

## CAPÍTULO 3

# Enseñanza jurídica y dogmática en el campo jurídico latinoamericano: apuntes acerca de un debate necesario

Christian Courtis\*

## INTRODUCCIÓN

La intención de estas líneas es situar en el marco de análisis propuesto por Mauricio García Villegas y César A. Rodríguez algunos problemas de la enseñanza jurídica y la producción dogmática latinoamericana. La extensión del tema y el carácter sumario del comentario apenas me permiten esbozar algunos apuntes, que pueden constituir un borrador de investigación orientada a la acción sobre estas cuestiones. Muchas de las afirmaciones aquí desplegadas no constituyen más que generalizaciones bastante gruesas acerca de la realidad de la enseñanza y de la producción dogmática de nuestros países. Creo, sin embargo, que la breve descripción fenomenológica de los elementos componentes del campo jurídico que aquí propongo tiene un grado de detalle un poco mayor que el propuesto, por ejemplo, por Pierre Bourdieu (Bourdieu 1986, 2000), a quien García Villegas y Rodríguez emplean como referente teórico. Esta descripción permitirá jugar con los ejes de caracterización del derecho latinoamericano propuestos por García Villegas y Rodríguez.

El ámbito de investigación sugerido por García Villegas y Rodríguez involucra una mirada innovadora acerca de la conceptualización del derecho en América Latina. Varias de las fuentes convergentes que los autores citan están embarcadas en una tarea de reformulación del marco teórico a partir del cual no sólo analizamos, sino –ante todo– configuramos el objeto “derecho”. Este esfuerzo de reconceptualización tiene –como casi toda tentativa teórica– un blanco perceptible, que es la teoría dominante en gran parte de las usinas de reproducción cultural del derecho, es decir, las facultades de derecho latinoamericanas, que podría describirse sucintamente

---

\* Profesor adjunto de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; profesor de la maestría en Derecho de la Universidad de Palermo.

como una combinación de positivismo y formalismo. Me parece necesario, en este marco, trazar algunas distinciones que resultan útiles para afinar estas ideas.

¿Cuáles son las teorías dominantes a las que me refiero? ¿Cuáles son las prácticas de reproducción del derecho a las que me refiero? A primera vista, dado que las preguntas formuladas parecen situarse en las fronteras de una teoría del derecho de tendencia sociológica, la respuesta tendencial podría ser que se trata de las teorías dominantes en el ámbito de la filosofía o sociología del derecho. Esta primera respuesta, sin embargo, es equívoca y se presta a numerosos malentendidos. El peso que las teorías dominantes en el ámbito de la filosofía del derecho tienen en la reproducción del derecho o, para precisar más el objeto de investigación, en la reproducción de la cultura y las prácticas jurídicas de un país es marginal, dado que el lugar que ocupan los estudios de filosofía del derecho en las facultades de derecho es marginal.

Se podría, claro está, postular una influencia directa, temporal, transversal, entre la filosofía del derecho dominante y las prácticas de reproducción acaecidas en otros ámbitos del derecho. Concedido. Pero esta vía de abordaje requiere demostración y resulta además ostensiblemente oblicua. Si se quiere estudiar los mecanismos de reproducción del campo jurídico de una época –ya entraremos en esta cuestión–, el ámbito de investigación más adecuado es el de la enseñanza de las ramas codificadas del derecho, que constituyen el núcleo de la formación de los profesionales del derecho, tanto en términos cuantitativos (es decir, en términos de tiempo concedido a estas materias en la formación) como cualitativos (es decir, en términos del peso simbólico que tienen estas materias en la formación).

Con lo dicho se perfila un foco de atención sobre el cual, creo, la teorización –aun aquella de orientación crítica– y la investigación sociológica latinoamericanas han trabajado poco. Me refiero concretamente al peso de la universidad, o sea de la educación jurídica formal, en la reproducción del capital jurídico de una sociedad determinada. Este peso no se agota únicamente en la concreta socialización y habilitación para el ejercicio profesional de los futuros abogados y juristas; cumple además otras varias funciones que merecen ser analizadas por separado. Situar estas distintas funciones en el particular contexto latinoamericano descrito por García Villegas y Rodríguez puede permitir entender mejor algunas de las peculiaridades subrayadas por estos autores.

El texto de García Villegas y Rodríguez es suficientemente explícito acerca del carácter de fuente que ha representado el derecho continental europeo sobre el derecho estatal latinoamericano. Mi intención es resaltar aquí el desproporcionado peso que tiene esta fuente en la reproducción cultural del derecho en nuestros países. Si en el terreno de la efectividad

del derecho, el divorcio entre eficacia simbólica y eficacia instrumental del derecho es notoria, en el terreno de la educación jurídica formal la distancia entre ambos tipos de eficacia ha sido bloqueada, otorgando al ideal pedagógico de la Ilustración jurídica el monopolio casi absoluto de la reproducción del conocimiento acerca del derecho, y del perfil y las habilidades necesarias para la práctica de la abogacía y de otras disciplinas ligadas con el derecho. En este ámbito, mucho más que en otros –por ejemplo, el de la práctica forense–, las facultades de derecho latinoamericanas siguen estructuradas básicamente a partir del ideal de la codificación francesa. Dos rasgos pueden ser útiles para ejemplificar esta aseveración.

Desde el punto de vista del contenido de la enseñanza, la educación jurídica latinoamericana –siguiendo las pautas cronológicas de la codificación europea– asigna un peso fundamental al estudio de la codificación civil, de modo que gran parte de la carrera de derecho se estructura a partir del estudio de los distintos títulos del Código Civil francés y de sus versiones locales. El lugar asignado al estudio del derecho civil codificado produce un efecto de “naturalización”, de identificación de las “categorías fundamentales” del derecho con las categorías del derecho civil clásico. Aunque las innovaciones dogmáticas y legislativas en este campo no son despreciables, el lugar que ocupa su estudio es el de un apéndice, un agregado, una *addenda* que viene a “completar” o “actualizar” el lugar central de aquella información presentada como fundamental.

Desde el punto de vista del método de enseñanza, la tendencia hegemónica en la formación jurídica de la región reproduce los cánones del formalismo jurídico europeo:

- se concede una importancia central a la memorización del contenido de normas, fenómeno que trasunta un juicio implícito, sea del carácter “racional” de la legislación, sea de la legitimidad de su contenido;
- se asigna particular énfasis a la enseñanza de “teorías generales” formalizadas, destinadas a dar cuenta de los rasgos fundamentales de cada rama o institución jurídica;
- el estudio de la jurisprudencia o derecho judicial tiene un lugar secundario, destinado simplemente a completar algunas dudas o puntos oscuros que puedan desprenderse de la exposición del “sistema” o de las “teorías generales”;
- aún más recóndito es el espacio pedagógico concedido a la sociología normativa, al estudio de la efectividad de las normas vigentes o a la sociología de aquellas prácticas que reemplazan efectivamente las ordenadas normativamente por el derecho oficial vigente;
- como consecuencia del efecto conjunto de la epistemología positivista y del énfasis pedagógico del formalismo, la discusión interdisciplinaria tiene un lugar nulo o marginal en la enseñanza del derecho. Esto re-

dunda, por ejemplo, en la consideración del derecho oficial vigente como un dato fijo y en el escaso estímulo para discutir la legislación desde ángulos de justificación distintos a los de su mera vigencia, como el moral, político, económico, sociológico o antropológico;

- por último, el lugar que ocupan en la enseñanza del derecho materias tales como la filosofía del derecho, la economía política, la sociología o la historia es también marginal, sirviendo apenas como barniz de “cultura general” que complementa el carácter central del aprendizaje de las materias codificadas.

El panorama generado por esta aproximación es por lo menos sorprendente. No pocas voces han señalado las deficiencias de este tipo de aproximación pedagógica para instituciones cuya función principal es la formación de abogados que se desempeñarán mayoritariamente en el ejercicio liberal de la profesión (Abramovich 1999, Frank 1999). Una de las carencias principales de este tipo de enseñanza es, justamente, su poca o nula formación práctica, de modo que los abogados egresados apenas han tenido contacto, después de cuatro o cinco años de estudios universitarios, con aspectos centrales del ejercicio profesional: resultan ajenos a esta formación esencialmente memorista o, en el mejor caso, conceptualista, entre otros, el contacto con el funcionamiento cotidiano de los tribunales y de otros órganos encargados de producir e interpretar normas jurídicas, el estudio de las relaciones con el cliente, las habilidades estratégicas, narrativas y probatorias del abogado, etc. Este efecto sorprende, además, porque debido a la baja profesionalización de la enseñanza universitaria en América Latina –especialmente en el campo del derecho–, la mayoría de los profesores ejercen también la profesión de abogado, son funcionarios oficiales o jueces. De modo que también se encuentran empapados de la práctica cotidiana. Sin embargo, el peso de esa tradición pedagógica –sumado a algunos otros factores, como la reticencia de develar detalles del ejercicio profesional a quienes en el futuro actuarán como competidores en el mismo mercado– es tan potente, que relega la práctica a un papel completamente secundario e inhibe incluso su abordaje como cuestión teórica significativa o digna de enseñanza.

Las carencias de formación práctica no son, sin embargo, el aspecto que me parece más relevante para situar la enseñanza jurídica en el contexto de los ejes de investigación señalados por García Villegas y Rodríguez. Quisiera desplegar en este punto algunas hipótesis que cruzan las observaciones que vengo efectuando con aquellos tres ejes, es decir, la pluralidad, la ineficacia y el autoritarismo como rasgos característicos de los campos jurídicos latinoamericanos.

## ENSEÑANZA JURÍDICA Y PLURALIDAD JURÍDICA

La convergencia en el mismo campo de una enseñanza jurídica que sigue respondiendo a los cánones del ideal jurídico de la ilustración europea, y en especial de su manifestación continental decimonónica, y del extendido fenómeno de la pluralidad jurídica ha redundado en múltiples paradojas. Por razones de espacio, sólo quiero señalar aquí aquellas que creo pueden ayudar a explicar el fenómeno de relativo aislamiento del campo jurídico estatal con respecto a aquellos otros campos jurídicos informales que, a falta de un aparato formal de reproducción simbólica de sus categorías, se imponen fundamentalmente por vía de su efectividad.

Un primer elemento a tener en cuenta es la casi total hegemonía del derecho estatal, y en general de las concepciones jurídicas tributarias del positivismo y del formalismo, en el mecanismo principal de reproducción simbólica del derecho, es decir, la enseñanza en las facultades de derecho. La hegemonía<sup>1</sup> de esta aproximación provoca lo que podríamos denominar un “punto ciego” de observación: el predominio de las categorías jurídicas estatales en la demarcación de aquello que es o no es derecho, de aquello que debe ser considerado derecho, de aquello que merece la pena ser observado desde un punto de vista jurídico, implica casi automáticamente la imposibilidad de tematizar en términos jurídicos el fenómeno de la pluralidad de modo significativo. Para las categorías del derecho estatal generadas en la red conceptual del derecho continental moderno, cualquier otra manifestación social de ejercicio de autoridad, poder o violencia debe ser considerada a partir del par legalidad/ilegalidad, definido justamente por el derecho estatal. Esta hegemonía simbólica, conceptual, dificulta enormemente abordar fenómenos que se sitúan fuera de la esfera de la definición estatal como fenómenos jurídicos, y mucho más convertirlos en objetos merecedores de estudio o de consideración académica. Como he dicho antes, el terreno principal de consolidación de esta hegemonía no es el de la filosofía o la sociología del derecho (que son, si se quiere, los ámbitos en los que la conciencia de la crisis paradigmática del positivismo está más extendida) sino el del cúmulo de disciplinas jurídicas codificadas, que proyectan las herramientas conceptuales que constituyen el “sentido común de los juristas”.

Un segundo elemento que hay que tener en cuenta es el monopolio ejercido por el aparato pedagógico universitario como condición necesaria para devenir jurista, es decir, para la efectiva incorporación como actor relevante al campo jurídico. El monopolio de las formas, de las vías, de las ceremonias, de los ritos de pasaje necesarios para transformar a un lego

<sup>1</sup> Hablo de hegemonía, no de monopolio absoluto. Dejo para más adelante el comentario sobre el intento de dar cuenta de fenómenos plurales a través de la teoría jurídica estatal.

en un jurista, para reconocer a alguien como un actor autorizado del campo jurídico, otorga a la producción jurídica hegemónica una voz casi excluyente en la determinación del lenguaje y los contenidos considerados imprescindibles para hablar desde el derecho. Si la aproximación hegemónica de la educación jurídica reproduce sistemáticamente las categorías del paradigma codificador decimonónico, las posibilidades de que los actores representen el campo jurídico a través de un instrumental conceptual diverso resultan notoriamente limitadas.

El tercer elemento que resulta relevante mencionar es la estrecha vinculación entre la enseñanza jurídica universitaria y la constitución de un campo académico específico que, sin embargo, está también dirigido y se alimenta al menos de dos campos estructuralmente distintos, a saber: el de la producción normativa legislativa y administrativa, y el jurisprudencial. Este elemento requiere alguna precisión sobre las funciones de la dogmática jurídica, en la que sigo las ideas que he propuesto en otro trabajo (Bovino y Courtis 2001). Las funciones primordiales de la dogmática jurídica podrían resumirse del siguiente modo:

- a) **Función sistematizadora:** La labor conceptual de la dogmática pretende, partiendo de la vigencia de cierto material jurídico dado (“puesto”, de ahí la denominación de “derecho positivo”), su ordenamiento y sistematización. Uno de los sentidos de esta sistematización es el pedagógico: el ordenamiento sistemático y económico de material jurídico extenso o disperso facilita su enseñanza. Sin embargo, la labor de sistematización realizada por los dogmáticos va bastante más allá de esta intención pedagógica. Otra de las tareas características de esta función de sistematización es la generación de “teorías” y de “categorías” capaces de dar cuenta del material jurídico que pretende describirse y explicarse.
- b) **Función *de lege lata*:** Otra de las tareas abordadas por la dogmática es la de sugerir soluciones para casos problemáticos o indeterminados. Esta tarea, cuyos destinatarios principales son los aplicadores del derecho –arquetípicamente, los jueces–, supone detectar “problemas” interpretativos, es decir, casos en los que no está claro cuál es el sentido del material jurídico dado y en los que, en apariencia, más de una solución es plausible, y señalar criterios de solución para estos casos problemáticos. Ciertamente, la dogmática más refinada intentará derivar las soluciones sugeridas de las “teorías” o “categorías” propuestas en su sistematización del material jurídico abordado. Por motivos de brevedad incluiré aquí sólo otra de las actividades típicas de la dogmática, constituida por el comentario y crítica de las decisiones jurisprudenciales. Aquí, el dogmático comenta la decisión adoptada por un tribunal judicial en un caso problemático a la luz de lo que él considera la solución correcta de acuerdo con el material jurídico en disputa.

- c) *Función de lege ferenda*: Otra de las funciones cumplidas por la dogmática –dirigida en este caso principalmente a los legisladores o a la administración, en su carácter de poder reglamentario– consiste en la crítica del material jurídico dado, a partir de valoraciones diversas (semánticas, lógicas, sistemáticas, morales, políticas, económicas, sociológicas, etc.) y la correlativa propuesta de cambio, destinada a influir sobre quien tiene poder de derogación o modificación de la norma criticada.

Pues bien, la producción dogmática, enmarcada fundamentalmente en el ámbito académico universitario, no sólo representa la principal herramienta de reproducción del derecho a través de la enseñanza jurídica universitaria, sino que constituye además un campo intelectual propio, que pretende mediar los términos de creación, aplicación y modificación del derecho. Algunas razones de autolegitimación de la dogmática yacen en las mismas fuentes de legitimación de otras disciplinas denominadas científicas: un espacio académico propio, la delimitación de un “objeto propio”, la acumulación de bibliografía propia que define su “autonomía científica”, el empleo de los ritos y de los símbolos típicos de la producción científica (los grados académicos, la constitución de “escuelas”, de relaciones maestro/discípulos, los criterios comunes de autoridad, las citas mutuas), etc. (Bourdieu 1984). Sin embargo, de manera no muy distinta a otras disciplinas teóricas orientadas a la práctica, otra de las fuentes de legitimación de la dogmática es el grado de empleo de sus construcciones teóricas, de sus teorías, de sus categorías, de sus soluciones propuestas, por parte de los jueces y de los legisladores. Esta forma de “confirmación” de las construcciones de la dogmática vincula fuertemente los productos de los distintos actores del campo jurídico, remitiendo mutuamente sus criterios de validación.

Una vez presentado este panorama, cabe situarlo en el contexto del campo jurídico latinoamericano. Resulta evidente que esta concepción del papel de la dogmática recoge elementos típicos de la concepción de racionalidad científica moderna occidental: el papel de la ciencia es el de guiar racionalmente la práctica, a partir de una conceptualización previa del objeto de estudio relevante en términos sistemáticos. La paradoja de la aplicación de esta concepción a la realidad jurídica latinoamericana es, justamente, el efecto “autorreferente” producido por el recorte de su objeto de conceptualización al derecho positivo estatal. Así, los actores relevantes cuya actividad se escruta son los creadores y aplicadores del derecho estatal, quienes a su vez legitiman teóricamente su actividad a partir del empleo y de la referencia a las construcciones de la dogmática. Los efectos de esta interacción son tematizados teóricamente y constituyen el material de enseñanza para los futuros abogados, jueces, legisladores y cuadros profesionales de la administración pública. En este contexto, la percepción de la pluralidad jurídica como fenómeno de estudio relevante parece casi

condenada al fracaso: todos los actores que forman parte de este círculo autorreferente deben sus credenciales simbólicas al capital cultural fundado en el saber jurídico estatal.

En sentido inverso, parece obvio que para la consolidación de un campo jurídico no oficial, las referencias mutuas de dogmática, derecho judicial y sanción oficial de normas serán relativamente irrelevantes. En verdad, el derecho no oficial recoge de manera mimética algunos rasgos ceremoniales del derecho oficial (Santos 1991), pero difícilmente se trata de la articulación del equivalente a un cuerpo de doctrina.

## ENSEÑANZA JURÍDICA E INEFICACIA

Aunque algunas de las observaciones ya esbozadas también son aplicables a esta vinculación, cabe recoger una matización importante, efectuada por los propios GarcíaVillegas y Rodríguez: el señalamiento de la ineficacia instrumental del derecho en América Latina marcó sólo una tendencia. “Junto a la señalada tendencia de ineficacia han existido situaciones en las que el derecho oficial y extraoficial ha sido altamente eficaz”. La reflexión sobre las vinculaciones entre enseñanza jurídica –o, más generalmente, entre producción dogmática y enseñanza jurídica–, de un lado, e ineficacia instrumental del derecho, de otro, requiere preguntarse al menos por dos cuestiones: ¿En qué medida ha contribuido la tradición pedagógica y dogmática hegemónica a la tendencia a la ineficacia instrumental del derecho generalizada en América Latina? ¿En qué casos ha permitido esa tradición tomar en consideración la eficacia instrumental del derecho? Dedicaré breves reflexiones a ambos problemas.

Con respecto a la primera cuestión, parece claro que algunas de las tendencias descritas en el acápite anterior son perfectamente funcionales al mantenimiento de un permanente divorcio entre, por un lado, producción dogmática y enseñanza jurídica, y, por otro, eficacia instrumental del derecho oficial.

La tenaz resistencia del paradigma formalista y positivista dominante a una apertura interdisciplinaria, o al menos a alguna corrección de carácter sociológico de su metodología y de sus prioridades investigativas, constituye uno de los principales motivos de impermeabilidad frente al cada vez más visible fenómeno de la ineficacia instrumental de vastas secciones del ordenamiento jurídico oficial. Correlativamente, la negación de relevancia jurídica del fenómeno de la pluralidad jurídica parece rechazar cualquier tipo de inspiración o insumo teórico que pueda poner en crisis sus propias premisas epistemológicas.

En línea con este planteo, y aun dentro del marco del derecho oficial, la hegemonía de un enfoque normativista y conceptualista se ha caracteriza-

do por un desprecio hacia el tratamiento teórico de cuestiones de hecho, de prueba y, más generalmente, de organización de la implementación de aquellas normas aprobadas en el papel. La casi completa ausencia de enfoques de sociología de las organizaciones, de nociones de gestión, de análisis de políticas públicas, de economía (no hablemos ya de un marco teórico crítico, ni siquiera de herramientas teóricas de procedencia funcionalista) invitan a predecir un fracaso casi autoprogramado en las posibilidades de análisis de la eficacia instrumental de los mecanismos jurídicos creados.

Un segundo rasgo que merece ser puesto de relieve es el efecto del monopolio que la educación universitaria ejerce sobre la formación de los futuros juristas y operadores del derecho. Dado que el lenguaje, las formas de tematización y los instrumentos con los que se educa a los juristas latinoamericanos abrevan casi exclusivamente en este modelo positivista y formalista, raramente será dable esperar un cambio de enfoque espontáneo acerca del tipo de solución que requiere un problema social determinado. La recurrencia de ciertas soluciones estereotipadas (modificación normativa, litigio judicial) privilegiadas por este paradigma pedagógico y teórico, más allá de cualquier otra forma de evaluación empírica o teórica de conveniencia, costo, efectividad o efectos secundarios parecen reforzar esta tendencia a la ineficacia instrumental.

Esta homogeneidad de formación de los operadores del derecho tiene notorios efectos autorreferentes: dada la propensión general a tematizar los problemas en términos exclusivamente normativos, las respuestas a demandas políticas, económicas y sociales son canalizadas principalmente a través del derecho. La solución, claro, es sencilla y requiere poca inmersión en los hechos: basta, por ejemplo, hacerse a algunos modelos de normas provenientes del derecho comparado y producir su adaptación a la cultura jurídica local. Este temperamento, sin embargo, simplemente ofrece más de lo mismo: un sobredimensionamiento de la eficacia simbólica del derecho a costa de una evaluación seria de la eficacia instrumental de las normas propuestas. La inflación legislativa y la comentada tendencia a resolver crisis por la vía de reformas constitucionales son ejemplos claros de esta tendencia (Nino 1992). La primacía casi poética de los momentos declarativos por sobre la rutina de la ejecución e implementación es un rasgo endémico del derecho de nuestros países.

En cuanto a la segunda cuestión, sin embargo, cabe señalar que el capital cultural del derecho no está repartido igualitariamente y, como muestran Bourdieu (2000) y Santos (1991), existen jerarquías o “metáforas privilegiadas” en la educación jurídica y en la estructuración del campo profesional. Como señalé párrafos atrás, la educación jurídica latinoamericana, haciéndose eco del modelo continental europeo, asigna primacía a la formación sobre las instituciones de derecho privado. Esta primacía pro-

yecta además un modelo privilegiado de abogacía y una cierta imagen acerca de las posibilidades de ejercicio profesional, de modo que la educación jurídica “predestina” en parte el campo profesional, socializando a los alumnos y futuros abogados en un modelo que establece jerarquías entre los distintos ámbitos del derecho<sup>2</sup>. Ahora bien, esta jerarquía no es únicamente simbólica: es también material. La organización de la abogacía como una profesión liberal, más allá de las distintas formas de organización interna de este ejercicio, subordina el ejercicio profesional a la captación de recursos: parece evidente que en países en los que la distribución de la riqueza es notoriamente desigual, el capital jurídico se concentrará en torno de los sectores más ricos de la economía. Los efectos de la polarización social producida en América Latina en los años noventa (a raíz de la aplicación de programas de desregulación, privatización, descentralización y ajuste estructural de cuño neoliberal) se han hecho visibles sobre la organización de la abogacía: en muchos países se ha agudizado la desaparición de los estudios jurídicos pequeños y medianos, dedicados a asistir jurídicamente a los sectores sociales y al comercio medios, a favor de una concentración de los asuntos económicamente importantes en un pequeño número de grandes estudios o empresas, donde el régimen de los abogados empleados es mayoritariamente asalariado. Más allá de los efectos sociales de desigualdad que este cuadro multiplica, lo cierto es que la dependencia de la profesión de una cierta función vinculada con el rendimiento económico constituye un fuerte incentivo a favor de la aplicación de alguna evaluación costo-beneficio acerca del empleo de diversas estrategias de defensa de los intereses del cliente. Parece evidente que esta evaluación supone la posibilidad de distinción entre eficacia meramente simbólica y eficacia instrumental del derecho. Así, por ejemplo, la percepción de la muy alta ineficacia de los sistemas judiciales latinoamericanos ha generado la tendencia a derivar la solución de controversias a otros medios institucionales pactados privadamente, como el arbitraje, o bien a la decisión de sometimiento de esas controversias a tribunales extranjeros que, en la evaluación común de las partes, ofrecen mayores garantías. En el mismo sentido, la posibilidad de distinción entre eficacia simbólica y eficacia instrumental resulta un requisito esencial para la utilización estratégica de las normas a favor de los intereses del cliente: la utilización de la persecución penal estatal como instrumento de presión contra competidores, deudores o contratistas incumplidores y el abandono de su uso, una vez obtenido el objetivo buscado, es un buen ejemplo de ello, como lo son también la participación profesional de los abogados en fenómenos tales como la elusión y evasión impositiva de sus clientes, la corrupción de funcionarios públicos, el tráfico

<sup>2</sup> Para un argumento similar en el ámbito de la enseñanza jurídica estadounidense, véase Kennedy (2001).

de influencias, etc. La elección estratégica a favor de estos medios ilegales supone, claro está, una evaluación de la eficacia instrumental de las normas vigentes: de la posibilidad de distinguir “aquellas situaciones en las que el derecho oficial es altamente eficaz” depende la evaluación de costo-beneficio que favorezca los intereses del cliente.

Nuestra pregunta inicial, sin embargo, iba dirigida a la vinculación entre educación jurídica y eficacia instrumental. Pues bien, como creo haberlo sugerido, esta vinculación parece, en América Latina, meramente indirecta: la educación jurídica tradicional no aporta elementos teóricos suficientes para operar la distinción entre eficacia simbólica y eficacia instrumental pero orienta el ejercicio de la profesión hacia un ámbito en el que esta distinción resulta un requisito empírico de éxito profesional. Los abogados aprenden a operar la distinción “en el campo”, a partir de su socialización en el ámbito del ejercicio profesional.

Dedicaré un breve párrafo a las complejas relaciones entre dogmática jurídica, ejercicio profesional y eficacia instrumental del derecho, adelantando algunas ideas que abordaré al dedicarme a los fenómenos de transculturación jurídica. Aunque parte del legado de la tradición iusprivatista europea se reproduce dentro de cánones tradicionales (es notoria, por ejemplo, la poca atención brindada al fenómeno de la descodificación por los programas de estudio, que siguen vertebrados por la estructura de los códigos), la dogmática latinoamericana también asume funciones de innovación, ampliando o renovando su espectro temático a partir del señalamiento de “nuevas áreas” de investigación jurídica<sup>3</sup>. Es frecuente que el espacio teórico de estas “nuevas áreas” resulte pautado bien por el impacto de innovaciones tecnológicas, bien por la introducción local de nuevas modalidades de transacción comercial de origen internacional. Dada la tendencia a la concentración de la representación de los intereses de las empresas con mayor peso en el mercado, y el fenómeno de internacionalización de los mercados locales, no es raro que los impulsos de “innovación” en el campo dogmático y aun legislativo estén ligados justamente a la defensa, no sólo “teórica” sino profesional, de aquellos intereses, mucho más cuando quienes ocupan puestos de enseñanza universitaria y gozan del prestigio de títulos académicos fungen a la vez como abogados de las mismas empresas. Cuando las dimensiones del círculo académico son relativamente pequeñas, se percibe en nuestros países un fenómeno curioso: la producción dogmática cumple funciones de *lobby* legislativo y judicial, promoviendo desde la “neutralidad” del discurso jurídico innovaciones normativas o interpretativas que responden al interés de las empresas, que

<sup>3</sup> Así, por ejemplo, la informática jurídica, la regulación jurídica de internet, los aspectos jurídicos de la biotecnología, la regulación de la reproducción asistida, las “nuevas formas de contratación”, las “nuevas formas de propiedad”, etcétera.

son finalmente las que pagan los honorarios del académico-abogado. En algunos casos, esta imbricación incluye el financiamiento de las revistas especializadas, de modo que hay coincidencia entre quienes reclaman la innovación, quienes la introducen en el debate “académico” y la promueven, y quienes defienden profesionalmente ese interés. La promoción de innovaciones o incorporaciones va acompañada, en estos casos, de un cálculo estratégico en el que las distinciones entre eficacia instrumental y eficacia meramente simbólica tienen un papel crucial. Un ejemplo interesante puede ilustrar la cuestión. En la Argentina, las empresas informáticas multinacionales ejercieron una fuerte presión legislativa y “académica” para la aprobación de un régimen que tipificara penalmente la piratería de *software*. Una vez aprobada esa legislación, en poco tiempo se hizo evidente el hecho de que la aplicación judicial de esa normativa, es decir, la investigación, persecución penal y sanción de esos nuevos delitos, dependía en forma casi exclusiva de la información proporcionada por estas mismas empresas que, de este modo, se convirtieron en la llave fundamental para la movilización del aparato penal estatal. La distancia entre eficacia meramente simbólica y eficacia instrumental depende así de la decisión estratégica de los actores privados que promovieron la innovación normativa.

## ENSEÑANZA JURÍDICA, DOGMÁTICA Y AUTORITARISMO

Varias de las consideraciones anteriores podrían repetirse también en este punto. El modelo positivista-formalista es claramente funcional a la adopción simbólica de soluciones de corte autoritario, como por ejemplo la tipificación penal de nuevas conductas, o a la agravación de penas para delitos ya previstos. La relativa economía de medios que requiere el planteo de estas soluciones ahorra el esfuerzo de requerir mayores datos, o evaluar diferentes soluciones para el mismo problema (Bergalli 1982, García Méndez 1987).

Quisiera centrarme, sin embargo, en otro eje que resulta relevante para analizar la vinculación entre la enseñanza jurídica, la dogmática producida en nuestros países y la reproducción de soluciones autoritarias. Me refiero a una característica de “estilo” de la forma de enseñanza jurídica tradicional de nuestros países, consistente en la presentación del contenido del ordenamiento jurídico en términos de “neutralidad” o “asepsia”. La tendencia a la adhesión formal al contenido del derecho positivo, independientemente de su contenido, bajo excusa de mera descripción, y la expulsión de las discusiones sobre valores y justificaciones fuera del ámbito jurídico, abonan el terreno para la consideración de las normas jurídicas como mero dato, dificultando la conexión entre soluciones jurídicas y valoraciones de conveniencia política, económica o social (Bovino y Courtis 2001; Nino 1974, 1979).

Simultáneamente, tampoco puede soslayarse otro de los rasgos apuntados por García Villegas y Rodríguez, es decir, la tradicional pertenencia mayoritaria de la élite jurídica ilustrada a las altas burguesías latinoamericanas, y la notoria concentración social de la riqueza y del sistema político. No resulta difícil imaginar que la vinculación de una “tecnocracia” jurídica a las élites dominantes en el sistema político dará como resultado la producción de justificaciones de la conducta de estas élites, a través de construcciones teóricas tales como la “doctrina de facto” y el “estado de excepción permanente”, mencionadas por García Villegas y Rodríguez. El divorcio entre la enunciación constitucional de principios democráticos y la realidad jurídica y política de gran parte de nuestros países también ha requerido la elaboración de categorías dogmáticas capaces de “normalizar” esa aparente anomalía.

El efecto conjunto de estos dos rasgos es prácticamente el de la legitimación del saber de la tecnocracia jurídica ligada a los grupos dominantes, transmitido como realidad “neutral” a través de la enseñanza en las facultades de derecho. No cuesta mucho advertir que el discurso “técnico” no es más que una forma de escamotear la falta de discusión explícita sobre principios políticos o, dicho en otros términos, la carencia de legitimación democrática de muchas de sus construcciones (Entelman 1991).

## TRANSCULTURACIÓN E HIBRIDEZ: LA DOGMÁTICA COMO VEHÍCULO

La producción teórica de la dogmática latinoamericana tampoco resulta ajena al movimiento de circulación territorial de bienes culturales. El texto de García Villegas y Rodríguez deja suficientemente claro el origen continental europeo de la legislación común y la inspiración constitucional estadounidense del derecho constitucional en América Latina. Como he comentado, la formación del cuerpo de legislación común es acompañada por la producción de un cuerpo teórico capaz de sistematizarlo y transmitirlo, haciéndolo accesible a estudiantes y operadores del derecho. Pues bien, la comunidad dogmática latinoamericana ha generado desde hace tiempo (fines del siglo XIX al menos, y todo el siglo XX) un flujo de transculturación, de importación de instituciones y de teoría jurídica que merecería un análisis detallado. No se trata sólo de la traslación de la codificación francesa y de la teoría generada por sus comentaristas: América Latina ha abrevado en la producción dogmática alemana, italiana y española en el campo del derecho penal; en la doctrina francesa y española en el campo del derecho administrativo; en la doctrina italiana en el campo del derecho comercial; en las doctrinas italiana y española en el campo del derecho procesal; en la doctrina estadounidense en el campo del derecho constitucional, etc. Por otro lado, estos procesos también se han verificado en el

interior de la propia América Latina, donde la teoría producida en países de mayor desarrollo relativo –y poseedores de una industria editorial más poderosa–, como Argentina, Colombia o México, ha influido sobre los demás países.

Parte de esta tarea de importación de institutos y de traducción/reescritura de las teorías y categorías dogmáticas generadas en otro contexto simplemente reproduce a nivel bilateral al menos, y multilateral tal vez, las jerarquías, *habitus*, señas de pertenencia y otros rasgos típicos de la comunidad académica local, ya que la fuente principal de estas importaciones es la producción normativa y teórica del país de origen de la novedad. Los portadores de estas novedades son juristas que fungen como embajadores teóricos en ambos extremos del intercambio: de personaje ungido con la representación de la academia extranjera, y por tanto de prestigio, en su país de procedencia, y de seguidor o discípulo remoto en el país de adquisición de la novedad. Queda claro, de todos modos, que el intercambio es muy asimétrico, y que el flujo de información va abrumadoramente orientado en un solo sentido: de mayor a menor...

Este flujo de información ha producido algunas paradojas interesantes en el campo jurídico latinoamericano. La existencia de una variada oferta cultural y política de modelos de los cuales abrevar ha generado varios fenómenos de mestizaje jurídico difícilmente imaginable en los lugares de origen de algunas instituciones transvasadas. Así, por ejemplo, la coexistencia de modelos de control constitucional de origen estadounidense y europeo, o la coexistencia de un derecho constitucional de raigambre estadounidense y un sistema administrativo de inspiración francesa, o de estructuras judiciales que mezclan aspectos de la burocracia judicial de estilo napoleónico con procedimientos de designación y remoción de cuño estadounidense, o bien la amalgama de instituciones procesales de origen inquisitivo con institutos provenientes de un modelo antagónico, etc.<sup>4</sup> Los virajes de inspiración legislativa y doctrinaria han tenido como efecto extrañas superposiciones de institutos aparentemente, y muchas veces realmente, incompatibles.

En una vena similar pueden situarse algunas consecuencias del actual proceso de globalización, en especial aquellas ligadas a la deslocalización de la producción y a la circulación internacional de bienes. En nuestros países, como en muchos otros, los canales de ingreso de innovaciones jurídicas en gran parte de origen anglosajón no hacen más que reeditar de algún modo ese proceso original de importación de institutos jurídicos, superponiéndose en muchos casos con mayor o menor fortuna al bagaje previamente existente. El lenguaje de los tipos contractuales característi-

<sup>4</sup> Algunos ejemplos pueden verse en Mairal (1984) y Zaffaroni (1994).

cos de la actual expansión de una virtual *lex mercatoria* privada (Capella 1997, Santos 1998) (*franchising, merchandising, leasing*, contratación laboral precaria, etc.) requiere un esfuerzo dogmático de importación, traducción, reconfiguración y promoción, de modo que asegure al menos condiciones para su eficacia instrumental. Nuevamente, el arraigo de estas innovaciones queda siempre mediado por las operaciones de adaptación y reproducción llevadas a cabo por la dogmática y por la enseñanza jurídica local.

Una última observación concierne a aquellos procesos de absorción por el sistema jurídico oficial de rasgos característicos del derecho no oficial, o el desarrollo de institutos de mediación de los posibles efectos del divorcio entre legalidad oficial y formas de vida de la población. Aunque minoritarios desde el punto de vista teórico, muchos países de América Latina han generado esfuerzos dogmáticos por adaptar algunas categorías de origen europeo o estadounidense a la realidad local. El reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico en varios de los países de la región (Bolivia, Colombia, Perú) y los intentos por evitar efectos indeseables de la aplicación del derecho penal en países caracterizados por una pluralidad social y cultural en los que la cultura y el derecho oficiales no necesariamente son mayoritarios (como por ejemplo el trabajo de la categoría del error culturalmente condicionado, que ha influido sobre la codificación penal peruana, o el reconocimiento y absorción estatal del fenómeno de rondas campesinas) son muestras de un intento por adaptar en alguna medida el contenido de las normas jurídicas a las condiciones económicas, sociales y culturales de países semiperiféricos o periféricos, o al menos de evitar los peores vicios de una importación poco consciente de los problemas que generan los traslados mecánicos entre realidades sociales asimétricas (Yrigoyen 1992, Zaffaroni 1996).

## A MODO DE CONCLUSIÓN

Del breve recorrido efectuado, creo que ha quedado claro que la enseñanza jurídica y la producción dogmática representan factores constitutivos de los campos jurídicos latinoamericanos, con un peso fundamental para la explicación de los rasgos elegidos por García Villegas y Rodríguez como ejes de caracterización (la pluralidad jurídica, la ineficacia y el autoritarismo). El intento de llevar a cabo una consolidación de los estudios críticos sobre el derecho en América Latina requiere una atención especial por la constitución y funcionamiento de las comunidades académicas, que tienen a cargo la reproducción del derecho a través de la enseñanza y de la tarea dogmática.

En este sentido, la formación de un arsenal conceptual crítico requiere un instrumental de investigación empírica y la generación de herramien-

tas teóricas que combinen elementos de la sociología de la ciencia, la sociología de la educación y la sociología de las profesiones. Varios de los problemas que he esbozado en este trabajo (la vinculación entre la orientación hegemónica positivista-formalista y el descuido por los aspectos empíricos del derecho, la reproducción de jerarquías entre las distintas ramas del derecho, la existencia de estrechos vínculos entre el modelo pedagógico vigente, la producción dogmática y el ejercicio profesional, etc.) apenas tienen espacio en la propia investigación de la filosofía y la sociología jurídicas latinoamericanas.

Sin embargo, creo que el desafío que plantean García Villegas y Rodríguez –el “esfuerzo consciente por cuestionar los fundamentos de las formas jurídicas y sociales dominantes con el fin de impulsar prácticas e ideas emancipadoras dentro y fuera del campo jurídico”– exige un tarea mucho más ambiciosa, cual es la de modificar la metodología y el contenido de la enseñanza del derecho, no sólo en el ámbito de la filosofía y sociología jurídicas, sino fundamentalmente en el terreno donde se reproduce el conocimiento en el que se socializan los juristas, es decir, el de las materias codificadas. Creo que una de las metas de una teoría crítica fructífera consiste en producir categorías de análisis e información capaces de “descongelar” –por usar el término de Robert Gordon– el perfil anquilosado de la enseñanza jurídica de la región y formar juristas mejor preparados para enfrentar la compleja realidad de nuestros países (Gordon 2001, 2000).

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abramovich, Víctor (1999). “La enseñanza del derecho en las Clínicas Legales de Interés Público. Materias para una agenda temática”, en: González, F. y F. Viveros (eds.). *Defensa Jurídica del interés público. Enseñanza, estrategias, experiencias*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Bergalli, Roberto (1982). *Crítica de la criminología: Hacia una teoría crítica del control social en América Latina*. Bogotá: Temis.
- Bourdieu, Pierre (1984). *Homo academicus*. Paris: Minuit.
- (1986). “*Habitus, code et codification*”, *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 64.
- (2000). “Elementos de una sociología del campo jurídico”, en: Bourdieu, P. y G. Teubner. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Uniandes-Instituto Pensar-Siglo del Hombre.
- Bovino, Alberto y Christian Courtis (2001). “Por una dogmática conscientemente política”, en: Courtis, C. (comp.). *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Capella, Juan Ramón (1997). *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado*. Madrid: Trotta.
- Entelman, Ricardo (1991). “Discurso jurídico y organización del poder”, en: Marí, E., A. E. Ruiz, C. Cárcova y otros. *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- García Méndez, Emilio (1987). *Autoritarismo y control social*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Gordon, Robert W. (2000). “La teoría crítica del derecho (*Critical Legal Studies*) como método de enseñanza del derecho”, en: Böhmer, M. F. (comp.). *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*. Barcelona: Gedisa.
- (2001). “Cómo ‘descongelar’ la realidad legal: una aproximación crítica al derecho”, en: Courtis, C. (comp.). *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Frank, Jerome (1999). “Una defensa de las escuelas de abogados”, en: Böhmer, M. F. (comp.). *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*. Barcelona: Gedisa.
- Kennedy, Duncan (2001). “La educación legal como preparación para la jerarquía”, en: Courtis, C. (comp.). *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Mairal, Héctor (1984). *Control judicial de la administración pública*. Buenos Aires: Depalma.
- Nino, Carlos S. (1974). *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México: Universidad Autónoma de México.
- (1979). *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*. Valencia: Universidad de Carabobo.
- (1992). *Un país al margen de la ley*. Buenos Aires: Emecé.
- Santos, Boaventura de Sousa (1991). “Una cartografía simbólica de las representaciones sociales: prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho”, en: Santos, B. *Estado, derecho y luchas sociales*. Bogotá: ILSA.
- (1998). *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: ILSA-Universidad Nacional de Colombia.
- Yrigoyen, Raquel (1992). “Rondando el derecho”, en: *Primer taller nacional sobre rondas campesinas, justicia y derechos humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (1994). *Estructuras judiciales*. Buenos Aires: Ediar.
- (1996). *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.