *La formazione del giurista* cit., p. 149.

<sup>61</sup> ALPA, “La formazione del giurista...” cit., p. 149.

pasivo,<sup>62</sup> sin ningún aliento para participar activamente.<sup>63</sup> Esto no ayuda a desarrollar la actitud crítica de los estudiantes.<sup>64</sup>

Más, frecuentemente existe una seria fractura entre el trato con el profesor, demasiado teórico o concentrado en aspectos secundarios o anticuados, y las expectativas de los estudiantes de conocimientos concretos y útiles para acceder a un mercado laboral incierto e insidioso. La situación empeora con una ausencia general de cursos o seminarios de argumentación y técnicas de interpretación jurídica,<sup>65</sup> o dialéctica forense y lógica. La organización de juicios ficticios o la discusión sobre un caso es fortuita y sólo surge de iniciativas individuales.

Tienden a prevalecer, todavía, los exámenes orales, mientras que las pruebas escritas (frecuentemente *multiple choice*) son normalmente sólo instancias previas al examen oral. En lo sustancial, un estudiante, en su curso de estudios, no tiene ninguna oportunidad para entrenarse en el razonamiento jurídico escrito,<sup>66</sup> hasta la tesis final que con demasiada frecuencia es meramente una compilación de "corte y pegue" de máximas de jurisprudencia recuperadas de Internet; no cultivándose ni la disposición para argumentar ni el razonamiento de los estudiantes.<sup>67</sup> Estas deficiencias tienden a reflejarse también en la calidad de las presentaciones orales que a menudo muestran una falta de rigor lógico, capacidad de persuasión y habilidades de retórica.<sup>68</sup>

<sup>62</sup> CARPI, F., "Le scuole forensi", en *Le scuole forensi - Incontro di studio, Napoli, 9 ottobre 1998*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 36.

<sup>63</sup> Ver también ALPA, "La formazione del giurista..." cit., pp. 149 ss.; concordantemente GROSSI, "La formazione del giurista..." cit., p. 40 ff., esto es consecuencia de la visión estatalista italiana del Derecho, que coloca mayor consideración en la norma escrita que en su interpretación y aplicación.

<sup>64</sup> RESCIGNO, G. U., "L'identità del giurista di base e il suo apparato conoscitivo necessario", en *Per una riflessione sulla didattica del diritto* cit., p. 31.

<sup>65</sup> Cfr. PICARDI, "La formazione di base..." cit., p. 50; RESCIGNO, "L'identità..." cit., p. 28; ALPA, "La formazione del giurista..." cit., p. 152.

<sup>66</sup> Ver también PADOA SCHIOPPA, A., "Relazione di sintesi", en *Le scuole forensi* cit., p. 97; SCOTTI, L., "La formazione professionale del magistrato", en *La formazione del giurista* cit., p. 94; ALPA, "La formazione del giurista..." cit., p. 150.

<sup>67</sup> SCOTTI, "La formazione professionale..." cit., p. 94.

<sup>68</sup> ALPA, "La formazione del giurista..." cit., p. 151.

Además, las Facultades de Derecho sufren una seria demora al adoptar instrumentos de enseñanza de gran impacto tecnológico, como videoconferencias, foros de discusión, cursos *on line*, cursos a distancia, software avanzado, etcétera.<sup>69</sup>

- Por ciertas razones muy complicadas, en un sistema basado en “compartimentos estancos”, no están bien coordinadas las enseñanzas interasignaturas (por ej., enseñanzas de Historia del Derecho *vis-à-vis* con las de Derecho positivo)<sup>70</sup> y la interdisciplinariedad está poco desarrollada.<sup>71</sup> La organización de seminarios donde un tema es examinado desde distintas ramas del Derecho (p. ej., desde un punto de vista civil, procesal e internacional) se deja librada sólo a las iniciativas individuales, con muchos obstáculos burocráticos y celos académicos. En este contexto, debe darse particular relevancia a las influencias del Derecho Comunitario dentro de cada enseñanza de Derecho positivo,<sup>72</sup> lo cual actualmente no siempre es el caso.<sup>73</sup>
- A nivel didáctico, además, tiene que reconocerse que el sistema sustentado en los cuatro Códigos (el Civil, el de Procedimiento Civil, el Penal y el de Procedimiento Criminal), en los que se basaron las enseñanzas legales durante décadas, ha sido abandonado ahora por los que surgen de las así llamadas leyes especiales.<sup>74</sup> Esto hace muy difícil, si no imposible, cualquier intento de organización sistemática.<sup>75</sup>

<sup>69</sup> Cfr. NANNUCCI, R., “La formazione giuridica nella società multimediale”, en *La riforma degli studi giuridici* cit., p. 121 ff.

<sup>70</sup> Cfr. CAPOROSI BOLOGNESI, “Contenuti ‘culturali’...” cit., p. 77.

<sup>71</sup> PICARDI, “La formazione di base...” cit., p. 39, marca el conflicto entre este enfoque y el germánico, basado en la idea de un jurista “completo”. GROSSI, P., “Il punto e la linea”, en *L’insegnamento del diritto oggi* cit., p. 256, refiere a la “soledad” de los miembros de la sociedad científica.

<sup>72</sup> Con particular referencia a aspectos teminológicos, ver ADINOLFI, A., “Le conseguenze dell’integrazione comunitaria sulla formazione del giurista”, en *La riforma degli studi giuridici* cit., p. 110.

<sup>73</sup> ADINOLFI, “Le conseguenze dell’integrazione comunitaria...” cit., p. 107 ff.

<sup>74</sup> PROTO PISANI, “Le scuole di specializzazione per le professioni legali”, en *Le scuole forensi* cit., p. 22; CARVALE, “Le discipline storico-giuridiche” cit., p. 23.

<sup>75</sup> Como IRTI, “La formazione del giurista” cit., p. 6, el Derecho no tiene más un eje.

La jerarquía tradicional de las fuentes del Derecho, dominada por los estatutos “ordinarios” del Estado, se ha volcado con la superposición de fuentes del Derecho regionales, nacionales e internacionales, y con las emergentes de llamada ley blanda que tiene un monopolio sobre las transacciones de negocios internacionales.<sup>76</sup> Para mayor abundancia, aun en Italia, el Derecho que surge de la jurisprudencia se hace cada vez más importante. A pesar de que el principio de *stare decisis* no se sigue como tal –como reacción a un sistema normativo siempre más complejo, lleno de brechas y contradicciones– el rol de intérprete, por lo tanto creativo, del juez está ganando importancia,<sup>77</sup> en detrimento de los estatutos.<sup>78</sup>

A fin de evitar el estudio de un Derecho estático y, por así decirlo, “virtual” *vis-à-vis* con las normas aplicadas por los jueces y observadas por la comunidad de negocios,<sup>79</sup> los contenidos de ambos manuales<sup>80</sup> y los programas de los cursos, que ahora tienen un carácter prominentemente doctrinal, deben ser completamente reformados y remodelados.

- El escenario antes descrito presenta otro problema didáctico. El orden jurídico italiano está extremadamente fragmentado y especializado. A fin de abordar las materias de Derecho positivo, fueron divididas en una variedad de enseñanzas (v. gr., desde el Derecho Privado, se sostuvo el Derecho de Familia, transporte, seguro, turismo, etc.).<sup>81</sup> En un esfuerzo por presentar a los estudiantes el total de normas de cada rama jurídica, con un acercamiento basado en la “cantidad de información”,<sup>82</sup> los cursos tienden a ser siempre

<sup>76</sup> GROSSI, “La formazione del giurista...” cit., p. 36.

<sup>77</sup> GROSSI, “La formazione del giurista...” cit., p. 48.

<sup>78</sup> Cfr. FERRARESE, M. R., “La formazione di base del giurista nell’epoca della globalizzazione”, en *La riforma degli studi giuridici* cit., p. 70.

<sup>79</sup> También CARETTI, “I problemi posti dall’evoluzione...” cit., pp. 58 ss.; para una posición más pesimista ver IRTI, “La formazione del giurista” cit., p. 7, quien remarca que “la scienza non può recare ordine e unità dove domina l’arbitraria casualità e non può sovrapporre concetti e categorie logiche, ricavati dal diritto di ieri, a un diritto che li rifiuta e disconosce”.

<sup>80</sup> Ver también FERRARESE, “La formazione di base del giurista...” cit., p. 71.

<sup>81</sup> Ver también IRTI, “La formazione del giurista” cit., pp. 7 ss.

<sup>82</sup> CAPOROSI BOLOGNESI, “Contenuti ‘culturali’...” cit., p. 81.

más informativos, basados en el conocimiento meramente fáctico<sup>83</sup> en perjuicio de sus contenidos críticos y formativos. Esto lleva a una mayor carga de trabajo para los estudiantes<sup>84</sup> que, consecuentemente, tienden a estudiar de un modo más mnemónico y pasivo.<sup>85</sup>

A este respecto, algunos creen que la universidad sólo debe dar instrucción básica, en relación a los métodos y principios generales, con pocos ejemplos de las clasificaciones jurídicas, sin apuntar a que los estudiantes aprendan tantos datos como sea posible por cada asignatura.<sup>86</sup> Asimismo, puede discutirse que la universidad deba dar un paso más allá de los principios y aportar conocimiento exhaustivo e inmediatamente útil.<sup>87</sup> Sin embargo, se propone preferir una posición intermedia. Por un lado, las enseñanzas universitarias de Derecho claramente no deben aspirar a hacer conocido todo el conocimiento jurídico, persiguiéndose esto a toda costa. Así, se alentaría el estudio de memoria, con lo cual el conocimiento crítico del estudiante no lograría formarse.<sup>88</sup> Sería también un esfuerzo inútil y frustrante, dada la velocidad con que cambia el orden jurídico italiano.<sup>89</sup> puede arriesgarse a cargar a los estudiantes con nociones inútiles, por estar caducas al tiempo de su graduación.<sup>90</sup> Por otro lado, para no privilegiar las formas sobre los contenidos, la función de la universidad no debe limitarse a brindar una base cultural y un método. No puede ignorarse que, hoy en día, las universidades

<sup>83</sup> PROTO PISANI, "Le scuole di specializzazione..." cit., p. 22; CAPOROSI BOLOGNESI, "Contenuti 'culturali'..." cit., p. 81; GAMBARO, A., "La formazione del giurista in Europa", en *Contratto e Impresa*, Europa, 2002, p. 800.

<sup>84</sup> Cfr. CAPOROSI BOLOGNESI, "Contenuti 'culturali'..." cit., p. 81; GAMBARO, "La formazione del giurista..." cit., p. 802.

<sup>85</sup> Ver COLARULLO, E., "Esperienze recenti di 'Corsi' ed altri strumenti editoriali della didattica dalla viva voce degli Autori", en *Per una riflessione sulla didattica del diritto* cit., p. 211.

<sup>86</sup> PROTO PISANI, "Le scuole di specializzazione..." cit., pp. 22 ss., propone reducir los programas de enseñanza de algunas materias.

<sup>87</sup> Para un punto de partida crítico, IRTI, "La formazione del giurista" cit., p. 8.

<sup>88</sup> MARINELLI, D., "La formazione legale, un ponte tra il sapere ed il saper fare", [en línea], <<http://www.altalex.com>, 19/2/2006>, p. 3.

<sup>89</sup> También para CAPOROSI BOLOGNESI, "Contenuti 'culturali'..." cit., p. 82, no tiene sentido proporcionar un conocimiento analítico de las profundidades de un mar en constante cambio.

<sup>90</sup> Ver también GAMBARO, "La formazione del giurista..." cit., p. 801.

contribuyen a la lucha contra la desocupación<sup>91</sup> de modo que ellas deben proporcionar, además de la necesaria base cultural, una creciente especialización técnica.<sup>92</sup> La solución, entonces, no es acortar los programas de los cursos, sino más bien concentrarse en los aspectos fundamentales de cada asunto, proporcionando las claves para acceder a los tópicos más específicos y detallados, con un acercamiento concreto, fuertemente conectado a la realidad del mundo exterior. Regresaré a este punto en el párrafo dedicado a la enseñanza del Derecho Procesal Civil. Baste aquí, entonces, para acentuar que, en una fase de transición como la actual, las Facultades de Derecho deben cuestionar ambas, las técnicas de enseñanza y sus contenidos,<sup>93</sup> tomando en consideración el hecho de que la mayoría de los estudiantes no se dirige a perseguir profesiones legales tradicionales y de cara a la nueva realidad de los estudiantes de hoy:<sup>94</sup> quizá con menor preparación cultural, pero seguramente más pragmáticos y concretos que sus hermanos mayores. Aun con referencia a las profesiones legales, por otro lado, debe asegurarse mayor continuidad y progreso entre los estudios de grado y posgrado, evitando el riesgo de aislamiento y la ausencia de sistemas adecuados para valorar la calidad de la oferta formativa lamentada por el cuerpo de abogados.<sup>95</sup>

Al final de esta lista (que puede pasar casi *ad lib!*), soy consciente de estar exponiendo un panorama más bien negro de la situación de la universidad italiana, quizás no dando sus méritos a las muchas excelentes experiencias vividas en nuestras Facultades de Derecho; sólo a través de un claro cuadro de los problemas y los límites del sistema, sin embargo, se hace posible promover un cambio real, con la decisión política y los

<sup>91</sup> DEL PUNTA, R., "La formazione del giurista nell'epoca del mercato del lavoro nella società globale", en *La riforma degli studi giuridici* cit., p. 144.

<sup>92</sup> DEL PUNTA, "La formazione del giurista..." cit., p. 145.

<sup>93</sup> CARETTI, "I problemi posti dall'evoluzione..." cit., p. 56; IRTI, "La formazione del giurista" cit., p. 3, escribe: "Ci troviamo in un'età di transizione, in uno di quei periodi di mezzo, dove scopi e forme di ieri non ci sono più, e scopi e forme di domani non ci sono ancora. Vediamo istituzioni che declinano e tramontano; percepiamo appena il nuovo inizio, i contorni di istituzioni future". Concordantemente PICARDI, "La formazione di base..." cit., p. 51: "La Facoltà di giurisprudenza del XXI secolo è un personaggio in cerca di autore".

<sup>94</sup> CAPOROSI BOLOGNESI, "Contenuti 'culturali'..." cit., p. 84.

<sup>95</sup> Cfr. MILITI, "Numero programmato..." cit., p. 8.



recursos humanos y materiales necesarios. Así, la última reforma de organización de la Facultad de Derecho, para concluir realmente la seria situación antes descrita, deberá ser seguida por una evolución en los métodos, estrategias y mentalidades. Y esto requiere tiempo, inversiones, y, sobre todo, decisión y competencia.

### C) LA FORMACIÓN DE POSGRADO DEL JURISTA: EL ACCESO A LAS PROFESIONES LEGALES TRADICIONALES

#### I) *PREFACIO*

Como fue indicado antes, sólo un pequeño porcentaje (entre el 15 y 20%) de los graduados en Derecho en Italia optan por una de las profesiones legales tradicionales (v. gr., abogado, juez, notario).<sup>96</sup>

En términos absolutos, sin embargo, esto implica varios miles de graduados cada año, muchos más que los que el mercado puede absorber. Sin planear el acceso a las profesiones legales no existe ninguna oportunidad de empleo seria para aquellos que alcanzan el fin de su largo y áspero camino de universidad.<sup>97</sup> A fin de acceder a las tres profesiones legales, en realidad, la ley exige aprobar un examen del Estado, compuesto por una parte escrita y una oral. Los estudios de posgrado, por otra parte, tienden a ser gradualmente más complicados: oficialmente, para otorgar a los candidatos una mejor preparación para los exámenes; en la práctica (puede temerse), para desalentar indirectamente o al menos demorar el acceso de sangre nueva en las profesiones.

Existen muy serias contradicciones entre los estudios universitarios y las vías para acceder a las profesiones legales.<sup>98</sup> Mientras que, como hemos visto, un típico examen universitario es oral, en la selección legal, la parte escrita preliminar es normalmente la más difícil de pasar y, por lo tanto, la más importante.<sup>99</sup>

En Italia, existe un debate vigente sobre si estos graduados legales deben recibir un entrenamiento común para todas las profesiones legales

<sup>96</sup> PROTO PISANI, "Le scuole di specializzazione..." cit., p. 19; CARPI, "Le scuole forensi" cit., p. 47; CHIARLONI, "Riflessioni minime..." cit., p. 296.

<sup>97</sup> Cfr. CARPI, "Le scuole forensi" cit., p. 38.

<sup>98</sup> CAPONI, "Scuole di specializzazione..." cit., p. 146.

<sup>99</sup> CAPONI, "Scuole di specializzazione..." cit., p. 146.

(en particular, a fin de convertirse en un abogado o un juez) o si, después de la universidad, es inevitable la separación de los caminos formativos. En realidad, no obstante la diferencia entre los roles y experiencias, el acercamiento de un abogado a los problemas jurídicos es muy similar a aquel de un juez: la argumentación y las técnicas de razonamiento son fundamentalmente las mismas,<sup>100</sup> así como el idioma y las instituciones usadas por ambos.<sup>101</sup> Son acercamientos complementarios que sólo pueden enriquecerse por el estudio en conjunto al nivel de entrenamiento.<sup>102</sup> La formación de un creador de decisiones no puede separarse institucionalmente de aquella de alguien que preparará y presentará un caso para su decisión.

En Italia, sin embargo, a diferencia de otros países, el antagonismo tradicional entre jueces y abogados y la falta de circularidad entre los profesionales<sup>103</sup> hace muy difícil establecer sendas formativas en común. Debe reconocerse también que existe cierta competencia entre el cuerpo de abogados y la universidad en cuanto a la formación de posgrado, la cual provoca dispersión de energías y recursos sin ningún resultado valioso.<sup>104-105</sup>

También se debate acaloradamente la función del entrenamiento de posgrado.<sup>106</sup> Por un lado, es obvio que debe preparar a los graduados para los exámenes estatales que habilitan el acceso a las profesiones legales. Al mismo tiempo, la formación de posgrado debe apuntar, por otro lado, a la enseñanza del ejercicio de la defensa y de las estrategias en juicio.<sup>107</sup> Estas

<sup>100</sup> PADOA SCHIOPPA, "Relazione di sintesi" cit., p. 96.

<sup>101</sup> PALAZZO, "La formazione professionale..." cit., p. 158.

<sup>102</sup> Ver también PROTO PISANI, "Le scuole di specializzazione..." cit., p. 26 ff.; PALAZZO, "La formazione professionale..." cit., p. 158.

<sup>103</sup> Cfr. CARPI, "Le scuole forensi" cit., p. 48, para una comparación entre los modelos inglés e italiano.

<sup>104</sup> Cfr. PROTO PISANI, "Le scuole di specializzazione..." cit., p. 30; CARPI, "Le scuole forensi" cit., p. 59.

<sup>105</sup> Ver también CARPI, "Le scuole forensi" cit., p. 56; PALAZZO, "La formazione professionale..." cit., p. 155. Desde el punto de vista de un abogado, MARIANI MARINI, A., "La formazione dell'avvocato - il ruolo della scuola forense", en *Prev. forense*, 2005, p. 311.

<sup>106</sup> Ver PADOA SCHIOPPA, "Relazione di sintesi" cit., p. 97.

<sup>107</sup> PADOA SCHIOPPA, "Relazione di sintesi" cit., p. 98; PALAZZO, "La formazione professionale..." cit., pp. 157 ss.

dos funciones son en gran medida incompatibles y contradictorias, y es muy difícil que puedan perseguirse simultáneamente.<sup>108</sup>

En los párrafos siguientes, se presentarán brevemente los requerimientos para acceder a las tres profesiones legales tradicionales, así como las principales experiencias de enseñanza de posgrado.

## II) *EL ACCESO AL CUERPO DE ABOGADOS*<sup>109</sup>

Es un hecho bien conocido que en Italia hay demasiados abogados. En comparación con otros países europeos, además, un graduado de Derecho se convierte en un abogado a una edad relativamente avanzada (usualmente, entre 27 y 30),<sup>110</sup> sin ninguna garantía de ingresos decentes. La combinación de estos dos factores implica que muchos abogados jóvenes, durante demasiados años, continúen dependiendo del apoyo económico de sus familias.

Preliminarmente, el graduado completa un aprendizaje de dos años (la llamada práctica forense) bajo las directivas de un abogado calificado, con algunos años de experiencia, que, sin embargo, no siempre ejecuta sus tareas formativas adecuadamente.<sup>111</sup> No es inusual que el aprendiz ejecute las funciones de un secretario.<sup>112</sup> Además, generalmente los aprendices no reciben una retribución adecuada por sus actividades en la oficina del abogado. Sobre esto vale mencionar que los graduados no tienen ninguna experiencia práctica cuando empiezan su aprendizaje, por así decirlo, "como tierra virgen de conocimientos". Por lo tanto, esto puede

<sup>108</sup> CAPONI, "Scuole di specializzazione..." cit., p. 146.

<sup>109</sup> La *International Association for Procedural Law* tradicionalmente ha estado interesada en temas concernientes a la formación de abogados y jueces. Vale la pena mencionar que en 1991 se organizó un Congreso en Coimbra sobre "The role and organization of judges and lawyers in contemporary societies". Allí, Prof. Carpi y Di Federico presentaron un informe general sobre "Organization and social status of judges and lawyers" (p. 387, editado por Pessoa Vaz en 1995); la mayoría de las observaciones realizadas en relación a Italia siguen siendo relevantes hoy.

<sup>110</sup> Ver LA CHINA, S., en *L'insegnamento delle materie processualistiche* cit., p. 131.

<sup>111</sup> Ver CAPONI, "Scuole di specializzazione..." cit., p. 4.

<sup>112</sup> Ver también CARPI, DI FEDERICO, "The education and training of judges and lawyers", en *Role and organization of judges and lawyers in contemporary societies. IX<sup>th</sup> World Conference on Procedural Law, Coimbra-Lison (Portugal) 25/31-VIII-1991*, Pessoa Vaz ed., 1995, p. 397.

contribuir a inhabilitar a los estudiantes universitarios a tomar parte en actividades de firmas legales antes de su graduación.<sup>113</sup>

Durante su aprendizaje, para estar mejor preparados para sus exámenes, los graduados deben, en teoría, ponerse en contacto con una variedad de experiencias y actividades legales. En verdad, desde que la profesión de un abogado perdió su unidad y continuidad, los aprendices normalmente tienen experiencias muy limitadas: verbigracia, si practican con un abogado civilista, ellos no se relacionarán con ningún caso criminal y viceversa, o fácilmente pueden terminar examinando los mismos tipos de casos los dos años completos.

En este período, además, se requiere participar de cierto número de audiencias judiciales.

A su finalización, es posible presentarse al examen estatal que tiene lugar una vez al año y se compone de una parte preliminar escrita que es necesario aprobar para poder rendir la parte final oral.

La parte escrita esta dividida en tres pruebas: por más de tres días consecutivos, los candidatos deben dar una opinión legal civil, otra criminal y escribir un acto judicial (en el contexto de procedimientos civiles, criminales o administrativos).

En el transcurso de la parte oral del examen (que tiene lugar no antes de cuatro o cinco meses después...), se interroga al candidato sobre cinco materias (que él escoge de una lista fijada) en deontología forense.

Aparte de la dificultad intrínseca de las pruebas, éste es un examen incierto, fortuito y no muy selectivo, con el agravante de que a menudo todos los años de estudio y práctica son inútiles para el candidato.<sup>114</sup>

El abogado "fresco" finalmente entra en un mercado saturado: en este punto, muchas veces enfrenta años de trabajo mal pagos para otros abogados.

Después de convertirse en abogado, sin embargo, no se exige ninguna actualización ante reformas legales (sino como un deber deontológico hacia los clientes). Esto es un problema serio en Italia, donde, en los últimos años, se han reformado en gran medida todas las ramas legales, de modo que generaciones enteras de abogados se arriesgan a contar

<sup>113</sup> MILITI, "Numero programmato..." cit., 8.

<sup>114</sup> Ver PADOA SCHIOPPA, "Relazione di sintesi" cit., p. 100.

con conocimientos caducos. Como para otros profesionales, se propone que también los abogados deban participar en cursos o seminarios de actualización cada año<sup>115</sup>.

### III) *EL PODER JUDICIAL*

El *ordinamento giudiziario* (es decir, las normas básicas en lo concerniente a las funciones de un juez, estatus y carrera) recientemente ha sido objeto de varias reformas (más bien controversiales). En lo que nos concierne, debe mencionarse el Decreto legislativo 160 del 5 de abril de 2006,<sup>116</sup> que fija nuevas normas para acceder al Poder Judicial.

También debe señalarse que, a diferencia de Francia, en Italia no existe la carrera judicial: al contrario, se ha seguido tentativamente el modelo alemán de entrenamiento común (*ver retro*).<sup>117</sup>

En Italia, los jueces son funcionarios públicos: para convertirse en uno, el art. 97, par. 3 de la Constitución requiere aprobar un examen estatal.

Antes del examen, el entrenamiento de un candidato a juez tiene carácter totalmente teórico, con poca o ninguna experiencia práctica en oficinas judiciales.<sup>118</sup> Además, la parte escrita del examen estatal se compone de ensayos sobre tópicos teóricos, sin elementos prácticos.<sup>119</sup>

A fin de tomar el examen estatal, deben cumplirse los siguientes requisitos:

- Un título de grado en Derecho (obtenido en un curso de al menos cuatro años) y (alternativamente):
- un diploma de una escuela de especialización para profesionales legales, establecido por el art. 16, Decreto legislativo 398 de 1997 (*ver infra*);
- un doctorado sobre un tema jurídico;
- calificación para practicar la profesión forense;

<sup>115</sup> MILITI, "Numero programmato..." cit., p. 8; CAPONI, "Scuole di specializzazione..." cit., p. 11. Para una perspectiva comparativa, ver CARPI, "The education and training of judges and lawyers" cit., p. 405 ff.

<sup>116</sup> En *Guida dir.*, 2006, nro. 23, p. 12.

<sup>117</sup> PROTO PISANI, "Le scuole di specializzazione..." p. 26.

<sup>118</sup> SCOTTI, "La formazione professionale..." cit., p. 93.

<sup>119</sup> CAPONI, "Scuole di specializzazione..." cit., p. 146.

- haber ejercido funciones directivas en la administración pública por al menos tres años;
- haber sido un magistrado honorario por, al menos, cuatro años;
- un diploma de especialización en materia jurídica después de un curso de, al menos, dos años en las escuelas de especialización establecidas *ex D. p. r.* 162 de 1982.

El candidato debe tener entre 21 y 40 años de edad.

El examen está dividido en:

- Un examen de preselección;<sup>120</sup>
- una parte escrita, con ensayos sobre Derecho Civil, Criminal y Administrativo;
- una parte oral en grupos de diez candidatos, incluyendo un idioma extranjero; en el contexto de estas pruebas, los candidatos atraviesan una prueba de aptitud en relación con desarrollar el papel de un juez, con particular referencia a la función específica mencionada en el examen. En realidad, en su solicitud, el candidato debe especificar formalmente si aspira a cubrir una posición juzgadora o inquisitiva.

Después del examen, tiene lugar un aprendizaje de doce meses en oficinas judiciales: tal aprendizaje no se considera satisfactorio, porque los jueces que deben entrenar a los aprendices no están necesariamente motivados ni interesados en las exigencias de sus cargas.<sup>121</sup> Éste es también el primer (y tardío) momento en que los nuevos jueces se conectan con la realidad de sus futuros trabajos.

Después de que asumen sus funciones, los magistrados pueden voluntariamente participar de una instrucción permanente, organizada, en este momento, por el *Consiglio Superiore della Magistratura*,<sup>122</sup> a través de una comisión científica compuesta por jueces y profesores universitarios, con iniciativas nacionales y locales.<sup>123</sup>

<sup>120</sup> El que PALAZZO, "La formazione professionale..." cit., p. 157, considera poco educativa.

<sup>121</sup> SCOTTI, "La formazione professionale..." cit., p. 95.

<sup>122</sup> DI FEDERICO, G., "La formazione nelle professioni forensi", en *L'insegnamento del diritto oggi* cit., p. 309.

<sup>123</sup> Ver SCOTTI, "La formazione professionale..." cit., p. 83.

#### IV) *EL NOTARIADO*

En el sistema italiano, un notario brinda seguridad a las negociaciones y certeza a las relaciones jurídicas, contando tanto con una función de certificación (como funcionario público) como de asesoramiento, siendo parte en las escrituras.<sup>124</sup>

Es una institución prestigiosa y bien paga, con acceso limitado a través de un examen estatal, regulado por la Ley 89 de 1913, recientemente modificada por el Decreto legislativo 166 del 24 de abril de 2006.<sup>125</sup>

En lo que nos interesa:

- La práctica obligatoria antes del examen se ha acortado de 24 a 18 meses, de los cuales 6 pueden tomarse también antes de la graduación, durante los estudios universitarios, en un intento interesante de combinar los estudios teóricos con el entrenamiento profesional;
- después de aprobar la parte oral del examen, debe desarrollarse una práctica obligatoria de, al menos, 120 días en la oficina de un notario;
- se aumentó la edad máxima para presentarse al examen a 50 años de edad;
- los candidatos que aprueban las pruebas de preselección pueden tomar el examen escrito en la siguiente fecha y en las dos siguientes;
- el número de candidatos que puede presentarse al examen ha aumentado a tres veces el número de posiciones disponibles;
- la lista de materias se ha actualizado.

Hoy, el examen está compuesto por:

- Una prueba de preselección, para poder acceder a las pruebas escritas;
- tres pruebas escritas teóricas y prácticas, comprendiendo un acto de última voluntad y dos entre vivos (uno en temas de Derecho Comercial);
- una parte oral.

<sup>124</sup> CATAUDELLA, A., "L'attuale sistema di formazione", en *La formazione del giurista cit.*, p. 181.

<sup>125</sup> En *Guida dir.* 2006, nro. 21, p. 14.

## V) PRINCIPALES EXPERIENCIAS DE LA ENSEÑANZA DE POSGRADO

Después de un análisis rápido de los requisitos y del modo en que tienen lugar los exámenes estatales para las tres profesiones legales tradicionales en Italia, pueden describirse las dos principales experiencias de posgrado universitario para juristas.

### 1) ESCUELAS DE ESPECIALIZACIÓN PARA LAS PROFESIONES LEGALES

Estas escuelas se han establecido de acuerdo con los arts. 113 y 114 de la Ley 127 del 15 de mayo de 1997<sup>126-127-128</sup> en universidades en las cuales existe una Facultad de Derecho, basándose también en los acuerdos interuniversitarios.

No se especializan en sectores específicos de la ley, sino, más bien, en toda la instrucción universitaria vista en la dirección de las profesiones legales tradicionales.<sup>129</sup> Después de un curso de dos años (un año para graduados del segundo nivel),<sup>130</sup> otorgan un diploma de especialización que puede emplearse, ya sea para acceder al examen estatal para la justicia (ver *retro*) o en el contexto de los aprendizajes forenses o de notario.<sup>131</sup>

Sin embargo, no son obligatorios (como algunos hubieran preferido)<sup>132</sup> y nunca podrían sustituir enteramente al aprendizaje forense. En realidad, aun los estudiantes de estas escuelas tienen que asistir a las audiencias judiciales, como los otros aprendices.

El acceso a las escuelas de especialización está limitado por la cantidad de vacantes disponibles y los exámenes de admisión,<sup>133</sup> aunque, cada

<sup>126</sup> Ver PROTO PISANI, "Le scuole di specializzazione" cit., pp. 19 ss.

<sup>127</sup> El Decreto legislativo 328 del 17 de noviembre de 1997 introduce algunas adecuaciones a la regulación básica: ver CARPI, "Le scuole forensi" cit., pp. 40, 46.

<sup>128</sup> Estas escuelas toman el lugar de los cursos establecidos por el art. 18 del r. d. l. 1578 de 1933, el cual era una alternativa al aprendizaje forense, como aquellos organizados por el famoso Istituto di applicazione forense Enrico Redenti de la Universidad de Bologna, fundado en 1927 y reconocido en 1928.

<sup>129</sup> PROTO PISANI, "Le scuole di specializzazione..." cit., p. 20.

<sup>130</sup> CAPONI, "Scuole di specializzazione..." cit., p. 136 ff.

<sup>131</sup> Conf. PALAZZO, "La formazione professionale..." cit., p. 161; ésta era una de las formas de completar las escuelas de especialización.

<sup>132</sup> PROTO PISANI, "Le scuole di specializzazione..." cit., p. 31.

<sup>133</sup> Ver CARPI, "Le scuole forensi..." cit., p. 51.



año, cada escuela deba habilitar vacantes para, al menos, un 10% de los graduados legales de esa Facultad en el año académico previo.

El objetivo oficial de la escuela (art. 16, parr. 2º, Dec. legis. 328/97) es proporcionar entrenamiento común para graduados legales,<sup>134</sup> siguiendo el modelo alemán,<sup>135</sup> con profesores de distintas disciplinas (profesores universitarios, abogados, jueces, notarios) en pie de igualdad.<sup>136</sup> Así, la universidad podría haber jugado un papel neutral y equidistante entre los miembros del Poder Judicial y los abogados.<sup>137</sup> En la práctica, las tareas de enseñanza se han dividido en una parte teórica<sup>138</sup> (monopolizada por profesores universitarios) y en otra de práctica profesional<sup>139</sup> (asignada a jueces, abogados y notarios),<sup>140</sup> aunque ya se ha probado que la instrucción comprende figuras profesionales demasiado diversas y antagónicas.<sup>141</sup>

El primer año es común para todos los estudiantes de posgrado, mientras que el segundo está dividido en las curriculares forense, judicial y notarial.

También se prevén etapas en oficinas judiciales, firmas legales y escuelas notariales. El aprendizaje en oficinas judiciales, sin embargo, se complica por el secreto y el carácter privado de la mayoría de las audiencias,<sup>142</sup> lo que ha impedido lograr los resultados esperados.

Se debería haber adoptado técnicas de enseñanza experimentales,<sup>143</sup> a fin de lograr mayor interactividad, basada en casos, materiales y ejer-

<sup>134</sup> CARPI, "Le scuole forensi..." cit., p. 47; PALAZZO, "La formazione professionale..." cit., p. 156; para un punto de vista escéptico ver CONSOLO, "Considerazioni 'impolitiche'..." cit., p. 34.

<sup>135</sup> Para una comparación entre las experiencias italiana y alemana ver CAPONI, "Scuole di specializzazione..." cit., p. 128.

<sup>136</sup> PADOA SCHIOPPA, "Relazione di sintesi" cit., p. 96; CAPONI, "Scuole di specializzazione..." cit., p. 140.

<sup>137</sup> PALAZZO, "La formazione professionale..." cit., p. 159.

<sup>138</sup> Cfr. PALAZZO, "La formazione professionale..." cit., p. 156; CAPONI, "Scuole di specializzazione..." cit., p. 133.

<sup>139</sup> CAPONI, "Scuole di specializzazione..." cit., p. 140.

<sup>140</sup> CARPI, "Le scuole forensi" cit., p. 36, advierte sobre el riesgo de que los profesionales se conviertan en teóricos.

<sup>141</sup> CAPONI, "Scuole di specializzazione..." cit., p. 148.

<sup>142</sup> CAPONI, "Scuole di specializzazione..." cit., p. 139.

<sup>143</sup> Ver CARPI, *Le scuole forensi...* cit., p. 49.

cicios escritos,<sup>144</sup> con lo cual se hubieran preferido técnicas de argumentación jurídica a las nociones y conceptos abstractos.

Para desarrollar su habilidad para resolver problemas jurídicos específicos,<sup>145</sup> los estudiantes deberían haber sido activamente involucrados, de modo de vincular las conferencias de los profesores, las discusiones sobre un caso, la práctica simulada de actos judiciales y las etapas judiciales.<sup>146</sup>

El balance de los primeros años de estas escuelas, sin embargo, no es muy positivo,<sup>147</sup> por lo que hay quienes hablan abiertamente de sus fallas,<sup>148</sup> y tal vez hasta de un fracaso deseado.<sup>149</sup>

Faltaban los recursos humanos y estructurales, así como las inversiones adecuadas por parte de la universidad. De hecho, ciertos profesores sólo deberían haber sido asignados para la escuela, dando nuevo estilo a los cursos universitarios: sin embargo, esto únicamente sucedió en unos pocos casos aislados.<sup>150</sup>

También faltó un control de calidad adecuado sobre estudiantes y profesores.<sup>151</sup> Como se ha señalado, las escuelas, como las experiencias análogas previas, continuaron siendo sobre la base de trabajo voluntario (sin retribución).<sup>152</sup> Esta situación ha empeorado con la proliferación territorial de las escuelas,<sup>153</sup> que llevó a normas de calidad decrecientes y al riesgo de localismo jurídico.

A nivel de enseñanza, todavía debe tener lugar una evolución cultural hacia las nuevas técnicas mencionadas.<sup>154</sup> Por el momento, debe reconocer-

<sup>144</sup> PADOA SCHIOPPA, "Relazione di sintesi" cit., p. 97.

<sup>145</sup> CAPONI, "Scuole di specializzazione..." cit., p. 143.

<sup>146</sup> CAPONI, "Scuole di specializzazione..." cit., p. 136.

<sup>147</sup> PALAZZO, "La formazione professionale..." cit., p. 159.

<sup>148</sup> CONSOLO, "Considerazioni 'impolitiche'..." cit., p. 36; CHIARLONI, S., en *L'insegnamento delle materie processualistiche* cit., p. 126.

<sup>149</sup> CARPI, "Spunti per una conclusione", en *L'insegnamento delle materie processualistiche* cit., p. 151, observa que: "Le scuole forensi (...) hanno dato fastidio a molti".

<sup>150</sup> Cfr. PROTO PISANI, "Le scuole di specializzazione..." cit., p. 33; PALAZZO, "La formazione professionale..." cit., p. 159.

<sup>151</sup> CARPI, "Le scuole forensi" cit., pp. 36 ss., marca la necesidad de un control constante y de calidad de estas Escuelas.

<sup>152</sup> CARPI, "Le scuole forensi..." cit., p. 42.

<sup>153</sup> La propuesta de CARPI, "Le scuole forensi" cit., p. 50, de formar grandes escuelas con base en una división territorial parece haberse desatendido.

<sup>154</sup> CAPONI, "Scuole di specializzazione..." cit., p. 143.

se una seria falta de coordinación entre los diferentes profesores, así como la preponderancia de conferencias teóricas y magistrales aun por parte de los abogados, jueces y notarios. También se han encontrado muchas dificultades para crear equipos de trabajo de estudiantes y profesores.<sup>155</sup>

El número de estudiantes inscriptos es demasiado alto para permitir seminarios prácticos eficientes, y la carga horaria de enseñanza (500 horas al año) ha probado ser excesiva.<sup>156</sup>

La fragmentación entre las materias no se pudo evitar.<sup>157</sup> Para no desilusionar a nadie,<sup>158</sup> parte de las conferencias son dedicadas a asignaturas sin función real de entrenamiento profesional, y las enseñanzas se han dividido en segmentos aislados y sin comunicación.<sup>159</sup> Es más, se han lamentado, con razón, las carencias educativas en materia de Derecho Comparado o lingüística.<sup>160</sup>

Las metas de la capacitación profesional general y de la específica para los exámenes estatales han probado ser muy difíciles de por sí para perseguirse simultáneamente,<sup>161</sup> también visto ésto a la luz de la fuerte competencia que representan los cursos privados específicamente diseñados para el segundo objetivo.<sup>162</sup>

<sup>155</sup> CARPI, "Le scuole forensi" cit., p. 36, por ejemplo, con referencia a la experiencia del Istituto di applicazione forense de Bologna, menciona ambas, una cierta resistencia por parte de los profesores de proveer en tiempo los materiales didácticos requeridos a los estudiantes y la dificultad de que éstos participen activamente en los seminarios prácticos.

<sup>156</sup> PALAZZO, "La formazione professionale..." cit., p. 160.

<sup>157</sup> Cfr. CARPI, "Le scuole forensi" cit., p. 53.

<sup>158</sup> PALAZZO, "La formazione professionale..." cit., p. 160.

<sup>159</sup> CAPONI, "Scuole di specializzazione..." cit., p. 141.

<sup>160</sup> CARPI, "Le scuole forensi" cit., p. 53.

<sup>161</sup> PADOA SCHIOPPA, "Relazione di sintesi" cit., p. 98; CONSOLO, "Considerazioni 'impolitiche'..." cit., p. 36.

<sup>162</sup> Y el cual: "senza formare, non manca di offrire (...) non trascurabili chances di superamento delle prove": PALAZZO, "La formazione professionale..." cit., p. 160. En el texto se hace referencia a cursos privados, a menudo manejados por jueces, expresamente dedicados a la preparación para los exámenes estatales, y los cuales son extremadamente populares en Italia, de modo que, hasta los años '90, monopolizaban el mercado de formación para el posgrado: Cfr. CARPI, "Le scuole forensi" cit., p. 38. A menudo se critican estos cursos a causa de que ellos sólo proveen un conocimiento fáctico, específicamente destinado a aprobar los exámenes estatales: ver PICARDI, "La formazione di base..." cit., p. 46.

En las escuelas de especialización, parece prevalecer un acercamiento teórico, más atractivo para los graduados que desean seguir la carrera judicial,<sup>163</sup> pese a frustrar cualquier intento hacia un entrenamiento legal común. En estas referencias, debe mencionarse el hecho de que el cuerpo de abogados se muestra desconfiado y contrario, si no abiertamente hostil, hacia las escuelas de especialización,<sup>164</sup> de modo que la mayor parte de los aprendices forenses sean atraídos por las escuelas forenses (ver *infra*).

## 2) ESCUELAS FORENSES

Estas escuelas están organizadas y manejadas por el cuerpo de abogados,<sup>165</sup> de acuerdo con *D. p. r.* 101 del 10 de abril de 1990, siguiendo el modelo francés de entrenamiento separado para abogados,<sup>166</sup> en clara contradicción con el modelo común de entrenamiento antes mencionado.<sup>167</sup>

Son expresamente establecidas para proporcionar un mejor entrenamiento profesional a aprendices legales,<sup>168</sup> con métodos y contenidos coherentes con las exigencias de la profesión forense.<sup>169</sup>

Después de la institución de las escuelas universitarias de especialización (ver más arriba), éstas se han desarrollado con una fragmentación territorial excesiva.<sup>170</sup>

Aunque puedan mencionarse ciertas experiencias excelentes, existen muchas dudas en cuanto a la capacidad de la profesión legal para proporcionar las enseñanzas necesarias, la base pedagógica, así como las

<sup>163</sup> CAPONI, "Scuole di specializzazione..." cit., p. 148.

<sup>164</sup> PALAZZO, "La formazione professionale..." cit., p. 161.

<sup>165</sup> Cfr. CARPI, "Le scuole forensi" cit., p. 60.

<sup>166</sup> PADOA SCHIOPPA, "Relazione di sintesi" cit., p. 102.

<sup>167</sup> PALAZZO, "La formazione professionale..." cit., p. 162.

<sup>168</sup> Cfr. RUGGIERI, P., "Scuole forensi - obbligatorietà dei corsi", en *Prev. forense*, 2005, nro. 4, p. 307.

<sup>169</sup> MARIANI MARINI, "La formazione dell'avvocato..." cit., 2005, nro. 4, p. 312 ff., considera que las escuelas forenses deberían privilegiar materias como teoría y técnicas de argumentación jurídica, terminología jurídica, métodos de investigación e interpretación jurídica, psicología jurídica, mediación, negociación, deontología y técnicas discursivas de defensa escritas y orales.

<sup>170</sup> PALAZZO, "La formazione professionale..." cit., p. 157. Para RUGGIERI, "Scuole forensi..." cit., p. 309, sin embargo, son preferibles escuelas más pequeñas, en cuanto ellas son más simples de manejar, organizar y controlar.

estructuras de organización requeridas para esta actividad<sup>171</sup> a un nivel tan extendido. En realidad, se discute que sólo muy pocas escuelas cumplen con los estándares de calidad adecuados en cuanto a los profesores, métodos de enseñanza y estructuras.<sup>172</sup>

Además, al igual que en las escuelas de especialización, aquí también abogados, jueces y profesores universitarios deben compartir los deberes de enseñanza,<sup>173</sup> lo que claramente conduce a una dispersión de energías valiosas.<sup>174</sup>

Se organizan cursos de uno o dos años, como apoyo del aprendizaje forense,<sup>175</sup> y los cuerpos de abogados locales pueden decidir imponer a los aprendices la obligatoriedad de asistencia a estos cursos.<sup>176</sup>

#### D) LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PROCESAL CIVIL EN LA INSTRUCCIÓN UNIVERSITARIA Y DE POSGRADO DE UN JURISTA

Las asignaturas procesales (especialmente el Derecho Procesal Civil) están entre aquellas tradicionalmente consideradas más aburridas por los estudiantes, por creerlas duras, abstractas y de memoria. Esta percepción errónea seguramente ha sido influida por el contacto con muchos manuales, métodos de enseñanza demasiado dogmáticos y pedantes, así como técnicas de examen inadecuadas.

Dejando aparte la complejidad intrínseca de ciertas instituciones y mecanismos procesales, los principales problemas de los estudiantes parecen derivar tanto de la distancia entre los tópicos que se instruyen y su experiencia concreta como de la incomunicación terminológica y conceptual entre ellos y sus profesores que a menudo son incapaces de transmitir sus propias categorías conceptuales y lógicas. Es inevitable que estas dificultades crezcan de forma exponencial si las clases de Derecho Procesal Civil se ubican demasiado temprano en los planes de estudios universitarios, como sucedió en el pasado más reciente, cuando

<sup>171</sup> PALAZZO, "La formazione professionale..." cit., p. 157.

<sup>172</sup> MILITI, "Numero programmato..." cit., p. 8.

<sup>173</sup> Cfr. MARIANI MARINI, "La formazione dell'avvocato..." cit., p. 313.

<sup>174</sup> CAPONI, "Scuole di specializzazione..." cit., p. 151.

<sup>175</sup> Cfr. CAPONI, "Scuole di specializzazione..." cit., p. 5.

<sup>176</sup> Cfr. RUGGIERI, "Scuole forensi..." cit., p. 307 ff.

muchas facultades ponían el primer examen de Derecho Procesal Civil en el segundo del curso de tres años.

Al tratar con los elementos que hacen dura y abstracta esta asignatura, también debe considerarse la división en compartimentos estancos de las universidades italianas (que hacen casi imposible el estudio conjunto de los aspectos sustanciales y procesales del litigio).

La poca habilidad de argumentación del estudiante promedio (ver *retro*) configura un obstáculo serio al convenir con el Derecho Procesal Civil, el cual, sumado a la precisión terminológica, requiere una fuerte base lógica y la capacidad para comprender y comunicar el significado e implicancias de nociones abstractas.

En realidad, el aspecto más delicado para enseñar Derecho Procesal Civil es el establecimiento de lenguajes comunes y categorías conceptuales entre los profesores y los estudiantes.

En el "antiguo" curso de cuatro años, los estudiantes debían rendir un examen de Derecho Procesal Civil, típicamente construido alrededor de las normas del Código de Procedimiento Civil; además, podían ser incluidas en el Plan de Estudios otras enseñanzas procesales, normalmente de naturaleza subsidiaria (v. gr., Ley de procedimiento de la Comunidad Europea, instituciones de Derecho Procesal, Ley de procedimientos de insolvencia).

En la etapa 3+2, la situación se complicó aún más, también debido a las incertidumbres y conflictos concernientes a la naturaleza y funciones del curso de tres años (ver *retro*).

Algunos creen que durante el Plan de Estudios del primer nivel, debe limitarse la atención a esos aspectos del Derecho Procesal Civil relacionados con lo sustancial del Derecho Privado y Público (como ser, una muestra general de la protección jurisdiccional de los derechos civiles, métodos de resolución de controversias, salvaguardas constitucionales, la disciplina de las profesiones legales, evidencia, formas y contenidos de los remedios judiciales), ofreciendo un contorno básico de procedimientos civiles sin un análisis en profundidad de las técnicas procesales.<sup>177</sup> Efec-

<sup>177</sup> CAPONI, "Scuole di specializzazione..." cit., p. 138; COLESANTI, "L'insegnamento delle materie processualistiche" cit., p. 16; COSTANTINO, G., "L'insegnamento dell'esecuzione forzata", en *L'insegnamento delle materie processualistiche* cit., p. 49; CONSOLO, "Consi-

tivamente, dados los objetivos del curso de primer nivel (concebidos por el legislador como un ciclo con suficiencia propia), hubiera sido preferible establecer cursos institucionales con altos contenidos formativos y culturales, más útiles para estudiantes que, después de su graduación del primer nivel, se hubieran introducido en el mercado laboral.

Desde este punto de vista, pudo haberse adoptado un acercamiento profesional común para las profesiones legales en el curso de dos años,<sup>178</sup> con un análisis en profundidad de los procedimientos de conocimiento, los especiales, los ejecutivos, asumiendo que los estudiantes tuvieran la intención de seguir una profesión legal. Esto, sin embargo, dados los numerosos tópicos con los cuales lidiar, debió haber llevado a un mayor peso de los créditos formativos del curso de segundo nivel *vis-à-vis* con esos del primer nivel, pero éste no era siempre el caso.<sup>179</sup>

En lo sustancial, los contenidos de los cursos y los métodos de enseñanza debieron haber sido reacomodados,<sup>180</sup> pero las dudas concierne al papel del grado de primer nivel comprometieron este proceso. En la práctica, cada facultad fue por su propio camino, sin coordinación entre los contenidos de los exámenes y el número de créditos asignado. Esto creó problemas serios para la movilidad de los estudiantes de una universidad a otra, especialmente al moverse del curso de primer nivel al de segundo.

Con demasiada frecuencia, los medios y el tiempo (y a veces aún la decisión) para traer sangre fresca a las clases de Derecho Procesal Civil se quedaron en el deseo. Puede sonar trivial, pero en los primeros años del nuevo sistema, hasta existía una ausencia de manuales mostrando un acercamiento innovador.<sup>181</sup> los textos simplemente perdieron

derazioni 'impolitiche'..." cit., p. 28, propuso dividirlos en remedies (primer nivel) y procedimientos (segundo curso). Sobre el rol de Cursos de Derecho Procesal general en el modelo 3+2, ver RICCI, G. F., "Il ruolo del 'diritto processuale generale' nel nuovo ordinamento didattico", en *L'insegnamento delle materie processualistiche* cit., p. 103 ff.

<sup>178</sup> CAPONI, "Scuole di specializzazione..." cit., p. 138.

<sup>179</sup> Cfr. CONSOLO, "Considerazioni 'impolitiche'..." cit., p. 24; COSTANTINO, "L'insegnamento dell'esecuzione forzata" cit., p. 46.

<sup>180</sup> CONSOLO, "Considerazioni 'impolitiche'..." cit., p. 24.

<sup>181</sup> Cfr. COLESANTI, "L'insegnamento delle materie processualistiche" cit., p. 17; CONSOLO, "Considerazioni 'impolitiche'..." cit., p. 31.

parte de su “volumen”, pero los tópicos (y el modo de presentarlos) permaneció inalterado.<sup>182</sup>

Para mencionar mi experiencia personal, la Facultad de Derecho de Bolonia ha escogido un acercamiento más tradicional pero finalmente más concreto, sustancialmente dividiendo el curso original de Derecho Procesal Civil en dos cursos consecutivos. El primer nivel, *Diritto Processuale Civile I*, presenta los principios generales y las normas rectoras de los procedimientos ordinarios cognoscitivos (incluidas las apelaciones). El segundo, *Diritto Processuale Civile II*, se encarga de los procedimientos especiales y ejecutivos. Esta división se ha probado en coherencia con el hecho de que la vasta mayoría de los graduados del primer nivel continúa con el segundo.

La experiencia 3+2, sin embargo, fue interrumpida antes de poder concluir su período. Como fue indicado antes, es imposible decir ahora si en el término medio hubiera producido buenos resultados. A esta distancia, la experiencia del curso de dos años fue alentadora, pero de nuevo sólo fue parte una élite de estudiantes que completó en tiempo su curso de primer nivel.

Desde el comienzo del próximo año lectivo, tendremos el nuevo curso magistral de cinco años.

Muchas facultades (como Bolonia) han tomado la oportunidad para volver a unir los dos cursos básicos de Derecho Procesal Civil, estableciendo un curso unitario que cubre dos semestres, en el tercer año del plan de estudios. Los estudiantes deben descubrir una ventaja tanto por la postergación del curso en el programa como por su continuidad.

Sin embargo, se propone resistir la tentación de repetir simplemente las experiencias pasadas concernientes al “antiguo” curso de cuatro años (como si no se hubiera arriesgado nada en los últimos diez años dentro y fuera de la universidad).

Por una parte, los estudiantes demandan fuertemente un acercamiento a la materia menos dogmático y más práctico. Adherir a esta sugerencia, como yo creo necesario ahora, no significa vaciar la materia y reducirla a una masa de normas procesales importantes sino, más bien, dejar la

<sup>182</sup> Cfr. CHIARLONI, S., en *L'insegnamento delle materie processualistiche* cit., p. 125.



abstracción y los excesos de conceptualismo, acentuando la función y la relación intrínseca del sistema y sus instituciones.

El estudio universitario de Derecho Procesal Civil, por otra parte, no puede y no debe aspirar a introducir al estudiante a los lados más prácticos de las actividades procesales, especialmente en tanto los estudiantes están demasiado mezclados como para seguir un modelo profesional unitario; esto no significa que parte de las clases (o seminarios sobre temas específicos de fondo) no puedan ser dedicadas a una introducción a las técnicas de redacción de escritos judiciales, retórica forense, técnicas de argumentación, juicios teatralizados, posiblemente con la colaboración de abogados y jueces. Estas actividades son muy populares entre los estudiantes y pueden ayudar mucho a su comprensión e interés en el asunto.

Por otra parte, debe considerarse una realidad normativa siempre más compleja y a veces caótica, que resiste cualquier intento de reconstrucción sistemática. Aun en relación con el procedimiento civil, el Código ha perdido algo de su importancia tradicional y se han instituido varias normas "especiales" (v. gr., Decreto legislativo 5 de 2003 en los procedimientos de compañía). Y también se han multiplicado dentro del Código Procesal remedios e instituciones, introduciendo varios nuevos procedimientos y subprocedimientos. Debe optarse, entonces, entre una enseñanza completa, si no enciclopédica, apuntada a examinar analíticamente todos los procedimientos que se encuentran en el Código y en los estatutos principales, y un acercamiento más metodológico que sacrificaría el conocimiento extendido para favorecer un punto de vista problemático y sistemático.

La elección es menos obvia de lo que puede parecer. De un lado, existe el riesgo de que a un estudiante a quien no se le presentaran ciertos tópicos procesales en el transcurso de sus estudios universitarios no tuviera oportunidad futura real de acercárseles por una vía científica. Del otro, en la fase histórica actual, podría no tener sentido seguir los pasos de un legislador que aparentemente se ha vuelto loco. Y debe tenerse en cuenta que, después de la universidad, podrán investigarse completamente los tópicos procesales específicos, tanto desde puntos de vista teóricos como prácticos, en las escuelas de especialización.

En otros términos, en el nuevo curso unitario, después de un período introductorio, deberá sacrificarse la “completitud” por el estudio de ciertas instituciones y procedimientos característicos (también desde un punto de vista práctico). Por ejemplo, durante el primer semestre, podrán estudiarse los principios fundamentales, una clasificación de remedios disponibles y las normas de los procedimientos de conocimiento ordinario, mientras que, durante el segundo semestre, se prestará especial atención a un tipo de procedimientos de conocimiento (v. gr., trabajo, empresa o procedimientos matrimoniales), uno o más procedimientos sumarios, provisionales y ejecutivos. Además, los estudiantes deben involucrarse con el análisis y discusión de casos y con la solución de problemas procesales.

El acercamiento al conocimiento dogmático y meramente fáctico debe evitarse tanto en las conferencias como en los exámenes. Por una parte, un acercamiento demasiado abstracto al procedimiento civil no resulta acorde con las exigencias formativas de los estudiantes de hoy, cualesquiera sean sus futuras opciones laborales.<sup>183</sup> Por otra, el problema no es saber los detalles de institutos raramente (o del todo) aplicados o de los que puedan interesar solamente a un abogado o a un juez,<sup>184</sup> sino más bien comprender las funciones y los modos operativos de las instituciones o remedios, en el contexto procesal pertinente, demostrando a los estudiantes las estrategias procesales que ellos pueden tener que manejar activamente en un futuro próximo.<sup>185</sup>

Siempre debe señalarse a los estudiantes el hecho de que la importancia de las normas procesales está dada por ser instrumentales para la protección de derechos y la resolución de disputas.<sup>186</sup>

Puede adoptarse subsidiariamente un acercamiento más detallado en los cursos dedicados a las temáticas procesales específicas, como arbitraje, Derecho Internacional Procesal, ejecutividad de las decisiones.<sup>187</sup>

En este punto, el enlace entre la universidad y la enseñanza de posgrado de Derecho Procesal Civil será crucial. Se propone que las escuelas

<sup>183</sup> Cfr. asimismo CHIARLONI, “Riflessioni minime...” cit., p. 298 ff.

<sup>184</sup> CAPOROSI BOLOGNESI, “Contenuti ‘culturali’...” cit., p. 82.

<sup>185</sup> También ver TARUFFO, “L’insegnamento accademico...” cit., p. 286.

<sup>186</sup> Cfr. TARUFFO, “L’insegnamento accademico...” cit., p. 284 ff.

<sup>187</sup> Cfr. COSTANTINO, “L’insegnamento dell’esecuzione forzata” cit., p. 51 ff.

de especialización continúen desde donde terminan los cursos universitarios y proporcionen a los estudiantes un análisis en profundidad de tópicos procesales más específicos y prácticos. Ello será necesario, por lo tanto, para revalorizar el papel y la función de estas escuelas.

Los métodos de enseñanza que deben practicar esas escuelas de especialización parecen ser particularmente apropiados para el estudio del Derecho Procesal Civil, en el cual las conferencias teóricas naturalmente fluyen hacia el análisis de las normas “en acción” y de casos (reales o teatralizados).<sup>188</sup>

En las escuelas de especialización, además, la naturaleza transversal intrínseca del Derecho Procesal Civil puede apreciarse mejor en seminarios o conferencias que traten tanto la realidad como el aspecto procesal de cierto tema (por ej. separación o divorcio).<sup>189</sup>

En ese contexto, se podrá experimentar un entrenamiento específico en conflictos de mediación y negociación, encontrando positiva la falta de una cultura real de (pos)grado A. D. R. en Italia.<sup>190</sup>

Con todas las fallas y límites advertidos, las escuelas de especialización ofrecen la oportunidad para descubrir nuevos campos de enseñanza. Está, entonces, en nosotros encontrar la posibilidad y fortaleza para explotarlas.

## E) CONCLUSIONES

Una vez más, el sistema italiano de formación de juristas está en una fase de transición.

Como cualquier período de cambio, el actual está lleno de posibilidades y potencialidades. Aun con los limitados recursos y energías disponibles es posible experimentar al menos algunas de las propuestas formuladas en este documento y aquellas muchas más que puedan concebirse.

Por otra parte, en Italia decimos que todo debe cambiar para que todo quede igual. Y, paradójicamente, esto nos tranquiliza, porque al menos no existirá un cambio para peor, que parece ser la única opción posible.

<sup>188</sup> CAPONI, “Scuole di specializzazione...” cit., p. 139.

<sup>189</sup> COSTANTINO, “L’insegnamento dell’esecuzione forzata” cit., p. 55.

<sup>190</sup> LOMBARDI VALLARI, L., “Riforma: per quale giurista”, en *La riforma degli studi giuridici* cit., p. 354.

ENTRE TRADICIÓN E INNOVACIÓN: LA FORMACIÓN DE UN JURISTA EN ITALIA  
MICHELE ANGELO LUPOI

Sin embargo, me considero un cínico optimista, y quiero pensar que un cambio para mejor, en una situación que no podría tolerar otra falla, está dentro de nuestro alcance.

Creo, también, que hoy en día, las revoluciones reales vienen de esfuerzos y sacrificios individuales. Y que, cuando nos quejamos de las fallas del sistema, debemos recordar que nosotros somos una parte integrante de ese sistema.

## **Modelo de calidad para la planificación de la formación en una escuela judicial**

MARTHA ELIZABETH RODRÍGUEZ WAGNER\*

### **1. ¿UN MODELO DE CALIDAD PARA LA PLANIFICACIÓN DE LA FORMACIÓN EN LA ESCUELA JUDICIAL?**

Los modelos de calidad, cuando éstos están referidos a la formación, deben considerar el proceso en el cual la misma se planifica dentro de la organización en la cual se desarrolla y el perfil de la persona que es destinataria de la formación que en ella se ofrece. Por ello, estos modelos deberían presumir de rasgos como la flexibilidad y tener un carácter orientador, sirviendo de punto de referencia para establecer el modo de gestionar la calidad y la mejora continua. Un modelo teórico debe responder a la filosofía de la organización y a las aspiraciones de la comunidad a la cual la organización sirve.

La comunidad a la que sirve una institución de formación judicial es, esencialmente, la de los jueces, si sólo dedican sus esfuerzos a ello y son organizaciones especializadas. Pero ello no ocurre así en esta realidad. Ya sea por la naturaleza de la formación, por cuestiones de recursos materiales y financieros, y hasta, a veces, por no tener claramente definidos los objetivos de una organización de este tipo y responder a normativas impuestas desde otros escenarios, esta clase de “centro educativo”, en su mayoría, dedica esfuerzos a otros destinatarios: formación de abogados defensores, inspectores judiciales, o miembros pertenecientes al Ministerio Público (o Ministerio Fiscal, como también suele denominárselo).

\* Egresada del Instituto Tecnológico de Santo Domingo, República Dominicana, con Licenciatura en Psicología y Máster en Administración de Recursos Humanos. Estudiante del programa de Doctorado en Calidad y Procesos de Innovación Educativa, Universidad Autónoma de Barcelona, España.

## 2. SUPUESTOS EN TORNO A LA INSTITUCIÓN EN CUESTIÓN

- Las escuelas judiciales son instituciones adscritas a entidades jerarquizadas y, en la mayoría de los casos, entidades que obedecen a un estilo de funcionamiento burocratizado.
- El proceso de planificación que se desarrolla en la institución y su cotidianidad es lo que enmarca el modelo de calidad para la gestión que vaya a ser aplicado.
- Una característica de interés es que la organización en la cual observaríamos la aplicación de este modelo es una organización tradicional, reactiva; ésta es su forma de actuar ante los cambios.
- Al mismo tiempo, se trata de promover el cambio permanente. Bajo este interés, se intenta un “comportarse” como una institución de tipo privado, siendo en la realidad una institución de carácter público. Esto quiere decir que se trata de dar respuestas eficientes y efectivas a las necesidades de quienes son los usuarios de la misma. Estas respuestas tratan de caracterizarse por ser rápidas y adecuadas a las necesidades, implicando a una buena parte, si no a toda la institución en ellas, procurando que todos estén informados de lo que ocurre, tanto interna como externamente. Este “comportamiento”, se podría decir que es fluctuante, no permanente y que se mantiene sólo en parte de los procesos en los que fluye la institución. Es como si se tratara de mantener el equilibrio entre momentos de cambio y movimiento constante respecto de otros momentos de tranquilidad y reflexión, siendo estos últimos los menos frecuentes. Siendo esto último también una característica importante de la cultura organizacional.
- La aprobación, validación de los planes y de las actividades formativas, de tipo formal o no-formal, desarrolladas en este entorno de “escuela judicial” o de “centro de formación judicial” regularmente (por no decir siempre) se efectúa por mecanismos de vinculación con el organismo al que se encuentran adscritas o del que dependen por cuestiones administrativas y presupuestarias. Estos organismos son las Supremas Cortes de Justicia (en América Latina), o el Consejo General de Justicia (como ocurre en España),

o del Ministerio de Justicia (como es el caso de la École Nationale de la Magistrature de Francia).

### 3. MODELO DE CALIDAD PARA LA GESTIÓN EN UNA ESCUELA JUDICIAL. ESPECIFICACIÓN DE CADA ELEMENTO

El modelo que se ha propuesto no es estrictamente respondiente al modelo ISD (*Instructional System Design*) o Sistema de Diseño Instruccional;<sup>1</sup> podría quizás considerarse una combinación o un desdoble del mismo que emerge de la puesta en práctica, pues también está conformado por otros aspectos que no pertenecen al modelo original y que han ido integrándose a medida que se ven como necesarios o complementarios a las prácticas precedentes. Y en efecto ocurre que el modelo va dando respuestas al proceso de gestión institucional (o se convierte en su referente principal), hasta donde la cotidianidad se lo permite.

Motivo por el cual el modelo meramente tradicional puede ir modificándose es que no responde del todo a la realidad institucional. La misma se torna cada vez más exigente en cuanto a dar respuestas más eficientes al entorno al que da servicio, y el modelo tradicional, si se utiliza como tal, es un marco muy rígido. También la organización pretende atender a los resultados de su labor principal que es el desarrollo de actividades para la formación, por lo cual el modelo también debe procurar dar espacios a estas cuestiones.

#### a) **ELEMENTOS QUE FORMAN EL MODELO PROPUESTO**

El modelo que se expone ya tiene elementos en funcionamiento y se han añadido otros pertenecientes a lo cultural, dado que se tiene claro que la cultura hace influencia directa en la forma de gestionar una organización y la hace diferente frente a otras instituciones similares.<sup>2</sup> Bá-

<sup>1</sup> El modelo ISD, denominado como tradicional, creado a partir de Dick y Carey, 1978, se fundamenta en cuatro etapas: identificación de necesidades de cualificación, diseño de contenidos formativos y programación de las actividades formativas, ejecución, control y evaluación de estas actividades, y análisis del impacto de las mismas en la mejora de la organización y desarrollo de los empleados. Este modelo ha ido sufriendo modificaciones con respecto al original, con una última edición referenciada en 2001 [López, 2005: 49].

<sup>2</sup> Hablar de cultura organizacional es reconocer que en el interior de cada centro existen una estructura organizacional, formas de interrelación, prácticas de actuación y sis-

## MODELO DE CALIDAD PARA LA PLANIFICACIÓN DE LA FORMACIÓN EN UNA ESCUELA JUDICIAL

MARTHA ELIZABETH RODRÍGUEZ WAGNER

sicamente, el modelo va en consonancia con un tipo de planificación reactiva y rígida, pero ¿se podría trabajar de otra forma, considerando las limitaciones presupuestarias de la administración pública?, o ¿las limitaciones presupuestarias podrían dar entrada a otro tipo de planificación?

- *Elaboración de perfil*: es una descripción de perfil del destinatario de la formación. Este elemento determina a quién se le está dirigiendo la formación. Se toma en cuenta la función a partir del puesto de trabajo que se ocupa. A partir de identificar la función (que puede ser tomada de un perfil de puesto o de una ley o proyecto de ley), se inicia un proceso de revisión, con un conjunto de expertos previamente seleccionados, en el cual se determina:

- Qué conocimientos debe tener.
- Qué habilidades debe desarrollar.
- Qué actitudes debe mantener y animar.

Este perfil es situado en el “debe ser” intentando mantener la visión futura de la formación, es decir, el perfil es visto como un referente de necesidades a corto, mediano y largo plazo.

- *Detección de necesidades formativas*: sirve de complemento al anterior. Se sirve de una recogida de datos por parte de los destinatarios de la formación, el público objetivo de la institución. Esta recogida de datos se hace periódicamente obteniendo referencias directas de hacia qué necesidades debe dirigirse la formación, qué contenidos priorizar y a qué prácticas asociadas a la función a desempeñar en el momento que se realiza el estudio se les está dando importancia por parte de los destinatarios.
- *Plan de formación*: se trabaja la planificación curricular de un año de la institución. Qué áreas de la institución estarán relacionadas y en qué medida. Se determina cuáles son proyectos a desarrollar y cuáles son actividades a retomar, posibles cambios en las mismas. Modalidades formativas a ser utilizadas. Plan de presupuesto a ser ejecutado.

temas de creencias, tradiciones, valores y símbolos que conforman una manera de hacer, una realidad de significados peculiares e idiosincrásicos [Gairín, J. (coord.), 2003: 230].



- *Selección de expertos*: se les llama expertos tanto a los autores como a los docentes que serán quienes lleven a su cargo, por una parte, el encargo de elaborar contenidos y, por la otra, de impartirlos. En el proceso de *elaboración de materiales educativos*, éstos serían revisados en cuanto a su adecuación a las necesidades detectadas. Los docentes seleccionados pasan a cursos de formación, en los que se elaboran tanto contenidos a ser tratados como estrategias metodológicas.
- *Diseño y desarrollo de la formación*: se ejecuta la actividad por los docentes seleccionados. Cada actividad es evaluada desde: el participante, éste evalúa la actividad y al docente; el docente, hace autoevaluación. Se lleva a cabo reunión de evaluación con personal de gestión, entre docentes y personal de gestión, entre la dirección y el personal de gestión.

#### **b) OTROS ELEMENTOS A CONSIDERAR**

Los mismos tienen que ver con la cultura de la organización y en ellos hacen influencia factores externos relacionados con los valores del sistema judicial, a los que la institución debe atender. Valores que pueden verse como necesidades formativas del sistema (proyectos de leyes o leyes aplicadas por el Poder Judicial, convirtiéndose en un contenido prioritario a ser desarrollado; marco jurídico que da personalidad a la institución, se convierte en un marco de referencia constante y abierto a los cambios que internamente lo afecten; por ejemplo, cambios en los imperativos estratégicos).

Elementos agregados a la cultura de la institución:

*Autonomía curricular*: autonomía académica<sup>3</sup> hace referencia a que la creación de programa sea resultado de la institución; aunque ello pueda implicar colaboración externa, la misma es dueña del trabajo y del resultado. El *copyright* tiene que ser de la institución. Esta descentralización

<sup>3</sup> Denominada como autonomía académica por Andrés Salcedo Velasco, magistrado del Poder Judicial español. Escuela Judicial de Barcelona, durante la celebración de una nueva edición del Aula Iberoamericana, en noviembre de 2006. La definición que se muestra a continuación también es suya.

## MODELO DE CALIDAD PARA LA PLANIFICACIÓN DE LA FORMACIÓN EN UNA ESCUELA JUDICIAL

MARTHA ELIZABETH RODRÍGUEZ WAGNER

otorga responsabilidades que deben ser asumidas con compromiso por parte de la institución y de todos aquellos que la conforman.

Vista por Gairín [1999:321] como contexto externo, éste puede ser categorizado por múltiples variables sociales, culturales, económicas y políticas que se interrelacionan activamente y evolucionan en el tiempo; lo cierto es que su acción sobre la institución<sup>4</sup> se define en políticas y prácticas concretas.

- *Profesionalización*: tanto empleados vinculados directamente a las labores que giran entorno a la formación, desde el punto de vista de la gestión educativa, así como los docentes, deben estar formados en gestión de la formación judicial. Esta profesionalización influye en la autonomía académica.
- *Especialización*. “*Institución especializada*”: concentración de los esfuerzos de los conocimientos (del *know-how*) de la institución en un público homogéneo. Este público homogéneo sería perteneciente al sistema judicial, grupo conformado por: jueces y todas aquellas personas que conforman su equipo de trabajo, junto a sus correspondientes instituciones.

### c) *ROL DE LA CULTURA*

En este modelo, la cultura fundamenta el modelo para la planificación y las acciones que la misma genera en el proceso que se desarrolla en cada una de las fases ya definidas.

La cultura organizacional es vista como:

- La cultura de las organizaciones es definida como “componente psicosocial, cohesionador, identificativo y diferenciador de las mismas, las cuales están sujetas a cambios permanentes en los demás parámetros que las definen y constituyen”. La cultura, como elemento conformador de la organización, la identifica y la distingue tanto a nivel externo como interno; es también un elemento dinámico, que cambia y se adapta en cada ciclo de la vida organizativa, aunque su cambio no se pueda producir instantáneamente.

<sup>4</sup> N. del T.: En el texto original, el autor dice “escuela”; el cambio por la palabra institución lo hice yo.

te. Su rol es vital para entender los procesos de adaptación, de crisis y de cambio [ANECA, 1997:57].

- "...la cultura como una característica indefinida e inmanente de todo sistema social, que influye en el comportamiento organizacional como un poderoso factor de contingencia, que influye tanto en la estructura como en el funcionamiento de la organización, o determinante y condicionante en su funcionamiento".
- "La cultura, bajo una perspectiva de antropología cultural, es vista como un sistema de esquemas de comportamiento social que son transmitidos a lo largo del tiempo y que sirven para integrar las organizaciones en su entorno. *La armonía con el entorno en el que está inmersa la institución tiene lugar a través de una relación interactiva y dialéctica, es decir, el medio delimita y condiciona la configuración cultural de la institución, pero ésta, a su vez, influye en aquél*".
- A partir de Schein, es vista como: "un modelo de presunciones básicas -descubiertas, creadas o desarrolladas por un grupo dado, al ir aprendiendo a resolver sus problemas de adaptación externa e integración interna- que hayan ejercido la suficiente influencia como para ser consideradas válidas y, en consecuencia, ser enseñadas a los nuevos miembros, como el modo correcto de percibir, pensar y sentir para enfrentarse a dichos problemas".
- "...es el conjunto de creencias que se traducen en valores, símbolos, rituales y hábitos compartidos por los integrantes de la organización, los cuales determinan una identidad específica y diferencial tanto de cara a los propios miembros como respecto del entorno, en el cual la organización está inmersa".
- *La cultura, vista como una construcción entre elementos internos a la organización, como también elementos del entorno, o de la cultura en la cual la organización también puede estar incluida, como es el caso que se trata de construir aquí. El entorno o cultura a la cual pertenece una escuela judicial debe y puede considerarse como un entorno cada vez más inmerso en la organización. Esta cultura "exógena" no puede considerarse como tal, sino como parte intrínseca que cada vez más se difumina dentro de la misma, con la colaboración de quienes forman parte de la misma que, a la vez, entran y salen de la organización, de manera constante,*

## MODELO DE CALIDAD PARA LA PLANIFICACIÓN DE LA FORMACIÓN EN UNA ESCUELA JUDICIAL

MARTHA ELIZABETH RODRÍGUEZ WAGNER

*que son los jueces, como personajes principales de esta construcción constante. Se convierten en clientes o destinatarios, luego pueden ser colaboradores o informadores... pueden jugar y tienen diferentes roles alrededor y dentro de la escuela judicial.*

Se podría decir que la cultura judicial, en la que está inmersa una escuela judicial, es un *microcosmos*; tanto sus elementos inciden en ella, como viceversa. Esto es, si se habla del entorno y su incidencia en la cultura de una institución, y en el caso particular de una escuela judicial, se podría considerar la definición que se da de microcosmos, visto como un segundo nivel, que *"involucra a clientes, proveedores, competidores, y otros agentes; todas aquellas variables que inciden directamente en cambios inmediatos en el sistema de la institución y que, a su vez, la organización puede influir en ellos"*.

La cultura organizacional en una escuela judicial juega un rol político, pues a partir de ella se determinan las formas de participación de cada involucrado; es una jerarquía de comunicación y de relación entre los diferentes grupos de individuos que conviven en ella, que allí efectúan su labor. La cultura es un elemento para la negociación, pues establece las maneras de aceptación de intercambios desde el interior de la institución con sus colaboradores, siendo este círculo de colaboradores previamente establecido y muy cerrado.

Esto supone el saber que la cultura de una escuela judicial no sólo se reconoce en su interior, sino también desde la interrelación que extiende hacia otras entidades, y, así mismo, poder efectuar una caracterización de ella y, si se quiere, poder analizarla. Ello sin olvidar que la cultura de una escuela judicial podría ser el marco referencial para poder identificar elementos comunes entre las instituciones de este tipo y, a la vez, cada escuela judicial desenvuelve su propia cultura.

La cultura que se establezca internamente determinará el *cómo* y el *porqué* de las relaciones con el exterior de la institución; decidirá cuál es el discurso político al cual se adhiere la escuela y cuáles son sus compromisos con quienes establece vínculos, acuerdos, convenios y relaciones.

Como toda institución, también establece sus valores, y los mismos sirven de fundamento para el comportamiento organizacional y la puesta en marcha, en términos de estrategias permitidas, de los imperativos estratégicos y hasta la vigencia y validez de los mismos.

#### 4. ESTRATEGIAS A SEGUIR PARA SU PUESTA EN PRÁCTICA

Por un lado, se hace necesario considerar que para la aplicación de estrategias de acción adecuadas hay que conocer la naturaleza de la institución [Gairín, 2003:31]; sin este conocimiento previo, las estrategias y acciones que en torno a ellas se emprenden carecen de total fundamentación para la institución en la cual se desarrollarían, vistas como “situaciones extrañas”, no validadas en y por la cultura de la misma. La estrategia de una organización viene definida por la conjunción de una situación “interna”, es decir, puntos fuertes y débiles de la cultura organizacional y de sus competencias, y de otra “externa”, o conjunto de oportunidades y amenazas que provienen del entorno. El éxito de una estrategia está condicionado por el grado de congruencia con la cultura organizacional, aunque muchas veces, al formular una estrategia, se presenta la disyuntiva de realizar o no un cambio cultural [AECA, 1997:23]. Cuando una organización modifica su formulación estratégica, de una forma importante, generalmente suele implicar un cambio cultural [AECA, 1997:24]. Además, una estrategia que tenga objetivos a largo plazo entra dentro de la serie de factores que determinan la predisposición al cambio de una organización; estarían dirigidos a potenciar el crecimiento, la mejora de la calidad, la innovación y el liderazgo. Por tanto, lo primero a tener en cuenta para la puesta en práctica del modelo propuesto (como estrategia de cambio organizacional) es considerar la cultura organizacional de la escuela judicial y el rol de la misma en el desenvolvimiento cotidiano y a largo plazo de la misma.

Por otra parte, la formación continua de quienes conforman la escuela judicial puede ser propuesta para la concreción del modelo de calidad. Es importante ya que se hace necesario, viendo la formación como un elemento que colabora con que “las personas compartan una visión y generen actitudes positivas y de compromiso hacia sus tareas” [Tomás, p. 256, en Gairín y Armengol, 2003].

Las estrategias que se proponen actúan como acciones que colaboran con la vinculación de una fase a otra y ayudan a mantener cierto orden en las mismas. Veamos:

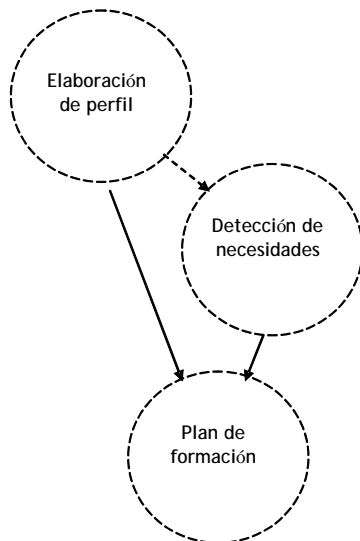
- Elaboración de perfil. Detección de necesidades. Plan de formación:
  - Para iniciar, el modelo propone efectuar la elaboración de un perfil. Dicho perfil se construye gracias a la colaboración de un

## MODELO DE CALIDAD PARA LA PLANIFICACIÓN DE LA FORMACIÓN EN UNA ESCUELA JUDICIAL

MARTHA ELIZABETH RODRÍGUEZ WAGNER

grupo de expertos invitados por la institución a participar de este ejercicio. Estos expertos, previamente escogidos por la institución, son considerados con la experticia suficiente y adecuada para llevar a cabo este tipo de ejercicio y obtener como resultado el perfil deseado.

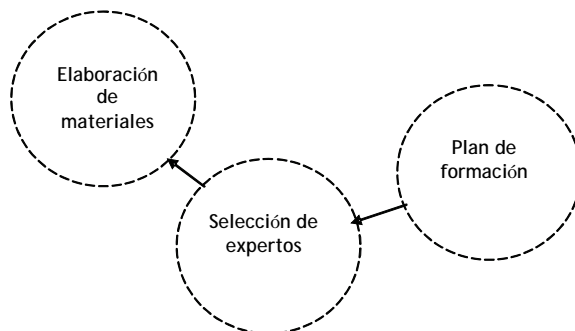
- En base a este perfil, la institución puede generar una priorización de objetivos y de contenidos a proponer para la preparación del plan formativo. A este perfil, producto de esta reunión de expertos, se une un ejercicio de detección de necesidades, llevado a cabo con todos los destinatarios de la formación. Este ejercicio permite a la institución recoger de parte de sus “clientes” qué observan ellos que necesitan para su formación, qué perciben que les hace falta para su desempeño y qué consideran que la institución puede preparar para ellos como actividades formativas.



- Elaboración de perfil. Detección de necesidades. Plan de formación. Selección de expertos. Elaboración de materiales:
  - Al momento de iniciar la elaboración del plan de formación, la institución inicia un proceso “interno”, pues tanto el perfil resultante y la detección de necesidades realizada podrán y deberán

ser revisados por la institución y determinar qué necesidades van a satisfacer. Qué objetivos y contenidos podrán ser trabajados con los recursos con los que cuenta. Y cómo dará respuesta a los que en ese momento no está preparada para ejecutar. Estas limitaciones podrían venir relacionadas con recursos materiales y/o académicos. La selección de expertos es también un ejercicio que se lleva a cabo, inicialmente, a lo interno de la institución, pues se tendría que especificar qué condiciones cubrirían esos expertos. Condiciones en cuanto a: preparación académica, experiencia docente, puesto de trabajo que ocupa en el sistema judicial, experticia en el área en la que funcionaría como docente. En ello se propone trabajar un proceso de empleo, a fin de identificar y seleccionar a los candidatos idóneos para cumplir con las especificaciones que previamente la institución habría establecido.

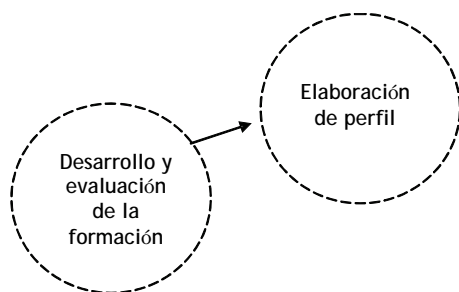
- Se les denomina expertos, en esta fase, a quienes participarían dentro de las actividades formativas como: coordinadores por área judicial (esto es, según las jurisdicciones por las que se planificarían actividades formativas, habría un coordinador para actividades formativas dirigidas a destinatarios pertenecientes a la jurisdicción penal, otro a la civil, y así por cada jurisdicción y actividades formativas específicamente dirigidas a la misma) y docentes. Estos docentes también serían escogidos, en su mayoría, considerando la jurisdicción o área de experiencia judicial. En algunos casos, y esto por los objetivos y contenidos a ser trabajados, otra condición sería sus conocimientos con respecto a los mismos. Bajo esta denominación también se tiene a los autores de materiales didácticos.



## MODELO DE CALIDAD PARA LA PLANIFICACIÓN DE LA FORMACIÓN EN UNA ESCUELA JUDICIAL

MARTHA ELIZABETH RODRÍGUEZ WAGNER

- Los autores trabajarían en equipo con los coordinadores y docentes en la elaboración de los materiales educativos. Se ha vuelto habitual, en la práctica, el que estos autores no sólo sean locales o nacionales, sino que se comparta el trabajo con expertos internacionales, lógicamente pertenecientes al sistema judicial, los cuales aportan sus conocimientos y experiencias desde otras latitudes, pudiéndose trabajar, bajo la figura del “Derecho Comparado”, objetivos y contenidos de interés para los destinatarios de la formación.
  - Al obtener quiénes serán esos expertos que acompañarían y compondrían la acción formativa, con ellos, en conjunción con personal técnico de la institución, se elaborarían los programas por cada actividad que la Escuela ha propuesto en su “Plan de Formación”. Este equipo de personas tendrían a su cargo este resultado, el cual luego sería también validado y aprobado por los mecanismos ya previamente citados.
- Elaboración de perfil. Detección de necesidades. Plan de formación. Selección de expertos. Elaboración de materiales. Desarrollo y evaluación de la formación:



- El desarrollo de la formación arrastra consigo procesos de solicitudes de inscripción en las actividades programadas, de registro de asistencia, elaboración de certificados, preparación de espacios (aulas) y de medios y recursos tecnológicos; así también de preparación de los docentes para su adecuado desenvolvimiento en el aula. Por mediación del organismo al que está adscrita la institución, puede solicitar la movilización desde sus



lugares de trabajo de cierta cantidad de jueces periódicamente para su formación continua, tratando que ello a la vez no conduzca a que se interrumpan sus labores.

- El proceso de evaluación de las actividades formativas que debería seguirse podría incluir la valoración del desenvolvimiento del docente, de la actividad en sí misma, de la coordinación efectuada por la institución para su consecución y una valoración de los procesos (de las fases del modelo como punto de moderación y guía) desarrollados para la gestión de la formación.

## 5. APORTACIONES EN TÉRMINO DE CALIDAD

Con el modelo de gestión se hace el ejercicio de desarrollar un plan de formación en el cual se integren las necesidades presentes de los destinatarios y el “deber ser”. Este plan de formación trata de ser coherente con estas necesidades y trata de mostrar unos objetivos de trabajo para la institución que sean claros, que consideren la labor a desarrollar por cada área institucional, es decir, en su construcción se implica a todo el colectivo que esté involucrado.

En el trabajo interno, se implanta el trabajo en equipo; con ello se colabora con el desarrollo de la calidad en las acciones formativas planeadas y a punto de ser gestionadas. Se da importancia al resultado, al momento de llevar a cabo la evaluación de cada actividad formativa desarrollada al recoger no sólo la percepción de cómo ésta se gestionó, sino también el desenvolvimiento del docente, de los contenidos trabajados, y en ello se obtendrían nuevas necesidades a ser consideradas para planes inmediatos o futuros.

## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ PÉREZ, Terenciano, “La escuela judicial”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, nro. 2, 2002, pp. 293-298.

Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas, *Cultura y cambio organizacional*, Madrid, Ortega Ediciones Gráficas, 1997.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María, “El sistema francés de acceso a la judicatura. Selección y formación judicial”, en *Manuales de Formación Continuada*, nro. 13, 2001, p. 3.

MODELO DE CALIDAD PARA LA PLANIFICACIÓN DE LA FORMACIÓN EN UNA ESCUELA JUDICIAL

MARTHA ELIZABETH RODRÍGUEZ WAGNER

Fundación para la Formación Continua, *Calidad e innovación en la formación continua*, Madrid, 2000.

GAIRÍN, Joaquín y Carme ARMENGOL (coords.), *Estrategias de formación para el cambio organizacional*, # de edición, Barcelona, Cisspraxis, 2003.

LÓPEZ CAMPS, Jordi, *Planificar la formación con calidad*, Madrid, Cisspraxis, 2005, 495 p., ISBN: 84-7197-843-1.

RODRÍGUEZ, Graciela, *Cultura, organización y derecho: la formación de los jueces en España* (trabajo de investigación), Universidad Autónoma de Barcelona, Departamento de Ciencia Política y Derecho Público, 2001.

## Entrenamiento de habilidades judiciales\*

STEPHEN M. SIMON y BERTRAND PORITSKY\*\*

La Facultad de Derecho de la Universidad de Minnesota y la Oficina de Educación Continua para el Personal del Tribunal Estatal de la Corte Suprema de Minnesota iniciaron un programa único y dinámico de entrenamiento de habilidades judiciales. Jueces designados recientemente participan de simulacros de juicios que son grabados y que fueron diseñados con el fin de poner a los jueces participantes ante numerosas pruebas y situaciones referentes a las relaciones propias de los juicios. Para hacer las devoluciones correspondientes a sus actuaciones de forma inmediata, el juez participante y un juez experimentado revisan y critican los videos de estos juicios. La sesión de revisión es utilizada para discutir las diferentes habilidades que deben desarrollar para poder llevar a cabo juicios justos y eficaces.

Se elaboró este programa debido a que los jueces utilizan técnicas especiales y complejas que no necesitaban siendo abogados. Dentro de ellas, se hallan las complejas habilidades para supervisar el desarrollo de los juicios. Dichas habilidades incluyen el control de la conducta de las partes en un proceso contradictorio dinámico en forma justa y eficaz. Esto también involucra la capacidad del juez para aplicar su conocimiento del Derecho al procedimiento y a otros temas.

Debido a la intensidad de la puesta del juicio y a su naturaleza contradictoria, los abogados y testigos, con frecuencia, se involucran emocional-

\* Publicado originalmente como "Judicial Trial Skills Training", *Journal of Legal Education*, vol. 37, nro. 3, septiembre de 1987. Los editores agradecen a los autores y a la revista *Journal of Legal Education* por la autorización para traducir y publicar el artículo. Traducción al español realizada por Aldana Dall'Ongaro, estudiante de la carrera de traductorado de la Facultad de Derecho, UBA.

\*\* Stephen M. Simon es director del Programa de Entrenamiento de Habilidades Judiciales, Universidad de Minnesota. Bertrand Poritsky es juez de un tribunal de distrito, segundo distrito judicial, Minnesota.

mente en los casos. A menudo, los abogados se involucran en los casos de sus clientes porque son sus defensores. Muchas veces, los testigos son parte de un litigio que incluye lesiones importantes o un presunto acto delictivo. En este intenso marco, creado por emociones fuertes y cuestiones de Derecho complejas, es responsabilidad del juez llevar a cabo un juicio no sólo justo, ordenado y eficaz sino también un juicio en el que se les otorgue a todas las partes la oportunidad de manifestar completamente, durante el proceso, su posición sobre lo que perciben que es justo.

Los jueces, además de poseer la capacidad para llevar adelante juicios, deben tener un profundo conocimiento de derecho probatorio. Usualmente, deciden en función a las pruebas sin el privilegio de tener ante ellos los escritos presentados por las partes o el tiempo para investigar y reflexionar. Deben fallar rápidamente sobre la base de lo que ellos –equivocados o no– entienden que es la ley. En general, el derecho probatorio es el área del Derecho de la que se puede decir, con certeza, que si un juez no sabe de la existencia de una ley, esa ley en realidad no existe.

¿De qué forma los nuevos jueces adquieren y desarrollan las habilidades que necesitan? Por tradición, los jueces no observan a sus colegas presidir los juicios. Si bien muchos de ellos, antes de su incorporación al tribunal, tenían vasta experiencia en juicios contradictorios, los jueces no son adversarios, de hecho, son quienes conducen, moderan y toman las decisiones. La habilidad para litigar les sirve muy poco. La naturaleza de las habilidades judiciales es tal que no puede ser desarrollada correctamente sobre la base de la mera observación. Hasta hace poco tiempo, dichas habilidades debían ser aprendidas y elaboradas de forma individual y sin seguir una estructura. No existían los programas de entrenamiento formales. Los jueces desarrollaban habilidades para supervisar juicios sin recibir observaciones o perspectivas acerca de la eficacia de su desempeño.

En los últimos años, esta situación se ha modificado. Los tribunales estatales han desarrollado programas de orientación para nuevos jueces. Comúnmente, estos programas consisten en la observación de jueces experimentados en tribunales reales.<sup>1</sup> Los programas de observación

<sup>1</sup> CANDY, Francis C. & Glenn T. COE, "Educación del Personal Judicial: ¿Por leña al monte?", 7 Conn L. Rev. 423, 431-33 (1975).

son beneficiosos para los nuevos jueces porque les presentan habilidades judiciales con la oportunidad de implementarlas en situaciones en las cuales puedan recibir observaciones sobre su desempeño. La mayoría de los jueces van de los programas de orientación/observación directamente a sus propios tribunales. Comienzan actuando como jueces y adquieren y desarrollan las habilidades en función a lo que ocurre u ocurrió en sus propios tribunales. Al momento de ingresar al tribunal, deben lidiar con todo caso complejo o partes difíciles que les sean asignados. No pueden darse el lujo de estar en segundo lugar de otro juez y manejar al comienzo los aspectos más fáciles de un juicio. Dentro de este contexto, les resulta difícil desarrollar con rapidez habilidades eficaces y sofisticadas para supervisar los juicios que les permitan mantener el proceso en movimiento, limitar los excesos de los abogados defensores y evitar los enfrentamientos entre los abogados de la defensa o entre ellos y el juez.

Al hacer una revisión de la evolución de los métodos que se utilizan para enseñar las habilidades judiciales a los abogados, se puede ver cómo mejorar la adquisición de éstas. Hasta fines de la década de 1960, no se preparaba a los abogados en las facultades de derecho en lo que respecta a habilidades judiciales.<sup>2</sup> Hasta ese momento, los abogados desarrollaban habilidades judiciales ya sea por su cuenta, si eran independientes, o trabajando con un abogado litigante con experiencia. En este último caso, eran introducidos paulatinamente en las habilidades judiciales dentro de un ámbito supervisado. Comenzaban con asuntos simples y de a poco se dirigían hacia otros más complejos y demandantes. En ambas situaciones, los abogados podían observar a sus colegas dentro del marco de un juicio. A fines de la década de 1960, la educación legal reconoció que este tipo de “aprendo mientras ejerzo” no era adecuado para formar abogados para litigar. Muchos de ellos egresaban de las facultades de Derecho e ingresaban a las salas de tribunales sin las suficientes habilidades judiciales. Repetidas veces, el tribunal hizo comentarios sobre la pobre calidad de las habilidades judiciales de los abogados.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> TAURO, G. Joseph, Entrenamiento de Defensa Judicial de la Facultad de Derecho para graduados: Una nueva solución para un viejo problema, 56 B.U.L. Rev. 635, 641 (1976).

<sup>3</sup> BAGG, Deborah A., Lo que recomienda en Comité *Devitt* para Mejorar la Defensa en los Tribunales Federales, 63 *Judicature* 309, 309 (1980).

En respuesta a las críticas, las facultades de Derecho iniciaron cursos de práctica judicial. Al reconocer la complejidad y la naturaleza integradora de las habilidades que involucraban, las facultades simulaban ejercicios judiciales para dictar estos cursos. Se les otorgaba a los estudiantes varias oportunidades para introducirse en la práctica de litigios y recibir en forma inmediata, por parte de abogados litigantes experimentados, las observaciones pertinentes a la calidad de su desempeño.<sup>4</sup> El progreso más reciente en materia de enseñanza de habilidades judiciales fue la creación de sofisticados e intensos programas de entrenamiento de práctica judicial para abogados en ejercicio.<sup>5</sup>

En la actualidad, la enseñanza de habilidades judiciales está evolucionando de la misma forma en que lo hizo la enseñanza de habilidades para la defensa judicial. La administración judicial y las organizaciones educativas que se han creado en los últimos veinte años ofrecen una amplia variedad de programas educativos introductorios y continuados para jueces. Generalmente, estos programas consisten en clases o discusiones grupales.<sup>6</sup> Sólo en los últimos años, se han ofrecido cursos educativos de simulacros judiciales. Los jueces que han completado los cursos con simulacros reconocieron cuan efectivos son en lo referente a la enseñanza de aptitudes complejas y sofisticadas para la supervisión de juicios. Un impedimento menor que debía ser superado al iniciar estos programas era el supuesto de que los jueces, debido a su rol de autoridad, no serían receptivos a programas educativos que consistieran en críticas directas a su desempeño. Se ha demostrado que esta presunción es falsa.

En este contexto, la Facultad de Derecho de la Universidad de Minnesota desarrolló el Programa de Entrenamiento de Habilidades Judiciales que comenzó en el año 1981 con la implementación del programa de entrenamiento de defensa judicial, no para jueces sino para abogados. El programa se llevó a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad

<sup>4</sup> GRAHAM, Michael H., "La experiencia en Illinois del Programa de Defensa Judicial: La excelencia de muchos al enseñar a un precio accesible", en 29 *J. Legal. Educ.* 584, 585-89, 1978.

<sup>5</sup> Entrenamiento de habilidades. El método NITA, ABA Consorcio para la Formación Profesional, Boletín 2, otoño de 1982.

<sup>6</sup> CANDY & COE, nota 1, 424-27.

de Minnesota donde algunos jueces presidían los simulacros de juicios en los que participaban abogados. La facultad tenía montados dos tribunales, cada uno equipado con múltiples cámaras de televisión a control remoto que se utilizaban para grabar videos de los simulacros de juicios. Gracias a las cámaras, se podían producir imágenes con la pantalla dividida en dos: en la parte superior se enfocaba al juez y al testigo y en la parte inferior a los dos abogados. La pantalla dividida permitía observar el desempeño del juez y de los abogados. Los jueces que participaban en el programa tenían la oportunidad de revisar los videos del juicio simulado con un juez experimentado y discutir su desempeño. Los hechos y problemas que se incluían en estos simulacros de juicios habían sido diseñados para presentarles cuestiones a los abogados participantes y, como consecuencia, no estaban incluidos muchos de los problemas a los que frecuentemente se enfrentan los jueces en los tribunales. Aunque el programa y los hechos habían sido diseñados especialmente para abogados, los jueces participantes respondieron positivamente a la oportunidad de revisar los videos de su desempeño. Incentivada por esta reacción, la facultad de Derecho diseñó un programa de entrenamiento judicial dirigido a las habilidades judiciales de los jueces.

La teoría elemental para los ejercicios en los simulacros de juicios consiste en que los jueces puedan desarrollar de la mejor forma la habilidad para supervisar juicios al llevarlos a cabo en una situación dirigida en la cual se les presentan situaciones como las reales. Debido a que se pueden recrear en simulacros de juicios situaciones de prueba y supervisión, una amplia variedad de circunstancias, que requiere cada una un método diferente de resolución, pueden ser planteadas en poco tiempo. Al grabar los simulacros, inmediatamente los jueces pueden ver su desempeño y revisarlos. En este marco, la grabación es una poderosa herramienta educacional debido a que es un registro minucioso y certero del ejercicio. Casi todo lo que ocurre en las salas del tribunal es captado por las cámaras y micrófonos. Es crucial la cooperación de un juez experimentado en el proceso de crítica debido a que sabe qué debe buscar y puede ayudar al juez participante a que enfoque en los aspectos críticos del simulacro de juicio.

Los simulacros de juicios filmados son la esencia del método educativo utilizado en los Programas de Entrenamiento de Habilidades Judi-

ciales de la Facultad de Derecho. Se solicitan abogados litigantes con experiencia para actuar como abogados en los simulacros. Ellos prestan su tiempo aunque no reciben constantemente créditos por su participación. Los testigos son estudiantes de Derecho. Uno de los coordinadores del programa obra de secretario para que el ejercicio comience y termine a tiempo. Para estos simulacros se preparan situaciones reales y expedientes que hacen hincapié en los problemas y asuntos específicos del rol de los jueces en los litigios, los cuales versan sobre prueba y supervisión de la sala del tribunal. Dentro de ellos se incluyen:

1. La objeción de forma inapropiada de los abogados a las preguntas de sus colegas de la contraparte (fracaso en la argumentación, argumentaciones inapropiadas, exceso de argumentación luego de hecha la objeción aun cuando no ha sido pedida por el juez).
2. Abogados agresivos que constantemente se interrumpen mutuamente o interrumpen al juez.
3. Abogados que continúan haciendo preguntas sobre temas que previamente el juez dictaminó que no había que preguntar.
4. La regulación y control de la prueba material antes de que sea ingresada como evidencia en el tribunal.
5. La manipulación de pruebas peligrosas como las armas de fuego dentro de la sala del tribunal.<sup>7</sup>
6. La impugnación de testigos por tener previa condena sin haber cometido un delito.
7. La importancia de la elección de la declaración bibliográfica periférica del testigo.
8. La adecuación de las capacidades de un testigo experto.
9. La permisión de preguntas prejudiciales u objetables que no son objetadas.

<sup>7</sup> La mayoría de los jueces que asistieron al programa no habían pensado demasiado la idea de desarrollar normas en lo que concierne a la manipulación de armas de fuego dentro del tribunal. La mayoría dio por sentado que las armas a utilizar en los simulacros estaban descargadas. Ninguno pidió que el secretario o el alguacil las examinara, a pesar de que éstas estaban sobre el escritorio del abogado a fácil alcance del acusado. Nadie le solicitó al fiscal, quien ofrecía el arma como prueba, que asentara en el registro que el arma se encontraba descargada.



10. Arrebatos emocionales por parte de los abogados, los testigos o el acusado.
11. El intento de despedir al juez por prejuicio durante el juicio.

Los jueces que participan en el programa reciben una copia del expediente antes del día del simulacro de juicio. El expediente contiene el mismo tipo de información que estaría disponible en un juicio real, donde recibe generalmente la declaración de los testigos y la demanda. En el caso de los simulacros, los jueces reciben también instrucciones generales sobre cómo se va a llevar a cabo el juicio simulado. Antes del comienzo del simulacro, también se les otorga información acerca de diversos métodos que podrían llegar a utilizar para controlar la conducta de las partes. Estos métodos incluyen:

1. El establecimiento de las reglas de procedimiento antes del comienzo del juicio.
2. El hecho de referirse a los abogados por su nombre al momento de amonestarlos.
3. Conferencias en el tribunal.
4. La amonestación de los abogados frente al jurado luego de haberles advertido de dicha amonestación si continuaban comportándose de forma inapropiada.
5. Receso de las salas.
6. Excusación al jurado.
7. Imposición de costas.
8. Amenazas de aplicar desacato.
9. Mantener a los abogados en desacato.

Los simulacros de juicios duran aproximadamente una hora. Inmediatamente después del juicio, el juez participante se reúne con los abogados para recibir los comentarios y saber cómo percibieron el dinamismo del tribunal. Luego de que los abogados se retiran, el juez participante y el juez que critica miran el video del simulacro. Para este momento, el juez a cargo de las críticas que había estado presente durante el simulacro tiene concluida una evaluación escrita sobre el desempeño del juez participante. El participante y el crítico revisan el video y discuten sobre el desempeño del participante haciendo hincapié en el control de la sala, las decisiones en función de las pruebas y la “judicialidad” del comportamiento del juez.

Los jueces a cargo de hacer las críticas son elegidos por su experiencia, su capacidad para comunicarse y su reputación de jueces justos y eficaces.

El programa está desarrollando información y programas de entrenamiento para los jueces cuya función es criticar, lo que va a permitirles incrementar su efectividad en el proceso de crítica.

Los jueces participantes reciben copias de las evaluaciones escritas así luego pueden revisar los resultados de la crítica que se les hizo. El formulario de la evaluación escrita es muy importante ya que no es realista esperar que el juez participante recuerde todos los comentarios hechos durante el proceso de crítica. Además, algunos aspectos de la crítica al juez participante pueden ser severos y muchas personas no recuerdan con facilidad comentarios críticos sobre sí mismos. El formulario de la evaluación ayuda a retenerlas. Esto hasta puede llegar a incentivar a algunos jueces a llevar una libreta o archivo de autoenseñanza para guardar las evaluaciones de su desempeño en los juicios reales que presiden. El programa está diseñado para ayudar a los jueces a adquirir habilidades de autoevaluación, así pueden mejorar sus habilidades en forma autónoma.

La Facultad de Derecho ha hecho un acuerdo con la Oficina de Educación Continua para el Personal del Tribunal Estatal de la Corte Suprema de Minnesota para brindar el tipo de educación legal aquí descrito a todo nuevo juez designado en el Estado. Por el momento, la participación en el programa es voluntaria. Sin embargo, en el primer año que ofrecieron el programa, quince jueces se beneficiaron con él. Las respuestas de todos los que participaron fue muy favorable y muchos pidieron repetir el programa luego de estar en el tribunal por el plazo de un año.

Es un hecho importante que este programa esté disponible en la educación jurídica de Minnesota. Este cambio refleja la creciente toma de conciencia acerca de que los jueces pueden desarrollar habilidades para supervisar los juicios y sobre el hecho de que los programas de educación judicial tienen la responsabilidad de brindar entrenamiento de habilidades tanto a los nuevos jueces como a los que ya tienen experiencia. Esto es importante ya que marca el comienzo de un esfuerzo cooperativo entre la facultad de Derecho más importante del Estado y el sistema de tribunales estatales con el fin de utilizar los recursos educativos y la perspectiva de la facultad para mejorar la calidad del Poder Judicial de Minnesota.

## **La investigación jurídica aplicada enfocada a las realidades jurisdiccionales. Exigencia académica y social para los posgrados en Derecho\***

GABRIEL ZAPATA BELLO\*\*

### **PREFACIO**

El crecimiento desmedido de establecimientos de educación superior en nuestro país, en la mayoría de los casos de carácter privado, ha impactado sensiblemente en la calidad de la educación superior, así como en el incremento de una gran masa de profesionistas de diferentes disciplinas que egresan e intentan ejercer con niveles deficientes.

En el país, existen actualmente más de 400 escuelas de Derecho, es decir, una escuela por cada 250 mil habitantes y se estima que sólo una quinta parte de ellas tiene un nivel académico alto o al menos satisfactorio. En Argentina existe una escuela de Derecho por cada millón de habitantes, mientras que en Colombia, Chile, Venezuela y Perú, el promedio es de una facultad por cada 600 mil habitantes.<sup>1</sup>

Las consecuencias de esta saturación, que más bien obedece a intereses mercantiles, que a vocaciones educativas, ha demeritado tanto a la enseñanza del Derecho como a la intención de conformar una corriente cultural jurídica y de la legalidad en la sociedad, así como también afecta los niveles de la impartición de justicia, al incorporarse al ámbito jurídico profesional abogados que saben muy poco de Derecho.

\* I Congreso Internacional de Posgrado en Derecho, Ponencia en el Área temática 3.

\*\* Director de la Escuela de Derecho de la Universidad Modelo, Mérida, Yucatán.

<sup>1</sup> Cit. por Diego Valadés, ex director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, durante el ciclo de conferencias con motivo del octavo aniversario de la creación del Consejo de la Judicatura Federal. Publicado en las versiones electrónicas de *La Jornada y Reforma* el 26 de mayo de 2003.

## LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA APLICADA ENFOCADA A LAS REALIDADES JURISDICCIONALES

GABRIEL ZAPATA BELLO

Muchos de esos abogados, sin embargo, ante el reconocimiento de sus deficiencias intelectuales y técnicas, se incorporan a la oferta de posgrados en Derecho con propósitos muy diversos que van desde la especialización o profundización en determinadas ramas, la adquisición de conocimientos novedosos en ciertas áreas temáticas, la adopción de perfiles administrativos o académicos para ascensos laborales, hasta el simple criterio que se refiere al prestigio que otorga el cursar u obtener un posgrado.

Uno de los obstáculos adicionales que enfrentan los egresados de las licenciaturas en Derecho es el que se refiere a la separación de la enseñanza de la investigación que predomina en las escuelas, por razones que van desde el orden de lo administrativo a lo práctico.<sup>2</sup> Aunado a lo anterior se encuentra el hecho de que los estudios de licenciatura, basados en su gran mayoría en esquemas de enseñanza teóricos y tradicionales, generan egresados poco capacitados para la identificación y el planteamiento de problemas o realidades jurídicas concretas, así como también, desprovistos de las herramientas de tipo intelectual necesarias para la búsqueda de las consecuentes formas de solución.

### LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA EN LOS POSGRADOS

Con la intención de describir el propósito de nuestro tema, podemos citar lo que, a criterio de algunos expertos, son las características de la investigación jurídica en México:

- Si bien la enseñanza se nutre de la investigación, son actividades profesionales diferenciadas.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> En la mayoría de las escuelas y facultades de Derecho del país no se cuenta con maestros e investigadores de tiempo completo que puedan realizar conjuntamente funciones de docencia e investigación, además de la falta de programas de preparación para la investigación destinados a docentes que puedan infundir en los alumnos el espíritu de la investigación. En cuanto a lo administrativo, la separación de la docencia y la investigación, en el caso de la máxima casa de estudios a nivel nacional, la UNAM, "está apoyada en motivos de orden práctico, para preservar a los institutos de investigación de la agitada vida política que ha afectado (...) las actividades de las escuelas y facultades de la propia Universidad." Cit. por FIX ZAMUDIO, Héctor, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, México, Porrúa, 3ª ed., p. 242.

<sup>3</sup> GONZÁLEZ, María del Refugio, "La enseñanza y la investigación del Derecho", en *Pensamiento Universitario*, México, UNAM, nro. 70, 1987, p. 5.

- Desde el punto de vista pedagógico obedece a un modelo *artesanal*, es decir, es una actividad o profesión que se realiza a través de la práctica cotidiana, mediante “un maestro que domina la actividad y que transmite sus conocimientos en forma directa y particularizada a sus, por lo general, escasos alumnos”.<sup>4</sup>
- Se encuentra anclada en un *modelo dogmático*, ya que “la mayor parte de la investigación jurídica tiene la función de explicar textos legales y de exponer las características semánticas de los mismos (...) [y] (...) en la reconstrucción de textos legislados”.<sup>5</sup>
- Se ha caracterizado por su *improvisación y pragmatismo*, por el hecho de que en los centros de enseñanza superior jurídica no se desarrollan las tres etapas progresivas de la investigación jurídica, a saber: el preseminario, el seminario y el instituto de investigación.<sup>6</sup>
- Utiliza predominantemente técnicas de *investigación documental*, por lo que es difícil encontrar investigaciones que apliquen las técnicas de investigación de campo.<sup>7</sup>
- Se lleva a cabo preponderadamente en escuelas y facultades universitarias y particularmente en el Distrito Federal, sobre todo en la UNAM, por lo que es una *actividad concentrada*.<sup>8</sup>

Pese a lo anterior, el Derecho continúa siendo un referente importante dentro del acontecer sociopolítico, económico y cultural de México, y en su entorno con el mundo globalizado. Por esa razón, se convierte en una exigencia social y académica el insertar nuevamente el pensamiento jurídico en el seno de la toma de decisiones fundamentales del país, así como en la explicación y en el planeamiento de los cambios que la Nación requiere que se produzcan.

En este sentido, se ha señalado que:

<sup>4</sup> Ídem, p. 6.

<sup>5</sup> COSSÍO, José Ramón, “La investigación jurídica en México”, en *El Mundo del Abogado*, México, nro. 7, p. 46, julio-agosto de 1999.

<sup>6</sup> FIX ZAMUDIO, op. cit., p. 424.

<sup>7</sup> Ídem, p. 419.

<sup>8</sup> CARBONELL, Miguel, “Notas críticas y autocríticas sobre la investigación jurídica en México”, en *El Mundo del Abogado* cit., p. 56, así como PÉREZ LÓPEZ, Miguel y José Ramón COSSÍO, *La investigación jurídica...* cit., pp. 46 y 50.

## LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA APLICADA ENFOCADA A LAS REALIDADES JURISDICCIONALES

GABRIEL ZAPATA BELLO

...es necesario abandonar la idea del papel del investigador como autor de grandes construcciones de carácter formal (...) sino que por el contrario la investigación significa el estudio minucioso y constante para analizar con modestia intelectual las cuestiones que requieren solución en el momento histórico y en el sistema normativo que al jurista le ha tocado vivir, tomando en cuenta la realidad social en la cual se encuentra inmerso, de acuerdo con el planteamiento reciente de vincular la ciencia jurídica a las restantes disciplinas de carácter social.<sup>9</sup>

## LAS REALIDADES JURISDICCIONALES COMO LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Se estima necesario analizar e investigar en torno a las realidades jurisdiccionales porque éstas no se circunscriben a simples actos de interpretación y aplicación de la ley.

En los tiempos actuales nadie puede negar la importancia que en las llamadas democracias contemporáneas tiene la magistratura.<sup>10</sup> Ésta es una tendencia a la que México no ha escapado, por lo que en los tiempos recientes el papel del Poder Judicial se ha expandido hacia los espacios de decisión de las instituciones jurídico-representativas de la Nación.

En estos tiempos, el papel judicial va mucho más allá de ser el defensor de las propiedades y de las libertades, ya que su actividad de decisión ha estado definiendo nuevas tendencias y relaciones, tanto en la sociedad, como en relación a los poderes que la gobiernan o representan. En este orden, las reflexiones, los razonamientos, los criterios y las experiencias de los órganos jurisdiccionales constituyen una gran riqueza de conocimientos jurídicos que deben ser materia de análisis y de investigación en los posgrados.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> FIX ZAMUDIO, op. cit., p. 240.

<sup>10</sup> Así cada vez son más comunes expresiones tales como el "activismo judicial", el "gobierno de los jueces", la "judicialización de la política", etc.

<sup>11</sup> Respecto al "factor humano del juez" en la aplicación del Derecho, también se ha señalado: "Para obtener la solución más razonable o aceptable del caso concreto, el juez toma en consideración los valores imperantes en la sociedad y en el orden jurídico, también acude a su criterio, experiencia y convicciones. En realidad es imposible que el juez, al realizar su función, se desprenda de sus emociones y sentimientos, éstos son algo inherente a su condición humana." CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *La interpretación judicial constitucional*, México, UNAM, 1996, p. 40.

Para los académicos y estudiantes de posgrado el incorporar sistemáticamente a sus métodos de estudio y a las líneas de investigación institucionales el análisis de las sentencias, el estudio cotidiano de los precedentes judiciales, así como las experiencias de la labor judicial, ampliaría la visión del Derecho como referente dentro del acontecer social. Esta tarea implica el modificar radicalmente nuestra tradición académica en Derecho, ya que el método y la costumbre en las escuelas y facultades se ha centrado en estudiar y analizar primordialmente el Derecho legislado.

No basta en este sentido que nuestros catedráticos, investigadores y estudiantes de posgrado estudien y conozcan escrupulosamente las normas legales, sino que además deben analizar y explicar las causas, los hechos y, por qué no, los entornos sociales que los órganos jurisdiccionales han tomado en cuenta para dictar sus resoluciones.<sup>12</sup>

Sin embargo, no solamente deben atenderse las sentencias, precedentes e interpretaciones judiciales como propuesta de líneas de investigación académica, sino ampliarlas a otro tipo de tareas y necesidades de la función judicial que enriquecerían el ejercicio académico de los posgrados, que igualmente darían a los centros de enseñanza e investigación jurídica un mayor conocimiento sobre el contexto jurisdiccional.

Propuestas específicas para realizar tareas de investigación aplicada a los posgrados serían, por ejemplo:

- Promover la creación en todos los posgrados de un seminario de investigación aplicada a la investigación jurídica orientado al análisis de la problemática jurídica y judicial y al planteamiento sistemático de propuestas de solución.
- Establecer programas conjuntos entre las instituciones académicas y los institutos de la judicatura de los poderes judiciales a efectos de que los funcionarios judiciales tengan una participación activa

<sup>12</sup> "...el juez del proceso no justifica sus actos por la mera cita de preceptos en sus resoluciones, la fundamentación debe ser completada con la motivación de la decisión, es decir, con la expresión precisa de las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto." BÁEZ SILVA, Carlos, "La justificación de las sentencias judiciales, en Reforma judicial" y en *Revista Mexicana de Justicia*, nro. 6, México, IJJ-UNAM, agosto-diciembre de 2005, p. 164.

en los posgrados, con el propósito de juntar la información específica y la experiencia práctica sobre la realidad jurisdiccional que ellos tienen, con la información útil, los recursos intelectuales y la infraestructura con que cuentan las universidades e institutos a efecto de generar propuestas y soluciones específicas de impacto social.

- Incorporar al análisis y a la investigación de los posgrados los temas de amplia repercusión e interés social como la eficiencia en los tribunales, el acceso a la justicia, los costos de la justicia, los medios alternativos de conflictos, la eficacia de las normas y de las sentencias, así como esquemas de economía procesal en los juicios.
- Vincular nuestras investigaciones con las perspectivas de otras disciplinas sociales como la economía, la sociología y la ciencia política, insertando las herramientas de la investigación social a las investigaciones que se realicen en los posgrados en Derecho, tales como las encuestas de opinión, los muestreos y otras mediciones.
- Promover en los posgrados locales, mediante la creación de pre-seminarios y seminarios, un programa sistemático de formación de investigadores a partir de estímulos académicos, como publicación de trabajos, difusión de sus proyectos en redes de investigadores y participación en congresos y foros especializados.

Concluyo reiterando la convicción de que es posible colocar nuevamente a la investigación y al trabajo académico serio a la vanguardia de los cambios jurídicos y de las soluciones que el país necesita, para así responder a la demanda de la sociedad de contar con un sistema jurídico que cumpla de una manera más eficaz su función de regular las transformaciones que en México se suscitan.

## RESUMEN

### *DESCRIPCIÓN DEL TEMA*

Ante las aceleradas transformaciones que sufren las instituciones jurídicas y políticas del país, y enfocados al papel del Poder Judicial, ya que su actividad de decisión ha estado definiendo nuevas tenden-



cias y relaciones, tanto en la sociedad como en relación a los poderes que la gobiernan o representan, constituye una exigencia académica y social que en los posgrados en Derecho se incorporen imprescindiblemente como líneas de análisis e investigación académica las reflexiones, los razonamientos, los criterios y las experiencias de los órganos jurisdiccionales que constituyen una gran riqueza de conocimientos jurídicos.

Adicionalmente y con la intención de colocar nuevamente a la investigación y al trabajo académico serios a la vanguardia de los cambios jurídicos y de las soluciones que el país necesita, se plantea la creación en todos los posgrados de un *seminario de investigación aplicada a la investigación jurídica* orientado al análisis de la problemática jurídica y judicial, así como establecer *programas conjuntos de calidad entre las instituciones académicas y los institutos de la judicatura de los poderes judiciales* a efecto de conjuntar, por un lado la información específica y la experiencia práctica sobre la realidad jurisdiccional de los funcionarios judiciales, con la información útil, los recursos intelectuales y la infraestructura con que cuentan las universidades e institutos.

La propuesta se concreta a establecer y promover la investigación aplicada en la investigación que se realiza en los posgrados en Derecho con el propósito de responder a la demanda de la sociedad de contar con instituciones académicas que sistemáticamente actualicen al sistema jurídico a efecto de que cumpla de una manera más eficaz su función de regular las transformaciones que en México se suscitan.

#### **METODOLOGÍA UTILIZADA**

Utilizamos como marco conceptual las experiencias académicas del autor, particularmente tanto las anteriores como estudiante de posgrado en la UNAM, como las actuales como docente en posgrados de provincia, respecto a la concentración del trabajo de investigación en la capital del país, así como su difusión. Adicionalmente, se reconoció el impulso y los proyectos de divulgación y capacitación que desarrollan actualmente los institutos de la judicatura de los poderes judiciales, que por contar entre sus miembros con funcionarios judiciales conocedores de las realidades jurisdiccionales cotidianas, éstos deberían tener una participación

más activa en los posgrados e institutos en los cuales se trabaja con proyectos e investigaciones de frontera tendientes a mejorar el sistema jurídico nacional.

Se realizó asimismo un análisis de diversos trabajos y publicaciones referentes al tema de la investigación jurídica, así como también se revisaron con particular interés las propuestas de planes de trabajo de los aspirantes a director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM 2006-2010 disponibles en la página electrónica del mismo, en los cuales se plasmaron diversos proyectos y preocupaciones del orden académico, los que revisten de una gran trascendencia por tratarse del más importante centro de investigación jurídica de Hispanoamérica.

Finalmente se plantearon una serie de propuestas en materia de promoción y fomento a la investigación jurídica aplicada, las cuales consideramos viables a corto plazo y que planteamos para su ponderación en el presente congreso, a efecto de que quienes estamos en posiciones de dirección de instituciones académicas podamos implementarlas a través de la conjunción de esfuerzos interinstitucionales.

## Bibliografía

- BÁEZ SILVA, Carlos, "La justificación de las sentencias judiciales, en Reforma judicial", en *Revista Mexicana de Justicia*, nro. 6, México, IJ-UNAM, agosto-diciembre de 2005.
- CARBONELL, Miguel, *La enseñanza del Derecho en México. Vientos de cambio y oscuridades permanentes*, Documentos de Trabajo 23, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2002.
- "Notas críticas y autocríticas sobre la investigación jurídica en México", en *El mundo del abogado*, nro. 7, México, julio-agosto de 1999.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *La interpretación judicial constitucional*, México, UNAM, 1996.
- FIX FIERRO, Héctor, *Propuesta de Plan de Trabajo 2006-2010 para la Dirección del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, versión electrónica.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, 3ª ed., México, Porrúa, 1988.

GONZÁLEZ, María del Refugio, "La enseñanza y la investigación del Derecho", en *Pensamiento Universitario*, nro. 70, México, UNAM, 1987.

GUARNIERI, Carlo y Patricia PEDERZOLI, *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*, Madrid, Taurus, 1999.

SERNA DE LA GARZA, José María, *Plan de Trabajo 2006-2010. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, versión electrónica.

Varios autores, "La investigación jurídica en México", en *El mundo del abogado*, nro. 7, México, julio-agosto de 1999.



# Actualidad universitaria



## Escuela judicial e Internet: la formación y capacitación judicial en la red

SEBASTIÁN SCIOSCIOLI\*

Cada vez son más numerosos los sitios web que ofrecen a los lectores interesados en el tema de la capacitación judicial una gran cantidad de herramientas que tienden a la formación continua de los jueces y demás funcionarios del sistema judicial. En general, estos sitios cuentan además con artículos y enlaces hacia otras páginas vinculadas con la actividad jurisdiccional. Estos sitios, en su mayor parte, han sido producto de los procesos de modernización de los distintos sistemas judiciales en el mundo y del fomento de la cooperación judicial a través del uso de las nuevas tecnologías.

En el siguiente documento relevaremos algunos de los principales sitios en Internet, clasificados en orden a los contenidos que ofrecen para que el lector pueda acceder a ellos de una forma simple, rápida y segura.<sup>1</sup>

### A. SITIOS EN INTERNET REFERENTES A ESCUELAS DE CAPACITACIÓN JUDICIAL EXISTENTES EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA NACIONAL Y LAS JUSTICIAS PROVINCIALES

Nombre del sitio web	Dirección	Contenido
Escuela Judicial del Poder Judicial de la Nación	<a href="http://www.pjn.gov.ar/escuelajudicial">http://www.pjn.gov.ar/escuelajudicial</a>	Contiene información sobre los requisitos de inscripción, contenidos y cronogramas de los talleres para jueces, empleados de la justicia y abogados.

\* Abogado, UBA. Investigador becario del Conicet adscripto al Instituto Gioja, Facultad de Derecho-UBA.

<sup>1</sup> La totalidad de los sitios web indicados en este trabajo fueron visitados durante los meses de febrero y marzo de 2007.

ESCUELA JUDICIAL E INTERNET: LA FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN JUDICIAL EN LA RED

SEBASTIÁN SCIOSCIOLI

Nombre del sitio web	Dirección	Contenido
Junta Federal de Cortes y Tribunales Superiores de Justicia de las provincias argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JUFESUS)	<a href="http://www.jufejus.org.ar/Asp/Cortes/Escuelas.htm">http://www.jufejus.org.ar/Asp/Cortes/Escuelas.htm</a>	Contiene datos de contacto de las escuelas judiciales de las distintas provincias de Argentina y Ciudad de Buenos Aires.
Portal de la Justicia Argentina	<a href="http://www.justiciaargentina.gov.ar/escuela_judicial.htm">http://www.justiciaargentina.gov.ar/escuela_judicial.htm</a>	Contiene información sobre las escuelas y centros de capacitación judicial en Argentina.
Legislaw	<a href="http://www.legislaw.com.ar">http://www.legislaw.com.ar</a>	El sitio posee una sección con enlaces a diversas páginas de los poderes judiciales provinciales e incluye un resumen de sus contenidos.

B. SITIOS EN INTERNET REFERENTES A ESCUELAS DE CAPACITACIÓN JUDICIAL EN EL ÁMBITO EUROPEO Y LATINOAMERICANO

El lector interesado en la estructura y funcionamiento de las instituciones vinculadas con la capacitación judicial en otros países de Europa y Latinoamérica podrá consultar algunas de las siguientes páginas:

Nombre del sitio web	Dirección
Red Europea de Formación Judicial (Contiene información sobre la propuesta de la Unión Europea tendiente a mejorar el funcionamiento práctico de la cooperación judicial en dicha región y el desarrollo de actividades de formación para los miembros del cuerpo judicial)	<a href="http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l33135.htm">http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l33135.htm</a>
Centro de Estudios Judicarios (Portugal)	<a href="http://www.cej.pt/">http://www.cej.pt/</a>
École National de la Magistrature (Francia)	<a href="http://www.enm.justice.fr/">http://www.enm.justice.fr/</a>
Academia Judicial de Chile	<a href="http://www.academiajudicial.cl/">http://www.academiajudicial.cl/</a>
Academia de la Magistratura (Perú)	<a href="http://www.amag.edu.pe">http://www.amag.edu.pe</a>
Poder Judicial del Uruguay	<a href="http://www.poderjudicial.gub.uy">http://www.poderjudicial.gub.uy</a>
Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales	<a href="http://www.riaej.org/">http://www.riaej.org/</a>



Nombre del sitio web	Dirección
Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador	<a href="http://www.cnj.gob.sv/Escuela.htm">http://www.cnj.gob.sv/Escuela.htm</a>
Escuela Judicial de Nicaragua	<a href="http://www.csj.gob.ni/">http://www.csj.gob.ni/</a>
Escuela Judicial de Venezuela	<a href="http://www.escuelajudicial.tsj.gov.ve/">http://www.escuelajudicial.tsj.gov.ve/</a>
Escuela Judicial de Panamá	<a href="http://www.organojudicial.gob.pa/">http://www.organojudicial.gob.pa/</a>
Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana	<a href="http://www.suprema.gov.do/">http://www.suprema.gov.do/</a>

### C. SITIOS EN INTERNET REFERENTES A LA CAPACITACIÓN JUDICIAL EN EL ÁMBITO DE ORGANISMOS INTERNACIONALES E INSTITUTOS REGIONALES

Asimismo, existen diversas instituciones y órganos que funcionan dentro de determinadas organizaciones internacionales o centros regionales que se ocupan del tema de la capacitación judicial. En especial, pueden citarse los siguientes sitios:

Nombre del sitio web	Dirección	Contenido
Organización de los Estados Americanos	<a href="http://www.oas.org/JURIDICO/spanish/justi22.htm">http://www.oas.org/JURIDICO/spanish/justi22.htm</a>	Contiene información sobre propuestas vinculadas con la creación de centros de formación de jueces en América.
Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)	<a href="http://www.cejamericas.org">http://www.cejamericas.org</a>	Ofrece información sobre cursos y actividades de formación judicial y foros. También contiene información detallada respecto al Poder Judicial de los países de América.
Centro de Estudios Jurídicos	<a href="http://www.cej.justicia.es/cej/">http://www.cej.justicia.es/cej/</a>	Contiene información en español sobre la revista de la red de formación judicial europea.

Un mayor detalle acerca de su contenido merece el siguiente sitio:

Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales (RIAEJ)	<a href="http://www.riaej.org">http://www.riaej.org</a>
---	---

La Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales es una comunidad de enlace para la cooperación, concertación y apoyo recíproco entre las escuelas judiciales y centros públicos de capacitación judicial de Iberoamérica que contribuye al intercambio de información sobre programas, metodologías y sistemas de capacitación judicial; facilita la coordinación de actividades entre sus miembros y planifica actividades conjuntas de capacitación. Su sitio de Internet informa periódicamente el cronograma detallado de las conferencias y seminarios que por dicha institución son organizados, y en la parte de la “biblioteca virtual”, ofrece abundante bibliografía sobre diversos temas vinculados con el Derecho en general. En particular, en relación con la formación judicial, pueden señalarse los siguientes documentos:

- Propuesta Metodológica de la RIAEJ (Documento preparatorio de la III Asamblea General de la RIAEJ sobre la elección de métodos pedagógicos durante el período de formación inicial de las escuelas judiciales de Iberoamérica).
- Modelo de Gestión Educativo Escuela Judicial de Argentina (Se trata de un informe sobre la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Nación).
- Modelo de Gestión Educativa del Instituto de la Judicatura de Bolivia.
- Modelo de Gestión Educativa de la Escuela Judicial de Costa Rica.
- Modelo Educativo “Escuela Judicial Rodrigo de Lara Bonilla” de Colombia.
- El uso de la informática en la administración de justicia (Se trata de un documento que explora en relación con las posibilidades de aplicación de las tecnologías de información y comunicación).
- La ética del funcionario judicial (Documento elaborado por la Corte Suprema de Justicia de la República Dominicana).
- Investigación de necesidades de capacitación judicial. Documento que contiene el programa de formación inicial judicial e investigación de necesidades por competencias, elaboración y producción de materiales didácticos en Costa Rica.

Todos estos trabajos pueden descargarse gratuitamente del citado sitio web.

Secretaría Permanente Cumbre Judicial Iberoamericana	<a href="http://www.cumbrejudicial.org/">http://www.cumbrejudicial.org/</a>
--	---

La Cumbre Judicial es una organización que se ocupa de la cooperación y concertación entre los poderes judiciales de veintitrés países de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, uniendo en un solo foro a las máximas instancias y órganos de gobierno de los sistemas judiciales iberoamericanos. Reúne en su seno a los presidentes de las Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia y a los máximos responsables de los Consejos de la Judicatura Iberoamericanos. El principal objetivo de la Cumbre Judicial Iberoamericana es la “adopción de proyectos y acciones concertadas, desde la convicción de que la existencia de un acervo cultural común constituye un instrumento privilegiado que, sin menoscabo del necesario respeto a la diferencia, contribuye al fortalecimiento del Poder Judicial y, por extensión, del sistema democrático”. Desde el sitio se puede acceder a dos importantes herramientas con variada información:

- Mapa Judicial Iberoamericano: en el que se ofrece una descripción permanentemente actualizada de los principales aspectos estructurales, organizativos y normativos de los sistemas judiciales de los países miembros de la Comunidad Iberoamericana de Naciones. Entre algunos de los temas, puede consultarse en relación con los datos generales de cada país, datos estadísticos de su sistema judicial, la descripción general de éste último y la de su carrera judicial.
- Tablero de experiencias: recopila diversos informes y documentos vinculados con experiencias llevadas a cabo por los diversos sistemas judiciales iberoamericanos.

El sitio también posee enlaces a otras páginas desde las que se puede acceder a otras publicaciones y sitios de interés relacionados con la actividad judicial. A modo de ejemplo puede citarse:

Iberius (Red Iberoamericana de Formación Judicial)	<a href="http://www.iberius.org/">http://www.iberius.org/</a>
--	---

Iberius es una comunidad de cooperación, concertación y apoyo recíproco entre los centros de documentación judicial de los países iberoa-

americanos, que nace con el propósito de contribuir al fortalecimiento del Estado de Derecho de los países que la componen, poniendo a disposición de los titulares del Poder Judicial la información y documentación judicial relevante para el desempeño de su trabajo, utilizando para ello las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones. El sitio posee gran cantidad de artículos de interés, foros y noticias vinculados a este último tema.

#### D. SITIOS EN INTERNET REFERENTES A ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES DEDICADAS AL TEMA

Las diferentes organizaciones no gubernamentales existentes en el país se han dedicado en los últimos años a realizar distintas investigaciones en torno a la actividad jurisdiccional y a la formación que en dicho ámbito tiene lugar. Uno de los trabajos más interesantes que se han realizado en ese sentido ha sido el foro “Una Corte para la Democracia”. Esta campaña se encuentra impulsada por una coalición de ONG integrada por la Asociación de los Derechos Civiles (ADC), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Fundación Poder Ciudadano, la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) y la Unión de Usuarios y Consumidores. Los documentos que han sido producto de esta campaña tienen por objetivo propiciar el debate público en torno a reformas a implementarse en el máximo tribunal de justicia. Los citados documentos pueden leerse, [en línea], <<http://www.adccorte.org.ar/verarticulo.php?iddocumento=91>>.

Para un mayor estudio de los trabajos y documentos elaborados en este tema por las citadas organizaciones pueden consultarse los siguientes sitios:

- Asociación por los Derechos Civiles: [en línea], <<http://www.adc.org.ar>>
- Centro de Estudios Legales y Sociales: [en línea], <<http://www.cels.org.ar>>
- Fundación Ambiente y Recursos Naturales: [en línea], <<http://www.farn.org.ar>>

- Fundación Poder Ciudadano: [en línea], <<http://www.poderciudadano.org.ar>>
- Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales: [en línea], <<http://www.inecip.org>>

Argenjus	<a href="http://www.argenjus.org.ar/">http://www.argenjus.org.ar/</a>
----------	---

Argenjus es un consorcio formado por algunas organizaciones no gubernamentales e instituciones educativas y científicas de Argentina preocupadas por el mejoramiento, la eficacia y una mayor eficiencia del sistema de justicia, entre otros fines. En su página existe un enlace hacia publicaciones en donde el lector podrá acceder a diversos trabajos entre los que podemos mencionar:

- Brenna, Ramón, “Capacitación Judicial y Jurídica”.
- Chayer, Héctor, “El sistema judicial argentino y las tecnologías de la información”.
- Garavano, Germán Carlos y Luis María Palma, “La capacitación judicial en la Argentina. Ideas para su potenciación”.
- Graña, Eduardo, “Pensando en la Escuela Judicial”.
- Li Rosi, Ricardo, “Educación Judicial”.
- Arbeláez de Tobón, Lucía, “Reformas al gobierno y la carrera judicial”.
- “Jornada de reflexión sobre el perfil del Juez”, Mesa de Justicia Diálogo Argentino.

La página también cuenta con artículos diversos referidos a la actuación judicial y a la administración de justicia. Todos estos artículos pueden descargarse gratuitamente.

## E. OTROS SITIOS DE INTERNET DE INTERÉS GENERAL EN EL TEMA

El espacio virtual a que dio lugar Internet ofrece también numerosos sitios, desde los cuales puede consultarse un importante número de publicaciones y artículos referentes a temas vinculados con la formación judicial. A continuación ofreceremos una breve lista de los sitios e intentaremos hacer mención de algunos de los trabajos que pueden consultarse.

Biblioteca Virtual Miguel Cervantes

<http://www.cervantesvirtual.com/>

A través de este sitio se cuenta con el acceso a numerosos artículos vinculados, tanto con la formación de los jueces, cuanto con la actividad judicial en general. En la siguiente lista el lector encontrará el título del artículo u obra junto con el autor y el nombre de la publicación en donde podrá consultarlo y descargarlo desde Internet.

- Aguiló, Josep, "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica", *Isonomía* [Publicaciones periódicas], en *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, nro. 6, abril 1997, [en línea], <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/Doxa/>>, Sección de Historia, Biblioteca Universitaria.
- Ansolabehere, Karina, "Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la justicia", [en línea], <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>>.
- Bulygin, Eugenio, "Los jueces ¿crean derecho?", *Isonomía* [Publicaciones periódicas], en *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, nro. 18, abril 2003, [en línea], <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>>, Sección de Historia, Biblioteca Universitaria.
- Dicioti, Enrico, "Sobre la inadecuación del modelo deductivo para la reconstrucción de las justificaciones interpretativas de los jueces", en *Doxa* [Publicaciones periódicas], nro. 20, 1997, [en línea], <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>>, Biblioteca Universitaria.
- Gargarella, Roberto, "Los jueces frente al 'Coto Vedado'", en *Discusiones* [Publicaciones periódicas], nro. 1, 2000, [en línea], <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/Doxa/>>, Sección de Historia.
- Haba, Enrique P., "Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces)", en *Doxa* [Publicaciones periódicas]. nro. 25, 2002, y, [en línea], <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>>, Biblioteca Universitaria.
- Malem Seña, Jorge F., "¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?", en *Doxa* [Publicaciones periódicas], nro. 24, 2001, [en línea], <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>>, Biblioteca Universitaria.

- Taruffo, Michele, “Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica”, [en línea], <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>>.

Gestión Judicial	<a href="http://www.gestionjudicial.net">http://www.gestionjudicial.net</a>
------------------	---

Gestión Judicial es un sitio que tiene como objetivo el hecho de ser un canal de información para compartir inquietudes y experiencias en técnicas empresariales para el mejoramiento del servicio de la justicia. Con este propósito reúne más de 200 documentos y exposiciones desarrolladas en los encuentros de jueces y funcionarios, en donde se aplican técnicas modernas para el mejoramiento del servicio de justicia y que se han realizado en diferentes jurisdicciones de la Argentina. Entre algunos de sus documentos más destacados, los que pueden bajarse de este sitio en forma gratuita, son los siguientes:

- Berizconce, Roberto Omar, Felipe Fucito y otros, *Los Recursos Humanos en el Poder Judicial*, 1999.
- Parody, Eduardo y Mario Silvio Gelero (comps.), *Herramientas prácticas para una administración eficiente*, 2006.
- Vaz Flores, Hortensia (dir.), Elena Denda, Norma Paolini y Néstor Trabuco (Colaboradores en la selección y síntesis), *Administración del Juzgado*, 1994.
- Zayas, Inés Lilian, María Leandra Prati, Rodolfo Pedro Arancibia y María Laura Sabatier (comps.), *Ideas creativas y superadoras para una mejor prestación del Servicio de Justicia*, 2002.

e.justicia	<a href="http://www.ejusticia.org">http://www.ejusticia.org</a>
------------	---

La página comprende información y documentos referidos a la aplicación de las nuevas tecnologías de la comunicación y a la información en la administración de justicia.

Australian Institute of Judicial Administration (AIJA)	<a href="http://www.aija.org.au">http://www.aija.org.au</a>
--	---

El Australian Institute of Judicial Administration es un centro de investigación y educación que tiene por finalidad el desarrollo de estudios

e investigaciones vinculadas con la administración de justicia y la ejecución de talleres para la capacitación judicial. En su página de Internet pueden consultarse las actividades del instituto así como sus publicaciones, que pueden bajarse gratuitamente.

National Judicial College	<a href="http://www.judges.org">http://www.judges.org</a>
---------------------------	---

El National Judicial College es el organismo norteamericano que brinda capacitación judicial a través del desarrollo de seminarios, cursos, talleres y carreras de posgrado. En el sitio puede consultarse información detallada en relación con el diseño de tales ofertas, así como diversas publicaciones en inglés y enlaces de interés.

Federal Judicial Center (FJC)	<a href="http://www.fjc.gov">http://www.fjc.gov</a>
-------------------------------	---

El FJC es una asociación sin fines de lucro que tiene por objetivo la investigación de diversos temas vinculados con las cortes federales de los Estados Unidos y la formación de sus agentes. El sitio posee una sección dedicada a publicaciones y videos. Allí puede encontrarse una gran diversidad de material vinculado con la capacitación judicial, entre otros temas. Otro atractivo consiste en una serie de enlaces en donde podrá consultar material que dicho centro produce para sus programas educativos para jueces y demás empleados judiciales.

Judicial Education Reference, Information and Technical Transfer (JERITT)	<a href="http://jeritt.msu.edu/default.asp">http://jeritt.msu.edu/default.asp</a>
---	---

El Judicial Education Reference, Information and Technical Transfer es un proyecto académico que busca la formación continua de los jueces y otros empleados del Poder Judicial. A tales fines, el sitio ofrece las últimas novedades con relación a programas de educación judicial, teorías de la educación, y una gran cantidad de documentos que se clasifican en “boletines”, “monografías” e “investigaciones”. Todos ellos se encuentran en idioma inglés y pueden ser descargados, previo pago de un precio en dólares que varía para cada documento. Asimismo, el sitio posee una serie de enlaces correspondientes a páginas de institutos y



organismos públicos dedicados exclusivamente al actuar judicial. Entre algunos de ellos, por su relevancia podemos citar:

- BJA: Bureau of Justice Assistance, [en línea], <<http://www.ojp.usdoj.gov/BJA/>>
- CCCJF: Conference of County Court Judges of Florida, [en línea], <<http://www.countyjudges.com/>>
- CCJ: Conference of Chief Justices, [en línea], <http://ccj.ncsc.dni.us/>
- NASJE: National Association of State Judicial Educators, [en línea], <<http://nasje.org/>>

El enorme caudal de información que proporciona el contenido de estas páginas de Internet nos permite aseverar el creciente compromiso de los diversos sectores de la comunidad judicial en su esfuerzo por procurar una mayor formación de sus recursos humanos a fin de brindar, en último término, un mejor funcionamiento del servicio de justicia.



# Bibliográficas



## Carta abierta sobre la tolerancia: Apuntes sobre Derecho y protesta\*

LUCAS ARRIMADA ANTÓN\*\*

- “F de Falso, F de Falaz: Sobre el dicho ‘mis derechos terminan donde empiezan los de los demás’. Razones y sinrazones en el debate sobre Derecho y protesta.”
- ¿Qué nos dice la frase “mis derechos terminan donde empiezan los derechos de los demás” en el debate sobre la protesta social? ¿Cómo debe actuar el poder público, y en particular el Poder Judicial, frente a los diferentes grupos que se encuentran protestando en las calles u otros espacios públicos? ¿Cómo puede orientar sus pensamientos la ciudadanía que lo observa con pasividad? ¿Qué argumentos de los presentes, a diario, en la discusión tienen entidad y son realmente serios? ¿Cuáles de ellos, a pesar de ser persuasivos y de aparentar consistencia o verdad, son auténticas falacias o simples premisas iniciales de un razonamiento incompleto? Roberto Gargarella arroja luz sobre estos interrogantes en un trabajo de difusión, escrito de forma sencilla y directa. Con notable claridad, lograda en muchas ocasiones mediante diálogos y ejemplos que no evitan la complejidad del tema y la diversidad argumentativa (cualitativa y cuantitativa) de las posturas en el debate contemporáneo, Gargarella encara el laberinto de razones y sinrazones en torno al Derecho y a la protesta. Investigador reconocido y voz respetada por quienes abordan la cuestión, el autor es abogado, además de sociólogo,

\* Publicado originalmente en GARGARELLA, Roberto, *Carta abierta sobre la tolerancia: Apuntes sobre Derecho y protesta*, Buenos Aires, Siglo XXI, Club de Cultura Socialista “José Aricó”, mayo de 2006.

\*\* Abogado, UBA-Conicet. Investigador adscripto del Instituto Gioja de la Facultad de Derecho-UBA.

máster en Ciencia Política (FLACSO), Doctor en Derecho (UBA y Chicago) con estudios posdoctorales en Oxford (Inglaterra).

En el mar de opiniones, argumentos y razones presentes en el debate y reflejadas en la opinión pública podemos encontrar diversas respuestas huecas. Están las afirmaciones sin fundamentos, los falsos argumentos y algunas razones retóricas, persuasivas, pero que resultan engañosas a pesar de que muchas veces son dadas con absoluta buena fe y verídica convicción. La pregunta dónde terminan mis derechos, no obtiene respuesta en la perogrullada “donde comienzan los de los demás”. Gargarella demuestra que dicho “sentido común” no es para nada clarificador y que la mayoría de las “razones” que se dan, tanto en la discusión pública como en las interpretaciones judiciales, son muy problemáticas y precarias. Esa precariedad puede resultar intolerable cuando aquellos/as que intentan hacerse escuchar ante un Estado sordo, una justicia pasiva o una sociedad indiferente persiguen la exigibilidad (política, judicial o administrativa) de derechos básicos reconocidos y jerarquizados constitucionalmente, usualmente, en una situación de exclusión política, discriminación sistemática, desigualdad estructural o extrema pobreza, según el caso que estemos analizando. Justificaciones que apelan al “choque de derechos” que priorizan estrechamente la libertad de circulación por sobre la libertad de expresión en los foros públicos; casos donde se apela con extrema vaguedad a una idea de comunidad o bien común; concepciones obtusas de la democracia y de la expresión democrática que permite la Constitución, entre otros lugares comunes, son exploradas, testeadas y refutadas.

Se puede pensar, como señala Gargarella, que las argumentaciones de los jueces no son nada más que argumentaciones en última instancia. Aunque aparentemente eruditos e impenetrables, por un lenguaje que tantas veces abusa del tecnicismo legal, de la cita dogmática y hasta del absurdo o sinsentido lingüístico, los razonamientos judiciales no son (mucho) más sofisticados que los argumentos que se pueden observar en las opiniones recurrentes en los medios masivos o en una conversación informal de cualquier núcleo o contexto social. Analizadas seriamente, muchas de ellas, son muy endebles. Podemos encontrarnos con malas razones o, directamente, algunas decisiones vacías de razones. En otros

tantos casos, se ve que algunas premisas parciales o iniciales en el razonar público o judicial se presentan súbitamente como “sólidas” conclusiones.

El autor explora las posturas de constitucionalistas como Gregorio Badeni, Néstor Sagüés o María Angélica Gelli para identificar sus debilidades y contraargumentarlas. Escucha y dialoga con las objeciones que realizan a la protesta figuras públicas (de la filosofía) como Jaime Malamud Goti, Torcuato Di Tella (de las ciencias política) y de Ricardo Gil Lavedra (de la política y del Derecho Constitucional). Recuerda algunas pésimas decisiones de jueces supremos (como el fallo “CHA”) para luego señalar graves falencias y brutalidades en ciertas respuestas judiciales, “que devuelven golpe con golpe, violencia con violencia”, como la jurisprudencia de los fallos “Alais” y “Schiffrin”.

El trabajo principal es acompañado por un apéndice que reproduce las discusiones con intelectuales de diversas disciplinas y de diferentes espacios político-académicos como Alicia Azubel, Claudia Hilb, Isidoro Cheresky, María José Lubertino, Emilio de Ípola, Facundo Suárez Lastra y Ruth Andrada desarrolladas en el ámbito del Club de Cultura Socialista “José Aricó”. Finalmente, también se adjunta un listado de la bibliografía básica elaborada por el autor sobre el debate de la protesta y cómo reflexionar sobre ella.

Roberto Gargarella identifica y separa las peores respuestas, las peores razones, demostrando sus graves deficiencias desde una perspectiva que prioriza la dimensión cualitativa de la democracia constitucional apelando, sobre todo, a la imparcialidad y a la justicia. En su planteo, el autor nos trae nuevas dudas que tal vez merezcan ser (re)presentadas en el debate público e inviten a (re)pensar a las/os operadora/es del Derecho. Es atípico que un tema tan complejo, actual y sensible sea abordado de una manera tan sencilla y rigurosa, resultando accesible a la lectura de la ciudadanía. Este breve libro, en su simpleza y consistencia, es una obra excepcional en una comunidad jurídica que tiende a alejar y hasta ocultar los argumentos de la ley (y especialmente de la Ley de Leyes: la Constitución Nacional) a una sociedad que suele desconocerla o percibirla como extraña y distante. Su excepcionalidad debería ser la norma.





## Pautas para presentación de originales

*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.

Sólo 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.

El envío de una colaboración para su publicación implica por parte de su autor, la autorización para su reproducción (salvo expresa renuncia), por cualquier medio, soporte y en el momento en el que se considere conveniente por la revista. Los originales entregados no serán devueltos.

La recepción de un trabajo no implica asumir un compromiso de publicación. El Consejo Editorial seleccionará los trabajos de acuerdo con criterios formales y de contenido.

### 1. ENTREGA DE ORIGINALES

1.1. Los trabajos se remitirán al Departamento de Publicaciones en los soportes que se mencionan a continuación:

- Un archivo digital que contenga el texto completo en su versión definitiva, en diskette o CD. Los archivos deberán ser aptos para entorno Windows.
- Una impresión en papel que corresponda exactamente a la versión del archivo digital. Deberá estar firmado por el autor junto a aclaración de la firma y fecha de entrega.
- Todos los elementos complementarios que integran el documento (tablas, gráficos, cuadros, fotografías...) serán entregados en el soporte y tipo de archivo que sea acordado oportunamente con el editor.

1.2. Los originales deberán observar las pautas de estilo contenidas en un documento denominado *hoja de estilo*, que deberá solicitarse al Departamento de Publicaciones.

1.3. Junto al artículo se entregaran dos resúmenes, uno en español y otro en inglés, destacando sobre el texto o en línea aparte las “palabras clave” que identifiquen los principales contenidos del artículo. Cada resumen debe tener una extensión máxima de 200 palabras.

Junto con el título, el encabezado del manuscrito debe incluir el nombre/s del autor o los autores, los datos biográficos (no más de 5 líneas), las instituciones a las que pertenecen, correos electrónicos, números de teléfono y fax.

- 1.4. Las fuentes, las referencias bibliográficas y bibliografía deberán estar especificadas correctamente y acordes a las pautas de estilo (solicitar documento a nuestro Departamento de Publicaciones) y deben incluirse al final del manuscrito en orden alfabético.
  - 1.4.1. Las citas textuales de más de cuatro líneas se escribirán en párrafo aparte, sangrado a la izquierda y en letra tamaño 9 puntos. Las demás se incluirán dentro del texto e irán entre comillas. Todas deberán estar acompañadas por sus respectivas referencias bibliográficas.
  - 1.4.2. Las citas bibliográficas se harán dentro del texto e incluirán el apellido del autor, el año y el número de la/s página/s, por ejemplo: (Pardo, 2000: 24-42), (Kunz y Cardinaux, 2005: 33), (Ortiz et al., 2003: 66), (Gutiérrez, 1998a, 1998b); (Pardo, 2000; Kunz y Cardinaux, 2005; Ortiz et al., 1997).
- 1.5. Las tablas y figuras deben incluirse en las páginas del texto y estar numeradas consecutivamente (figura 1, cuadro 1, etc.), o bien, debe indicarse su ubicación dentro del texto entre antilambdas, por ejemplo: <Insertar aquí figura 1>. Deben estar acompañadas por la fuente y el título. Los archivos originales en Excel u otro graficador deberán enviarse adicionalmente en archivo digital.
- 1.6. Las fotografías e imágenes deberán cumplir con los mismos requisitos antes mencionados y estar en una resolución superior o igual a 300 dpi. Cuando éstas no fueran obra del autor del artículo, se requiere que las mismas se envíen acompañadas por la autorización de reproducción del titular de los derechos de dichas imágenes.

## 2. PRESENTACIÓN DEL DISKETTE O CD

- 2.1. Antes de entregar el diskette o CD se verificará que:
  - El diskette o CD funcione correctamente, o sea, que pueda accederse a su contenido;
  - no haya virus en los archivos (de lo contrario, no se aceptarán los archivos);
  - no se adjunten archivos que correspondan a otros materiales u obras.
- 2.2. El diskette o CD se entregará correctamente etiquetado (o escrito con marcador indeleble). La etiqueta no tendrá tachaduras, agregados u otras debajo de ella.
- 2.3. En la etiqueta (o superficie del CD) deben figurar los siguientes datos:
  - nombre de la publicación,
  - nombre del documento,
  - nombre del autor,
  - fecha de finalización del documento.

### 3. CONFIGURACIÓN DE LA PÁGINA Y TIPEADO

- 3.1. El texto debe configurarse de acuerdo con las siguientes características:
- Tamaño de página: A4
  - Márgenes: Superior: 3 cm; inferior: 2,5 cm.; derecho e izquierdo: 3 cm.
  - Fuente: Garamond 11.
  - Párrafo: interlineado 1,5. Sin sangrías, ni espacios adicionales antes o después de los párrafos. Sin justificar.
  - Páginas numeradas consecutivamente a partir del número 1.
  - En los títulos no se usarán mayúsculas ni otras variantes (Por ejemplo, no debe escribirse “LA INFORMACIÓN Y SU TRATAMIENTO”, sino “La información y su tratamiento”).
  - Los títulos se numerarán de acuerdo al siguiente esquema:
    - I. Título principal
    - A. Subtítulo
    - 1. Subtítulo de segunda jerarquía

Para enviar los trabajos o solicitar la hoja de estilo, puede contactarnos a:

Departamento de Publicaciones

Facultad de Derecho, UBA

Av. Figueroa Alcorta 2265

(C1425CKB) Buenos Aires, Argentina

Tel./fax: (54 11) 4809-5668

