



CLÍNICAS JURÍDICAS EN ARGENTINA

Tamara Luisina Mascareño Varas

Clínicas jurídicas en Argentina: una innovación crítica en la enseñanza jurídica y en el acceso al derecho y a la justicia

Volumen I

Tesis de doctorado en Derecho, Justicia y Ciudadanía en el Siglo XXI,
orientada por el Prof. Doctor João António Fernandes Pedroso y Prof. Doctor Carlos Lista
y presentada a la Facultad de Economía de la Universidad de Coimbra.

Diciembre. 2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FEUC FACULDADE DE ECONOMIA
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Tamara Luisina Mascareño Varas

Clínicas jurídicas en Argentina: una innovación crítica
en la enseñanza jurídica y en el acceso al derecho y la
justicia

Tesis de Doctorado en el programa “Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI” en la especialidad de Sociología del Derecho, presentada a la Facultad de Economía de la Universidad de Coimbra para la obtención del grado de Doctor.

Orientadores: Prof. Doctor João António Fernandes Pedroso y Prof. Doctor Carlos Lista.

Coimbra, 2016

Agradecimientos

Cuando decidí iniciar el doctorado en el año 2012 llena de expectativas, miedos y ansiedades, no imagine que todo este proceso significaría un gran aprendizaje de vida. Comenzar a estudiar un doctorado en un país diferente, con otra lengua y con distintas costumbres representó un importante desafío que me permitió abrir mi corazón y mi razón a nuevos conocimientos y virtudes, que fui adquiriendo a lo largo de este período. En este momento, al final de este recorrido, sólo me resta agradecer a todos los que participaron de este sacrificado, pero valioso resultado.

Un especial agradecimiento para la comunidad portuguesa que me recibió y me acogió durante todos estos años brindándome su cariño y compartiendo conmigo sus costumbres. Especialmente para la Universidade de Coimbra, que además de ayudar a mi crecimiento profesional con el estudio del doctorado, me permitió aprender el idioma portugués y participar de sus tradicionales e inolvidables ceremonias.

Agradezco también a la Faculdade de Economia, Faculdade de Direito y el Centro de Estudos Sociais de la Universidade de Coimbra, instituciones que me brindaron todo su apoyo en la elaboración de este trabajo, tanto en relación a los recursos materiales como humanos, donde descubrí brillantes investigadores y agradables personas y colegas.

Un agradecimiento particular al Doctor João António Fernandes Pedroso por haber sido mi orientador y soporte en la elaboración de esta tesis, por su generosidad al momento de compartir conmigo sus conocimientos y experiencias y, por su paciencia al comprender mis momentos de ansiedad y de confusión. También debo agradecer al Doctor Carlos Lista, quien fue el co-orientador de esta tesis y mi guía durante el trabajo de campo en Argentina. Ambos, fueron mis mentores al momento de escribir, definir y corregir este trabajo que no podría haber sido posible sin este esfuerzo conjunto.

Una palabra especial para agradecer a las instituciones y autoridades argentinas que me recibieron y colaboraron en el desarrollo de la investigación empírica sobre la que se asienta esta tesis. Específicamente a la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia; al Centro de Estudios Sociales y legales; a la Clínica Legal de Interés Público de Córdoba; a las Clínicas jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata; a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Litoral y a la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, porque cada una de estas entidades junto con sus directores,

profesores, estudiantes y consultantes me abrieron sus puertas permitiéndome conocer la intimidad de su trabajo.

Me gustaría destacar al Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, en particular al personal de la biblioteca y del área de relaciones internacionales que me recibieron y acompañaron durante parte de mi pesquisa bibliográfica.

Agradezco también la colaboración prestada por distintos colegas y profesionales con quienes me fui encontrando a lo largo de este camino, desde su voluntad al momento de responder una entrevista, hacer una contribución sobre el tema, facilitar bibliografía o documentos hasta los comentarios constructivos y rigurosos que hicieron sobre este trabajo. Especialmente a la Dra. Mariela Puga y al Dr. Gustavo Maurino a quienes admiro por su humildad, dedicación y desempeño en la práctica del interés público. Igualmente, a la Dra. Silvia Barrientos y a la Diseñadora gráfica María José Sosa por su gentileza y contribución generosa.

La elaboración de esta tesis fue un trabajo de varios años que se sustentó con el soporte del proyecto Erasmus Mundus Artess -un proyecto conjunto entre Argentina y la Comisión Europea-, el apoyo de la Divisão de Relações Internacionais da Universidade de Coimbra y la ayuda incondicional de mi familia.

Durante el desarrollo de esta tesis se fueron presentando algunos escollos sean sobre el proyecto de investigación, problemas personales o ajenos, alguna enfermedad, problemas económicos, el fallecimiento de un ser amado, la computadora se dañó, el documento de Word se borró y no había respaldo o simplemente a veces llegaba a instancias de la investigación donde no sabía cómo avanzar. Afortunadme, durante todos estos desafíos nunca estuve sola, siempre tuve el apoyo de Dios, de mis orientadores, de mi familia, de mi novio, de mis amigos y de conocidos. Por eso, esta tesis está dedicada a todos aquellos que gentilmente me brindaron su energía para que pudiera cumplir uno de mis sueños ayudándome sin egoísmos y resignándose a numerosos momentos compartidos.

A mis padres y hermanas que siempre estuvieron apoyándome y cuidándome a la distancia. A mí compañero que esperó y apoyó con paciencia este crecimiento. A mis amigos, antiguos y nuevos, con quienes vivo momento inolvidables y quienes por elección son parte de mi familia. Para ellos mi amor eterno.

De todos los que colaboraron en este proyecto soy su deudora. A todos un gran abrazo y un vivaz MUCHAS GRACIAS.

Financiamiento de la investigación

Esta tesis se benefició del apoyo de:

Erasmus Mundus- Action 2. ARTESS - Argentina Towards Europe for Social
Sciences

y de la

Divisão de Relações Internacionais da Universidade de Coimbra.



EUROPEAN
COMMISSION



Resumen

Esta tesis nació de la inquietud por estudiar la enseñanza del derecho desde un abordaje sociológico, que favoreciera el estudio y la interpretación de la ciencia jurídica como parte del sistema social. Promoviendo un aprendizaje en base a criterios realistas, críticos, interdisciplinarios y prácticos, que en su conjunto representen una formación integral sobre la cual pudieran devenir diferentes perfiles de profesionales del derecho. Particularmente, la cuestión que conduce esta investigación es analizar la metodología clínica en Argentina, con el propósito de explorar su contribución desde dos perspectivas; por un lado, el aporte que esta herramienta pedagógica puede significar para mudar las limitaciones del paradigma clásico de la enseñanza y, por otro lado, el real aporte que esta actividad representa en el proceso de consolidación del derecho de acceso al derecho y a la justicia.

Las clínicas jurídicas surgen de la doctrina del realismo jurídico norteamericano y proponen un estudio del derecho desde la realidad, negando el carácter abstracto, universal, y neutro, que caracterizó al pensamiento jurídico del siglo XX. Desde esta nueva epistemología, proponemos un análisis y reflexión en torno al proceso de enseñanza-aprendizaje y a la formación de nuestros futuros juristas.

La investigación empírica destinada a verificar las reflexiones propuestas, sucede en las clínicas jurídicas más importantes de Argentina, donde analizaremos la rutina de trabajo, su ubicación institucional, la integración del equipo, el tipo de litigios que representan, la modalidad de trabajo con los estudiantes, la potencialidad de intervenir en el proceso de socialización de los estudiantes y la capacidad de estas clínicas para intervenir en la afirmación del derecho de acceso al derecho y a la justicia.

Asimismo, la propia experiencia empírica contribuyó a definir algunos conceptos abstractos, como la idoneidad de la metodología, la socialización de los estudiantes, el trabajo en prácticas de interés público y sobre todo, permitió evidenciar la necesidad de promover una integración de saberes en la formación de los juristas, a los fines de confiar a la sociedad distintos perfiles de profesionales capaces de responder a las inquietudes y exigencias de la “sociedad de la modernidad avanzada” (Giddens, 2005).

Resumo

Esta tese nasceu da inquietude para estudar o ensino do direito desde uma abordagem sociológica, que permitisse o estudo e a interpretação da ciência jurídica como parte do sistema social. Com o propósito de promover uma aprendizagem com base de critérios realistas, críticos, interdisciplinares e práticos, que no conjunto representam uma formação integral sobre a qual pudessem emergir diferentes perfis de profissionais do direito. Particularmente, esta pesquisa está orientada para a análise da metodologia clínica na Argentina, com o objetivo de medir a sua contribuição desde duas perspectivas; por um lado, o aporte que esta ferramenta pedagógica poderia significar para mudar as limitações do paradigma clássico do ensino e, por outro lado, o contributo que esta atividade representaria no processo de consolidação do direito de acesso ao direito e a justiça.

As clínicas jurídicas surgiram da doutrina do realismo jurídico norte-americano e propõem o estudo do direito a partir da realidade, negando o carácter abstracto, universal e neutro, que caracterizou o pensamento do século XX. Com esta nova epistemologia, propomos um análise e uma reflexão em relação ao processo do ensino e a formação dos nossos futuros juristas.

A pesquisa empírica destinada a verificar as reflexões propostas, sucede nas clínicas jurídicas mais importantes de Argentina, onde analisaremos a rotina de trabalho, sua localização institucional, a integração da equipa, o tipo de litígios que representam, a modalidade de trabalho com os estudantes, a potencialidade de intervir no processo de socialização dos estudantes e a capacidade destas clínicas para auxiliar na afirmação do direito de acesso ao direito e à justiça.

Conjuntamente, a própria experiência empírica contribuiu para definir alguns conceitos abstractos, como a idoneidade da metodologia, a socialização dos estudantes, o trabalho nas práticas jurídicas de interesse público e sobre tudo, permitiu evidenciar a necessidade de promover uma integração dos saberes na formação dos juristas, de modo a confiar à sociedade distintos perfis de profissionais capazes de responder às inquietudes e exigências da “sociedade da modernidade avançada” (Giddens, 2005).

Abstract

This thesis was born from the concern to study the teaching of law from a sociological approach, to purpose the study and interpretation of legal science as part of the social system. Promoting learning based on realistic, critical, interdisciplinary and practical approaches, that together could represent an integral training which could become different profiles of professionals. In particular, this research is to study the clinical methodology in Argentina, in order to explore their contribution from two perspectives; on the one hand, the contribution that this educational tool can mean to change the limitations of the classical paradigm of teaching and, on the other hand, the real contribution that this activity represents in the process of consolidation to the right of access to law and justice.

Legal clinics emerged from the american's doctrine of legal realism and, it propose to study law from the reality, denying the characters of abstract, universal and neutral, that characterized the thought of the twentieth century. So, from this new epistemology, we propose a reflection about the teaching process and the academic formation of our future lawyers.

The empirical research to verify the proposed reflections, it happens in the most important legal clinics in Argentina, where we are going to study their work routine, institutional location, team integration, the types of disputes that they represent, the way of working with students, the potential of this methodology to intervene in the student's socialization process and the ability of these clinics to assist in the affirmation of the right of access to law and justice.

Also, the empirical experience helped us to define some abstract concepts, such as the suitability of the methodology, the student's socialization process, the work about practices of public interest and it allowed to demonstrate the need to promote integration of knowledge in the training of lawyers, in order to entrust the society different profiles of professionals able to respond to the concerns and demands of "advanced modern society" (Giddens, 2005).

Lista de abreviaturas

ABA: American Bar Association

ACIJ: Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia

ADC: Asociación por los Derechos Civiles

CABA: Ciudad Autónoma de Buenos Aires

CELS: Centro de Estudios Sociales y Legales

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CLEPR: Council on Legal Education and Professional Responsibility

CLIP: Clínica Legal de Interés público

CONEAU: Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria

CPC: Ciclo Profesional Común

CPO: Ciclo Profesional Orientado

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

DESC: Derechos Económico, Sociales y Culturales.

PEN: Poder Ejecutivo Nacional

TBA: Trens de Buenos Aires

UBA: Universidad Nacional de Buenos Aires

UNL: Universidad Nacional del Litoral

UNL: Universidad Nacional de La Plata

UP: Universidad de Palermo

ÍNDICE DE CUADROS SINÓPTICOS

CUADRO 1.....	74
CUADRO 2.....	230
CUADRO 3.....	240
CUADRO 4.....	241
CUADRO 5.....	245
CUADRO 6.....	259
CUADRO 7.....	305

<u>Introducción general.....</u>	<u>1</u>
<u>Capítulo 1: Reflexiones en relación al derecho del nuevo siglo</u>	<u>9</u>
Introducción: la importancia de un abordaje socio jurídico del derecho	9
1. Nuevos horizontes científicos	11
1.1. DISTINTAS CONCEPCIONES DE DERECHO	11
1.1.1 Análisis funcional del derecho.....	13
1.2. FUNCIONES DEL DERECHO: NUEVAS PERSPECTIVAS	17
1.2.1. Orientación social	18
1.2.2. Tratamiento de los conflictos.....	20
1.2.3. Legitimación	21
1.3. JUSTICIA: DISTINTAS ACEPTACIONES	24
1.3.1. Distintas concepciones de justicia	25
1.3.2. Algunas conclusiones	30
2. Exigencias prácticas de la realidad posmoderna	32
2.1. GLOBALIZACIÓN: ACTUALIZACIÓN DEL DERECHO.....	33
2.2. PROFESIONALES DEL DERECHO: SIGLO XXI	34
2.3. ENSEÑANZA JURÍDICA EN EL NUEVO SIGLO	37
Conclusión	39
<u>Capítulo 2: Enseñanza jurídica: debates y modelos</u>	<u>41</u>
Introducción	41
1. Debates dentro de la enseñanza jurídica	41
1.1. CONCEPCIÓN DEL DERECHO Y DE JUSTICIA.....	41
1.1.1. Positivismo jurídico	41
1.1.2. Realismo jurídico.....	44
1.1.3. Redefiniciones	45
1.2. LA FORMA DE ENSEÑAR DERECHO: TÉCNICAS METODOLÓGICAS	47
1.2.1. CONTENIDO DEL PLAN DE ESTUDIO	47
1.2.1.1. Hermetismo o interdisciplinariedad.....	48
1.2.1.2. Diagramación del curriculum	49
1.2.1.3. Saber doctrinario y saber práctico	50
1.2.1.4. Derecho público y derecho privado	52
1.2.2. PEDAGOGÍA EN EL AULA	52
1.2.2.1. Transmisión o descubrimiento.....	52
1.2.2.2. El derecho como herramienta de acción política	54
1.3. PERFIL DEL GRADUADO.....	56
1.3.1. Rol del jurista con relación al derecho y a la justicia	56
1.3.2. Modelo científico y profesionalista	57
1.3.3. Interés público e interés privado	59
2. Modelos de facultades de derecho en el siglo XXI	60
2.1. MODELO CLÁSICO	60
2.2. MODELO CRÍTICO	63
2.3. MODELO CONFORME A LA INTERNACIONALIDAD DEL DERECHO.....	67
2.4. MODELO PROFESIONALISTA	70
2.5. CUADRO SINÓPTICO DE LOS MODELOS DE FACULTADES	72

Conclusión	77
Capítulo 3: Clínicas jurídicas	79
Introducción	79
1. Desafíos de la formación jurídica	79
1.1. PROYECCIÓN SOCIAL DEL DERECHO	79
1.2. SABER PRÁCTICO.....	81
1.3. EDUCACIÓN EN VALORES	84
1.4. LA POTENCIALIDAD DEL DISCURSO PEDAGÓGICO	87
2. Metodología clínica	92
2.1. Modalidades	92
2.2. Aportes de la metodología clínica.....	96
2.2.1. ESTUDIANTES.....	96
2.2.1.1. Un poco más que un entrenamiento práctico.....	97
2.2.1.2. Realidad y conciencia: reconfiguraciones racionales	98
2.2.2. ACADEMIA: REFLEXIONES CONTEMPORÁNEAS	99
2.2.3. PROFESIÓN JURÍDICA.....	100
2.2.4. SOCIEDAD: CONTRIBUIR CON EL EFECTIVO ACCESO AL DERECHO Y A LA JUSTICIA	101
2.3. Método clínico global: nuevas direcciones.....	105
2.3.1. ÁFRICA	106
2.3.2. ASIA.....	107
2.3.2.1. China.....	109
2.3.2.2. Japón	109
2.3.3. AUSTRALIA, CANADÁ, Y GRAN BRETAÑA	111
2.3.4. EUROPA	111
2.3.4.1. España.....	112
2.3.4.2. Este europeo.....	113
2.3.5. LATINOAMÉRICA.....	114
2.3.5.1. Argentina	115
2.3.5.2. Chile.....	117
2.3.5.3. Colombia.....	117
2.3.5.4. México	118
2.4. CRÍTICAS AL PROCESO EXPANSIONISTA	118
2.5. Desafíos	120
2.5.1. CAMBIOS EN LA POLÍTICA EDUCACIONAL.....	120
2.5.2. IMPORTANCIA DEL SABER PRÁCTICO	121
2.5.3. COSTOS, RENTABILIDAD Y FINANCIAMIENTO	122
2.5.4. EQUILIBRIO ENTRE DOS GRANDES PROPÓSITOS	123
2.5.5. RESISTENCIA EXTERNA	124
2.5.6. HABILITACIÓN PROFESIONAL	124
2.5.7. HONORARIOS Y COSTAS	125
2.5.8. INTEGRACIÓN INSTITUCIONAL.....	125
Conclusión	126
Capítulo 4: El litigio estructural en el derecho argentino	129
Introducción	129
1. La expansión del terreno de lo justiciable	129
1.1. REFORMA CONSTITUCIONAL DEL AÑO 1994	129

1.2. CASO HALABI	131
1.3. LOS DERECHOS Y EL ACCESO A LA JUSTICIA: NUEVAS PERSPECTIVAS	133
2. La lógica del litigio estructural	136
2.1. LITIGIO ESTRUCTURAL: ALGUNOS CASOS ARGENTINOS	140
2.1.1. Caso Verbitsky	140
2.1.2. Caso Mendoza	144
2.1.3. Caso Freddo	147
2.1.4. Caso Trenes	150
2.1.5. Caso Moneditas	154
2.1.6. Caso Medicación VIH	155
3. La difícil tarea de ejecutar las sentencias estructurales	157
Conclusión	161
<u>Capítulo 5: Metodología: objeto, hipótesis y proceso metodológico</u>	<u>167</u>
Introducción	167
1. Objeto	168
2. Objetivos	169
3. Proceso metodológico	171
4. Análisis de contenido para la investigación cualitativa	178
Conclusión	184
Lista de entrevistas semi-estructuradas	185
<u>Capítulo 6: Clínicas jurídicas en Argentina: organización y funcionamiento</u>	<u>189</u>
Introducción	189
1. Esquema institucional de las clínicas jurídicas	189
1.1. MODELOS DE FACULTADES Y SU RELACIÓN CON LA UBICACIÓN INSTITUCIONAL DE LAS CLÍNICAS JURÍDICAS	189
1.2. ORIGEN DE LAS CLÍNICAS Y SU RELACIÓN CON EL CONTEXTO	197
2. Modalidad de trabajo	203
2.1. EQUIPO PROFESIONAL DE TRABAJO	203
2.2. ESPACIO FÍSICO DE FUNCIONAMIENTO DE LA CLÍNICA JURÍDICA	205
2.3. DÍAS Y HORARIOS DE LAS REUNIONES	206
2.4. ESTUDIANTES CLÍNICOS	207
2.5. REGLAS BÁSICAS	211
2.6. ORGANIZACIÓN INTERNA DE LAS CLÍNICAS	214
Cuadro sintético	229
Conclusión	235
<u>Capítulo 7: Activismo jurídico: clínicas jurídicas en Argentina</u>	<u>237</u>
Introducción	237
1. Casos clínicos: lógica estructural	238
1.1. MATERIA Y RELACIÓN INSTITUCIONAL	238
1.2. NATURALEZA DEL CONFLICTO	241
1.3. TRATAMIENTO DEL CONFLICTO	244
2. Litigio estratégico: desafíos	245
2.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA EN PROCESOS JUDICIALES	246
2.2. CASOS JUSTICIABLES	246

2.3. ROL ACTIVO DEL OPERADOR JURÍDICO	248
2.4. LA COMPLEJIDAD DEL TRATAMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS LITIGIOS ESTRATÉGICOS ...	252
2.5. RESISTENCIAS INSTITUCIONALES	254
2.5.1. Resistencia del colegio de abogados.....	254
2.5.2. Honorarios	255
2.5.3. Costas.....	256
2.5.4. Cooperación	256
3. Caso testigo	257
4. Litigios de interés público: acceso al derecho y a la justicia:.....	261
4.1. ELECCIÓN DE LOS CASOS.....	261
4.2. DIFICULTADES EN EL ACCESO AL DERECHO Y A LA JUSTICIA	263
4.3. RELACIÓN CON LOS CONSULTANTES	265
4.4. CLASES DE CONSULTANTES.....	266
4.5. ROTACIÓN DE LOS GRUPOS DE TRABAJO EN LAS CLÍNICAS	268
Conclusión	269
<u>Capítulo 8: El aporte de la metodología clínica en la formación práctica.....</u>	<u>271</u>
Introducción	271
1. La construcción del perfil de los graduados en algunas facultades de derecho de Argentina	271
1.1. TÉCNICAS PEDAGÓGICAS DEL PROCESO DE ENSEÑANZA-APRENDIZAJE	271
1.1.1. PROGRAMAS DE ESTUDIO	272
1.1.1.1 Contenido normativo	272
1.1.1.2. Tendencia privatista.....	275
1.1.1.3. Saber práctico	275
1.1.2. MODALIDADES PEDAGÓGICAS EN EL AULA	276
1.1.2.1. Transmisión del conocimiento.....	276
1.2. EXIGENCIAS CONTEMPORÁNEAS	277
1.3. CONCEPCIONES DE DERECHO Y DE JUSTICIA	280
1.4. PERFIL DE LOS EGRESADOS	281
2. La clínica jurídica como metodología auxiliar de la enseñanza tradicional	283
2.1. PROPUESTAS RADICALES.....	284
2.1.1. Derecho y realidad	284
2.1.2. Interrelación de los contenidos jurídicos	285
2.1.3. Práctica de interés público	287
2.1.4. Activismo jurídico	288
2.2. CUALIDADES PRÁCTICAS DEL MÉTODO CLÍNICO.....	289
2.2.1. Identificar y delimitar un caso estructural	290
2.2.2. Trabajo en equipo	291
2.2.3. Redacción jurídica	293
2.2.4. Estrategias argumentativas	294
2.2.5. Exposición oral	296
2.2.6. Seguridad	297
2.2.7. Responsabilidad y compromiso con el caso	298
3. La clínica jurídica como espacio para nuevos perfiles del profesional del derecho	299
3.1. REFUGIO	300
3.2. NUEVOS ESPACIOS DE TRABAJO	302

4. Real aporte.....	305
4.1. PODER RESIDUAL: UBICACIÓN MARGINAL	305
4.1.1. Obligatoria o voluntaria	306
4.1.2. Interrelación con el resto del contenido académico.....	307
4.1.3. Herramienta pedagógica o programa de acceso a la justicia	307
4.1.4. La metodología clínica en la universidad pública	309
Conclusión	311
<u>Conclusiones generales</u>	<u>313</u>
1. Paradigma constitucional y modelo de enseñanza jurídica en Argentina	313
2. Formación académica integral y diferentes perfiles de graduados	317
3. Derecho y realidad	320
4. El acceso al derecho y a la justicia desde la metodología clínica	325
5. Posición marginal.....	326
6. Distintos grados de desarrollo del método clínico.....	327
<u>Bibliografía</u>	<u>329</u>

Introducción general

La Universidad tiene por fin crear y propagar los conocimientos. Sus funciones esenciales son: la investigación, la enseñanza, y el papel social. Universitario es el que estudia una ciencia o grupo de ciencias con afán de aprender lo conocido e investigar lo desconocido, teniendo el afán de mejorar material y moralmente a la humanidad y a sí mismo. Bernardo Houssay.¹

Con estas líneas introductorias presentaremos el contenido del presente trabajo de investigación, que corresponde a un análisis en el área de sociología jurídica, cuyo objetivo es reflexionar y explicar el aporte de la metodología clínica dentro de la dinámica actual, tanto en relación al modelo clásico de enseñanza del derecho como al proceso de consolidación del derecho de acceso al derecho y la justicia.

Los estudios en sociología jurídica representan una innovación científica del siglo XXI, porque durante el siglo pasado la tendencia dominante era separar el estudio de la ciencia jurídica de los estudios sociológicos. Esta nueva vertiente nace en reacción al extremo formalismo, dogmatismo y legalismo que caracterizó al positivismo jurídico del siglo XX; provocando dentro del propio pensamiento jurídico el inicio y la expansión de líneas anti-formalistas, que exigían una reivindicación del derecho y proponían su estudio en relación directa con el contexto histórico y cultural.

Este nuevo abordaje del derecho conlleva algunos cambios; los principios que sostienen su carácter descriptivo, determinado y técnico, ya no son capaces de explicar y contener las nuevas aspiraciones y es necesario recurrir a otras teorías epistemológicas, como aquellas que proponen una interpretación integral, estudios que resalten la importancia del análisis micro-sociológico, el de la fenomenología y demás herramientas que repudien el análisis de la realidad jurídica como un escenario a priori y propongan su investigación directamente en relación con el contexto (Arnaud; Fariñas, 2006: 20-27).

Así, la ciencia jurídica abandona el campo de la abstracción para integrarse al sistema social y sus diferentes dimensiones, cultural, económica y política. De esta forma, algunos principios clásicos del positivismo comienzan a perder fuerza, como el carácter estatal del derecho, su indeterminación, su neutralidad y recobran protagonismo las ideas de pluralismo jurídico, interdisciplinariedad, derecho y sociedad, consolidándose el vínculo entre derecho y su contexto (social, económico, político y cultural) que marca definitivamente el desarrollo actual de los estudios socio-jurídicos.

¹ Una definición de Universidad Científica. Disponible en <http://neuro.qi.fcen.uba.ar/ricuti/Universidad/modelos.html>. (05 de Abril de 2016).

Naturalmente, este nuevo abordaje epistemológico también arribó al terreno académico, acogándose en la doctrina del realismo jurídico, a través de Critical Legal Studies, donde se expusieron las fragilidades del modelo normativo y se propuso una reinterpretación realista, política y sociológica del derecho.

Partiendo de la premisa de que el proceso de enseñanza-aprendizaje es un proceso de socialización del estudiante (Lista, Brígido: 2002: 250) donde la propuesta pedagógica en su conjunto incide directamente en la identidad profesional que el estudiante construye; el modelo de enseñanza que cada institución académica emplee puede contribuir a, continuar en la “fabricación” masiva de operadores del derecho, es decir a la formación de técnicos en derecho capaces de hacer una ligación lógico-normativa entre los hechos y el presupuesto de la norma, pero sin capacidad analítica, crítica o reflexiva sobre el contexto de su aplicación; o podría favorecer a la instrucción de nuevos perfiles de juristas, capaces de integrar estas nuevas propuestas interpretativas e interdisciplinarias. Avanzando, de esta forma, en la readaptación del modelo clásico de enseñanza jurídica a las nuevas tendencias epistemológicas y asumiendo la institución su responsabilidad como formadora de profesionales comprometidos con el sentido transversal del derecho en la sociedad.

En este trabajo, asumimos que el proceso de enseñanza no es una herramienta neutra, sino que el conjunto de prácticas, elegidas conforme al modelo, formará al estudiante en un determinado perfil profesional, que a su vez, determinará sus concepciones del derecho y de la justicia, definiendo con ello, el sentido y la utilización de esas herramientas en la sociedad.

La inquietud por comenzar a estudiar este tema nace directamente de una experiencia personal; confieso que cuando decidí estudiar abogacía fue por la convicción de que se trataba de una profesión capaz de colaborar directamente en la sociedad, reconociendo y equilibrando las injusticias y desigualdades. Empero, la realidad profesional que conocí fue completamente diferente y materialista, tanto en la facultad como durante el desempeño de la profesión, constantemente encontraba experiencias que reafirmaban el perfil de un profesional del derecho totalmente despreocupado de las problemáticas sociales y principalmente dedicado a operaciones liberales, con el anhelo concreto de mejorar rápidamente su situación individual.

Con todo, considero que el profesional del derecho independientemente de su rol específico, sea como juez, legislador, litigante, funcionario, dirigente político o gremial,

profesor, empresario, etc., tiene entre sus responsabilidades, la obligación de mantener y respetar la vigencia de los valores democráticos. Somos los encargados de mantener el equilibrio social y, sobre todo, debemos ser la voz de aquellos que no la tienen, persiguiendo la plena vigencia de los derechos y obligaciones sostenidos por la Constitución. Mi mayor preocupación, se asienta en la gran diferencia entre este escenario y la realidad, condición que justifica la necesidad de un estudio preciso para explorar las razones y, en su caso, proyectar una posible contribución para su evolución.

Con estas inquietudes y con la diversidad de debates, discusiones y bibliografía a los que tuve acceso durante el doctorado, fue que dentro de las lecturas referidas a la enseñanza jurídica descubrí la existencia del instituto de las clínicas jurídicas y me interesé por profundizar su análisis; pensándolas como una alternativa pragmática para integrar el contenido normativo de la enseñanza con experiencias reales, necesidades sociales, burocracia, trabajo, cansancio, utilización y aplicación práctica del derecho, reflexiones axiológicas y demás manifestaciones que permitieran la comprensión del derecho como un elemento integrador y en interrelación constante con el sistema social.

La metodología clínica es una herramienta norteamericana, que nace de las bases del realismo jurídico, que funciona como complemento del modelo tradicional de enseñanza del derecho, al integrar los conceptos clásicos con las exigencias de la realidad moderna mediante la incorporación de elementos reales y contemporáneos al estudio del derecho. Por consiguiente, el concepto de clínica jurídica que trabajaremos en esta investigación, se define en una herramienta pedagógica de estudio del derecho donde los estudiantes mediante el trabajo con casos fácticos redescubren el sentido multidimensional del derecho y la importancia del rol de la profesión en el contexto social.

El objeto de análisis de esta investigación se circunscribe a las clínicas jurídicas más importantes de Argentina, que particularmente trabajan en el área del derecho de interés público y generalmente bajo la modalidad del litigio estratégico. Una modalidad de trabajo que principalmente se reduce a una estrategia de acción, donde el objetivo principal no está directamente enfocado en la resolución del caso concreto, sino en la trascendencia que esa solución puede generar en las bases estructurales de la ciencia jurídica, ya sea flexibilizando conceptos, ampliando legitimaciones, catálogos de derechos, sujetos legitimados, casos justiciables, etc.

El enfoque de este estudio es principalmente práctico y estará dirigido en dos perspectivas diferentes; por un lado, analizaremos la importancia y el aporte de las clínicas jurídicas en el proceso de enseñanza, como herramienta capaz de contribuir a formar nuevos perfiles de profesionales del derecho y no sólo operadores jurídicos y, por otro lado, estudiaremos la incidencia concreta del trabajo de las clínicas en la concreción del derecho subjetivo de acceso al derecho y a la justicia.

Así, comenzaremos por un primer capítulo donde el objetivo es reflexionar sobre algunas concepciones clásicas y conservadoras del derecho y de la justicia, para proponer su redefinición conforme su natural y constante interacción con el resto de los subsistemas sociales. Atravesaremos diferentes acepciones, desde distintas perspectivas y autores, proponiendo una interpretación del derecho desde la postura del análisis funcional y una comprensión más concreta y objetiva del sentido de justicia. Todas ideas que nos permitan separar estos conceptos de un abordaje estrictamente normativo, para poder analizarlos desde interpretaciones subjetivas, contextuales y concretas, en armonía con los incipientes cambios que atraviesa la sociedad de la modernidad avanzada (Giddens, 2005).

En este apartado, también referiremos a cómo las exigencias modernas exponen las limitaciones de los conceptos clásicos y remarcan la necesidad de la ciencia jurídica de acompañar estos avances, tanto desde la esfera teórica como práctica.

En el segundo capítulo, trabajando específicamente sobre la enseñanza, decidimos presentar los puntos principales del debate actual dentro del campo jurídico, de entre los cuáles destacaremos tres importantes pilares: uno, en relación a cuál es la concepción de derecho y de justicia que se enseña en las facultades de derecho, conforme a cada línea doctrinaria; otro, aludiendo a las técnicas pedagógicas utilizadas durante el proceso de enseñanza-aprendizaje; y el último, pondera cómo este conjunto de elementos contribuye en la construcción de un determinado perfil del graduado.

Asimismo, estas combinaciones nos permiten delimitar cuatro modelos de facultades de derecho que se pueden encontrar en la actualidad: el modelo clásico, el modelo crítico, el modelo conforme a la internacionalidad del derecho y el modelo profesionalista; cada uno con propósitos, medios y finalidades diferentes que obviamente formarán y reproducirán distintos perfiles de graduados en derecho.

En el tercer capítulo comenzaremos por trabajar sobre algunos de los desafíos a los que se enfrenta la formación jurídica actual como la necesidad de reconstituir una serie

de relaciones entre universidad y sociedad, derecho y sociedad, profesionales del derecho y sociedad, con la finalidad de quebrar las barreras formales que los separan y proponer una retroalimentación mutua de conocimientos; incluso, esta limitación al momento de integrar saberes (prácticos, interdisciplinarios, axiológicos) es una de las grandes debilidades al momento de ofrecer una formación completa y definida.

En estas condiciones, presentaremos al método clínico como una herramienta integradora y complementaria de la enseñanza jurídica tradicional distinguiendo especialmente su aporte en la esfera académica, profesional y social. Por último, también destacaremos la extensión global que actualmente presentan las clínicas jurídicas, sin olvidar algunos de los desafíos a los que se enfrentan en este escenario contemporáneo.

En el capítulo cuarto analizaremos algunos de los cambios propuestos por el nuevo paradigma constitucional en Argentina, especialmente desde el ángulo del derecho de acceso al derecho y a la justicia y las innovaciones jurídicas en construcción para asegurar su efectividad tales como la extensión de conceptos, la amplitud del catálogo de derechos y del campo de lo justiciable, el activismo judicial y la interacción institucional de los poderes políticos.

Dentro de este contexto, el litigio deja de ser considerado como un instrumento con efectos limitados al caso concreto y comienza a visibilizarse como una herramienta de cambio social, de fortalecimiento institucional y de diseño de nuevas estructuras en defensa de los principios constitucionales; reafirmando la figura del litigio estructural, que es la estrategia jurídica por excelencia trabajada en las clínicas visitadas. Luego, analizaremos específicamente la lógica de su funcionamiento (unidad de interés, causalidad estructural, rol activo del operador jurídico, decisión estructural como herramienta de afirmación de los principios públicos y fortalecimiento del sistema regulativo, fuerza expansiva) y presentaremos algunos de los litigios estratégicos más paradigmáticos de Argentina.

En el quinto capítulo trabajaremos sobre las estrategias metodológicas empleadas para abordar esta investigación. Al tratarse de un estudio específico sobre algunas clínicas jurídicas de Argentina, elegimos las técnicas cualitativas para conocer su funcionamiento, actuación, ámbito de trabajo y así poder identificar cuáles son los resultados directos sobre el aprendizaje de los estudiantes clínicos y simultáneamente, analizar la contribución que esta actividad representa para la consolidación del derecho de acceso al derecho y a la

justicia. Para ello, se emplearon diferentes técnicas de recolección de datos, tales como: observación no estructurada, diario de campo, análisis de información documental, entrevistas y grupos focales; todos resultados que fueron analizados bajo diferentes variables y con la rigurosidad necesaria para garantizar el máximo de objetividad.

El capítulo seis, que es el primer capítulo sobre el trabajo empírico, consiste en un primer análisis comparativo y de presentación del trabajo de las clínicas jurídicas visitadas. En este apartado atravesaremos diferentes variables, como la ubicación institucional de la metodología y la influencia que este elemento representa en el trabajo con los estudiantes; el equipo de trabajo y su configuración conforme al tipo de institución en el que se desarrolle la clínica; la disposición física y temporal para el desarrollo de las reuniones y la diferencia que representa con el modelo clásico; la variedad en el tipo de estudiantes que cada clínica recibe y cómo esto influye en el resultado del trabajo; la organización interna de cada una de las clínicas y su trascendencia en la motivación de los estudiantes; en fin, un conjunto de elementos que definen el tipo y el campo de actuación de cada una de las clínicas visitadas.

En el séptimo capítulo nos proponemos mostrar con especificidad el campo de actuación de las clínicas jurídicas de Argentina, que, como dijimos, principalmente se desenvuelve dentro del campo del interés público y específicamente con el litigio estratégico, aunque desde diferentes áreas del derecho. A los fines de aclarar cualquier incertidumbre con relación a esta figura, presentaremos un caso testigo que resume los elementos de un litigio estructural y que comprueba el área de trabajo de las clínicas.

Por otro lado, exhibiremos algunos resultados comparativos de cada uno de los casos prácticos trabajados por las clínicas visitadas y los abordaremos desde diferentes ejes, como la materia del caso, la naturaleza del conflicto y el tratamiento jurídico ejecutado. Igualmente, en esta sección abordaremos los desafíos propios de esta actividad jurídica y analizaremos su contribución específica para la consolidación del derecho de acceso al derecho y a la justicia, de acuerdo al tipo de casos que trabajan, la superación de las barreras en el acceso, la relación con los consultantes, etc.

En el capítulo octavo, retomando los puntos trabajados en el capítulo dos, expondremos el perfil de estudiantes que actualmente forman algunas facultades de derecho revelando simultáneamente los múltiples aspectos que se pueden mejorar en el proceso de enseñanza-aprendizaje con la integración del método clínico a la formación

clásica. A su vez, expondremos cómo esta combinación permite flexibilizar la línea de formación de los juristas, allanando la posibilidad de formar distintos perfiles de graduados en derecho. Empero, también referiremos a los desafíos y obstáculos reales que afronta este proceso de integración por la fuerte resistencia que ejercen las estructuras tradicionales.

En el último capítulo desarrollaremos las conclusiones específicas a las que arribamos a través de la sucesión de las diferentes etapas de esta investigación con el deseo de que puedan ser útiles para contribuir en la evolución tanto de la ciencia como de la sociedad.

Capítulo 1: Reflexiones en relación al derecho del nuevo siglo

“Es tarea del investigador renovar los paradigmas, de modo que consiga que sociólogos y juristas se interesen por los asuntos profesionales que están en el corazón de la política del derecho (Arnaud; Fariñas, 2006: 213).”

Introducción: la importancia de un abordaje socio jurídico del derecho

Durante la mayor parte del siglo XX el estudio del derecho estuvo dividido entre su estudio técnico-normativo y sociológico; dos corrientes teóricas con un mismo objeto de conocimiento pero con perspectivas diferentes de análisis.

Así, podemos identificar por un lado el estudio positivista del derecho, que propone su interpretación desde técnicas lógicas, dogmáticas, ideales y formales, resultando el derecho en un conjunto lógico-formal de reglas jurídicas con las características de sistematicidad, generalidad, plenitud, unidad y coherencia cuyo método de interpretación está centrado exclusivamente en la dogmática jurídica. Esta línea doctrinaria, presenta el clásico abordaje externo o a priori del derecho que concentra su foco de análisis en normas jurídicas formalmente válidas manteniendo su carácter descriptivo, determinado y técnico, delimitando estrictamente la separación entre el mundo del ser y el del deber ser (Arnaud; Fariñas, 2006: 33-34).

Mientras que desde un abordaje sociológico, el derecho se ocupa del estudio de la realidad social subyacente a esas normas jurídicas, resaltando la importancia del estudio de los elementos micro-sociológicos, analizándolos descriptivamente, tales como la correlación entre el mundo abstracto del derecho y la realidad fáctica, la incidencia de los comportamientos o fenómenos sociales en la construcción normativa, la efectividad práctica del derecho en la sociedad, el nivel de condicionamiento de los comportamientos sociales en base al derecho, la funcionalidad del derecho dentro del sistema social, entre otros (Arnaud; Fariñas, 2006: 36).

De este modo, es posible identificar como ambas corrientes transitaban en caminos irreconciliables, negándose valor científico y arrogándose cada una ser la única y verdadera ciencia del derecho. Sin embargo, ambas perspectivas científicas se movían dentro de parámetros excesivamente formales y descriptivos; mientras que la sociología aportaba el estudio del derecho desde la realidad, pero desde un enfoque teórico

absolutamente descriptivo, las posturas positivistas continuaban con su análisis hermético y a priori del derecho.

Actualmente nadie duda de la independencia y autonomía científica de cada una de estas corrientes, empero tampoco niegan el carácter interdependiente y complementario de su relación. “La dogmática sin la sociología está vacía. La sociología sin la dogmática está ciega” (Kantorowicz apud Arnaud; Fariñas, 2006: 38).

Entretanto la dogmática trabaja sobre el ordenamiento normativo y persigue la construcción de un sistema conceptual, lo más coherente y completo posible, la sociología jurídica estudia el desarrollo del fenómeno jurídico en la realidad. Siendo los resultados de la dogmática útiles para la sociología a los fines de comprender la representación lógica y práctica que los sujetos hacen de aquel orden jurídico; y a su vez, la dogmática se nutre de aquellos aportes descriptivos, interpretativos y a veces valorativos, para adecuar cada vez más el sistema jurídico a las realidades sociales disminuyendo la brecha entre el mundo jurídico y social (Arnaud; Fariñas, 2006: 39).

Estas nuevas ideas e interpretaciones, sumadas a la fuerte crisis que afecta al paradigma positivista en las últimas décadas, contribuyeron al surgimiento de posturas innovadoras como, las del realismo, interaccionismo simbólico, relativismo y constructivismo, que estudian el derecho desde un abordaje interno e interdisciplinario proponiendo nuevas formas de interpretar las relaciones entre derecho y realidad social. Dentro de este nuevo esquema, el derecho se concibe como un producto de la actividad social, por lo tanto, no puede estudiarse aislado de su contexto histórico, político, económico y cultural. A su vez, esta nueva forma de concebir al derecho significa grandes mudanzas en el plano dogmático-formal, porque al aceptar su naturaleza compleja e interpretarlo como una ciencia en construcción, integrada por diferentes elementos de la realidad, es dable esperar que reproduzca indeterminación, multiplicidad, contingencia y subjetividad -singularidades que caracterizan al sistema social-.

En este orden, comienzan a cobrar fuerza algunas teorías defensoras del pluralismo jurídico, que sostienen la multiplicidad de sistemas reguladores de conducta, reafirmando esta pluralidad tanto desde las fuentes de producción hasta en los medios de ejecución. Entre ellas, el movimiento del derecho libre, que defiende la creencia de que la ley es sólo un indicador y el principio del proceso de formación del derecho, resaltando la importancia de las fuentes fácticas y la función creadora de los órganos judiciales y

extrajudiciales; facilitando incluso, mecanismos de mayor apertura social y extendiendo estos efectos también a los medios de aplicabilidad del derecho, con los conocidos medios alternativos de resolución de conflictos (Arnaud; Fariñas, 2006: 44; 81-82).

Este nuevo abordaje epistemológico moviliza los cimientos del positivismo, cambiando su eje de análisis y afectando directamente algunos de sus dogmas, se desvanece la estrecha y vinculante relación entre derecho y Estado y, se debilita el carácter determinado del derecho porque desde esta perspectiva los juicios de valor pasan a adoptar un papel importante y decisivo en la figura del operador del derecho, quien resuelve no sólo conforme al cuerpo normativo, sino que aquella decisión se ve influenciada por las circunstancias personales, sociales, culturales y políticas del contexto.

Con todo, uno de los mayores descuidos en relación a los estudios socio-jurídicos en los últimos tiempos se asentó en la fragilidad de su análisis crítico, se trataban de estudios que podían encuadrarse perfectamente desde la perspectiva dogmática o sociológica, pero ninguno con aspiraciones innovadoras o analíticas respecto del derecho, sino que respondían estrictamente al principio lógico-formal o descriptivo respectivamente.

En este contexto considero conveniente reflexionar sobre algunos conceptos esenciales de la estructura jurídica, apartándonos de las concepciones clásicas e intentando reconstruir nuevos sentidos y alcances con la finalidad de que puedan adaptarse a las exigencias y flexibilidades de la sociedad de la modernidad avanzada.

1. Nuevos horizontes científicos

1.1. Distintas concepciones de derecho

El estudio sociológico del derecho es un análisis científico que podemos identificar desde antaño. Ya en algunos trabajos de Aristóteles es posible resaltar estudios empíricos relacionados con el derecho y a lo largo de la historia diferentes doctrinas trabajaron con el propósito de fusionar elementos jurídicos y sociológicos al momento de definir el derecho. Desde concepciones dualistas que distinguían entre un derecho válido y un derecho social; doctrinas relativistas, como la de Montesquieu, que dieron lugar al contexto histórico-social dentro del campo jurídico; visiones utilitaristas como la de Jeremy Bentham donde proponía fundamentar el derecho y la justicia en base a criterios de utilidad social; el clásico conflictualismo de Marx; el funcionalismo de Durkheim; hasta

Llegar al debate del siglo XX donde la corriente del realismo jurídico, en sus diferentes vertientes, expresa sus postulados básicos con relación a la ciencia jurídica (Arnaud. Fariñas, 2006: 62-78). Es interesante resaltar como cada una de estas posiciones científicas sostiene una definición distinta respecto del derecho y algunas hasta se contraponen en sus fundamentos.

Definir al derecho no es una tarea fácil, por la transversalidad de su actividad y por la multiplicidad de perspectivas desde las que puede ser analizado, por eso no existe un concepto inequívoco de qué es el derecho sino diferentes acepciones de acuerdo a cada análisis teórico y conforme al contexto histórico y cultural de la época. Por ejemplo, si pensamos en la doctrina positivista, o en el marxismo, inevitablemente debemos relacionar al derecho con la existencia del Estado o la existencia de órganos públicos capaces de monopolizar el poder de creación y aplicación del derecho; sin embargo, en un contexto diferente, como las sociedades primitivas donde no existen autoridades constituidas de manera permanente, pero sí reglas de conducta, el derecho parece estar más relacionado con la garantía de un orden social que con una estructura estatal (Atienza, 2014: 36-40).

Por otro lado, el sentido del derecho también será diferente de acuerdo a la operatividad que cada uno de sus agentes le adjudique; por ejemplo el legislador o el jurista, que se encuentra en relación de dependencia con el órgano ejecutivo, estudiará e interpretará el derecho como un instrumento para alcanzar fines políticos, económicos o sociales; mientras que el juez tendrá una visión más moralista del derecho, ya no como un medio sino como un fin en sí mismo; entretanto, desde la perspectiva de un profesional liberal, el derecho es una herramienta estratégica que puede usar de diferentes maneras de acuerdo al interés del cliente (Atienza, 2014: 49).

Aún dentro de cada área jurídica existe una interpretación particular del derecho; por ejemplo, quien trabaja desde el Derecho Penal resalta el poder de coacción estatal, siendo que quien trabaja en Derecho Contractual destaca la libertad de las partes y la capacidad conciliatoria; por fin, hasta dentro del mismo campo jurídico también existen diferencias conforme aspectos personales, ideológicos o técnicos (Atienza, 2014: 50).

Este carácter multifacético del derecho es lo que justifica sus diferentes conceptos a lo largo de la historia. Así, Santo Tomas de Aquino (iusnaturalista) interpretó a la ley como el ordenamiento de la razón orientado hacia el bien común, mientras que para Hans

Kelsen (positivista) el derecho es un conjunto de normas coactivas, y para Karl Marx (socialista) un instrumento de dominio de una clase social sobre otra (Atienza, 2014: 51).

Es difícil determinar un concepto real del derecho por tratarse de un tipo ideal, su construcción tiene por objeto ser aplicable en la realidad pero a nivel de modelo, es un concepto que no tiene una referencia empírica con la que se pudiera identificar porque son múltiples las referencias que conducen a la definición de derecho; desde acciones que consisten en crear, interpretar o aplicar el derecho; distintas estructuras jurídicas como Derecho Romano, Derecho Consuetudinario, Derecho Internacional, etc.; pero ninguna es suficiente para definir con exactitud el concepto de derecho (Atienza, 2014: 62-64).

La aspiración por definir al derecho de una manera objetiva está muchas veces ligada a un sentido estrictamente técnico y, a la convicción errónea de que la relación entre las palabras y su significado no es convencional, lo que nos conduce a caer en un esencialismo lingüístico donde las palabras están más ligadas al lenguaje que a la realidad misma (Atienza, 2014: 65).

Independientemente, si el derecho fuera de origen estatal, canónico o consuetudinario; utilizado por un juez, legislador o un profesional liberal; o en cualquiera de sus diferentes ramas; siempre tiene por objeto regular la conducta de los sujetos a quien está dirigido. Por lo tanto, si tuviéramos que identificar un elemento común que nos permitiese de alguna manera comenzar a definir el concepto de derecho, deberíamos concentrarnos más en las conductas subjetivas, que en la norma o la autoridad que pueden cambiar conforme a las distintas posturas políticas.

En consecuencia, presentamos un análisis del derecho desde una perspectiva subjetiva y relativa que permita un alcance diferente de estudio. Este nuevo abordaje científico interpreta al derecho como un instrumento de interacción social y propone un análisis funcional del derecho dentro de la sociedad.

1.1.1 Análisis funcional del derecho

Desde una concepción amplia del derecho, entendiéndolo como un elemento plural, complejo y en constante interacción con el resto de los subsistemas sociales, podríamos acercarnos a la definición que nos propone el análisis funcional del derecho, como método de conocimiento que arriba a la comprensión de un instituto desde el análisis de las funciones que cumple o debería cumplir en la sociedad.

Uno de los grandes anhelos de la sociología siempre fue comprender el funcionamiento del sistema social; por eso existen múltiples y variadas posturas que desde diferentes ángulos teóricos tratan de resumir la dinámica entre el comportamiento individual y social.

Tradicionalmente la perspectiva más acentuada en el área de ciencias sociales siempre estuvo ligada al funcionalismo, que es una filosofía social que tiende a explicar el funcionamiento del sistema desde una posición ontológica y apriorística, que terminó por justificar su funcionamiento en base a posturas metafísicas como la creencia del equilibrio social. En este marco teórico cualquier explicación funcional siempre estuvo ligada a esta presunción ideal y cualquier intención de explicar el sistema social sobre una base distinta a la del funcionalismo, como en este caso desde una perspectiva subjetivista, merece aclarar la distinción entre funcionalismo y análisis funcional, concentrándonos en este último como método científico que analiza y explica los componentes del sistema social en base a las funciones que realizan (Arnaud; Fariñas, 2006: 132).

Para el funcionalismo clásico la función que cada elemento cumple en el sistema está determinada por una estructura biológico-organicista, donde al igual que en el cuerpo humano, cada órgano o instituto cumple una función esencial para el mantenimiento general del sistema. Esta forma de concebir la estructura del sistema social presupone que cada una de aquellas funciones debe corresponderse con las exigencias o necesidades determinadas a priori que el sistema necesita para mantener el equilibrio social. En cambio, según el análisis funcional, que refleja una postura más subjetivista, la función que cada elemento cumple en el sistema está determinada por una acción deliberada del sujeto-actor, que se condice con los objetivos y proyectos individuales delimitantes de las funciones que cada elemento debe realizar en el sistema (Ferrari, 2014: 43-66; Arnaud; Fariñas, 2006: 131).

Con todo esto, es nítido el tránsito desde el objetivismo determinista del funcionalismo al subjetivismo conflictual del análisis funcional, que resalta el sentido finalista del concepto de función, donde el aporte no se reduce al cumplimiento de las exigencias reclamadas por el sistema sino a los efectos proyectados por el propio sujeto, que a la vez pueden traducirse en una consecuencia positiva o negativa en el sistema. El elemento principal en esta dinámica es que el actor haya influenciado en el sistema, y que además lo haga conforme a sus proyectos o deseos; por eso el análisis funcional se resume

a la relación entre la finalidad del sujeto, el medio empleado –función- y el resultado en el sistema (Ferrari, 2014: 43-78).

Esta percepción del funcionamiento del sistema social obliga a una reestructuración del esquema normativo, que comienza por identificar y reconocer al conflicto interindividual como un elemento esencial para el análisis sociológico de un fenómeno jurídico.²

Dentro de esta dinámica del conflicto interindividual, cada una de las partes tiene interés en hacer de la propia capacidad de decisión la regla, representando este conflicto de autonomías el propio significado de normatividad: donde cada uno tiene interés en predeterminar y prever aquello que ocurrirá en el futuro, exigencia que lo que lleva a hacer del propio comportamiento un modelo normativo que, simbolizado en un mensaje dirigido al antagonista puede orientar su conducta. Este argumento dirigido a persuadir al antagonista, puede operar como una justificación donde se trata de convencer al otro individuo y esperar que se uniforme espontáneamente, o mediante la clásica forma condicional de una amenaza o una promesa (Ferrari, 2014: 96-97).

Si aplicásemos este fenómeno interindividual al campo social, deberíamos suponer que la suma de estos modelos normativos configuraría el derecho de una sociedad; sin embargo, por cuestiones metodológicas, el autor entiende mejor la elección de uno de esos modelos para definir al derecho. Así, remitiendo a las enseñanzas de Kant, reduce el campo a modelos de comportamiento que posean la característica de heterónomos,³ tengan una expresión simbólica, representen una finalidad persuasiva y, además se propongan obtener la adhesión de la conducta antagonista mediante un mecanismo socio-psicológico de naturaleza hipotética (Ferrari, 2014: 103-107).

Esta delimitación del modelo, donde predominan los principios normativos, nos acerca bastante a la concepción clásica de derecho. Empero, su carácter subjetivo ofrece una vasta interpretación, ya que desde este alcance el derecho no está estrictamente ligado a la concepción normativa estatal, sino que al concentrarse en los comportamientos interindividuales el derecho se configura sobre cualquier modelo simbólico, heterónimo,

² Coincidimos con la definición de conflicto presentada por el autor Ferrari donde lo explica como “la interacción en que las partes, obstaculizándose mutuamente, tratan de ampliar –una en detrimento de la otra- la propia capacidad de decisión” (Ferrari, 2014: 93). En esta construcción conceptual es identificable el juego entre dos importantes elementos que determinan el desarrollo de la interacción conflictual, libertad y poder, que podríamos identificar como dos caras de la misma moneda y que terminan por configurar el poder de decisión de un individuo sobre el resto (Ferrari, 2014: 87-93).

³ Quedando fuera de este campo las normas morales por ser consideradas autónomas.

que tenga por objeto persuadir la conducta del sujeto antagonista en base a una relación funcional hipotética entre una premisa y una consecuencia.

Muchas veces el mismo derecho internacional participa de este dilema, cuando normas convencionales estipuladas por sujetos internacionales públicos o privados influyen de forma decisiva en los ordenamientos estatales, llegando a veces hasta poner en duda la soberanía estatal porque implican el sometimiento de un ordenamiento estatal a la voluntad de decisores externos; como por ejemplo la *lex mercatoria*, o acuerdos económicos que hasta en algunos casos contradicen normas tributarias de los estados individuales. Estas situaciones exponen cómo sujetos con un fuerte poder de decisión actúan en un marco de interconexión normativa que supera el ordenamiento jurídico estatal, teniendo la fuerza para exigirse recíprocamente, e incluso en caso de conflicto someterse a la decisión de un tercero -sea estatal o no- (Ferrari, 2014: 120).

La posibilidad de que las normas sean un conjunto de símbolos normativos dirigidos a influir el comportamiento de otros, demuestra la intervención directa de los sujetos en la construcción del sentido del derecho y multiplica el abanico de posibilidades atribuidas a cada símbolo. Pero esta indeterminación del derecho no refleja arbitrariedad, sino que demuestra que no existe una única respuesta lógica para cada cuestión planteada, como lo sostiene el formalismo jurídico, ya que cada análisis dependerá del nivel de interacción entre los sujetos y su contexto.

Siguiendo esta línea de pensamiento, el contenido normativo es prescriptivo en lugar de descriptivo como lo sostiene el positivismo, de modo que los agentes intervienen constantemente para definir el significado de cada modelo normativo de acuerdo a las finalidades perseguidas (Ferrari, 2014: 124-131).

Esta reflexión expone algunas fragilidades de los principios normativos, y nos invita a repensar algunos conceptos jurídicos desde una visión amplia y sociológica. Si retomamos la definición de la doctrina clásica donde el derecho se caracteriza por su carácter sistemático, entendido como un conjunto de normas cuya unidad reposa en que todas tienen un mismo fundamento de validez; esta misma cualidad desde una perspectiva sociológica, refiere a la interacción y relación constante entre el accionar de los agentes para atribuirle a aquel material simbólico un sentido funcional específico (Ferrari, 2014:128).

Lo mismo sucede con las atribuciones de coherencia y universalidad, cuando nos referimos al sentido coherente del derecho, no consentimos la postura tradicional que refleja la falta de equívocos o contradicciones en el derecho y resalta su capacidad de resolver los conflictos dentro de una misma línea de racionalidad, por el contrario, aceptamos el carácter incierto del derecho y su ligación directa con el conflicto social, de modo que, mientras la interacción social se caracterice por ser una realidad cambiante, su ordenación también lo será. Sin embargo, cualquier modelo que pretendiera orientar la conducta social deberá representar un mínimo de estabilidad y sentido, que si bien no podemos garantizarlo desde las normas jurídicas por su realidad mutable, sí podemos reconocer la existencia de principios generales que gobiernan y dirigen su actividad interpretativa, no necesariamente institucionalizados. Son estos principios los que le proporcionan al derecho su unidad conceptual y resguardan su coherencia (Ferrari, 2014: 196-198).

En el caso de la universalidad del derecho, el fundamento clásico se asentaba en la aptitud del ordenamiento jurídico de contener explícita o implícitamente todas las cuestiones que pudieran devenir en comportamientos jurídicos relevantes; sin embargo, comprobada la vaguedad de este elemento -porque es imposible que el ordenamiento jurídico prevea todas las situaciones posibles, y a la vez por no ser el derecho el único orden normativo en una sociedad- desde un análisis funcional el sentido universal del derecho está relacionado con su carácter institucional, es decir que representa una tendencia a cubrir todas las relaciones sociales que pudieran afectar la vida del sujeto, aunque siempre con la conciencia de ser una aspiración más que una afirmación (Ferrari, 2014: 199-200).

Con todo esto, comparto la posición del autor cuando termina por definir al derecho desde el enfoque del análisis funcional, como el “conjunto institucional de mensajes normativos simbólicos, heterónomos, condicionales y susceptibles de juicio” (Ferrari, 2014: 135).

1.2. Funciones del derecho: nuevas perspectivas

En concordancia con la estructura del análisis funcional, debemos entender que las funciones del derecho son aquellos objetivos inmediatos que le son atribuidos por los

actores sociales de acuerdo a las finalidades perseguidas.⁴ Esta apreciación deja de lado la interpretación clásica de considerar a las funciones del derecho como atributos objetivos inherentes al sistema jurídico, y las reconfigura como construcciones subjetivas. De esta forma, el derecho recupera su carácter instrumental y se impone como un medio utilizable para alcanzar objetivos conscientes.

1.2.1. Orientación social

Una de las funciones atribuidas al derecho es la de orientación de la conducta social, a través de modelos normativos coherentes y universales constituidos en base a la influencia recíproca de los miembros del grupo (Ferrari, 2014: 163). Esta función está directamente ligada con el carácter persuasivo de las normas jurídicas, que se proponen influir en los comportamientos sociales para dirigirlos conforme a los modelos normativos de cada sistema jurídico.

Esta presión normativa puede ser transmitida de forma directa, a través de las normas jurídicas que comunican mensajes normativos y se presume que sean correctamente entendidos por el destinatario, o de forma indirecta, a través de las decisiones del sistema judicial o administrativo donde también se envía un mensaje, aunque con una mayor claridad de su sentido punitivo (Ferrari, 2014: 140).

Así, el derecho asume el papel de un instrumento elocuente que mediante mensajes simbólicos es capaz de sugerir una decisión sobre cualquier dilema que pudiera presentarse en la interacción social.

Mensajes simbólicos

Estos mensajes simbólicos que constituyen el medio de comunicación social, al igual que en cualquier proceso comunicativo, deben adecuarse a ciertos parámetros de funcionamiento, con relación a los destinatarios, a los medios empleados para transmitirlo y al contenido del mensaje.

El debate que se plantea con relación a los destinatarios se asienta principalmente en dos posiciones diferenciadas, por un lado quienes sostienen que las normas se dirigen estrictamente a los tribunales –Alf Ross-, o a la administración –Jackson-, y que son estos

⁴ El autor define al término de función como “la tarea o el conjunto de tareas, no incompatibles entre sí, que son atribuibles con carácter primario a aquel elemento por el sujeto que actúa mediante ellos en el sistema” (Ferrari, 2014: 75).

órganos los responsables de su aplicación. Mientras que una visión más amplia, entiende que esta acción no se reduce a los operadores jurídicos sino que también comprende a los sujetos que directa o indirectamente actúan en esa relación; por eso cuando celebramos un contrato suponemos que la otra parte actuará conforme lo pactado, en base al principio de buena fe -porque asumimos naturalmente que también le corresponde el respeto por el derecho- y que sólo en caso de incumplimiento tendríamos que recurrir a los órganos del estado. Sobre este escenario, aceptar sólo la primera postura sería contemplar una visión limitada y engañosa del derecho, y desconocer su capacidad persuasiva como instrumento de orientación entre individuos (Ferrari, 2014: 206-209).

Si el objetivo del derecho es persuadir al interlocutor también debemos concéntranos en los medios a través de los cuales el mensaje simbólico es transmitido, es decir en los sujetos intermediarios que influyen en la comunicación y percepción de los mensajes normativos. Continuando con nuestro abordaje amplio y funcional, estos sujetos intermediarios podrían identificarse tanto con profesionales que trabajan de forma directa con el derecho como jueces, abogados, administradores, legisladores, escribanos, policías, como también podrían tratarse de figuras desprovistas de especialización jurídica, como el aprendizaje de reglas de conducta y de convivencia que se internalizan en instituciones educadoras, ámbitos laborales, etc. (Ferrari, 2014: 210).

La capacidad interpretativa de cualquiera de estos medios influye determinadamente en la forma de concebir el derecho, por eso la necesidad de fortalecer el compromiso institucional, ya que la deformación del mensaje jurídico reproduce un derecho diferente y desinforma a los receptores. Estas interpretaciones erróneas pueden devenir de deficiencias en la formación, normativas ambiguas, compromisos políticos y hasta manipulaciones periodísticas, contribuyendo a frustrar el sentido orientativo del derecho y desacreditar su rol en la sociedad (Ferrari, 2014: 211-214).

Por último, con relación al contenido del mensaje, desde una visión normativista nos limitaríamos a mantener la interpretación literal de la norma o en su defecto recurriríamos a la intención del legislador, lo que claramente demuestra una orientación unidireccional y descendente de entender al derecho, donde quienes detentan un poder más fuerte en la interacción social deciden y transmiten el sentido del mensaje. Mientras que desde una interpretación integradora, el derecho está constituido por distintas fuerzas en diferentes direcciones, así, el derecho también ejerce y recibe influencia de las relaciones

sociales de forma ascendente. Sea a través de normas que tengan por objeto la protección de las clases más desfavorecidas socialmente (por lo general estas normas son el resultado de presiones desde la base hacia el vértice, y se constituyen en el precio que los que están encima deben pagar para garantizar el orden y obediencia de los principios esenciales), o mediante el trabajo de los operadores jurídicos que transforman gradualmente la forma de interpretar el ordenamiento normativo mediante sentencias judiciales, legislaciones, actos administrativos, etc., o también a través del análisis explícito de los efectos inequitativos que la aplicabilidad descendente que una norma puede producir (Ferrari, 2014: 133-151).

Todo, demuestra como diferentes elementos y actores sociales intervienen al momento de identificar el sentido del derecho. En consecuencia no se trata de una decisión unilateral impuesta demagógicamente, sino de un concepto construido en el campo de la interacción social, que se traduce en un instrumento destinado a orientar los comportamientos sociales.

1.2.2. Tratamiento de los conflictos

La postura del funcionalismo clásico considera que el derecho es un instrumento destinado a la resolución de conflictos, en vistas de mantener el equilibrio y el orden social. Desde una perspectiva aún más restringida, algunos autores identifican al derecho como una herramienta cuya finalidad es la resolución de conflictos estrictamente judiciales, identificando de esta forma derecho y judicialización. Ambas posturas terminan por subordinar el conflicto social a la estructura jurídica, y en este punto es donde la vertiente subjetiva difiere, al considerar que el conflicto social es un elemento inherente y propio de la interacción social, por lo tanto el derecho jamás podría identificarse con el objetivo de poner fin los conflictos sociales, pero sí puede garantizarles el tratamiento de las controversias, ofreciendo o imponiendo modelos de comportamientos adecuados conforme al contenido sustantivo del conflicto y a la operatividad de la solución en el contexto (Ferrari, 2014: 167).

El derecho no persigue la extinción del conflicto sino que al darle un determinado tratamiento lo somete bajo su control; por ejemplo el hecho de regular situaciones laborales no significa que éstas desaparecerán de la estructura social, pero sí estarán controladas bajo las directivas del sistema jurídico. “El derecho no es un orden de paz, sino

que vive del y en conflicto, si los conflictos sociales desaparecieran radicalmente, desaparecería también el derecho” (Arnaud; Fariña, 2006: 139).

La función de orientación y la de tratamiento de conflictos simplemente refieren a diferentes momentos de un mismo desencuentro de intereses. En el caso de la función de orientación el derecho actúa como un elemento de persuasión con la finalidad de convencer al antagonista de la preeminencia de su interés particular, de esta forma el derecho participa antes de la configuración de cualquier conflicto; mientras que en la función de tratamiento de conflictos, el derecho interviene cuando aquella instancia fracasa y cada una de las partes continua defendiendo el interés en su pretensión, entonces el derecho interactúa después de que el conflicto se manifestó (Ferrari, 2014: 248).

Como ya lo mencionamos, el conflicto es inherente al derecho, sea como instrumento regulador o en su carácter disgregador. La conciliación de intereses no elimina la disputa del sistema social, sino que se trata simplemente de una pacificación temporaria; y a la vez, muchas leyes o sentencias despiertan el espíritu conflictual, por ejemplo una sentencia conciliadora puede provocar que otros afectados persigan los mismos resultados, o una legislación innovadora puede generar cambios en la estructura social habilitando el planteo de acciones para el reconocimiento de ciertos derechos.

1.2.3. Legitimación

La legitimación de las acciones es otra de las funciones atribuibles al derecho, y sucede cuando el actor exhibe y argumenta el desarrollo de su acciones conforme a un determinado modelo normativo reconocible por el interlocutor, con la finalidad de reunir el consenso necesario para considerar aquel accionar legítimo, es decir válido y justo (Ferrari, 2014: 294).

Posturas clásicas identifican esta función del derecho con la justificación del poder, incluso algunas más restringidas lo identifican con el accionar judicial y la necesidad de respaldar la forma de organizar y distribuir el poder de decisión en casos de conflicto (Arnaud; Fariñas, 2006: 142). Empero, si recordamos el papel persuasivo que cumple el derecho en los comportamientos sociales, diríamos que dentro de este mecanismo el rol de la legitimación es representar un factor de convicción en los destinatarios. Que no necesariamente son a quienes se orienta la acción jurídica, sino que puede estar dirigido al resto del auditorio para que colabore en la tarea y asegure los

resultados, o incluso en el caso de la actividad judicial el argumento es utilizado para garantizar una autolegitimación frente a quiénes se decidirá la controversia (Ferrari, 2014: 295).

Entendida la legitimación desde esta acepción amplia, cualquier persona con capacidad de decisión podría recurrir al derecho para argumentar a favor de su accionar sin que se trate de una facultad exclusiva de quienes detentan el poder estatal.

Toda legitimación refiere implícitamente a un modelo normativo y también implica un desencuentro de intereses; en este sentido, los argumentos contrapuestos utilizados por las partes para resguardar sus pretensiones pueden ser parte de un mismo sistema normativo que implique modelos de legitimación diferentes, o pueden tratarse de sistemas normativos diferentes, la elección estará directamente vinculada con la naturaleza del conflicto, el obrar estratégico y con el estilo de público a quien se dirige cada parte (Ferrari, 2014: 296-299).

A su vez, la legitimación puede referirse a una justificación sustantiva o procedimental. En el primer caso se evalúa el mérito y el contenido de la acción conforme a criterios de justicia y utilidad, mientras que en el caso de la legitimación procedimental el asunto recae sobre el correcto cumplimiento del proceso para arribar a aquel resultado. La forma en que cada sistema decida utilizar este instrumento de legitimación caracterizará el mayor o menor grado de compromiso con la efectividad de criterios materiales de justicia. Hay momentos en los que prevalece la justificación sustantiva de las acciones, donde claramente se reconoce una concepción del derecho más ligada a la moral, mientras que sucede lo contrario cuando prima el criterio instrumental y el sentido de las acciones se reduce a cuestiones técnicas (Ferrari, 2014: 304).

Si bien la legitimación consiste en la correlación entre un comportamiento y el modelo normativo preestablecido, sabemos que las normas son expresiones simbólicas, por lo tanto, este proceso se reduce a una abstracción donde el actor triunfa si consigue relacionar sus acciones conforme a los símbolos normativos sostenidos por el auditorio. Así, tenemos casos que reflejan una unión prácticamente perfecta y, progresivamente casos donde se identifica una diferencia radical; en cuanto mayor es la diferencia entre el comportamiento y el modelo normativo más se consigue identificar un elemento fuerte de discrecionalidad y de búsqueda de símbolos jurídicos que legitimen ese accionar (Ferrari, 2014: 308-311).

Muchas veces el poder político se sirve de estos elementos para actuar en estas zonas grises, donde se confunden algunos conceptos como verdad y mentira, realidad y ficción, justicia material y formal, sobre todo con la finalidad de desorientar al auditorio. A veces se utilizan los medios de comunicación para sensibilizar a la población sobre algunos temas y recoger mayor cantidad de adeptos sobre posiciones políticas, por ejemplo la televisación de la detención de una persona en una comunidad con una cultura jurídica básica, lleva a la opinión general a identificar aquel acto con el carácter definitorio de una condena culpable y, si a esa situación le sumamos que la sociedad sufre un alto nivel de inseguridad, claramente esta medida es para fortalecer un régimen represivo, que nace de decisiones políticas, y para soslayar la deficiencia del sistema la seguridad pública (Ferrari, 2014: 315-316).

En otros casos hasta se busca la legitimación de acciones mediante símbolos normativos inexistentes, cuando por ejemplo se fundamentan en un proyecto de ley, afirmando tácitamente que se trata de legislación vigente simplemente con el objetivo de conseguir una autolegitimación para esas acciones (Ferrari, 2014: 317).

La clase política ha acentuado su tendencia a responder a las necesidades sociales de forma aparente, con medidas puramente simbólicas convertidas en espectaculares por la sagaz utilización de los media. La legitimación mediante el derecho se ha convertido así en algo cada vez más ficticio a medida que el mismo derecho se ha convertido progresivamente en algo más ilusorio y epifenómeno (Ferrari, 2014: 325).

Por fin, estas tres funciones son las que mejor representan desde un carácter general y global a las múltiples facetas de acción del derecho, cualquier referencia empírica o actividad específica seguramente puede encontrar lugar en alguna de estas tres funciones. Es difícil imaginar funciones que las contradigan; por ejemplo, no es posible imaginar un derecho a-orientativo, pero si es posible imaginar un derecho que conduzca a la sociedad con un sentido unívoco o pluralista, independientemente de cual sea la posición que se adopte se trata de una orientación. En el caso del tratamiento de los conflictos, el derecho puede adoptar posturas que tiendan a ampliar o a reducir el campo de acción jurídica, pero en ambos casos se trata de una forma particular de tratar los conflictos, el no regular jurídicamente un hecho no significa que no esté tutelado por el derecho sino que se trata de estrategias jurídicas especiales. Por último, la función de legitimación, en cualquier escenario, tiende a servir de resguardo a los comportamientos jurídicos, porque es contradictorio pensar en utilizar al derecho para deslegitimar una conducta, por supuesto,

que podemos usarlo para desacreditar ciertos comportamientos pero se confirma la función de ser un instrumento de autolegitimación⁵ (Ferrari, 2014: 172-174).

Otros autores mencionan funciones más específicas: como la función distributiva del derecho, pero no todas las acciones humanas son reducibles a la distribución e intercambio de bienes y servicios, además de ser un elemento que no encontramos en cualquier sistema jurídico, por eso es mejor identificarlo como un objetivo del derecho más que como una función.

También refieren a la función organizativa, que en realidad es propia e inherente al carácter instrumental del derecho para el cumplimiento de sus funciones, porque la organización y construcción de estructuras son medios necesarios para coordinar los procesos de realización de esas tareas.

Igualmente, otros mencionan la función educativa, que es en realidad se trata un efecto secundario de la función de orientación, que tiene por objeto guiar la conducta de los sujetos y que puede actuar de modo pasivo al codificar las costumbres o de modo activo al fomentar cambios de comportamiento y valores sociales.

Por último, la función de integración, que siempre fue sostenida por el funcionalismo, donde se considera al derecho como un garante del equilibrio del sistema social y se le atribuye la función de mitigar los efectos del conflicto; pero claramente se trata de una facultad absorbida por la función de tratamiento de conflictos que desarrollamos supra (Ferrari, 2014: 175-185).

1.3. Justicia: distintas acepciones

Una vez que analizamos el derecho y sus funciones desde esta nueva perspectiva científica, nos resta identificar cómo debería ser ese derecho. Al parecer la respuesta que surge de forma natural e inmediata en la mayoría de los individuos es que el derecho debe ser justo, revelando de esta forma que la justicia representa al derecho por antonomasia, siendo aquella su valor universal (Atienza, 2012: 197).

Definir el sentido y el alcance de justicia es una tarea ardua y no representa un sentido unánime en la doctrina científica justamente por la importancia y validez universal que inviste el término. La justicia es usada desde juegos de niños, trabajo de adultos,

⁵ El autor presenta el ejemplo de cuando una persona se somete voluntariamente a los efectos nocivos de una norma injusta para evidenciar su ilegitimidad y, simultáneamente la legitimidad de su acción (Ferrari, 2014: 174).

contextos religiosos, prácticas institucionales, hasta en relaciones intersubjetivas; y sobre todo en el campo jurídico donde representa su ideal de perfección (Nino, 1993: 1)

Pocas ideas despiertan tantas pasiones, consumen tantas energías, provocan tantas controversias, y tienen tanto impacto en todo lo que los seres humanos valoran como la idea de justicia. Sócrates a través de Platón sostenía que la justicia es una cosa más preciosa que el oro y, Aristóteles, citando a Eurípides, afirmaba que, ni la estrella vespertina ni la matutina son tan maravillosas como la justicia (Nino, 1993: 1).

1.3.1. Distintas concepciones de justicia

Siempre significa un desafío delimitar el sentido de justicia por las distintas concepciones, creencias y pasiones en torno a esta idea; algunos entienden que se trata de una virtud, otros la identifican con una cualidad institucional, para otros es un ideal irracional y, en el sentido opuesto, están quienes sostienen que se trata de un proceso histórico. Empero, a pesar de esta multiplicidad de discursos, el moral, es el ámbito natural de su actuación (Nino, 1993: 1).

A lo largo de la historia podemos reconocer distintas concepciones de justicia. En la época antigua prácticamente no había distinción entre derecho y moral. La justicia era interpretada desde una perspectiva iusnaturalista donde se reconocía como justo a aquello que fuera conforme a la naturaleza; es decir que la justicia estaba integrada por un conjunto de principios generales, universales e inmutables que derivaban de la propia naturaleza y eran cognoscibles por el hombre mediante la razón. Las mayores críticas que sufre esta doctrina se asientan en el carácter indefinido del concepto de naturaleza, que puede ser interpretado de cualquier manera y en el fracaso de esta doctrina al momento de determinar principios inmutables que no se redujeran a tautologías como “se debe evitar el mal”, “dar a cada un lo suyo”, etc. (Atienza, 2012: 213-215).

Dentro de la doctrina iusnaturalista, tenemos la concepción kantiana que, partiendo de una percepción racional del hombre, propone una serie de condiciones formales atribuibles a la moralidad individual con carácter absoluto e incondicional. Para ello, Kant parte de la configuración del hombre como un ser libre, postulado necesario para su racionalidad y que, finalmente hará posible la moralidad de sus acciones. Así, el uso de la razón por parte del individuo consiste en la formulación de imperativos que muestren cómo se debe actuar. De esta forma, Kant distingue entre imperativos hipotéticos y categóricos; mientras que los primeros ordenan algo como un medio para alcanzar un fin

determinado, los segundos ya reflejan un fin en sí mismos, y son éstos los que integran la moral, porque son los únicos que pueden constituir deberes absolutos y universales.

A su vez, estas máximas poseen determinadas características: a priori, porque el sujeto actúa independientemente de la experiencia -quien actúa moralmente lo hace por el propio deber y no por las circunstancias fácticas-; son autónomas, porque son reglas que provienen de la propia razón del individuo; son universales, porque tienen validez para todos los sujetos racionales independientemente del tiempo y del lugar; y son unívocas, porque la moralidad representa un mismo significado para todos -cualquier persona puede reconocer cuáles actos o normas son morales y cuáles no-. Esta postura, a pesar de ser fuertemente criticada por su individualismo metodológico y abstracto, es uno de los argumentos más utilizados en muchas teorías sobre justicia en la actualidad (Atienza, 2012: 216-217).

Las concepciones utilitaristas miden el valor moral de una acción conforme a los efectos de placer o de dolor que pudiera generar. En el caso de la perspectiva clásica de Bentham, para quien el objetivo final de la vida humana es la felicidad, una acción es moral en la medida en que proporcione mayor felicidad al mayor número de personas. Sin embargo, el gran error de esta concepción es no contemplar el factor de distribución, porque en términos de equidad y de acuerdo con el principio de utilidad, una situación en la que pocas personas disfrutaran de grandes niveles de placer y otros sufren, sería igual que otra en la que la felicidad estuviera repartida de manera más igualitaria.

Esta corriente utilitarista propone una concepción de justicia basada en la ética, pero no en principios a priori sino en datos empíricos, con lo cual la justicia pareciera perder un poco de su abstracción para poder ser contemplada desde una perspectiva más concreta, donde los problemas éticos o políticos parecieran resolverse conforme a un cálculo aritmético. Sin embargo, este principio carece de sustentación empírica, adoleciendo del mismo error de la corriente iusnaturalista que sólo conseguía justificarse con juicios prescriptivos (en lugar de que los hombres persiguen la felicidad con sus acciones, sería que los hombres deberían perseguir con sus acciones la felicidad) (Atienza, 2012: 218-22).

Con todo, esta doctrina nos deja un aporte innovador, al incorporar al raciocinio el elemento de las instituciones morales, resaltando la importancia que las consecuencias de

las acciones pueden producir, en vez de concentrarse únicamente en el análisis de la justificación causal, como lo sostenía Kant.

Las concepciones historicistas de justicia asumen desde un principio que un acto, una norma, o una institución, no pueden ser calificados de justos o injustos de forma abstracta, sino que se los debe evaluar conforme al momento histórico en el que se produjeron; así, estas posturas reconocen el valor legitimador de la historia y asumen que la cualidad de justo o injusto no se trata de una esencia inherente al acto, norma, o institución sino que se forma de acuerdo al contexto.

En este sentido, la historia no es una sucesión de hechos por azar sino que se trata de un devenir racional que responde a un determinado propósito. Así, tenemos posturas que se concentran en la historia como tradición o en la historia como progreso; en el primer caso, se trata de mirar hacia el pasado e intentar encontrar la justificación de cómo debe organizarse una sociedad; y en el segundo caso, se estudia el presente con la aspiración de que la verdadera justicia llegará en el futuro.

Distintas doctrinas pueden encuadrarse en una u otra escuela; así, la doctrina histórica alemana de Savigny sostiene que el derecho es un producto que se desarrolla y crece conforme del espíritu del pueblo; no se trata de un resultado artificial o individual y, en el mismo sentido, la justicia también se regirá por la perdurabilidad de determinados valores o instituciones, conforme la tradición. Mientras que, desde la perspectiva histórica de Hegel, la historia se representa como una línea en continuo progreso en el desarrollo de la idea, en esta escuela la justicia se presenta con dos diferencias fundamentales: una, que ya no pertenece al mundo del deber ser sino al mundo del ser, donde tanto el derecho como el estado forman parte de la realidad histórica y son etapas racionales en el desarrollo del espíritu; y la otra, que intentando superar la subjetividad de Kant, su autor crea una realidad objetiva en la que se integran el derecho abstracto y la moralidad, representándose en un estado racional que encarna la máxima realización de justicia. Esta misma lógica es la que utiliza Marx en su materialismo histórico, la cuál representa aquel momento de racionalidad con el advenimiento del comunismo. La concepción marxista no acepta esta configuración del estado moderno como la reunión de diversos intereses particulares, sino como el instrumento opresor utilizado por la clase dominante, que tiene la capacidad de manipular el derecho y las nociones de justicia con un determinado carácter ideológico. La crítica sobre estas últimas posturas es justamente su determinismo histórico que

representa y culmina en un perfecto criterio de justicia; porque esta lógica no permite identificar el momento de poner límites al ejercicio del poder, además de promover la creencia de que el fin justifica los medios (Atienza, 221-224).

La concepción de justicia de Rawls se trata de una construcción metodológica que representa una situación ideal destinada a justificar ciertos principios de justicia que si se aplicaran darían como resultado una sociedad equilibrada y justa. Para elaborar esta propuesta metodológica Rawls parte de la idea de la celebración de un contrato social (posición originaria) del cual participan ciertos individuos libres, racionales e iguales, que mediante condiciones contractuales justas, acuerdan principios de justicia con una validez universal e incondicional para la organización de una sociedad futura. A los fines de resguardar estas garantías contractuales y la imparcialidad de los agentes, el autor crea el concepto de velo de ignorancia con el cual se propone que quienes definan los principios de justicia no conozcan ciertas informaciones, como cuál será su posición específica en la sociedad, para eliminar cualquier intención de favorecer a un determinado grupo o escenario (Atienza, 2012: 225-228; Caballero, 2006: 1-12).

Con todo, podríamos decir que para el autor es posible la existencia prolongada de una sociedad justa y estable con ciudadanos libres, a pesar de sus diferencias religiosas, filosóficas y morales; debido a la existencia de ese procedimiento contractual hipotético resuelto entre individuos que, mediante el velo de la ignorancia, se encuentran en una posición original donde nadie sabe quien es, conservando únicamente su capacidad de razonar y algunas nociones económicas y sociológicas.⁶ A su vez, con este mecanismo se determinará la estructura de una sociedad mediante la definición de los principios de justicia, asegurando primero la justicia del método. Así el autor identifica dos principios: 1) principio de libertad, donde cada persona debe tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas –civiles y políticas-, siendo compatible con el esquema semejante de libertades para los demás; 2) principio de diferencia: las desigualdades económicas y sociales se organizarán de tal modo que: a) sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y funciones asequibles para todos (principio de igualdad de oportunidades). Simultáneamente existe una relación de jerarquía entre estos principios para evitar el intercambio de las libertades por mayores ventajas económicas: el primero prevalece sobre el segundo, permitiendo a todos un acceso igualitario a las libertades para

⁶ Artificios mentales que se representarían en un compromiso moral.

la realización de cualquier plan de vida; y en el segundo principio b prevalece sobre a, porque una vez garantizadas las libertades básicas y la igualdad de oportunidades, seguirían por una distribución desigual de los bienes a fin de mejorar las expectativas de los menos favorecidos otorgándoles mayores ventajas que una distribución equitativa (Atienza, 2012: 225-228; Caballero, 2006: 1-12).

La concepción discursiva de Habermas también propone un procedimiento metodológico que nos permite configurar y justificar algunos principios y reglas morales; pero en este caso, se trata de una lógica comunicacional donde propone que individuos libres e iguales puedan entablar un diálogo racional, con el objetivo de alcanzar un acuerdo sobre pautas de conducta y criterios objetivos de justicia con validez universal. Así, el autor ofrece una serie de reglas que deben estar presentes en cualquier diálogo para garantizar su desarrollo y conclusión conforme al interés moral mutuo. No se puede excluir a ninguna persona que represente un interés respecto del problema discutido; siendo parte del proceso discursivo, todos tienen igual grado de respeto con relación a sus dichos y participación, y todos los que participen del proceso comunicacional deben estar conformes aceptando las consecuencias de aquella conclusión.

La propuesta del autor no es determinar cuáles son las normas morales correctas sino definir un procedimiento mediante el cual podamos atribuir aquella característica a ciertas normas, lo que se llama ética discursiva; con la cual propone que son moralmente justificadas aquellas normas que definen un principio ético general que pueda ser aceptado por todos los interesados dentro de un discurso racional. Claramente el autor propone una nueva versión del imperativo categórico de Kant, donde el objetivo ya no es dirigir la conducta conforme a una máxima individual, sino en relación a aquel postulado en el que todos estuvieran de acuerdo y puedan querer como ley universal.

En el planteo del autor Amartya Sen se presenta un nuevo abordaje de la concepción de justicia, que abandona el procedimiento tradicional del iluminismo, caracterizado por la figura del contrato social, y se concentra en una argumentación racional de la justicia con base en los comportamientos sociales de los sujetos, partiendo de la sensación de injusticia como el motor que conduce la conducta de los individuos en la búsqueda final de justicia. Esta postura se diferencia de la visión clásica en su objetivo inmediato, pues no pretende definir la justicia perfecta sino identificar cómo disminuir la injusticia. Así, mientras los clásicos se preocupan por determinar cuál debe ser el accionar

razonable de las instituciones para alcanzar la “sociedad justa”, este autor nos propone el estudio de las realizaciones, es decir de la actuación de los sujetos y, a través de ejercicios comparativos, identificar cuáles colaboran en el avance o el retroceso de la justicia (Sen, 2010).

Esta propuesta representa un radical cambio en la forma de concebir a la justicia. A diferencia del institucionalismo trascendental no se enfoca en la estructura organizativa, predeterminando y estudiando los comportamientos y las instituciones justas, asumiendo que los individuos los adoptarán de forma natural; sino que propone el estudio y análisis del comportamiento real de las personas. De esta forma, se dificulta determinar un criterio universal de justicia, porque ante un mismo acontecimiento pueden suceder fundamentos distintos e incluso contrapuestos, pero con argumentos justos conforme aquella situación (Sen, 2010).

1.3.2. Algunas conclusiones

El desarrollo planteado nos muestra la evolución en las formas de interpretar el sentido y alcance de justicia. Así, fuimos desde concepciones ideales, abstractas, y sobrenaturales hasta percepciones racionales, empíricas, individuales y objetivas. Siendo uno de los grandes aportes del pensamiento contemporáneo la interpretación de la justicia conforme a una discusión racional susceptible de fundamentación objetiva.

El gran aporte de las propuestas dialógicas es resaltar el carácter individual de la ética y la importancia de su relación intersubjetiva para definir los códigos de valores y normas morales comunes; evidenciando la influencia del pensamiento kantiano en la reconfiguración del protagonismo del individuo y la presencia del ingrediente social representado por el utilitarismo. Por otro lado, la propuesta de Amartya Sen nos permite quebrar con la clásica aspiración de definir la justicia perfecta en base a programas institucionales que definen comportamientos ideales, invitándonos a concentrarnos en resultados reales y prácticos que efectivamente mejoren o incluso destituyan definitivamente la injusticia.

La constante tendencia por definir racionalmente una teoría de la justicia está basada en la dificultad de su comprensión y la importancia de sus resultados. La justicia está conectada con el modo en que los sujetos viven y no sólo con la naturaleza de las instituciones, reglamentaciones, o normas de conducta, como lo sostenía el

institucionalismo trascendental de Hobbes, Rousseau y Kant, quienes se concentraron en el carácter justo de esas instituciones relegando a un papel secundario a los comportamientos sociales. Esta forma de interpretar la justicia remite a una concepción ideal, porque aquellas instituciones en sí mismas refieren a la presencia de justicia, pero no ofrecen ninguna garantía en concreto del cumplimiento de aquellos comportamientos ideales; se trata solamente de una suposición en abstracto.

Entender la justicia desde los comportamientos libres e individuales nos permite tener una perspectiva más real y práctica de la sociedad, sin la perfecta aspiración de una sociedad justa pero con el objetivo concreto de disminuir la injusticia del mundo; cualquier acontecimiento revolucionario en la historia, por ejemplo el reclamo por la abolición de la esclavitud, la lucha por los derechos de las mujeres, el derecho de los trabajadores, entre otros, siempre estuvo apoyado en el deseo concreto de superar aquella realidad injusta e intolerable, más que en la contribución para alcanzar una sociedad perfectamente justa.

É correto pressupor que os parisienses não teriam tomado de assalto a Bastilha, que Gandhi não teria desafiado o império onde o sol costumava não se pôr, que Martin Luther King não teria combatido a supremacia branca na “terra dos homens livres e lar dos bravos”, se não fosse seu senso das injustiças manifestas que poderiam ser vencidas. Eles não estavam tentando alcançar um mundo perfeitamente justo (mesmo que não houvesse nenhum acordo sobre como seria tal mundo), mas o que queriam era remover claras injustiças até onde pudessem (Sen, 2010: 7).

Con todo, podríamos enunciar una naturaleza dual sobre el concepto de justicia; por un lado se trata de la construcción de una moral común en base a técnicas dialógicas entre individuos racionales, independientes, libres e imparciales y además, se compone de su carácter contextual e histórico. Reconocer este sentido amplio del término justicia y asumir el riesgo de argumentos contrapuestos en su interior, no significa que represente incoherencia o inaplicabilidad, sino todo lo contrario, se identifica con la complejidad y versatilidad de nuestra sociedad moderna.

Estas reflexiones nos conducen a cuestionarnos si es posible definir criterios de justicia global en esta sociedad moderna y desigual. Quienes sostienen el institucionalismo trascendental alegan la necesidad de un órgano oficial –Estado soberano- capaz de aplicar los principios de justicia a través de una estructura organizativa justa; otros, también dentro de la lógica trascendental, como Thomas Nagel, consideran que actualmente no es posible definir esos criterios porque las demandas institucionales necesarias para hacer del mundo una realidad más justa no pueden ser satisfechas a nivel global; incluso Rawls parece

abandonar sus principios de justicia al pensar en una justicia global y la fantasiosa aspiración de querer un Estado global proponiendo la negociación entre los diferentes Estados sobre algunas cuestiones básicas de humanidad.

Sin embargo, es a lo que se arribó con la institución de los derechos humanos, que establecen parámetros universales dentro de los cuales pueden moverse las decisiones éticas, políticas, judiciales, económicas, culturales y económicas de diferentes Estados; aunque sin terminar de configurar criterios de justicia global porque incluso conforme a estos derechos humanos existen diferentes interpretaciones.

La naturaleza y obligatoriedad de los derechos humanos es un tema de cuidado en la doctrina. Algunos, como el caso de Bentham, los consideran un absurdo y de parámetros muy elevados, pero muchas de estas manifestaciones negativas se sustentan en una equívoca interpretación de los derechos universales, que en realidad se tratan de declaraciones éticas fuertes y convencionales de cómo se debe actuar, prescribiendo algunos imperativos y proponiendo ciertas formas de operatividad que sirven de base para múltiples legislaciones.

No se puede negar la importancia universal que revisten los derechos humanos, al reconocer que todas las personas a pesar de su nacionalidad, raza, domicilio, sexo, clase, poseen un cúmulo de derechos que deben ser respetados por todos cuyo reconocimiento permitió desde resistir torturas, arrestos arbitrarios, abusos, discriminaciones, hasta resultar muchas veces en un argumento válido para luchar contra el hambre, miseria, falta de agua, asistencia médica, cuidados ambientales, entre otras necesidades que afectan a todo el planeta.

2. Exigencias prácticas de la realidad posmoderna

El desarrollo tecnológico, la globalización económica, la multiculturalidad como resultado de la internacionalización, entre otras consecuencias de esta realidad posmoderna, contribuyeron a formar la compleja red de relaciones sociales que gobiernan este siglo y que facilitaron la construcción de nuevas figuras jurídicas; como nuevos y flexibles mecanismos para resolución de conflictos, nuevos parámetros de interpretación para algunos conceptos clásicos como sujeto de derecho, norma, justicia, igualdad, oportunidad hasta la misma reinterpretación del derecho como una herramienta social y no

como un conjunto abstracto de enunciados que representan un procedimiento lógico (Arnaud; Fariñas, 2006: 26).

2.1. Globalización: actualización del derecho

La globalización o mundialización es un fenómeno propio de la sociedad de la modernidad avanzada cuya conceptualización es bastante imprecisa, por eso nos pareció apropiado recurrir a la definición propuesta por el autor Manfred Steger.

Un conjunto multidimensional de procesos sociales que crea, multiplica, despliega e intensifica intercambios e interdependencias sociales a nivel mundial, a la vez crea en las personas una conciencia creciente de conexión cada vez mayor entre lo local y lo distante (Steger, 2003: 13 apud Atienza, 2013 :40).

Se trata de un fenómeno que atañe principalmente al ámbito económico y persigue la integración de los mercados mundiales en un único sistema capitalista, empero este alto nivel de integración además de tener consecuencias económicas, también favorece el intercambio social, cultural y tecnológico. Así, algunos elementos importantes que caracterizan a este proceso global son la supremacía del poder económico por encima del poder político, la inmediatez de las operaciones, la ausencia de fronteras estatales, avances tecnológicos, intercambio constante de información, todas circunstancias que nos obligan a repensar algunas instituciones sociales, e incluso a reflexionar respecto de si esta nueva dinámica internacional está provocando cierto grado de obsolescencia de instituciones jurídicas y políticas (Atienza, 2013: 41).

La globalización avanza a velocidades diferentes en las distintas áreas del conjunto social y, en el caso del derecho, aunque siempre se caracterizó por ser una de las instituciones menos permeables a las circunstancias externas, se reconoce su imposibilidad de permanecer ajeno a esta nueva realidad; de lo contrario, daría como resultado una serie de consecuencias perversas que terminarían por relegar la importancia del derecho como regulador de conflictos sociales. En el siglo XXI prácticamente todas las actividades sociales poseen una innegable naturaleza global, desde el cuidado del medio ambiente, las actividades económicas, el intercambio cultural, hasta las áreas más reticentes del derecho han sufrido cambios, como el Derecho Penal, los Derechos Reales, el Derecho de Familia, por la única razón de que la conciencia y la actividad humana es diferente con relación al siglo pasado.

No obstante, el derecho como institución continúa con algunas características debatibles, como su hermeticidad y su condición de ser esencialmente estatal. Esta dificultad del derecho oficial de adaptarse a las nuevas circunstancias sumado a la necesidad inminente de la sociedad mundial de una regulación general, ha favorecido el desarrollo de instancias jurídicas informales, o lo que es conocido como el fenómeno de la privatización del derecho, donde la fuerza normativa ya no recae sobre la ley sino sobre acuerdos particulares entre los sujetos (Atienza, 2013: 42).

Esta nueva modalidad jurídica, acompañada de la pérdida de soberanía de los Estados por la trascendencia del derecho transnacional (*lex mercatoria*), influyó en el sentido clásico de juridicidad, según el cual los conflictos eran resueltos por tribunales locales de un estado conforme a su legislación nacional, y actualmente los conflictos a nivel internacional son resueltos por árbitros conforme a la normativa internacional –que no es elaborada ni por los Estados, ni por las instituciones públicas internacionales, sino por importantes asociaciones de abogados- (Atienza, 2013: 43).

Estas tendencias originaron lo que en la doctrina se llama de *soft law* haciendo referencia a que el sentido coactivo del derecho prácticamente no tiene cabida en el ámbito internacional, donde hay preferencia de recurrir a mecanismos alternativos de resolución de conflictos como mediación o arbitraje, donde las partes pueden elegir el órgano y someterse voluntariamente a su decisión, sin tener que exponerse a la imposición del derecho clásico (Atienza, 2013: 43).

Estas innovaciones en el plano internacional, producto de la globalización, demuestran el cambio de rumbo de las nociones de derecho y de jurisdicción; así, el derecho ya no consiste en imposiciones estatales normativas y coactivas, sino que se trata de preposiciones que tienden a orientar de ciertos comportamientos donde justamente el objetivo es dirigir la conducta de manera flexible y respetar la subjetividad. Naturalmente, esta nueva concepción jurídica también conlleva a que ciertas distinciones clásicas ya no sean tan claras, como la separación entre derecho y política, derecho y sociedad, Derecho Privado y Derecho Público, derecho positivo y nuevas forma de regulación, etc.

2.2. Profesionales del derecho: siglo XXI

El nuevo abordaje epistemológico de la ciencia jurídica también significa un gran desafío dentro del esqueleto institucional. Debemos reestructurar algunos esquemas de

modo que nos permitan flexibilizar y extender los conceptos de derecho y de justicia en la práctica, incorporando técnicas y posturas innovadoras, rediseñando respuestas activas por parte de los órganos operacionales y promoviendo el desarrollo de normas comprometidas con la realidad social, política, cultural y económica.

Este momento de transición ideológica, donde los modelos tradicionales son incapaces de afrontar la amplitud de las nuevas exigencias, donde los operadores jurídicos llevan al límite las técnicas y el conocimiento jurídico clásico; exige nuevas reflexiones analíticas y críticas que nos permitan superar la concepción básica de derecho que heredamos de la etapa de codificación -coherente con una realidad simple, predecible, y capaz de ser dirigida por reglas lógicas- pero incompatible con la realidad variable del siglo XXI (Arnaud; Fariñas, 2006: 212).

El colapso del modelo clásico es notable en diferentes áreas jurídicas, y se evidencia en el desborde de los tribunales judiciales que no están en condiciones de resolver los reclamos planteados (sea por la demora en la resolución de un caso o por la incomprensión de casos complejos) deficiencias éstas que nacen desde el modelo de educación jurídica que refleja y enseña formas restrictivas de pensar el derecho. El procedimiento lógico formal sostenido por la doctrina clásica -donde el monopolio jurídico recae sobre órganos estatales desde la producción hasta la aplicación de las normas- es un pensamiento armónico y organizado, pero no del todo realista, pues la realidad muestra que los juristas actualmente cuentan con múltiples órganos de regulación y con diferentes racionalidades jurídicas al momento de estudiar un caso.

Está de más decir que el viejo monopolio normativo a cargo del Estado ha quedado obsoleto, dando paso a un nuevo modelo basado en el pluralismo jurídico y las reivindicaciones sociales recobrando de esta forma la importancia que las prácticas sociales habían perdido con el advenimiento del proceso de codificación.⁷ Todo esto favorece el desarrollo de técnicas innovadoras que permiten resolver las insuficiencias del modelo tradicional; adquiriendo cada vez más fuerza los mecanismos alternativos tanto en las fuentes de producción normativa como en los medios utilizados para la resolución de

⁷ El autor presenta el ejemplo de la lucha de mujeres para obtener el derecho al aborto libre en Europa: cuando el derecho positivo castigaba el aborto, las defensas jurídicas que llegaban a tribunales -siempre ínfimas en comparación con cifras reales- argumentaban fundamentos socio-económicos y humanitarios para atenuar la responsabilidad, hasta que las mujeres tomaron conciencia de su derecho y en lugar de perseguir el perdón, persiguieron el respeto del derecho sobre su cuerpo aún en contra de la legislación positiva, y por fin lograron su reconocimiento.

conflictos, favoreciendo al desarrollo de la mediación, el arbitraje, la conciliación, entre otros (Arnaud; Fariñas, 2006: 211).

A su vez, este escenario refleja una constante tensión entre legalidad y legitimidad, porque al momento de argumentar un fundamento o recurrir a un instrumento jurídico no resulta extraño referirse a enunciaciones ajenas al derecho positivo pero que están investidas de legitimidad. De esta forma se abren camino dentro del debate jurídico, sistemas de derecho que no son parte del derecho vigente pero que son reconocidos socialmente (Arnaud; Fariñas, 2006: 210).

Esta nueva realidad jurídica cubierta de pluralidad, subjetividad, conflictos modernos y exigencias temporales, demanda profesionales del derecho capaces de afrontar estas nuevas circunstancias teóricas y prácticas. Se necesitan abogados, sean en su rol de jueces, profesionales liberales, legisladores, profesores, dirigentes, o en cualquier otra ocupación, que se comprometan con las reivindicaciones jurídicas posmodernas y sean capaces de argumentar jurídicamente desde un enfoque técnico-normativo, sociológico y valorativo.

Un argumento jurídico basado en un análisis estrictamente normativo es insuficiente, porque sólo refleja un análisis externo, objetivo y acrítico del derecho; empero, si a ese abordaje se le suma la perspectiva sociológica donde se estudia al derecho desde la realidad misma a través de comportamientos individuales, se tendrá una perspectiva mucho más amplia, completa y real de lo que efectivamente sucede con el derecho en la sociedad. Igualmente, si a esta trama se le agrega el componente valorativo, además de tener un razonamiento normativo y efectivo, se podrá verificar en qué medida el derecho está cumpliendo con la función que le corresponde dentro del sistema social.

Esta capacidad de reflexión, análisis, argumentación y raciocinio que exigen las nuevas circunstancias, requiere de un esfuerzo institucional que permita un cambio en el paradigma ideológico dominante para poder superar la rigidez en la que están encasillados algunos conceptos jurídicos. Para ello, es necesario formar una nueva generación de abogados y fortalecer el desarrollo de otras especializaciones jurídicas.

2.3. Enseñanza jurídica en el nuevo siglo

Acompañando el ritmo con el que los cambios estructurales se vienen desarrollando, no podemos desconocer la importancia de que estas nuevas tendencias ideológicas sean internalizadas por los distintos focos de enseñanza jurídica.

Si bien la enseñanza parece no ser una de las preocupaciones inmediatas del debate jurídico, es una de las etapas donde tenemos que concentrar nuestros esfuerzos para definir conceptos, técnicas, reflexiones y críticas, que acompañarán al profesional del derecho durante el desempeño de sus tareas.

Durante el siglo XX predominó en el ámbito académico un paradigma positivista, con el que se consiguió desarrollar en los operadores jurídicos habilidades cognoscitivas, técnicas y memoristas, que los ayudaron a aprender un conjunto de leyes y cómo aplicarlas; sin embargo, actualmente ese perfil de estudio sólo se corresponde con uno de los enfoques que fuimos planteando. Si aspiramos a superar la crisis que afecta tanto al derecho como a la justicia, necesitamos promover una reconfiguración de la enseñanza jurídica que incorpore seriamente el análisis sociológico y valorativo del derecho.

(...) hay que reconfigurar cómo entendemos el derecho, la abogacía, el rol de los distintos ámbitos de creación, todo hay que reconfigurar; entonces esa facultad sí necesita muchas transformaciones pedagógicas porque necesita herramientas críticas, de deconstrucción de los supuestos compartidos tradicionales que vamos a reconfigurar, entonces vamos a explicitar lo que no está explícito, y ahí resulta fundamental el estudio empírico: los estudios sobre cultura en general, cultura social, jurídica, institucional, la discusión filosófica, porque tenés que reconfigurar los supuestos filosóficos que ya están establecidos; por eso, se necesita mucho volumen de cosas, además de conocer los fundamentos básicos de la maquinaria, porque esta facultad tiene el desafío de generar operadores que desde la operación transformen la maquinaria y eso es más difícil que formar operadores que te tiren tres bombas en tribunales para empezar de cero. Querés formar jueces que reconfiguren el derecho, eso es verdaderamente paradójico; pero tampoco tanto, sencillamente es una forma honesta de ir avanzando y disputando los sentidos comunes sobre el derecho con una perspectiva de que el sentido común actual nos está jodiendo, y esa facultad necesita de muchas cosas, necesita de una sensibilidad especial de los abogados, porque tienen que estar dispuestos a repensarse y a repensar todo el tiempo, lo cual es una actividad muy desgastante, y tenés que estar entrenado en esto, en abrirte a repensar tus supuestos todo el tiempo, y eso no se enseña repitiendo el código civil, se enseña aprendiendo a discutir, a escuchar, a repensar, a desconfiar metodológicamente, desconfiar de lo que aparece como obvio (...)
(Maurino, Gustavo (2014) co-fundador de ACIJ. Buenos Aires: 10/09: 7-8).

No se trata de abandonar los conceptos clásicos sino de complementarlos y promover un estudio racional del derecho, que signifique además de un estudio de leyes, una formación comprometida con la realidad. La misma globalización puso en "jaque" la validez y la importancia universal de la ley, porque los contratos pasaron a constituir la

forma de regulación por excelencia a nivel internacional; situación que para algunos puede significar el fracaso del positivismo o, desde otro punto de vista, podemos interpretarlo como la oportunidad para flexibilizar aquellos conceptos y reelaborarlos con el fin de resguardar la validez e importancia del derecho. Debemos preparar a nuestros futuros profesionales para poder responder a la complejidad de los asuntos jurídicos de este siglo, como comercio internacional, internet, movimientos migratorios, ecología, terrorismo, todos fenómenos que por su propia naturaleza exceden los límites territoriales de un estado y al sentido clásico del derecho.

Este nuevo abordaje de la ciencia jurídica lejos de restarle importancia al derecho o a la justicia, actúa con un efecto renovador que permite prolongar y garantizar su vigencia, porque la pérdida del sentido de la utilización del derecho conduce a crear en la sociedad un sentimiento de ineficacia, descontento, desconfianza, que termina por producir desobediencia, pérdida de credibilidad en las instituciones y la crisis del derecho, que en realidad se trata de una crisis estructural.

No podemos evadir la necesidad de integrar esta nueva línea científica en la enseñanza de las facultades de derecho, en los cursos de actualización jurídica, en la formación de jueces, legisladores, en capacitaciones de educación jurídica, entre otros; porque la forma en cómo el derecho es concebido puede cambiar completamente su sentido. Pensar al derecho como un conjunto de normas jurídicas que prescribe cuáles son las conductas que cada sujeto debe representar en determinadas situaciones, refleja claramente un sentido autoritario y controlador; empero, si pensamos en el derecho como un conjunto de construcciones subjetivas cuya fuerza estará determinada por la influencia recíproca de los miembros de la sociedad, aquel instrumento opresor parece transformarse en un instrumento de acción.

Este cambio de perspectiva también cambia la percepción de la justicia, la funciones del derecho, los deberes de los operadores jurídicos y hasta los deberes de los mismos ciudadanos, fomentando una mayor conciencia jurídica a nivel general y abandonando aquella acepción formal, ideal y abstracta del derecho, para identificarlo como una herramienta material al servicio de la comunidad. “El derecho debe ser interpretado en términos funcionales mas que formales” (Pérez Lledó, 1996: 171).

Es nuestra responsabilidad formar operadores del derecho con la convicción y las herramientas necesarias para trabajar hacia el objetivo de construir cada día una sociedad menos injusta.

Desde el punto de vista del entramado social (en el nivel estatal, supraestatal o infraestatal) pueden encontrarse individuos de cuatro tipos fundamentales que quizás podríamos designar así: los avispados-desaprensivos, los idiotas, los parias, y los cívicos. Los primeros son los que logran situarse en una posición de ventaja, porque saben aprovechar sus oportunidades y actúan sin muchos frenos morales. Los segundos, los idiotas, pueden pertenecer al campo de los privilegiados o de los desventajados, pero no son conscientes de su posición o no quieren serlo: parece ser que en su sentido originario –en la Grecia clásica- el idiota era el individuo que no se interesaba por las cosas públicas, por los asuntos de la polis. Los parias son los que se encuentran en una situación de profunda desventaja, pero no por su propia culpa, sino por la acción combinada de los avispados y de los idiotas. Los cívicos, en fin, tratan de que no haya, en la medida de lo posible, ni privilegiados, ni desventajados; para ello procuran poner límites a los avispados, despabilar a los idiotas y redimir a los parias. La globalización ha contribuido, hasta ahora, a enardecer los ánimos de los avispados, y a que aumente considerablemente el número de idiotas (en los países ricos) y de los parias (en los pobres). Pero lo que el mundo necesita, obviamente, son ciudadanos cívicos. Y el derecho es probablemente, uno de los instrumentos más potentes con el que cuentan para llevar a cabo la ingente tarea de civilizar el mundo (Atienza, 2013: 59).

Conclusión

Nuestro objetivo con este capítulo no es proponer que nos olvidemos de la teoría clásica del derecho y nos enfoquemos sólo en una perspectiva sociológica, sino que nos interesa resaltar la utilidad de esta complementariedad tanto a nivel teórico, práctico, como académico.

Los conceptos principales de la ciencia jurídica ya cambiaron. No tienen el mismo sentido y alcance que tenían en el siglo pasado; por lo tanto, adaptarse a esta nueva circunstancia es simplemente una cuestión de tiempo más que de una elección. Es un error imaginar que las palabras reflejan una esencia inmutable; un concepto se transforma conforme cambia su realidad histórica y más aún aquellos conceptos que en sí mismos significan interacción social, como el derecho y la justicia, a los cuales nunca podríamos catalogarlos de absolutos y lógicos, como sucede en las ciencias exactas.

En este capítulo proponemos abordar los conceptos de derecho y de justicia en relación con su contexto; así, el derecho debe estudiarse también desde la reacción que provoca en la conducta de los sujetos y debemos perseguir la aplicación de justicia conforme a criterios objetivos, que aspiren a alcanzar esa idea de perfección, mediante acciones concretas que construyan cada día una sociedad menos injusta.

La realidad posmoderna acucia la necesidad de abordar el funcionamiento del sistema jurídico desde un análisis sociológico, interdisciplinario y crítico. En este sentido, trabajamos con la postura del análisis funcional del derecho que lo define desde las funciones que cumple en la sociedad y en atención a la conducta de los agentes; e igualmente, proponemos un abordaje de la justicia sobre el resultado de argumentos racionales en un contexto específico. Posiciones que alejan a estas construcciones conceptuales del plano abstracto y las acercan a una percepción real de su existencia, contribuyendo a disminuir la brecha entre el mundo del ser y el del deber ser.

Estas nuevas percepciones del derecho y de la justicia influyen decisivamente en el trabajo y las responsabilidades de los operadores del derecho, problematizando un campo que hasta ahora estuvo restringido a técnicas descriptivas, abstractas y a priori. Se hace necesario entonces reubicar el protagonismo de los juristas en el resguardo del derecho y en la aplicación de justicia, porque estas innovaciones conceptuales exigen una conducta activa, reflexiva, crítica, política y estratégica, que contextualice y flexibilice los conceptos ideales de la ciencia jurídica en pos de las necesidades reales de la sociedad. Es así, que en este nuevo paradigma comienzan a retomarse las ideas del activismo jurídico.

Con todos estos desafíos es importante garantizar una educación jurídica comprometida con el potencial del derecho como herramienta política y generadora de cambios sociales, para formar profesionales que no sólo aspiren a ser reproductores de una ideología vacía y jerárquica, sino que sean reconstructores de un orden social y justo.

Capítulo 2: Enseñanza jurídica: debates y modelos

Introducción

La formación académica de profesionales en derecho es un tema que merece nuestro cuidado por la repercusión social que inviste y que se refleja en la amplitud de posibilidades en donde un abogado puede desempeñarse. Un jurista puede ser parte del órgano judicial y encargado de impartir justicia en la sociedad; puede ser abogado particular y responsable por defender intereses individuales o colectivos; puede ser abogado del Estado encargado de asesorar y defender las operaciones y los intereses públicos; puede ser funcionario público y representante de la nación; puede ser líder de un equipo de trabajo; en fin, cualquiera de estas posiciones demuestra la importancia estratégica de preocuparnos por una buena educación jurídica.

Desde nuestro punto de vista existen tres pilares importantes sobre los que debemos reflexionar cuando estudiamos la enseñanza jurídica: 1) la concepción de derecho y de justicia que se persigue con la formación académica, 2) la forma de enseñar derecho, y 3) el perfil de graduado que se pretende construir con la educación jurídica. De acuerdo a cada uno de estos parámetros y a la forma de su implementación tendremos diferentes modelos de enseñanza jurídica y, por lo tanto, diferentes formas de socialización del estudiante.

Estos puntos del qué, del cómo, y del para qué, serán la base del debate que presentaremos en torno a la enseñanza jurídica.

1. Debates dentro de la enseñanza jurídica

1.1. Concepción del derecho y de justicia

Atendiendo a la contemporánea discusión conceptual en torno a estas ideas, debemos reconocer las clásicas cosmovisiones contradictorias entre el positivismo y el realismo jurídico con respecto a la construcción del concepto de derecho y de justicia en la enseñanza jurídica.

1.1.1. Positivismo jurídico

Una de las máximas del positivismo jurídico es que el derecho está formado sólo por normas, que a su vez encuentran su razón de ser en otras normas. De esta forma, los detentores de esta doctrina defienden la autonomía del derecho al identificar un objeto y

método propios de estudio. Así tenemos a la norma jurídica como elemento central de análisis y a la dogmática jurídica como método particular que permite la elaboración de conceptos fundamentales extraídos desde el propio ordenamiento jurídico.

El positivismo jurídico interpreta al derecho como un todo hermenéutico, ordenado y único, conformado por normas generales, abstractas y racionales, emanadas del monopolio coercitivo y normativo del Estado (Lista; Brígido, 2002: 44).

La consolidación de este pensamiento se alcanza con el proceso de codificación, posterior a la revolución francesa y con la aprobación del Código Civil Francés; sin embargo, este acontecimiento histórico representa algo más que el triunfo de una interpretación jurídica, porque entraña la victoria de una ideología política, que defiende al Estado como centro de organización política. Sobre estos principios, se estructura el esquema institucional del siglo XX, con el Estado como titular absoluto del poder jurídico, tanto en el área legislativa como judicial, una configuración económica en base a criterios de organización capitalista y, una distribución social basada en divisiones económicas, con la clase burguesa como dominante (Lista; Brígido, 2002: 44).

Enfocándonos en el sistema jurídico, debemos resaltar que esta línea de pensamiento fundada en la racionalidad jurídica se opone a la utilización de medios y procedimientos que no puedan ser controlados racionalmente recurriendo a los principios de cálculo, previsibilidad y neutralidad valorativa. Todo ello bajo el argumento de resguardar el carácter neutral del derecho. De esta manera, se defiende la separación de la ciencia jurídica de la realidad, para preservar al contenido normativo de la influencia de intereses determinados que pueden ser sectoriales, de clase, grupales o individuales; así como también de la interferencia de apreciaciones valorativas, consideraciones éticas, sentimientos políticos, criterios utilitarios o de conveniencia, etc. Esta perspectiva ubica al derecho dentro del mundo del deber ser en lugar del mundo del ser -de la realidad fáctica-, a los fines de garantizar sus caracteres de pleno, coherente y único, con el propósito de conservar al derecho en su constitución pura, evitando así su “contaminación” con los demás órdenes de la realidad y con las irracionalidades del individuo y la sociedad.

Para esta cosmovisión el derecho está constituido sólo por normas jurídicas que nacen del poder normativo del Estado prevaleciendo sobre cualquier otra práctica social, independientemente de la subjetividad de los actores sociales. Todo esto, contribuye a fortalecer y justificar la autonomía y suficiencia del derecho frente a otros aspectos de la

realidad, como el político, moral, religioso, económico, social y cultural. Esta “falsa” presentación del derecho como un instrumento neutral, apartado de toda influencia ideológica, es lo que genera su falta de vinculación con la realidad social y con el resto de conocimientos considerados extrajurídicos (Lista; Brígido, 2002: 46).

En este contexto resulta fácil identificar la concepción del derecho que se defiende y que por supuesto se transmite. Se trata de un derecho que no pertenece a nuestra realidad cotidiana sino que corresponde a una lógica abstracta, ya que sólo en este plano es posible sostener los caracteres que lo identifican, tales como: a) pleno y lógico, con capacidad de abarcar cualquier situación, es decir que no existen para esta postura lagunas, contradicciones o espacios “grises” -porque si existieran serían resueltos por la propia doctrina-; b) neutro, al límite de ser atemporal e inaplicable por su poca relación con la realidad que lo rodea; c) supremo, aún por encima de los propios sujetos a quienes regula; todos elementos que en su conjunto terminan por construir un derecho racional y estético pero totalmente despreocupado por sus consecuencias prácticas.

Esta concepción del sistema jurídico conduce a identificar a la justicia como la perfecta concreción de las normas jurídicas prescriptas, cual si fuera un simple procedimiento matemático, en el que frente a la descripción de una conducta debe aplicarse la solución hipotética prescripta previamente por la normativa vigente, sin oportunidad para pensar que un resultado que se aparte de este procedimiento lógico pueda ser catalogado de justo.

Esta forma de concebir al derecho y a la justicia reduce notablemente la capacidad de trabajo de los juristas limitándose únicamente a la interpretación de la letra de la ley o, en su defecto, recurriendo a criterios de interpretación dogmática cuando las normas fueran incompatibles. En este orden, la actividad de los profesionales del derecho deja de ser productiva y pasa a ser reproductiva representando una gran pérdida para una real aproximación al sentido material de justicia; verbigracia, antes del afianzamiento del positivismo jurídico la figura del juez tenía libertad para elegir qué norma aplicar en cada caso de acuerdo a las circunstancias, pero con el advenimiento de esta doctrina el juez pierde aquella capacidad decisoria y creativa convirtiéndose en un mero funcionario público que debe aplicar las normas jurídicas estatales por encima de cualquier apreciación personal (Lista; Brígido, 2002: 49).

1.1.2. Realismo jurídico

De forma prácticamente antagónica, los detentores de la doctrina del realismo jurídico, reniegan de aquellos atributos sostenidos por el positivismo y refuerzan la necesidad de una reconstrucción del pensamiento jurídico, abriendo camino a una concepción sociológica de la ciencia del derecho.

Esta doctrina filosófica, que tuvo diferentes orígenes y manifestaciones, podemos decir que se consolida como teoría crítica del derecho en la década del 60' con la conformación del movimiento Critical Legal Studies (estudios críticos del derecho) en los Estados Unidos; donde se inició como un grupo integrado por estudiantes, profesores, practicantes y científicos sociales del derecho, que escribían acerca del sistema legal estadounidense desde una perspectiva de izquierda utilizando metodologías más cercanas a los criterios literarios y filosóficos sociales que a los académicos del derecho.

Este movimiento propone el estudio del derecho desde una perspectiva realista que implica una relación directa del derecho con el contexto económico, social y cultural que lo rodea oponiéndose en lo absoluto a la reproducción de aquellos conceptos y relaciones considerados "aceptados" por la sociedad -cuando no se tratan de otra cosa que de significados o creencias impuestas que tienden a reproducir relaciones jerárquicas y de dominación-.

Este tipo de discurso de reproducción sólo ayuda a estructurar una percepción de la realidad que no permite visualizar alternativas posibles, tanto en relación a lo que ella es cómo a lo que podría ser. Así, se convence a las personas de que todas las relaciones jerárquicas en las que viven y trabajan son naturales y necesarias; por eso muchas veces nos encontramos con expresiones como "hemos llegado al final de la historia", "las posibilidades de cambio ya no existen", "el esfuerzo por tratar de alcanzar una sociedad menos jerárquica es en vano o traería aparejado grandes costos como pérdidas de eficiencia productiva, limitaciones de libertad individual o expansión de facultades estatales". Estas creencias fuertemente arraigadas en la sociedad son difíciles de erradicar, pues representan un relación de jerarquía que se torna obligatoria incluso en las propias prácticas de sus actores, sea en debates legislativos, discusiones jurídicas, decisiones administrativas y judiciales, trabajos académicos, etc. Todos, de alguna forma, contribuyen a fortalecer esa creencia de que las cosas son como son y que cualquier cambio sólo las empeoraría (Gordon, 2009: 522; Santos, 2002; Hespanha, 2007: 224).

Este proceso de permitir que las estructuras que nosotros mismos creamos dirijan nuestras relaciones -de modo tal que parezca que desempeñamos papeles abstractos en un juego que parece no ser producido por la acción humana sino que esas estructuras están determinadas por la historia, naturaleza humana o derecho económico- se llama reificación, que implica una sobre-cosificación donde lo que está vivo es tratado como una cosa inerte o abstracta (Gordon, 2009: 511-512).

Una forma de superar estas falsas afirmaciones es exponer estas creencias a herramientas racionales y críticas que darán como resultado un conjunto de relaciones objetivamente determinadas. Desde esta perspectiva, pensando que el mundo es una construcción humana y no un conjunto de reglas sociales o económicas que condicionan constantemente nuestras acciones o nuestra forma de pensar, se relativiza el rol del hombre con la realidad que lo rodea y se puede aspirar a un pensamiento real de cambio (Gordon, 2009: 513). Así, el derecho deja de ser algo externo al hombre y a la sociedad para pasar a configurar una herramienta poderosa de acción política y económica que, según su utilización, significará una herramienta de opresión o de cambio.

Con este nuevo escenario, el derecho pierde su carácter neutral atribuido por el positivismo jurídico exponiendo su potencial de control, sea como instrumento regulador de conductas, según la versión liberal, o como instrumento a favor de los más poderosos, según la versión marxista ortodoxa (Gordon, 2009: 505-506).

El realismo jurídico siempre se interesó por demostrar el carácter indeterminado del derecho, lo que pone en tela de juicio algunos de los presupuestos más tradicionales como la igualdad ante la ley y su aplicación imparcial. Con este nuevo aporte científico, tanto las leyes como las sentencias judiciales dependen en gran medida de las circunstancias personales de quien las dicta (formación intelectual, origen social, creencias, ideologías, etc.) y no solamente del sustento jurídico puro (Gordon, 2009: 541; Hespanha, 2007: 224).

1.1.3. Redefiniciones

Este clásico y ultrapasado debate doctrinal, sumado a las exigencias de la sociedad de la modernidad avanzada, nos conducen a redefinir y readaptar las nociones de derecho y de justicia junto con otras percepciones epistemológicas a los fines de flexibilizar los tradicionales esquemas jurídicos en los que están inmersos.

El jurista Gordon nos presenta un caso judicial del Estado de Florida donde se reclamaba la rescisión de catorce (14) contratos firmados con una academia de baile. El tribunal de primera instancia rechazó la demanda por errores formales, siendo este fallo apelado ante la Corte de Apelaciones donde fue revocado al considerar que el primer análisis del órgano judicial había sido superficial por tratarse al caso como una típica transacción. Finalmente, en la corte, el juez Pierce encuadró el caso dentro de la figura de rescisión por fraude, evaluando condiciones físicas, psicológicas, emocionales y materiales de ambas partes (Gordon, 2009: 526-548).

El caso *Vokes c/ Arthur Murray Inc* presenta a una mujer de 51 años, viuda, sin familia, quien en una fiesta es seducida a participar de clases de baile en una academia por sus supuestas condiciones para el mismo. Sin embargo, la academia desde el principio supo que la actora no poseía tales dotes, pero aún así la indujeron a través de engaños, exageraciones, galantería, manipulación psicológica, a la firma de varios contratos permanentes por una alta suma de dinero.

Al tomar la decisión final el juez Pierce analizó la situación emocional de la actora resaltando que la academia proporcionó información falsa de forma deliberada para influenciar en la decisión de la Sra. Vokes, afectando de forma directa el principio de libertad contractual. La situación personal de la actora la llevó a concebir a la academia, más que como un objeto contractual, como una posibilidad de conocer otras personas y nuevas oportunidades de vida; de esta forma, la academia dejó de ser para ella un medio para satisfacer un interés para convertirse en el interés en sí mismo, un lugar donde instructores lindos y amables descubren en ella cualidades, la complacían con elogios, medallas, etc. Por fin la academia significó para ella, más que un lugar donde tomaba clases de baile, la propia sensación de estar viva (Gordon, 2009: 526-548).

Quisimos presentar este ejemplo para demostrar el dinamismo y el carácter indeterminado que puede representar el derecho conforme al criterio de cada jurista al momento de analizar un caso, la forma de identificar una situación, la norma jurídica elegida y el criterio de interpretación; elementos que pueden cambiar absolutamente el sentido de un juicio. En este ejemplo, mientras el juez de primera instancia representa un criterio netamente conservador y positivista clásico de la ciencia jurídica, al considerar todos aquellos datos empíricos como simples sentimentalismos e información irrelevante y que de ninguna forma soslayarían la obligación contractual; el segundo magistrado, frente

a la misma situación fáctica, pero con una perspectiva diferente de derecho y de la justicia -una visión realista, crítica y práctica del derecho- tiene la capacidad para analizar más allá de los simples presupuestos técnicos del acto jurídico y enfocarse en las condiciones sociales, económicas y culturales del caso. Así fue que el juez Pierce recurrió a las herramientas de influencia debida, o abuso de confianza, para resaltar el tipo de relación contractual y poder encuadrar la acción como un fraude.

Esta aptitud creativa, personificada en cada jurista, de poder encuadrar en figuras típicas casos diferentes, es la viva expresión de la flexibilidad jurídica capaz de adaptarse a las distintas circunstancias y la confirmación de la elasticidad del derecho. Con esto, estamos en condiciones de entender al derecho como una herramienta maleable y parte de la realidad social resaltando su carácter de instrumento al servicio de los hombres conforme a cada contexto. Igualmente, la justicia tampoco debe ser interpretada de forma aislada de su contexto histórico-social cuando persigue la correcta adecuación entre el derecho y la realidad en la que se aplica.

1.2. La forma de enseñar derecho: técnicas metodológicas

La complejidad de este nuevo análisis nos exige reflexionar sobre las modalidades pedagógicas que se utilizan en la enseñanza del derecho, especialmente con la finalidad de incentivar un estudio interdisciplinario, crítico, creativo, realista y estratégico del mismo.

En este orden sucederán discusiones tanto con relación al contenido del programa de estudio como a las técnicas pedagógicas utilizadas dentro del aula. A través de ambas herramientas se “enseñan” al estudiante una serie de actitudes con relación al derecho, a la economía, al rol del jurista en la sociedad, a la interpretación de justicia; conceptos que los estudiantes aprenden e internalizan mucho antes de saber cómo será su vida afuera de la facultad. La naturaleza de este proceso es lo que justifica la necesidad e importancia de estudiar el material académico y definir la orientación que representará cada uno de estos mensajes.

1.2.1. Contenido del plan de estudio

Al momento de definir el plan de estudios para la carrera de abogacía existen diferentes tensiones entre las distintas corrientes jurídicas, que en uno u otro camino determinarán el perfil de la enseñanza.

1.2.1.1. Hermetismo o interdisciplinarietà

Dentro de este debate tenemos dos posiciones diferenciadas; una, en relación directa con el carácter positivista del derecho, que reduce su contenido al estudio de la normativa vigente y propone como pilares principales de estudio a las normas jurídicas, la dogmática y el método de analogía; y otra, que entiende a la enseñanza del derecho integrada por una educación interdisciplinaria e interrelacionada con los problemas sociales.

La posición clásica que sostiene la autonomía y autosuficiencia de la técnica normativa se justifica en el objetivo de mantener la coherencia del estudio sistemático del derecho, porque un estudio interdisciplinario o extrajurídico implicaría pluralismo, caos, elección, caracteres completamente opuestos a los defendidos por el positivismo como, precisión, certeza, lógica, rigor, análisis y claridad.

Por otro lado, quienes promueven la enseñanza interdisciplinaria y entienden al derecho como parte integrante de otros saberes, especialmente en el área de las ciencias sociales, proponen un análisis sociológico, económico, cultural y filosófico del derecho que le permitan al estudiante ampliar su concepción sobre qué es el derecho y para qué sirve.

En aquellas facultades de derecho donde prevalece el contenido doctrinario por encima del práctico o reflexivo, en general tienden a formar "técnicos en derecho", profesionales capaces de memorizar las normas, interpretarlas, aplicarlas y ser colaboradores del órgano judicial al momento de ubicar jurídicamente un caso. Pero carecen de capacidad reflexiva con relación al derecho, no desarrollan una visión crítica, no saben cómo manejar algunas herramientas de análisis, reduciendo de esta forma sus posibilidades de entender al derecho como una herramienta de análisis crítico para promover su efecto reconfigurador.

Reflexionando sobre la utilidad de dividir el saber jurídico del resto de los saberes durante el proceso de enseñanza-aprendizaje; algunos autores sostienen que se trata de caminos diferentes, mientras que la doctrina es razonamiento jurídico y resultados objetivos, el saber reflexivo es pluralidad, incertidumbre y subjetividad. Es una realidad que la misma naturaleza del conocimiento interdisciplinario importa un enfoque reflexivo y complejo, lo cual no es contradictorio ni perjudicial para la formación del estudiante

porque este estilo de saber inteligente y dinámico es lo que el alumno necesita para extender su pensamiento más allá de la ley (Kennedy, 2012: 34-41).

Es una construcción errada del universo del derecho sostener que la doctrina es unitaria, coherente y racional porque dentro del mismo ordenamiento jurídico existen contradicciones, lagunas, normas opuestas y principios generales y particulares diferentes. Esta apariencia de cohesión interna es falsa; los docentes enseñan esta errónea impresión del derecho como consecuencia de los principios de la enseñanza tradicional, pero la doctrina no es lineal sino que es una trama y se interrelaciona con otros saberes, además del jurídico. Cuando entendemos ésto, la distinción entre saberes o entre saber jurídico y realidad pierde sentido porque la única forma de comprender las diferencias existentes en la doctrina es acudiendo a los estudios interdisciplinarios. Por ejemplo, no podemos enseñar las contradicciones del Derecho Privado sin estudiar las teóricas económicas opuestas sobre crecimiento económico; cuando una propugna la desregulación y la otra una colectivización de la inversión. Es por eso que esta división entre doctrina jurídica y pensamiento interdisciplinario, reflexivo, o crítico, es falsa porque ambos poseen la misma naturaleza dualista y se complementan entre sí (Kennedy, 2012: 34-41).

1.2.1.2. Diagramación del curriculum

De acuerdo a la manera de delimitar el contenido educacional podemos encontrar dos modelos de curriculum: uno de colección y otro integrado.⁸ En el primer caso los contenidos se presentan de forma aislada y perfectamente delimitada; podemos decir que prácticamente no existe vinculación entre ellos. Mientras que en el segundo caso, el contenido se presenta como un todo, los límites entre los diferentes contenidos son difusos y una característica peculiar es que no existen límites de tiempo para cada conocimiento -a diferencia del de colección donde se dedica mayor tiempo e importancia a los conocimientos considerados fundamentales (Lista, Brígido, 2002: 110-111).

El factor tiempo es un elemento que merece atención al momento de definir el contenido de estudio de la carrera. Pues existen contenidos que pueden ser enseñados en plazos determinados, algunos más cortos, otros más largos; también existen materias que por su naturaleza se aprenden mejor sin plazos formales, e incluso existen contenidos más informales que pueden ser enseñados hasta en seminarios o cursos diseminados de corta

⁸ Conceptos de Basil Berstein (1977, vol. 3: 70-84).

duración (Riesman, 1999: 125).

Con el modelo de curriculum de colección se facilita un aprendizaje particular y especializado en relación a cada materia, donde el objetivo se concentra más en la profundidad que en la interrelación de los contenidos y en el nivel de comprensión de los estudiantes. Mientras que en el modelo integrado la educación está basada en principios generales, donde se privilegia más los modos de conocer que el nivel de conocimiento (Lista, Brígido, 2002: 110-111).

1.2.1.3. Saber doctrinario y saber práctico

Este debate se asienta en la tensión entre enseñar derecho desde libros como ciencia teórica y abstracta o enseñar derecho como una profesión práctica y su ligazón constante con la realidad.

Desde el siglo XIX la universidad es el lugar por excelencia para la producción del saber científico; por eso resulta natural que las facultades de derecho también hayan adoptado esta metodología al momento de estructurar pedagógicamente su contenido de enseñanza. Así, por ejemplo en la Facultad de Derecho de Harvard desde 1870 con Christopher Columbus Langdell como decano, predominó una visión del derecho estrictamente ligada a la ciencia. Uno de los primeros debates en torno a la gran brecha entre formación académica y actividad profesional, resaltando la ausencia de contenido práctico en el programa de estudio, surge con la famosa comparación del autor Jerome Frank entre la formación del estudiante de derecho y del estudiante de medicina.

Esta provocación reabre la discusión en torno a la importancia del saber práctico en la formación del estudiante de derecho, porque hasta ese momento el saber teórico tenía total preeminencia sobre aquél. Profesores que habiendo tenido experiencia en la práctica jurídica -o sin ella- la consideraban inútil para el conocimiento jurídico reafirmando al conocimiento teórico como el principal y casi único eje de enseñanza en la facultad de derecho (Frank, 1947: 3).

A school with a library as its heart is what one may well imagine. The men who teach there, however interested they may once have been in the actualities of the law office and the courtroom, must pay only a subordinate regard to those actualities (Langdell apud Frank, 1947: 4).

Esta tendencia prácticamente lo que hace es distinguir el sentido académico-investigativo del contexto práctico, asimilando cada vez más el derecho al concepto de

ciencia, con el objetivo de distinguirlo de la contingencia propia de la realidad y acercarlo a la objetividad o abstracción que caracteriza al conocimiento científico (Alfieri, 2009).

Este estilo de enseñanza condujo a formar graduados en derecho que no tenían las competencias suficientes para ejercer la práctica jurídica, pues adolecían sobre todo de falencias en la escritura y en el modo de razonamiento jurídico, principalmente porque su formación estaba más orientada al perfil de un estudioso de leyes que al de un profesional que aboga en causas judiciales. Esta distinción categórica y excluyente incapacita a los alumnos para cualquier otro papel que no sea el de aprendiz en un estudio jurídico, lo que a su vez contribuye con la pérdida de importancia de la teoría enseñada en la facultad y produce la sobrevaloración de las habilidades que se aprenden en la práctica -ya que la creencia general es que sólo cuando los alumnos se gradúan es cuando comienzan a aprender la “verdadera” práctica de la abogacía-.

En reacción a estas falencias y junto con nuevas tendencias ideológicas, es que surgen tensiones en la configuración de la enseñanza del derecho. Las primeras manifestaciones en este sentido iniciaron con el trabajo de los Critical Legal Studies, que proponen un nuevo estilo de enseñanza jurídica basada en una perspectiva más práctica, crítica, y realista promoviendo o hasta provocando el debate con otras disciplinas.

Esta nueva línea de pensamiento orientada por lo que fue en la década del 30' el realismo jurídico, se proponía debatir algunos principios fundamentales del derecho, como su neutralidad, indeterminación y sobre todo su carácter de supremo; al demostrar que el derecho es una creación del hombre y es aplicado por él. Por lo tanto también está sujeto a sus limitaciones y circunstancias. Gran parte del trabajo del movimiento fue de “demolición” de aquella producción académica impregnada en las corrientes tradicionales, y otra gran parte se dedicó a estudiar de qué manera se encuentra incorporada en nuestras mentes aquella forma “aceptada” de pensar el derecho (Gordon, 2009: 521).

Es un error reducir el aprendizaje del derecho a un simple análisis normativo o doctrinario, porque comprendiendo la multiplicidad del alcance del derecho es imposible reducirlo a la particularidad de la teoría. Un jurista realmente preparado, además de conocer el derecho, debe identificar cuáles son los mejores caminos para su aplicación y sobre todo tener la sensibilidad de notar cuándo el derecho no está cumpliendo su objetivo en la sociedad haciéndose necesario un cambio o una re-adaptación, experiencias que se aprenden e internalizan con la realidad práctica.

La configuración del programa de estudio es un trabajo que requiere responsabilidad y competencia, porque será la base de la formación científica y profesional de nuestros futuros juristas.

1.2.1.4. Derecho público y derecho privado

Atendiendo a la clásica división del derecho, el contenido del plan de estudios también puede inclinarse en mayor o menor medida por el desarrollo del derecho privado o derecho público; sea por la cantidad de materias de cada área jurídica, por la manera en que estas materias se distribuyen dentro del programa o por la categoría que asuman como materias principales u opcionales. Decisiones facultativas que reflejarán la tendencia institucional en el plano académico. No obstante, se trata de una distinción que ya es objeto de debate en el plano doctrinal por la difícil distinción entre el campo del Derecho público y del Derecho Privado (Gardiol, 2002: 45). Hasta deberíamos repensar cuál es el sentido útil de esa distinción, porque se puede enseñar Derecho Civil desde una perspectiva pública o Derecho Tributario desde un análisis privado, entre otros ejemplos.

1.2.2. Pedagogía en el aula

La formación del estudiante está integrada tanto por el aprendizaje teórico como por la rutina diaria -prácticas cotidianas, comportamientos, interacciones propias de la dinámica de los actores, tonos de voz, gestos, expresiones faciales, etc.-. De ello surge, la necesidad de analizar tanto las técnicas utilizadas durante el proceso aprendizaje -algunas se concentran en métodos de transmisión del conocimiento y otras promueven el propio descubrimiento- como también la preocupación por el debate ideológico en relación al contenido oculto en el proceso de enseñanza-aprendizaje.

1.2.2.1. Transmisión o descubrimiento

En el desarrollo del proceso de enseñanza-aprendizaje el rol de algunos actores se torna vinculante en relación al resultado. Tal es el caso de los profesores que con sus elecciones formarán a los estudiantes e influenciarán sobre sus acciones y formas de pensar.

De acuerdo al estilo de profesor y a su metodología se plantean diferentes modelos de clases. Tenemos algunas donde existe una fuerte relación jerárquica entre

profesor y estudiante -casi una relación de dominación- donde el profesor se plantea como el titular del conocimiento, sin posibilidad de ser cuestionado, y los alumnos se limitan a escuchar e incorporar lo que él elija transmitir. En este modelo, cualquier interrupción no es muy bien recibida, por lo que una consulta puede devenir en una respuesta humillante o soberbia.

En este esquema la figura principal recae sobre el profesor; la clase comienza cuando el profesor llega; hasta resulta absurdo imaginar otras alternativas como comenzar la clase sin el profesor o pensar en un debate sólo entre los alumnos. De esta forma, el único lugar reservado para los estudiantes es el rol de espectadores, que a su vez se materializa en el lugar que cada uno ocupa dentro de la clase; el profesor en su escritorio principal y los estudiantes en sus asientos individuales, prácticamente sin contacto entre ellos -ni siquiera visual-. Este tipo de ambiente, a su vez, favorece un clima de competencia e individualismo entre los alumnos, que no sienten la obligación de interactuar en clase a menos que el docente realice alguna pregunta de forma directa (Moro, 2009).

En este modelo la tarea de los estudiantes es memorizar los contenidos impartidos por el profesor, que en general se reducen a textos normativos sin proponer ningún tipo de abordaje interdisciplinario, crítico o reflexivo. La evaluación también juega un rol principal en el desarrollo de este proceso ya que dentro de este escenario los estudiantes no pueden considerar esta etapa como algo natural, sino como el obstáculo más importante que deben sortear y desarrollan todo el proceso de enseñanza-aprendizaje únicamente con ese objetivo. En consecuencia, si la forma de aprobar el examen es repetir lo que el profesor enseñó -aún cuando no estén de acuerdo- no dudarán en tomar aquella decisión.

En contraste existen clases, con profesores menos dogmáticos y por lo general con una visión más amplia del contenido del derecho, que proponen el desarrollo de técnicas participativas donde se promueve el constante intercambio entre profesor y estudiante, o entre los mismos estudiantes, y se utilizan generalmente las técnicas del debate y del trabajo en equipo. En este tipo de clases los estudiantes adquieren mayor seguridad respecto de sus acciones porque reciben constantemente un feedback de su profesor o de sus compañeros; el intercambio de ideas y de puntos de vista enriquecen sus opiniones, posturas permitiendo el fortalecimiento de la técnica de la argumentación. Así, sin darse cuenta el estudiante desarrolla habilidades de razonamiento y argumentación en donde

aprende a conocer las debilidades y fortalezas de su conocimiento. En este estilo de clase la evaluación no constituye un obstáculo final sino que se convierte en un proceso de descubrimiento que es realizado por el propio estudiante con el apoyo del profesor (Bueschel, 2008).

En este esquema el rol principal recae sobre el estudiante, quien desempeña una función activa dentro del proceso de aprendizaje; a diferencia del modelo anterior, no espera el conocimiento de forma pasiva sino que desarrolla habilidades para adquirirlo por su propia cuenta. El profesor en este esquema adopta un papel importante como orientador de aquel proceso, pero siempre respetando al estudiante en su evolución.

Siguiendo a Paulo Freire (2006), enseñar no es transmitir conocimiento; la enseñanza siempre debe cumplir con las siguientes exigencias: respetar la autonomía de ser del educando, enseñar a partir de la realidad, el motor del aprendizaje debe ser la curiosidad, rigor metódico, respeto a los saberes de los educandos, responsabilidad ética, rechazo de cualquier forma de discriminación, reflexión crítica sobre la práctica, aceptación de la identidad cultural, disponibilidad para el diálogo y, sobretodo, querer el bien para los educandos.

1.2.2.2. El derecho como herramienta de acción política

“Una ideología puede ser hegemónica si su efecto práctico es el de impedir que puedan imaginarse órdenes alternativos” (Gordon, 2009: 509).

A través de la propuesta del programa de estudio y de la forma en que se estructuran las clases, se enseña al estudiante de derecho una serie de actitudes, no sólo jurídicas sino también políticas, cuando representan la transmisión de un contenido ideológico que define una determinada postura con relación al derecho en la sociedad (Kennedy, 2012). De esta forma, el derecho puede significar para el estudiante una herramienta de reproducción de jerarquías o puede configurarse como un elemento que permita reestructurar el sistema.

La doctrina clásica defiende la neutralidad del derecho -reniega de cualquier posición que refiera a una influencia política en el área jurídica- y sostiene su autosuficiencia lógica, formal y material. En base a este rigor lógico, los detentores de esta doctrina enseñan a los estudiantes que existe algo llamado “razonamiento jurídico” y los conducen a aceptar como válidos ciertos argumentos para casos particulares, alegando que

en virtud de este mecanismo, cualquiera sea el caso, siempre se arribará a resultados justos. El riesgo de este modelo es que por lo general engendra argumentos circulares que traen aparejadas más dudas que certezas -o son tan vagos que no tienen un sentido determinado- y tienden a reproducir argumentos de autoridad o argumentos de conveniencia política - que son tratados en el caso particular como reglas generales aceptadas por todos- (Kennedy, 2009: 557-558).

Aceptar la naturaleza instrumental del derecho inevitablemente hace suponer que producirá efectos en el campo político, porque cualquier herramienta que persiga cambios sociales refleja actividad política. De aquí la importancia del trabajo en clase y la concepción de derecho que formamos en los estudiantes, que puede devenir en una herramienta de cambio o en una herramienta de reproducción de los principios de dominación y jerarquía.

Resulta prácticamente imposible que un estudiante de derecho se cuestione estos planteos cuando está ingresando a un nuevo mundo del cuál justamente quiere aprenderlo todo; y es entendible, porque al ingresar no tienen las herramientas suficientes para notarlo o para desarrollar una actitud crítica del sistema. Incluso la mayoría de los estudiantes “progresistas” cuando intentan ayudar sólo perjudican, porque piensan que el mejor programa político es aquél donde se reconozcan y garanticen los derechos de los oprimidos y donde los derechos públicos prevalezcan sobre los privados. Sin embargo, el problema central sigue sin respuesta que es la imposibilidad de que el Estado responda a favor de aquellos intereses –de los grupos menos favorecidos- o la dificultad práctica de poner en vigencia los derechos reconocidos formalmente; entonces, aún adoptando aquel programa considerado como ideal, sin darse cuenta se estarían subordinando nuevamente a las reglas del razonamiento jurídico (Kennedy, 2009: 560-561).

El problema de la educación jurídica no se reduce a que los profesores emplean este método del razonamiento jurídico y con eso limitan el derecho de los oprimidos, sino que se trata de un problema más profundo porque se enseña un discurso del derecho inconsciente, circular y vacío que conlleva el riesgo de conducirnos a cualquier resultado (Kennedy, 2009: 561).

El discurso de los derechos es una trampa, ya que es lógicamente incoherente y manipulable, tradicionalmente individualista e intencionalmente ciego a las realidades de la desigualdad sustancial. Mientras uno se mantenga dentro de él, podrá producir buenos argumentos para un caso ocasional, periférico, en el que todos admiten que es necesario un juicio de valor. Pero uno carece de guía para

decidir qué hacer frente a cuestiones fundamentales y está destinado a perder gradualmente la confianza en el poder de convicción de lo que uno tiene para decir a favor justamente de los resultados en los que cree más apasionadamente (Kennedy, 2009: 561-562).

1.3. Perfil del graduado

Partiendo de la premisa de que la facultad de derecho no sólo transmite conocimientos técnicos sino también comportamientos, hábitos y conductas es importante determinar cuál es la orientación específica de ese proceso de socialización.

1.3.1. Rol del jurista con relación al derecho y a la justicia

Atendiendo a la división tradicional, encontramos desde la postura clásica quienes defienden el carácter supremo del derecho limitando el rol del jurista a su aplicación directa. En cambio los realistas sostienen que el rol del jurista es conocer, aplicar y crear el derecho en vistas de alcanzar objetivos comunes y compatibles con los valores de la justicia social.

Esta variabilidad nos demuestra que existen diferentes modos de asumir el rol de un profesional del derecho en la sociedad. Puede ser un rol pasivo, aceptando la norma jurídica como un criterio objetivo y universal participando sólo de forma secundaria en el proceso de aplicación de justicia, configurando así una clase de jurista preocupado más por la vigencia de la ley que por el valor de la justicia; o en su rol activo, como actúan otros profesionales en la aplicación de justicia, creando normas o adaptando las existentes a nuevas situaciones, o encuadrando casos en las –normas- que no estaban contemplados. De esta manera, utilizan al derecho de forma elástica y no como algo estático, siendo esta flexibilidad la que permite entender al derecho como una herramienta y no como un mandato que debe ser obedecido.

Estas diferentes interpretaciones terminan por influir en la conducta de cada sujeto. Así, encontramos profesionales del derecho que ejercen la profesión con el objetivo de colaborar en la sociedad y otros que ven en la profesión un trabajo bien remunerado con un muy buen prestigio social. Del mismo modo, las relaciones con sus pares pueden ser muy diferentes; algunos juristas desarrollan su trabajo basándose en relaciones verticales, entendiendo que ellos son los titulares del conocimiento y que van a transmitirlo a quien no lo sabe -colocándose eso se encuentran en una situación de superioridad-; y otros, que

consideran su trabajo como un servicio técnico desarrollado conforme a criterios de horizontalidad y solidaridad.

1.3.2. Modelo científico y profesionalista

Podemos distinguir distintos perfiles de graduados en función del modelo académico adoptado por cada institución. Una de las clasificaciones más conocidas es la que se plantea entre el modelo de facultad orientado mayormente hacia la investigación científica y el modelo orientado especialmente al ejercicio profesional.⁹

El modelo de facultad profesionalista surge con el advenimiento de la modernidad y con la necesidad de progreso de las sociedades burguesas, que demandaban profesionales especializados en áreas liberales originando así un sistema de educación formal que proveyera a la sociedad de médicos, abogados, ingenieros, economistas, odontólogos, etc. Durante este período se evidenció un cambio importante entre la dicotomía educación-trabajo -que eran elementos sin ninguna relación hasta el advenimiento del capitalismo organizado- a partir del cual se inicia un segundo período donde la educación, que hasta ese momento había quedado relegada para el campo laboral, empieza a configurarse como la herramienta de formación para el trabajo. Empero, la acelerada transformación del proceso productivo sumado a la inestabilidad entre la demanda y la oferta de trabajo, condujeron a que la educación abandonara su posición de etapa anterior al trabajo, para ser concomitante, significando ahora dos elementos fundamentales de un mismo proceso productivo sufriendo la educación una readaptación profesional (Santos, 1998: 236-239).

En el caso del modelo científico debemos remitirnos a los orígenes mismos de la universidad, interpretada por aquel entonces como el lugar al que las sociedades habían designado para la reflexión sobre la realidad y la creación del conocimiento. Desde sus inicios este modelo siempre presentó la dupla estructura de maestro-discípulo y el propósito de la investigación como conocimiento científico. Con este modelo de facultad, la enseñanza queda unida de forma indivisible a la investigación científica, de forma tal que no se concibe enseñanza sin investigación, ni investigación sin enseñanza.

Evidentemente estos dos modelos de enseñanza producen distintos perfiles de graduados. Mientras que el modelo científico propone un currículum integrado, estudios interdisciplinarios, trabajo de tiempo completo -tanto por parte del profesor como del

⁹ Ricardo Cabrera, en su trabajo, "La universidad que no tenemos". Disponible en <http://neuro.qi.fcen.uba.ar> (28 de Mayo de 2015).

alumno- y técnicas dinámicas de estudio; ofreciendo al estudiante mayores oportunidades de aproximarse a herramientas críticas, de reflexión, de debate, de argumentación -que le permitirán construir sus propias herramientas de conocimiento y, a la vez, profundizar el campo de la investigación científica-; el modelo profesionalista más vinculado con las exigencias del mercado, propone un currículum orientado y dirigido de acuerdo a las reglas de la eficiencia con el propósito de alcanzar en el menor tiempo posible la mayor cantidad de objetivos. De esta forma, el estudiante no tiene grandes espacios de debate o de reflexión porque no es ésta la finalidad del modelo, sino prepararlos con las bases mínimas de conocimiento -por lo general de contenido técnico- para su inserción en el mercado laboral. Este modelo contribuye a que el estudiante interprete a la formación académica de la facultad sólo como un período de tránsito y no como un fin en sí mismo, idealizando de esta manera la preparación que pueda obtener al momento de iniciarse en el mercado. La gran desventaja de este modelo es que al ser una preparación superficial, el estudiante no cuenta con las herramientas necesarias para desenvolver su pensamiento o sus propias concepciones conceptuales.

La principal diferencia entre ambos modelos recae en los objetivos de la formación; en el caso del modelo científico, el objetivo es la excelencia, mientras que en el profesionalista lo es la eficiencia. Con todo, actualmente esta delimitación es bastante difícil de sostener porque en su afán de afrontar la realidad del mejor modo posible las instituciones educativas debieron adoptar principios pertenecientes a uno y otro.

En algunas facultades de derecho de los Estados Unidos con el objetivo de mejorar y elevar el nivel de los profesionales del derecho decidieron implementar desde finales del siglo XIX medidas para tornar a la enseñanza del derecho más científica, pero el nivel de las exigencias es tan elevado que condujo al colapso de las propias facultades de derecho. Los altos parámetros del modelo científico como profesores full time, investigadores, estudiantes full time, prácticas, programas de estudio avanzados, incremento en los años de la carrera, inversiones en grandes bibliotecas, entre otros, llevaron a aumentar notable y progresivamente el costo de estudio de la carrera de abogacía, hasta convertirse hoy en día en una carrera accesible sólo para un selecto sector de la sociedad¹⁰ (Tamanha, 2012).

¹⁰ La tasa promedio de una universidad ubicada dentro de las veinte mejores en el ranking no es menor que U\$S 50.000 anuales, sin contar con el gasto extra que implica el costo de vida. Suma de dinero que una familia con buenas condiciones económicas no dudaría en pagar, pero una familia de clase media no tiene

Estas circunstancias más la fuerte recesión del mercado laboral norteamericano en el plano de la abogacía, producen graduados en derecho que egresan con una enorme deuda en sus espaldas con pocas posibilidades de insertarse en el mercado laboral jurídico. Aún así, las facultades no adoptan ninguna postura responsable frente a esta situación continuando con el reclutamiento de la mayor cantidad posible de estudiantes para poder solventar el sostenimiento de una muy costosa estructura educativa conforme a las exigencias actuales. En esta tarea, se empeñan en presentar datos falsos respecto de las tasas de empleo, programas disimulados de becas que sólo actúan como “anzuelo” para los estudiantes -quienes al final terminan fuertemente endeudados teniendo que aceptar cualquier estilo de empleo para poder subsistir-, etc. Este tipo de limitaciones no existían para las generaciones anteriores e implican grandes costos sociales y hasta perjuicios para el mismo sistema legal, porque esta nueva estructura sólo contribuye a hacer de la abogacía una profesión de clase¹¹ (Tamanha, 2012).

Sobre este escenario norteamericano diferentes autores proponen flexibilizar aquellos niveles de exigencia para brindar a las facultades de derecho mayores posibilidades de elección al momento de determinar su estructura y orientación en la enseñanza. Así, Alfred Reed propuso la coexistencia de los dos modelos; por ejemplo, las facultades locales podrían sostener un currículum más práctico que mostrase lo que el derecho es y, las facultades nacionales se ocuparían de formar líderes sociales donde los estudiantes además de aprender derecho puro adoptasen otro tipo de conciencia con relación a las funciones del derecho (Tamanha, 2012: 24).

1.3.3. Interés público e interés privado

De acuerdo al perfil elegido por cada institución tendremos diferentes prioridades de intereses y formas de estudiar el derecho. Mientras existen facultades cuya estructura académica responde a un estilo liberal, con una perspectiva netamente individual, que promueve la formación abogados especialistas en áreas de derecho privado; otras, proponen la formación de un perfil profesional más comprometido con causas de interés

condiciones de hacerlo y debería resignarse a estudiar en las universidades más baratas con la disminución de oportunidades laborales que eso implica; por ejemplo, los integrantes de la Corte Suprema de Justicia siempre fueron estudiantes de Harvard, Yale y Columbia siendo mucho menos probable que un estudiante de cualquier otra universidad tenga acceso a estos cargos del departamento de justicia o incluso como profesor de derecho.

¹¹ Postura también sostenida por los autores Bourdieu y Passeron (2013).

público donde prevalecen contenidos que reflejan la transversalidad e importancia del derecho en la sociedad.

2. Modelos de facultades de derecho en el siglo XXI

Considerando los tres pilares iniciales sobre los cuáles se asentaron los debates en torno a la enseñanza jurídica presentaremos cuatro modelos de facultades de derecho propias del siglo XXI que asumen de manera diferente cada una de aquellas propuestas. A los fines de organizar mejor la presentación y facilitar el reconocimiento de cada idea, alteraremos en el orden de aquellos grandes ítems, comenzando por el esquema elegido por cada institución al momento de enseñar derecho; luego, asumiendo que la educación es un proceso de socialización del estudiante identificaremos cuál es la concepción de derecho y de justicia que cada estilo de enseñanza promueve; y finalmente analizaremos cuál es el perfil del graduado en derecho resultante conforme a cada modelo.

2.1. Modelo clásico

Este modelo se caracteriza por aplicar la lógica del iuspositivismo al momento de estructurar el contenido de la enseñanza. De esta forma el eje principal del plan de estudio está compuesto por materias normativas que representan al derecho positivo vigente, en su mayoría derecho privado y sólo existen escasas materias obligatorias que correspondan al campo del derecho público, u otras que no hagan referencia exclusiva a la normativa en vigencia.

Este plan de estudio con base en la dogmática jurídica refleja una tendencia dominante del contenido doctrinario por encima del práctico, reflexivo o cualquier otra forma de conocimiento extrajurídico; tanto en relación al contenido, a la cantidad de horas por materia, como a la metodología de enseñanza, porque la utilización de técnicas memoristas y el propio proceso de analogía se convierten en las herramientas fundamentales de estudio.

El mismo programa -de estudio- favorece la lógica del razonamiento jurídico, pues materias como Derecho Contractual, Derecho de Daños, Derechos Reales, Derecho Penal y Procesal Civil, cimientos del capitalismo del estado de bienestar, son a su vez la base de estudio de la carrera y los profesores las enseñan como si tuvieran una lógica interna, donde los argumentos de conveniencia política parecieran no tener importancia. En

suma, cuando se enseñan contenidos de Derecho Público que hacen a la estructura administrativa del Estado, donde su elemento político es inherente, los profesores prefieren enseñar esos contenidos de forma aislada y con alto nivel de complejidad a los fines de eliminar cualquier connotación política intentando resguardar el carácter neutro del derecho. Por fin, en cuanto a las materias que no tienen vinculación directa con el derecho positivo, como Historia, Filosofía del Derecho, Sociología, Práctica Jurídica, entre otras, se presentan como simples materias recreativas sin revestir la importancia de aquellas que integran el núcleo técnico del derecho (Kennedy, 2009: 558-559). Este modelo responde a la lógica del derecho en una estructura liberal, al sostener el hermetismo jurídico con relación al resto de saberes, metodologías y dando preeminencia al Derecho Privado por sobre el Derecho Público.

Desde el punto de vista estructural este modelo se organiza conforme al esquema del curriculum de colección proponiendo el estudio de materias con un contenido y un tiempo definido; existe una secuencia entre ellas, pero no una interrelación, posibilitando que el alumno estudie cada materia de forma independiente y recurriendo a técnicas memoristas sin que eso perjudique su posterior desempeño en esta facultad.

Los profesores -en su gran mayoría varones, de modales típicos de clase media, heterosexuales- desempeñan un papel de superioridad dentro de la clase y se presentan como los titulares del conocimiento. En este escenario, el estudiante se convierte en un simple receptor de contenidos, lo que además de perjudicarlo en el plano académico le resta confianza en su propio proceso de aprendizaje; así, se configura lo que Freire denomina educación bancaria: “Eis aí a concepção ‘bancária’ da educação, em que a única margem de ação que se oferece aos educandos é a de receberem depósitos, guardá-los e arquivá-los” (Freire, 2002 apud Figueredo 2012: 55).

Además de inhibir a los estudiantes en su proceso activo de aprendizaje, este modelo favorece una reproducción ideológica donde los profesores tienden a convencer a los estudiantes de la eficacia del proceso de razonamiento jurídico promoviendo su adherencia. Este tipo de razonamiento sólo lleva a reproducir los estándares de jerarquía, porque promueve el pensamiento sistemático en lugar del pensamiento analítico. De esta manera, el estudiante acepta –sin reservas- las prescripciones normativas y a través de un procedimiento lógico-automático las aplica, sin considerar los resultados, el contexto, ni los parámetros reales de justicia. Con todo esto, el derecho pierde cualquier potencialidad

como elemento de reestructuración y se convierte en una vía de propagación de ideas dominantes.

Al inicio de clases se hacen evidentes las diferencias de pensamiento entre los estudiantes, y entre ellos y sus profesores; pero es notable que no existe espacio suficiente para el debate o los pensamientos idealistas o progresistas (Kennedy, 2009: 553). Lo curioso es que a medida que se desarrolla el curso, el grupo se vuelve cada vez más homogéneo en esa línea de pensamiento y aquellas ansias por debatir se debilitan al punto de desaparecer. Finalmente, esta metodología sólo incentiva al estudiante a una doble pasividad, tanto en relación al trabajo en el aula como a su interpretación sobre el potencial transformador del derecho.

Siguiendo este lineamiento podemos decir que las concepciones de derecho y de justicia propuestas por este modelo están directamente ligadas al derecho positivo y restringidas al procedimiento lógico-formal del razonamiento jurídico, que sólo arriba a una interpretación netamente formal y abstracta de aquellos términos. Incluso, durante el aprendizaje los estudiantes relativizan el sentido de estos vocablos; los cuáles comenzaron relacionados a una idea de valor, pero con el devenir del proceso de socialización se impone su sentido instrumentalista dissociándose los conceptos de derecho y de justicia. El derecho adquiere entonces el sentido de una herramienta fuerte en sí misma e independiente de la idea de justicia, quedando ésta relegada al plano axiológico -más que a la propia realidad-.

La marcada desvinculación entre el mundo jurídico y la realidad se extiende también al plano académico. Así, en este escenario donde reina el tecnicismo legal y todos los hechos son subordinados a un análisis legal abstracto sin ser abordados desde una perspectiva sociológica; donde el mayor esfuerzo jurídico recae sobre la sintaxis de las decisiones judiciales; y en el cual se relativizan materias como Historia, Filosofía, o Sociología -que sirven para configurar juicios realistas respecto de la prioridad de problemas y las necesidades sociales-, definitivamente la formación configurará en el estudiante de derecho una conciencia jurídica técnica y positivista.

Además, si a esta conciencia técnica le agregamos la escasez de herramientas reflexivas o críticas, estudios de investigación, profesores y alumnos dedicados en tiempo completo, tendremos como resultado la configuración de una conciencia positivista y poco crítica, que promueve una visión unidimensional de los conflictos sociales vinculada de

forma directa a la norma jurídica. Así, el perfil del graduado no puede ser otra cosa que el de un técnico en derecho, un profesional que conoce las normas, que domina los mecanismos de su aplicación, pero carece de capacidad crítica o reflexiva respecto de este contenido.

Con este estilo de formación, la concepción de derecho o de justicia que el estudiante pueda procesar es bastante limitada. En el caso del derecho será comprendido como un conjunto cerrado de normas que deben ser respetadas sin ninguna representación de su poder político, social o económico; y de igual manera, la concepción de justicia estará estrictamente ligada al plano procesal-formal del derecho, sin poder extender la potencialidad de su sentido. Esta restricción interpretativa fomenta la reproducción de los modelos de jerarquía y dominación, porque el mismo jurista se integra de forma inconsciente en aquel sistema, al aceptar el derecho como un mandato supremo sin ni siquiera cuestionar las razones de su origen, su correspondencia con la realidad, el verdadero sentido de justicia y sin conocer la herramientas para su flexibilización.

Adicionalmente, si le sumamos la marcada preeminencia de una rama sobre otra, el resultado será el de un profesional especializado –en este caso- en el área del Derecho Privado y totalmente despreocupado por las cuestiones jurídicas de interés público. Divisiones que restringen cada vez más el significado y la fuerza del derecho produciendo profesionales en serie, destinados a la misma actividad, que terminarán por saturar rápidamente el mercado jurídico laboral.

2.2. Modelo Crítico

Este modelo que inició dentro de los grandes debates de Critical Legal Studies, comparte junto con el movimiento su intención por rebatir algunos principios ortodoxos de la doctrina clásica, como el carácter neutral del derecho, su hermetismo, su supremacía y su falsa determinación. Naturalmente como este movimiento nació en reacción a la enseñanza jurídica tradicional y su contraste con la realidad, sus objetivos estuvieron desde el origen dirigidos a cuestionar la forma en que las corrientes dominantes escriben y enseñan las materias que constituyen la base del pensamiento jurídico (Gordon, 2009: 521).

A diferencia del modelo clásico, la forma de estructurar la enseñanza jurídica dentro del modelo crítico es mucho más abierta, amplia e interdisciplinaria. El enfoque

principal de estudio ya no está puesto exclusivamente en el derecho positivo, sino que se extiende a los demás saberes extrajurídicos, tanto científicos como prácticos. De esta forma, el plan de estudio está integrado por materias generales que constituyen la base del pensamiento jurídico, como Filosofía, Sociología, Teoría del Derecho, Historia del Derecho, Economía y también por materias normativas que cubren el sentido estrictamente técnico de la profesión. A diferencia del modelo clásico aquí no existe prioridad en favor de materias de índole privada, sino que se trabaja en base a un equilibrio entre ambos campos jurídicos. Esta conjunción permite una formación más completa del estudiante de derecho fomentando el desarrollo de otras habilidades sin enfocarse exclusivamente en el estudio estricto de leyes.

La organización de este plan de estudio generalmente se estructura mediante la forma de un currículum de colección, pero con una fuerte red de interrelaciones entre cada contenido. Podríamos decir que se trata de un currículum de colección avanzado porque la característica de esta modalidad es que cada materia se enseña de forma separada pero no de forma independiente, sino promoviendo la constante interacción con el resto del contenido de estudio. La ventaja de esta metodología es que cada materia conserva su individualidad y autonomía pedagógica sin descuidar el objetivo colectivo.

Este modelo, a diferencia del clásico, no sostiene la autosuficiencia del derecho, sino que reconoce su constante relación con el contexto político, económico y social. De este modo, la enseñanza jurídica también está impregnada de aquellos contenidos, en constante vinculación con la realidad y con el conocimiento práctico. En esta modalidad de enseñanza no existe una jerarquía entre los saberes sino una interdependencia entre ellos, permitiendo que los estudiantes adopten una visión multidisciplinaria del mundo jurídico.

El estudio de materias que abordan el derecho desde una perspectiva diferente a la jurídica, permite al alumno disponer de ciertas herramientas para identificar y descubrir, a través de su propio proceso de aprendizaje, otras formas de interpretación del derecho aprendiendo a contextualizar cada contenido. De esta forma, el derecho deja de tener una visión unidimensional para pasar a ser parte de la red de relaciones sociales.

En la misma dinámica de las clases se refleja éste sentido multidisciplinario y horizontal de entender al derecho, cuando los profesores privilegian técnicas participativas, debates, discusiones en grupo. También la ubicación física de los actores es diferente e importante, por ejemplo cuando el profesor forma un círculo con los estudiantes lo hace a

los fines de quebrar con aquellas nociones de verticalidad fomentando la integración y confianza del grupo.

Este modelo reniega de la metodología del razonamiento jurídico como método para arribar a resultados correctos o justos destacando que esas técnicas de conocimiento de leyes, de detección de lagunas, conflictos y ambigüedades o técnicas extensivas no son otra cosa que simples herramientas argumentales que no implican un raciocinio específico y único, sino que son resueltas conforme al caso.

Para los representantes de este modelo el sostener la tendencia del razonamiento jurídico es una forma de reproducir los principios de dominación y jerarquía que intenta convencernos de que los contenidos técnicos derivan de un procedimiento racional y no de la realidad que lo sustenta.

El riesgo de sostener este principio clásico del razonamiento jurídico es enseñar y reproducir en nuestros futuros juristas un discurso del derecho circular y vacío, que resulta de aplicar la norma jurídica mediante un procedimiento lógico independientemente de su resultado. En este punto el profesor de derecho desempeña un rol muy importante como el orientador que debe demostrar a los estudiantes el potencial del derecho como herramienta política y enseñar que aplicar correctamente el derecho no se trata sólo de combinaciones lógicas sino que debe ser estudiando y aplicado de acuerdo al contexto.

El profesor de derecho debe reconocer que la carrera que eligió implica ciertos riesgos y desafíos. Necesitamos de profesores que puedan comprometerse para desarrollar su actividad profesional también como actividad política que coadyuve a erradicar cualquier representación infundada de jerarquía, corrupción o injusticia. Promover un comportamiento activo en la vida política, fomentar el interés público en la reforma jurídica o luchar junto con otros movimientos para mejorar la calidad de los servicios jurídicos de los más desfavorecidos no significa adoctrinamiento, sino enseñar derecho con conciencia política y social, entendiendo sus consecuencias y sus límites -del derecho- como herramienta.

A la vez, este tipo de enseñanza ofrece mayores posibilidades a la hora de respaldar a aquellos estudiantes que llegan a la facultad de derecho con convicciones socialistas o transformadoras, pero pronto notan que la enseñanza jurídica de a poco les restringe esas aspiraciones; incluso sirve para integrar a aquel sector de estudiantes que no tiene esta perspectiva de uso del derecho.

Este abordaje tiene una visión más realista del derecho y, por lo tanto, también de la justicia. El derecho no es estudiado como algo perfecto sino que desde su imperfección se analiza la forma de adecuarlo a las circunstancias, y en el caso de la justicia no se reduce a su sentido formal sino que su percepción está más orientada a la idea concreta de realización de justicia. De esta manera, el derecho ya no es entendido como sinónimo de derecho positivo, sino como un conjunto de prescripciones normativas que deben estar en armonía con la realidad donde se aplica. Con esta interpretación el derecho pierde su carácter de autosuficiente y supremo, sostenido por el modelo clásico, y reafirma su sentido circunstancial en constante interacción con el contexto.

Esta nueva forma de concebir al derecho nos facilita inferir algunos principios de esta doctrina: como entender al derecho como parte del sistema social y no por encima de él; que debe ser estudiado como una herramienta que se nutre de las relaciones sociales y no en sentido contrario; se acepta y se promueve su elasticidad; y, sobre todo, se reconoce su vinculación natural con la actividad política.

Con todo, el perfil de graduado que resulta de este modelo de facultad es un jurista capaz de interpretar al derecho como una herramienta jurídica, política, social y económica. Desde este sentido, el rol del jurista en la sociedad recupera su relevancia, sea para utilizar el derecho como un instrumento de acceso a la justicia o como un instrumento de opresión.

En base al estudio interdisciplinario, analítico y crítico, este profesional estará en condiciones de resolver sobre la validez -tanto formal como material- de las normas jurídicas, reinterpretarlas y aplicarlas de acuerdo al contexto. En este modelo el contenido de la enseñanza es mucho más amplio que un simple enfoque técnico proponiendo una mayor interrelación entre los actores y las instituciones, donde el objetivo no es formar sólo técnicos en derecho sino líderes sociales.

Esta multiplicidad propia del modelo posibilita que esta facultad pueda formar profesionales tanto en el campo de derecho privado como en el de derecho público, porque su nota diferencial no recae en el contenido de la enseñanza sino en el modo de pensarlo y estudiarlo, aunque la tendencia muchas veces se incline más para el campo del derecho público.

2.3. Modelo conforme a la internacionalidad del derecho

El siglo XXI entre sus transformaciones trajo aparejada la globalización y con ella la internacionalidad de los problemas jurídicos. Que afecta tanto a las áreas más expuestas a estas circunstancias -como las relaciones del ámbito comercial- como a las más conservadoras -como las del Derecho Civil-. El tránsito de personas y de bienes a nivel internacional es cada vez mayor; por lo que hoy en día, no es inusual que un jurista sea contactado por un extranjero, por nacionales con bienes en el extranjero, u otras situaciones similares. Esta creciente demanda en el plano del derecho internacional reclama la formación de juristas que puedan afrontar estas situaciones, hasta ahora no contempladas por las facultades de derecho.

Este nuevo modelo de enseñanza jurídica, que nace conforme a las exigencias del siglo XXI, propone una visión global del mundo jurídico donde el estudiante no sólo aprende el ordenamiento jurídico de cada país, sino que adquiere una perspectiva global de la situación jurídica internacional. En este sentido, la columna vertebral de estudio se asienta sobre los acuerdos y tratados internacionales; incluso la tradicional división entre Derecho Privado y Derecho Público se ve desgastada, porque es imposible estudiar una situación de derecho privado sin analizar el nivel de gobernanza de donde proviene esa legislación, la legitimidad de aquel órgano, etc.

En este arquetipo de facultad existen dos formas de definir la estructura del plan de estudios. El método tradicional consiste en estudiar en profundidad un ordenamiento jurídico y a medida que se desarrolla el curso se incorporan nuevos ordenamientos; por ejemplo, estudiar en un primer año una regulación específica, en un segundo año agregar elementos contradictorios y comparativos con el resto, y sólo al final hacer una integración con todos los sistemas jurídicos, para evitar confusiones en los estudiantes (Smits, 2011). Este modelo refleja algunos lineamientos de un curriculum de colección, porque divide las instancias de conocimiento en función del contenido y les atribuye una unidad de tiempo específica, aunque el hecho de proponer finalmente una integración del contenido representa la gran diferencia con el estilo clásico de curriculum colección.

Una segunda alternativa de programa de estudio radica en enseñar a los estudiantes los dos grandes sistemas jurídicos (Derecho Civil y Common Law) de forma comparativa y simultánea desde el inicio -en este caso la base de la enseñanza nunca se asienta en un derecho nacional, a pesar de que a veces se adopte uno para resolver casos

concretos- (Smits, 2011). Esta modalidad se ajusta mejor a lo que conocemos como el curriculum integrado porque el contenido de enseñanza se presenta como un todo, sin grandes delimitaciones, ni de tiempo ni de contenido.

Entre ambas clases de estructura el jurista Smits destaca como mejor método al segundo, porque permite la integración pura desde el inicio favoreciendo en el estudiante el desarrollo de una visión global del derecho -sin la típica división política-. A diferencia del primer caso donde al elegir un determinado ordenamiento jurídico para ser estudiando en profundidad inevitablemente el resto será interpretado como contenido secundario; con el aditivo de que con esta metodología se continúa fortaleciendo la concepción estatal del derecho (Smits, 2011).

El foco más importante de esta metodología recae sobre la discusión. Todo el trabajo pedagógico lo es en función de este objetivo, tanto el material de estudio como los debates y trabajos en grupo. Esta técnica destaca la versatilidad que puede representar un argumento jurídico, sin importar cual sea su origen, se trate de Derecho Chino, Derecho Civil Francés, Common Law, documentos privados, etc. De esta manera el enfoque del estudiante se asentará sobre los argumentos, más que en la autoridad sancionatoria, viéndose forzado intelectualmente a adoptar una postura técnica sobre el asunto, favoreciendo su capacidad argumentativa, aumentando la confianza en sus pareceres y desarrollando sus habilidades para el debate. Asimismo, la vertiginosidad de este modelo motiva a los estudiantes y revitaliza su rol dentro del proceso de aprendizaje, ubicándolos en un papel netamente más activo.

Durante el transcurso de la formación y como consecuencia natural de esta metodología el estudiante notará que las exigencias o defensas, tanto formales como materiales, varían de acuerdo a cada sistema jurídico; situación que a la vez expondrá la conflictividad constante de las normas como un desarrollo normal del proceso jurídico enfrentando al estudiante con el incesante desafío de articular los diferentes sistemas en pos de una solución justa para cada caso. Así, en este nuevo escenario, los caracteres de supremo, autosuficiente y único atribuidos al derecho por el modelo clásico, no tienen ninguna validez ni sustento. Lo mismo sucede con el razonamiento jurídico porque en el sistema internacional no es posible hablar de procedimientos lógico formales para soluciones jurídicas internacionales, sino que reinan los criterios de negociación

particulares en cada caso. De esta manera, el derecho recupera su potencial transformador convirtiéndose en una herramienta de acción política, social, económica y cultural.

Cada vez es más evidente que la dinámica de la sociedad globalizada no es compatible con la idea de derecho estatal; porque la sociedad global importa un conjunto de realidades en constante mutación, mientras que la regulación estatal entraña rigidez e incapacidad para adecuarse al ritmo de aquellos cambios. Es inevitable que esta rigurosidad concluya en la pérdida de protagonismo estatal y devenga en nuevos pareceres (Hespanha, 2007: 351).

Con todas estas innovaciones el sector jurídico también enfrenta nuevas exigencias, como una redefinición del contenido de derecho que hasta este momento siempre se mantuvo dentro de los límites fronterizos de cada Estado. La concepción tradicional del derecho como conjunto de normas creadas por el Estado como única fuente normativa encuentra en esta nueva realidad grandes limitaciones, porque dentro del sistema jurídico internacional existen múltiples acepciones de derecho, de actores jurídicos, jurisdicciones, etc. Incluso algunas posturas (Grossi) se arriesgan a sostener la tendencia a la destextualización del derecho y al surgimiento de principios generales y maleables que puedan adaptarse a la vertiginosidad del mundo internacional. Otras, sostienen una regulación en base a un derecho consuetudinario internacional, aunque con bastante dificultad porque una costumbre implica una permanencia en el tiempo, que la dinámica de la globalización no permite; y otros, consideran que en base a nuestra realidad, es más factible pensar en un derecho basado en la práctica cotidiana e inmediata del mercado con valores comunes impuestos por los grandes agentes económicos (Hespanha, 2007: 355). A pesar de la diferencia entre estas posturas con relación al futuro del derecho, todas coinciden en que el concepto de derecho ligado a límites territoriales ha quedado obsoleto con la llegada de la globalización.

En este modelo de enseñanza el derecho no se estudia en función de la soberanía de cada Estado, sino en base a la diversidad. El alumno además de estudiar el derecho nacional debe conocer el Derecho Nórdico, Asiático, Islámico, etc., permitiéndole tener acceso a diferentes concepciones de derecho, de justicia, de valores, aprendiendo con ello las consecuencias y los efectos jurídicos de cada decisión en cada contexto. El diálogo entre las diferentes culturas jurídicas es la base de esta formación.

Por supuesto que la flexibilidad y amplitud con la cual el derecho es estudiado, le

permitirá tener una vasta concepción de los términos derecho y justicia de acuerdo a cada contexto histórico y cultural, rescatando su carácter instrumental y local. De este modo el derecho puede configurar distintas representaciones de poder, algunas opresoras, otras de liberación, a veces con contenido religioso, entre otras. Igualmente, el término de justicia no significa lo mismo en todos los sistemas, lo que para algunos puede ser un delito para otros es una práctica cotidiana de vida; podemos encontrar derechos iguales con diferentes escalas de valores; diferentes formas de realización de justicia; entre otras.¹²

Este modelo propone un estudio integral del derecho, técnicas de investigación constante -ya que no existe derecho internacional sin derecho comparado-, abordajes interdisciplinarios y prácticos, debates y trabajos en equipo. Por eso, tiende a formar un profesional con grandes capacidades para estudios integrativos del derecho, habilidades de negociación, perspectivas globales del mundo jurídico, análisis críticos, estudios reflexivos y experiencias jurídicas, tanto en el campo privado como en el público.

2.4. Modelo profesionalista

Este modelo que nació junto con el desarrollo de la sociedad burguesa, revistiendo un sentido netamente práctico, tiene como propósito formar profesionales para satisfacer las necesidades del mercado. Por lo tanto, el esquema de formación que propone está integrado por contenidos teóricos y prácticos –necesarios para el ejercicio de la profesión-, pero ninguno con un fuerte grado de profundización; porque el objetivo de la institución es ubicar la mayor cantidad de profesionales en el mercado en el menor tiempo posible.

Actualmente este modelo profesionalista adhiere a los elementos y principios que sostiene el modelo clásico; empero decidimos mantenerlo como una categoría independiente porque se trata de una estructura cambiante que se adecúa a las exigencias contemporáneas del mercado. En consecuencia, la definición de sus elementos y características serán conforme a cada contexto histórico y cultural, siendo posible que en el futuro, conforme cambien las circunstancias contextuales, este modelo se adapte mejor a la estructura del modelo crítico o de la internacionalidad del derecho en su caso.

Por ahora a nivel estructural el programa de estudio de este modelo responde mejor al tipo positivista porque el núcleo principal propone el estudio de materias normativas que reflejan el contenido jurídico positivo, tanto en el ámbito privado como

¹² Aún así podrían identificarse algunos principios globales y derechos básicos con validez universal, expresados en los derechos humanos.

público; aunque a diferencia del modelo clásico presenta una mayor abertura para el saber práctico, simplemente porque el objetivo inmediato de este modelo es la preparación para ejercicio profesional. Así, encontramos espacios dedicados exclusivamente a la práctica jurídica donde se aplica el contenido teórico aprendido bajo los formatos de pasantías, clases prácticas, clínicas jurídicas, talleres, etc.

Con todo, podríamos catalogar a este plan de estudio de positivista pero con un hermetismo moderado, porque a pesar de ser esencialmente normativo y mantener una fuerte base de dogmática jurídica, el trabajo desarrollado durante las clases prácticas puede atenuar alguno de los principios del iuspositivismo. Si se trabajara sobre casos que reflejen necesidades concretas donde sea posible identificar los límites y las posibilidades con las que cuenta efectivamente el derecho en la sociedad, inevitablemente aquellos dogmas –de la doctrina clásica- desaparecerían y el estudiante desarrollaría otro estilo de conciencia sobre el derecho. Empero, si esos casos fueran trabajados exclusivamente en abstracción de la realidad –sólo desde la perspectiva del deber ser- en lugar de flexibilizar ciertos preceptos podría fortalecerlos.

Este programa se presenta bajo la forma de un curriculum de colección porque cada tema es estudiado de forma autónoma e independiente del resto, tanto en relación al contenido de estudio como al trabajo pedagógico dentro del aula. El esquema interno de las clases se caracteriza por sostener vínculos jerárquicos y verticales entre profesor y estudiante, asumiendo el alumno un rol pasivo durante en el proceso de aprendizaje, limitándose a recibir aquellos contenidos que el profesor elige transmitir bajo el fundamento de que es el profesor quien mejor conoce el derecho y sabe cómo aplicarlo.

Esta metodología no resalta la potencialidad del derecho ni la de sus actores porque dificulta el estudio consciente del derecho favoreciendo el rol pasivo en los futuros juristas. Este modo de relacionarse –verticalidad y jerarquía- es internalizado durante la facultad y repetido por los profesionales en el desarrollo de su carrera, desde la forma de concebir los problemas jurídicos hasta la forma de lidiar con sus pares; convirtiendo de esta forma tanto al derecho como a sus operadores en instrumentos reproductores de un sistema opresor.

Este prototipo de facultad presenta al derecho como un conjunto de normas impuestas coercitivamente –sin posibilidades de cambio- y al servicio de intereses privados (mercado); interpretación que refleja la pérdida del sentido emancipador del derecho y

refuerza su comprensión como un instrumento reproductor de jerarquías y al servicio de las clases más poderosas. Así, el sentido de justicia queda absolutamente relegado a la esfera formal de su actuación y a un proceso automático dirigido sólo por procedimientos lógicos.

Actualmente las facultades que adoptan este modelo tienen por objetivo formar profesionales en el menor tiempo posible y con la aptitud suficiente –aún siendo mínima– para insertarse en el mercado laboral. Este estilo de educación dirigida por parámetros temporales con objetivos específicos conduce a una formación carente de reflexiones filosóficas, estudios de investigación y debates profundos con relación al derecho. Igualmente en la esfera práctica la formación también es limitada porque circunscribe el rol del jurista al de un abogado litigante; cuando actualmente un profesional del derecho puede desempeñarse en distintas labores, sea como funcionario judicial o ejecutivo; sea como diseñador de políticas públicas, etc., para aplicarlas por sí mismo –jefe de gobierno, legislador, ejecutivo de una empresa, parte de un sindicato– o como asesor del que las aplicará –secretario de una asociación privada, asesor de un empresario independiente, etc.–

En cualquiera de sus roles el jurista ejerce una posición crucial al momento de definir cómo utilizar el derecho. Por eso la necesidad de una formación que le ofrezca múltiples herramientas con las que pueda realizar un efectivo proceso de toma de decisiones políticas (planificación y aplicación) mediante una clara concepción de las metas, un adecuado cálculo de las probabilidades y una aplicación correcta del conocimiento de medios y procesos (Lasswell y McDougal, 1999: 77).

Este modelo de facultad es objeto de numerosas críticas porque se aleja de la función formadora de la universidad y se acerca más a la practicidad de una empresa capitalista basada en las perspectivas de lucro, competitividad y productividad. Uno de los mayores reclamos es que tiende a formar operadores del derecho y no juristas porque entre la abundancia del contenido teórico, la práctica y el poco tiempo del que disponen, no existe espacio suficiente para momentos de reflexión o de debate. Este estilo de profesional está “formateado” para hacer cumplir el ordenamiento jurídico sin mayores cuestionamientos significando un gran riesgo porque el ritmo de la sociedad actual sobrepasó al del derecho y una aplicación taxativa podría configurar situaciones injustas.

2.5. Cuadro sinóptico de los modelos de facultades

A los fines de ilustrar esta exposición resaltaremos los puntos principales de cada

modelo en el siguiente cuadro:

Cuadro 1

Modelos / Variables	Clásico	Crítico	Internacionalización del derecho	Profesionalista (actual)
Plan de estudio	<ul style="list-style-type: none"> - Juspositivismo clásico: el derecho es estudiando como una ciencia neutral con objeto y método propio de conocimiento. - El eje principal de estudio está formado por materias de contenido normativo. - Prevalce el contenido de derecho privado. - Predomina el contenido doctrinario por encima del práctico, y reflexivo. - Currículum de colección: materias con contenidos y plazos delimitados, prácticamente sin interrelación entre ellas. 	<ul style="list-style-type: none"> - Interdisciplinarietà: el derecho es estudiado como parte de las ciencias sociales y se relaciona con el resto de los saberes. - El programa de estudio está compuesto por materias generales que constituyen la base del pensamiento jurídico reflexivo, y materias normativas que representan el contenido técnico. - Equilibrio entre derecho público y privado. - Existen espacios para el desarrollo del saber reflexivo y práctico. - No existe jerarquía entre los saberes, sino que se promueve una estudio multidisciplinario del derecho. - Currículum de colección avanzado: es posible identificar y enseñar individualmente cada materia, pero se promueve una constante interrelación con en el resto del contenido de estudio. 	<ul style="list-style-type: none"> - Interjuridicidad: el derecho es parte del sistema jurídico global, y se estudian diferentes ordenamientos jurídicos. - La esencia del programa de estudio recae sobre tratados y acuerdos internacionales. - La tradicional distinción entre derecho público y privado, se torna más difícil de identificar y separar. - Currículum de colección: se estudia en un primer año un ordenamiento jurídico, en un segundo año se incorporan elementos comparativos, y en un tercer año se persigue la integración. - Currículum integrado: se enseñan los dos grandes sistemas jurídicos desde el inicio, de forma simultánea y comparativa. 	<ul style="list-style-type: none"> - Juspositivismo moderado: el derecho mantiene su base normativista pero se incorpora el saber práctico. - El plan de estudio está integrado por los contenidos teóricos y prácticos exigidos para el ejercicio profesional, tanto en el área de derecho privado como de derecho público. - Currículum de colección moderado: cada materia es estudiada de forma independiente del resto, aunque el elemento práctico puede proponer un abordaje integral del contenido.
Modalidad pedagógica en el aula	<ul style="list-style-type: none"> - Clases organizadas conforme a criterios jerárquicos. - Conducta pasiva del estudiante en el proceso de aprendizaje. - Se fomenta el trabajo individual y competitivo. - Domina la lógica del razonamiento jurídico. - El profesor es el titular del 	<ul style="list-style-type: none"> - Las clases se estructuran en base a criterios de horizontalidad, incluso en el mismo espacio físico del aula. - Postura activa del estudiante en el proceso de aprendizaje, se impulsa el propio descubrimiento y la construcción personal de formas de interpretación del derecho. - Las clases se organizan conforme a 	<ul style="list-style-type: none"> - La base del proceso de aprendizaje es el debate y la discusión en grupo a los fines de fortalecer la capacidad argumentativa del estudiante, en función del análisis, comparación, y razonamiento. - El estudiante desempeña un rol activo en el proceso de aprendizaje y fortalece sus pareceres. 	<ul style="list-style-type: none"> - Las clases se organizan conforme a criterios de verticalidad entre profesor y alumno. - El profesor asume la titularidad plena del conocimiento y el estudiante asume una actitud pasiva en el

	<p>conocimiento y quién decide de qué es importante.</p> <ul style="list-style-type: none"> - El profesor se ubica físicamente en una posición superior a los estudiantes, quienes pasan a asumir el rol de espectadores, sin ningún tipo de interacción entre ellos. 	<p>técnicas participativas y se favorecen los trabajos en conjunto.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Reniega de la lógica del razonamiento jurídico y promueve su aplicación conforme al contexto real. - El profesor es un activista en la academia. 		<p>proceso de aprendizaje.</p>
<p>Concepción de derecho</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Conjunto de prescripciones jurídicas emanadas del poder normativo estado. - Supremo, autónomo, autosuficiente, neutro y determinado. - Aplicado conforme a criterios lógico-formales (razonamiento jurídico), independientemente del contexto y de los actores. - Instrumento reproductor de jerarquías, a favor de las clases dominantes. 	<ul style="list-style-type: none"> - El derecho es parte del sistema social e interactúa con él. - Niega la autosuficiencia y el carácter supremo del derecho porque sostiene su interacción constante con el medio social, político y económico. - Niega la neutralidad y determinación del derecho porque defiende su interdependencia con el contexto y con los actores. - La forma de aplicar el derecho se resuelve conforme al contexto y en base a herramientas argumentales y políticas. - El derecho es una herramienta de acción política y de cambio, al servicio de la sociedad. 	<ul style="list-style-type: none"> - El derecho es una práctica internacional desvirtuándose la concepción territorial del derecho. - El ordenamiento jurídico estatal pierde su carácter de único y supremo, al tener que compartir el contenido jurídico con el resto. - Imposible utilizar criterios lógicos para su aplicación, sino que debe resolverse en base a negociaciones y contextos. - El derecho recupera su potencial transformador. - El derecho es una herramienta con poder político, social, económico y cultural, que representará diferentes intereses e ideales de acuerdo a cada contexto histórico y cultural. 	<ul style="list-style-type: none"> - El derecho es un conjunto de normas impuestas por el poder coercitivo del estado, donde predominan los intereses privados. - Es una herramienta de trabajo. Sin embargo, las condiciones del mercado y su uso pueden convertirlo en un instrumento opresor o en un instrumento de cambio.
<p>Concepción de justicia</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Correcta adecuación lógica entre el hecho jurídico y la prescripción normativa. - Facultad propia de uno de los órganos del estado. 	<ul style="list-style-type: none"> - Propone un concepto más realista de justicia y se acerca a la idea de justicia como valor. 	<ul style="list-style-type: none"> - La base de esta formación es la diversidad, por lo que la concepción de justicia también se adapta a esta naturaleza y muda de acuerdo a cada contexto histórico y social. 	
<p>Perfil del graduado</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Conciencia jurídica positiva y poco crítica o reflexiva. - Técnico en derecho 	<ul style="list-style-type: none"> - Conciencia jurídica crítica, reflexiva y realista. - Entiende al derecho como 	<ul style="list-style-type: none"> - Conciencia jurídica internacional, basada en estudios positivos, reflexivos e investigativos. 	<ul style="list-style-type: none"> - Conciencia jurídica positiva, sin perspectiva crítica. - Operadores del derecho.

	<ul style="list-style-type: none"> - El rol del jurista es pasivo y se reduce a un colaborador del órgano judicial en el proceso de búsqueda de la verdad procesal. - Predomina la especialización en derecho privado. 	<p>herramienta política, económica, social y cultural.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Líderes sociales. - El jurista desempeña un rol activo, cuya misión es conocer, aplicar y crear el derecho en vista de alcanzar objetivos comunes y compatibles con los valores de justicia social. - Sobresale la especialización en derecho público. 	<ul style="list-style-type: none"> - Comprensión de la internalización del derecho y de que su naturaleza trasciende los límites políticos de cada Estado. - Negociadores, integradores del derecho, analistas internacionales. 	<ul style="list-style-type: none"> - La especialización en el campo público o privado estará determinada por las condiciones del mercado, aunque por lo general se destacan las inclinaciones en el área privada.
--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Conclusión

Después de haber analizado los distintos debates en torno a la enseñanza jurídica y de construir los diferentes modelos de facultad de derecho, vemos que existen una gran variedad de posibilidades en relación a la educación jurídica y que conforme al sentido en que cada uno de los pilares sea instituido, tendremos diferentes profesionales del derecho.

Cuando analizamos la forma de enseñar derecho encontramos importantes diferencias entre los distintos modelos, desde clases impartidas en función de vínculos jerárquicos u horizontales, clases basadas en contenido dogmático o práctico, actitudes imperialistas o técnicas participativas, trabajos individuales o trabajos en grupo, planes de estudio con estructuras de colección o integradas; todas conductas, gestos y ejemplos que determinarán el accionar y el perfil del graduado en su ejercicio profesional.

La relación alumno-profesor será repetida cuando se plantee la relación entre el abogado recién graduado y el socio antiguo en un estudio jurídico, o entre el abogado junior y el juez del tribunal, incluso la misma relación entre los estudiantes dentro de la facultad se extenderá a la relación entre colegas. Por eso, debemos ser cuidadosos en el proceso de enseñanza-aprendizaje porque no se trata de un proceso que sólo transcurre en la facultad, sino que esa etapa es sólo el inicio de la formación profesional.

En cuanto a la concepción del derecho y de justicia vimos que existen modelos que invisten a estos conceptos de contenido absolutamente positivista mientras otros se acercan más a percepciones ligadas con la realidad, tanto local como global. Esta gran diferencia influye directamente en el rol que cada profesional del derecho asume en la sociedad porque conforme su convicción personal será el desarrollo de su actividad profesional, sea que se limite a aplicar la norma jurídica en sentido estricto o entienda al derecho como instrumento de lucha y de poder.

En el caso de los diferentes perfiles de graduados vemos que existe prácticamente una oposición entre los diferentes modelos, algunos respondiendo más a la figura del estudioso en leyes -también denominado técnico en derecho- quienes respetan rigurosamente la letra de la ley; y otros profesionales con capacidad creativa frente al derecho y con condiciones de intervenir en la realidad y dirigirla.

Definitivamente el proceso de enseñanza-aprendizaje es un proceso de socialización del estudiante, por lo tanto la forma en qué cada institución elija la configuración de su estructura y de sus técnicas metodológicas determinará la concepción

de derecho y de justicia que cada graduado represente, lo que a su vez definirá el rol que cada profesional desempeñe en la sociedad.

Desde otro ángulo, la diversidad de modelos también nos permite múltiples perfiles de profesionales del derecho y diferentes posibilidades de trabajo. En un mercado saturado de juristas especialistas en el área privada porqué no pensar en la posibilidad de desarrollar otras áreas de derecho, como las de derecho público, derecho internacional, conflictos colectivos, litigios estructurales, procesos alternativos para resolución de conflictos, entre otros. Con nuevas alternativas nacerán también nuevas actividades donde los juristas se puedan desenvolver como mediadores, árbitros, administradores, asesores de corte, representantes colectivos, diplomacia pública y privada, mediación transaccional, etc.; para que esta apertura se desarrolle se requiere flexibilidad y diversidad al momento de la formación académica.

Por último, la pluralidad de modelos siempre significa variedad de opciones, incluso a nivel económico, pues los costos se adaptarán acorde a cada modelo y programa; configurando simultáneamente una forma de reducir la barrera económica que convierte a la abogacía en una carrera sólo de élites favoreciendo su accesibilidad al resto de la sociedad.

Capítulo 3: Clínicas jurídicas

Introducción

Atendiendo a las desigualdades y exigencias de la sociedad de la modernidad avanzada rescatando el sentido instrumentalista del derecho se vería con agrado la construcción de un modelo de facultad de derecho cuya misión sea reducir la injusticia; una institución educativa donde el objeto de la formación no se reduzca sólo al estudio de las normas jurídicas vigentes, sino que se preocupe por desarrollar en el estudiante de derecho el sentido altruista de la profesión.

De este modo la enseñanza jurídica no se reduciría a un aparato de reproducción de pensamientos y conceptos abstractos, como el derecho o la justicia, sino que además de desenvolver un estudio serio y técnico del derecho promovería la interacción con técnicas, habilidades, responsabilidades y prácticas que tuvieran la capacidad de despertar en los estudiantes nuevas formas de pensar el derecho.

Siendo conscientes de la envergadura que representa el modelo de enseñanza jurídica en la formación de los futuros profesionales del derecho y, aceptando las innovaciones propuestas por nuestra modernidad, nos gustaría proponer una herramienta pedagógica que nos permita integrar al sistema clásico de enseñanza jurídica nuevas formas de entender al derecho, la justicia y su interrelación con la sociedad. El método clínico es una técnica que colabora en el proceso de aprendizaje del estudiante de derecho, desde un abordaje integrador, práctico y crítico con el propósito de formar abogados reflexivos, competentes, creativos y sensibles a las necesidades contemporáneas.

1. Desafíos de la formación jurídica

The legal profession for which law students prepare today is larger and more diverse than ever before and yet is more organized and unified as a profession than at anytime in its history. It is also a vastly changed profession not only in its demography, but in how lawyers practice, the variety of services they provide, the multiplying of areas of law, the differentiation of practice settings and the different methods for delivering legal services now employed (MacCrate, 1992: 27).

1.1. Proyección social del derecho

Uno de los desafíos contemporáneos del derecho es redimir su utilidad social como herramienta concreta, tanto en la integración como en la disgregación de conflictos. Corresponde, desde el plano académico, trabajar para unir los lazos entre universidad y

sociedad de manera tal que el derecho deje de ser visto como una ciencia abstracta para materializarse como un instrumento social capaz de ofrecer el conocimiento jurídico al servicio de la comunidad.

Actualmente la Universidad está absolutamente ligada a un sentido mercantilista y burgués del conocimiento, reflejada como un sector de élites del cual participan las categorías mejor ubicadas socialmente. Sin embargo, desde sus orígenes la Universidad siempre fue un lugar de reflexión y de creación del conocimiento con la finalidad de proponer nuevas ideas, formular críticas a la sociedad, preparar a nuevas generaciones de líderes con el propósito de mejorar las condiciones sociales. Por lo tanto, retomando ese papel activista de la institución académica podemos imaginar nuevas modalidades de enseñanza que nos permitan utilizar el saber científico directamente en beneficio de la sociedad.

Siendo la Universidad un centro formador de profesionales que actuarán directamente en la sociedad, es imposible sostener la ausencia de relación entre universidad y sociedad; principalmente porque la formación de sus graduados debería corresponderse con las exigencias sociales y locales. Afirmando los lazos de esta relación de mutua retroalimentación, podemos promover el desarrollo de técnicas pedagógicas de doble vía en las que por un lado los estudiantes aprendan y, por otro, esa actividad se materialice en un servicio social. Proyectar en la sociedad los resultados de estudios universitarios es una manera de retribuir a la comunidad la inversión que todos los ciudadanos hacen en la educación pública mediante el pago de impuestos; y también colabora desmitificando la concepción de que la universidad es un ente formador de élites y absolutamente distante de las necesidades sociales.

Con estas aspiraciones y enfocándonos en la enseñanza jurídica podríamos imaginar desde la facultad de derecho acciones que integren servicios sociales y al mismo tiempo supongan el desarrollo de habilidades y destrezas jurídicas; con el cuidado de que esta proyección del conocimiento científico no se traduzca en un adoctrinamiento ideológico, sino que represente la naturaleza propia del derecho, su carácter instrumental y activista en las relaciones sociales.

De acuerdo a la racionalidad instrumental que predomina en la formación de los juristas donde el derecho se reduce a la transmisión y aplicación del contenido normativo desvinculándolo cada vez más de su contexto social, la tendencia es formar graduados en

derecho con una conciencia jurídica positiva desprovista de cualquier valoración ética o interpretación que no sea la del derecho como ciencia, promoviendo en los profesionales una visión unidimensional de los conflictos sociales reduciendo la compleja actividad de mantener el equilibrio de las conductas sociales a la aplicación formal y concreta de las normas (Manzo, 2008: 154).

Por eso, se torna vital la reconfiguración del estudio de la ciencia jurídica proponiendo alternativas ligadas constantemente al contexto para reducir su interpretación como ciencia abstracta y neutral redefiniéndola como una herramienta de acción política con las responsabilidades y valoraciones ideológicas que ello implica. De esta forma se estimula la conciencia de que el derecho representa un instrumento activo capaz de dirigir las relaciones sociales abandonando la postura pasiva de la reificación del sistema social.

1.2. Saber práctico

Una formación académica de nivel universitario en el siglo XXI no puede prescindir de asignaturas de contenido práctico dentro del esquema de enseñanza porque numerosa doctrina sostiene -con fundados argumentos- la importancia de su desarrollo para una formación competente; menos aún podríamos imaginarlo en el campo de las ciencias sociales donde justamente el ejercicio profesional se nutre y afecta de forma directa el accionar de los individuos.

What would we say of a medical school where students were taught surgery solely from the printed page? No one, if he could do otherwise, would teach the art of playing golf by having the teacher talk about golf to the prospective player and having the latter read a book relating to the subject. (Frank, 1947: 10).

La complejidad que representa el estudio actual del derecho impide su reducción al campo particular de la teoría porque un profesional del derecho debe tener la sensibilidad de reconocer ciertos acontecimientos, identificarlos en la estructura jurídica y saber cómo utilizar determinadas herramientas. Es una crítica constante a la enseñanza jurídica la limitación de sus graduados al momento de identificar y trabajar con casos jurídicos complejos, las habilidades de escritura, tanto en lo referido a la simple redacción de escritos en general como a la carencia de profundidad y precisión en el análisis legal. Muchos juristas no saben emplear ni aplicar el método de analogía, tampoco saben plantear con especificidad un determinado argumento y, en muchos casos, no llegan a visualizar el efecto secundario de una sentencia judicial (Edwards, 1992).

Para alcanzar un nivel más elevado e integral de formación es necesario interactuar con diferentes metodologías que nos permitan desarrollar distintas perspectivas del saber. El objetivo no es reducir la práctica de la abogacía a una práctica social porque entendemos, comprendemos y aceptamos que la formación jurídica debe tener un contenido teórico y normativo, pero el estudiante también necesita aprender habilidades prácticas y estratégicas, estudiar economía, teoría moral, saber aplicar marcos teóricos y conceptos filosóficos porque tales conocimientos le permitirán observar el mundo más allá de lo empírico.

La débil impronta académica que tradicionalmente tienen las destrezas de la abogacía explica la escasa reflexión sobre la práctica profesional y la falta de material bibliográfico sobre el tema. No abundan documentos sobre estrategias de litigio, técnicas de entrevistas, asesoramiento, conflictos éticos porque los profesores de derecho están formados y entrenados casi exclusivamente en el método tradicional y aún conociendo el saber práctico son incapaces de transmitirlo a los alumnos pues las clases magistrales suelen ser suficientes para transmitir la dogmática jurídica.

A los fines de promover una integración de los saberes (teórico, práctico, reflexivo, crítico y ético) en el estudio del derecho existen distintas técnicas pedagógicas, cada una con una modalidad propia y con diferentes grados de integración. Así, encontramos las pasantías, acuerdos entre la facultad e instituciones públicas y/o privadas -organismos estatales, judiciales, u ONGs-, donde el estudiante avanzado desempeña durante un plazo determinado tareas de índole jurídica con el objetivo de vivenciar en “carne propia” el trabajo de un jurista. Por ello recibe en compensación créditos académicos y la colaboración de la institución académica para la elección de la pasantía conforme las aspiraciones de cada estudiante.¹³

Otra modalidad conocida es la llamada práctica profesional o consultorios jurídicos gratuitos, que son instancias prácticas que pueden ser desarrolladas en el ambiente de una clase en la facultad, en un estudio jurídico o en otras organizaciones con el propósito de sumergir al estudiante en el trabajo jurídico cotidiano a fin de adentrarlo en el aprendizaje de prácticas que van desde la atención de los consultantes, entrevistas, análisis de causas, procuración de expedientes, elaboración de dictámenes, preparación de escritos judiciales hasta el estudio de distintas estrategias, pero siempre bajo la dirección

¹³ Está prohibido que el estudiante reciba dinero para no desvirtuar el sentido de la práctica que es el aprendizaje.

de un profesor de la facultad.

También tenemos las clínicas jurídicas, que al igual que las anteriores trabajan sobre casos concretos con el objetivo de acercar a los estudiantes a la realidad jurídica, pero con la diferencia de que se trata de un estudio más profundo del derecho, no limitando su finalidad al aprendizaje de habilidades y destrezas prácticas sino también promoviendo críticas y reflexiones sobre la ciencia jurídica. El estudio clínico del derecho persigue su reconfiguración conforme a la realidad contemporánea.

Existen otras técnicas que si bien no son la expresión máxima de integración de teoría y práctica -como las anteriores- proponen nuevos mecanismos de abordaje del proceso enseñanza-aprendizaje. Por ejemplo, una clase convencional donde al inicio del curso los docentes se presentan ante los estudiantes mediante actos simulados o actuaciones en vivo; donde intercambian los roles -el jefe de cátedra actúa de ayudante, el jefe de trabajos prácticos de profesor invitado que habla otro idioma, otros profesores representan estudiantes- con el objetivo de desmitificar los papeles que cada uno debe cumplir dentro del aula e intentar reconstruir el vínculo entre profesor y estudiante sobre relaciones horizontales de confianza e interacción. Otra modalidad similar es la realización de una obra de teatro donde los alumnos esperan la típica clase magistral en el auditorio y se encuentran con los profesores disfrazados y actuando de forma graciosa, sin dejar de transmitir el contenido sobre el curso como ser la importancia de la asistencia en las aulas, el contenido de estudio y cómo abordarlo, etc. (Carbajales, 2010: 182)

Otras técnicas usuales, en este mismo sentido, son las fichas individuales con información personal donde cada uno resume algunos datos objetivos y también algunas subjetividades (las razones de porqué estudia abogacía, un objeto que lo represente, etc.) con la finalidad de dividir historias personales en conjunto y contribuir a un ambiente ameno; para ello, muchas veces el profesor hasta lleva comida o algunas bebidas para compartir (Carbajales, 2010: 183-185).

Independientemente de cuál fuera la modalidad específica que se elija, el objetivo será integrar los saberes, flexibilizar las relaciones en la clase, fomentar el dinamismo y la discusión, el intercambio, promover actitudes para perder el miedo a preguntar, a equivocarse, a expresar sus ideas en público, no perseguir la aprobación del docente sino defender sus propias ideas y argumentos. Se trata de una relación académica donde cada persona es una individualidad en sí misma y no sólo un grupo en masa, y donde la base del

crecimiento es la fluidez de información entre las partes. El profesor no es quien tiene el conocimiento y debe transmitirlo sino quien comparte el proceso y en conjunto ayuda a evolucionar en el aprendizaje. De esta forma el profesor asume un rol activo donde aclara dudas, practica el feedback, y comprende las circunstancias de cada estudiante respetando el lugar y las responsabilidades que les corresponden (Carbajales, 2010: 186).

La diferencia entre la formación académica y la realidad laboral del jurista es cada vez más evidente y se manifiesta en la propagación de programas destinados a disminuir esta diferencia; por ejemplo, en Estados Unidos estos cursos se denominan narrowing the gap, programas de práctica profesional que pueden ser dictados en la misma unidad académica o en la asociación de profesionales intentando corregir las falencias de la enseñanza práctica en este campo.

La elección de modalidades integradoras además de favorecer una educación integral representa una evolución en el grado de interpretar un saber, porque los estudiantes a la par de adquirir conocimientos técnicos, aprenden mecanismos de distribución de tareas, asignación de responsabilidades, trabajo en equipo, resolución de dilemas éticos, los que en su conjunto también ayudan a definir su perfil profesional.

1.3. Educación en valores

El estudiante de derecho durante el proceso de aprendizaje está siendo socializado dentro de un modelo específico de enseñanza sostenido por la institución educativa que defiende una serie de relaciones específicas con la ciencia jurídica –campo- y que mediante determinadas conductas, interpretaciones, formas de pensar, posturas, transmite una serie de principios orientativos que el estudiante internaliza inconscientemente conduciendo las percepciones que perdurarán durante toda su carrera profesional, lo que Bourdieu (2014) denomina de habitus.

Un modelo que interpreta y defiende una concepción del derecho distanciándose de los problemas sociales y políticos -fundado en su extrema autonomía, racionalidad y abstracción- conduce a un estudio vacío del derecho donde el centro de la atención reside en las normas jurídicas resintiéndose su estudio valorativo. Este desequilibrio en la formación de los profesionales del derecho puede conducir a crear un conjunto de juristas desprovistos de capacidades críticas con relación al derecho y su contexto, reproduciendo de esta forma relaciones de poder que contribuyan a la concepción del derecho como un

