

ACTORES PROFESIONALES Y CULTURAS JURÍDICAS EN AMERICA LATINA. UNA PERSPECTIVA COMPARADA*

* Este trabajo es la revisión de las cuatro conferencias presentadas en el marco del XXI Seminario Eduardo García Máynez en el Instituto Tecnológico Autónomo de México los días 19 al 22 de septiembre de 2011. La actividad fue muy participativa y agradezco las preguntas y los comentarios de los participantes, especialmente de los colegas Larissa Lomnitz, Karina Ansolabehere, Pablo de Larrañaga, Raymundo Gama, Francisco J. Villalón Escarro y la estudiante de maestría Alejandra Ávila. La versión revisada que se presenta aquí creo que se benefició de esa interacción. He preferido mantener el estilo oral con la cual el trabajo fue pensado. El trabajo también se benefició de mi colaboración con Laura Febres-Cordero Pittier en la preparación de materiales para historia del derecho en la Universidad Metropolitana de Caracas.

1

LA CULTURA JURÍDICA Y LA PERSPECTIVA COMPARADA

Cultura jurídica

El derecho no es una rama de la literatura fantástica. Por esto desde muy temprano ha habido conciencia de que no es sólo normas o palabras en libros, sino que es conducta humana en sociedad. Sin embargo, ha sido sólo con el recurso a las otras ciencias sociales que se ha comenzado a acuñar los conceptos que permiten el análisis del derecho en esa dimensión conductual y social. Uno de esos conceptos es el de cultura jurídica que se ha convertido en clave para los estudios de derecho y sociedad, o más impropriamente, de sociología del derecho.

El tema central de este trabajo es el análisis de la cultura de los profesionales del derecho de América Latina y entre los elementos de nuestro análisis estará la comparación con Europa y los Estados Unidos. Los estudios comparativos en el derecho son realizados dentro de una rama de los estudios jurídicos del derecho denominada el derecho comparado que ha estado más vinculada a los estudios sobre ideas jurídicas y, en sus primeros tiempos, de la legislación. El nombre original decimonónico es legislación comparada. El trabajo se inscribe dentro del esfuerzo de convertir el derecho comparado en comparación de culturas jurídicas. Ustedes serán los jueces si ese esfuerzo tiene sentido e interés.¹

¹ Para una breve explicación del esfuerzo, con selección de estudios socio-jurídicos que permite plantearse algunas hipótesis comparativas, véase Friedman, Pérez-Perdomo & Gómez (2011).

La idea de que el derecho se vincula con percepciones fundamentales de la sociedad y que, en definitiva, tiene que ser referido a éstas para entender su funcionamiento y papel en la sociedad es bastante antiguo. Savigny planteó la idea un “espíritu del pueblo” que sería central para la comprensión del derecho. Durkheim habló de una “conciencia colectiva”. Todavía hoy hay quienes otorgan una especie de magia a la idea. Por ejemplo Garapon y Papadoupoulos (2003:20) dicen: “La cultura fascina tanto como se escapa. Tratamos de aprehenderla y ella huye. De definirla, y se muestra rebelde a dejarse encerrar en un concepto. De cuantificarla, y desaparece bajo las cifras”.

Por supuesto, una idea tan resbaladiza no resultaría útil para el análisis, por lo cual debemos agradecer a quienes la han desmitificado y nos permite usarla sin tener dotes especiales para entrar en el alma profunda de los pueblos. Debemos especialmente a Lawrence Friedman el haber hecho esta tarea apoyándose en la obra tanto de sociólogos del derecho (Podgorecki, 1973) como los sociólogos de la política (Almond & Verba, 1963) que habían trabajado el tema o temas muy vinculados. Friedman (1975:193) define la cultura jurídica como el conjunto de valores, actitudes y conductas respecto al derecho. Distingue la cultura jurídica que es compartida en la sociedad y aquella más específica de los profesionales del derecho. Él llama *externa* a la primera e *interna* a la que comparten los profesionales del derecho.

La cultura jurídica no debe ser confundida con el grado de conocimiento del derecho, aunque éste puede ser una dimensión de ella. En realidad todos tenemos opiniones y creencias sobre el derecho aunque no hayamos pisado una escuela de derecho o un tribunal. En ese sentido, todos tenemos una cultura jurídica. Naturalmente el grado de conocimiento puede variar mucho según las categorías de personas y las actitudes y creencias pueden tener una cierta relación con el conocimiento del derecho o con otras variables sociales.

El estudio de la cultura jurídica externa no postula que todos los ciudadanos comparten los mismos valores, percepciones, acti-

tudes o conductas relacionados con el derecho. Puede diferir según el país o la región, entre hombres y mujeres, o puede que sea diferente según el grado de educación. Los graduados universitarios pueden tener opiniones y actitudes distintas a quienes sólo tienen educación primaria o no tienen ninguna. Puede que la diferencia de oficio sea relevante. Los sacerdotes pueden tener una cultura jurídica distinta a las trabajadoras sexuales. Respecto a determinados aspectos hay grupos que pueden coincidir. Los estudios de opinión muestran las tendencias generales pero destacan usualmente aquellas respuestas donde se produce mayor o menor consenso y eventualmente cómo el disenso se distribuye entre grupos.

La idea de cultura jurídica ha tenido un gran éxito entre los sociólogos del derecho y otros estudiosos de los fenómenos jurídicos, pero no ha dejado de ser polémica (Nelken, 1995). En particular, Cotterell (1997) criticó la imprecisión del concepto y las diversas definiciones que el mismo Friedman ha dado en sus diferentes obras. Propone en su lugar que usemos el concepto de ideología jurídica, pero este término no es más preciso y si bien es verdad que cultura jurídica no es fácil de definir con precisión tiene un núcleo que permite su uso, como muchos otros conceptos en las ciencias sociales (Friedman, 1997). Ansolabehere (en prensa) traza un mapa de los distintos sentidos de la expresión, pero ése no será un tema que discutiremos aquí.

Lo importante es que la idea de cultura jurídica ha resultado muy productiva y ha suscitado numerosos estudios de campo que han ayudado a comprender cómo funcionan los sistemas jurídicos en su contexto social. Me limitaré a distinguir dos tipos de estudios: los que analizan el conocimiento y las opiniones sobre el derecho y los que analizan conductas relacionadas con el sistema jurídico. Naturalmente el primer tipo de estudio se realiza porque se considera que creencias y opiniones son lo central en la cultura jurídica, mientras que los segundos piensan que lo central son las conductas.

Los estudios de opinión son numerosos. Básicamente consisten en preguntar a una muestra del universo de personas que interesan qué piensan del funcionamiento de determinadas instituciones del sistema jurídico, como la administración de justicia, los abogados, los legisladores, los policías o sobre determinadas reglas o principios del derecho. Son estudios muy relevantes porque en sociedades democráticas es importante que quienes ejerzan el poder público conozcan la opinión de los ciudadanos. Puede tratarse de la población de un país, o un grupo más focalizado como los abogados que ejercen la profesión. El estudio del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM sobre cultura constitucional de los mexicanos (Concha *et al.*, 2004) y más recientemente un estudio mayor sobre los usos sociales de la ley (Instituto Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010) son ejemplos de este tipo de estudios. Hay otros trabajos que se basan en una serie larga en el tiempo y se puede apreciar cómo cambia en el tiempo la cultura jurídica de un país, como lo ha hecho Toharia para España (Toharia, 2003; Toharia & García de la Cruz Herrero, 2005). Toharia (2003) mismo ha hecho análisis comparativo para los distintos países de Europa. Gibson y Caldeira (1996, 2009) han hecho numerosos estudios para los Estados Unidos y otros países sobre valores democráticos y legitimidad de las cortes supremas (también Gibson, Duch & Tedin, 1992). Llama la atención que el público puede tener opiniones muy diversas sobre el funcionamiento de su sistema de justicia. Conforme a los datos de Toharia (2003), los finlandeses son los europeos más satisfechos con su sistema de justicia, mientras los belgas son los más insatisfechos. La apreciación puede ser considerablemente matizada. Por ejemplo, los italianos tienen en alta estima su sistema de justicia pero son muy críticos de su eficacia.

También se ha estudiado la cultura jurídica como manifestación conductual. Nelken (2004) se refiere a la propensión de cruzar la calle sobre el rayado en cebra en los distintos países de Europa. Se dice que en algunos, como Inglaterra, es más seguro hacerlo sobre el rayado; en Italia no habría mucha diferencia; y

en Alemania quien cruce fuera del rayado, arriesgaría a no ser visto. Es un buen ejemplo sobre propensión a seguir las reglas, o a no hacerlo, y sin duda se refiere tanto a la cultura jurídica de los conductores de automóviles y de los peatones. Nelken señala que es una observación que ha realizado un amigo informalmente. No se trata de un estudio.

Hay varios estudios sobre la frecuencia de los litigios en distintas sociedades. Hay países considerados litigiosos y otros donde la frecuencia del litigio es menor. Esto se puede medir con un cierto esfuerzo y con un espíritu crítico para saber qué tomar como litigio en el gran caudal de datos producidos por los sistemas de justicia. Algunos países aparecen litigiosos (Alemania, Austria, Bélgica) mientras que en otros países la población parece preferir evitar el litigio (Japón, Holanda y, en menor medida, Italia). Por cierto, para Italia tenemos un excelente estudio para un largo periodo de tiempo Pellegrini (1997). Un estudio de mucho interés es el de Blankenburg (1994) en el cual compara las tasas de litigiosidad de Holanda con el Norte de Alemania. Es un área que tiene un grado de desarrollo económico y social muy similar y cuya cultura general también es muy similar. Sin embargo, las tasas de litigio son muy diferentes: bajas en Holanda, altas en Alemania. A esto igualmente corresponde una estructura diferente: en Alemania hay más jueces y abogados por 100.000 habitantes que en Holanda.

La explicación de Blankenburg es más estructural que cultural. Sugiere que las diferencias en las tasas de litigio obedecen más a la mejor infraestructura de resolución alternativa de conflictos en Holanda. En un trabajo posterior Blankenburg (2003) constató que los litigios habían empezado a aumentar en Holanda, lo mismo que el número de jueces y abogados y analizó los factores probables de ese cambio. Sugiere que una decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos que obligó a Holanda a permitir que se recurriera judicialmente de decisiones de órganos administrativos que usaban la mediación produjo un cambio en el derecho y este cambio modificó la conducta.

El problema teórico a dilucidar es saber si las conductas son producto de las creencias, percepciones y opiniones que mantienen los ciudadanos o si son producto de situaciones estructurales, como los costos del litigio o los obstáculos reales para litigar, o un cambio en las reglas. Blankenburg no hace ninguna referencia a estudios de opinión o de actitudes. Queda la duda si la explicación es que los holandeses tienen (o tenían) alternativas más convenientes y baratas para resolver sus conflictos, mientras que los alemanes tienen un sistema de justicia muy eficiente pero pocas vías alternativas. Pero la interpretación puede ser a la inversa: los alemanes tienen mejores estructuras de litigio y más jueces y abogados porque tienen una cultura de afirmación de sus derechos que no desean comprometer sometiéndose a mediación. A la vez puede que haya un cambio en las tasas de litigio y crecimiento de la profesión jurídica debido a factores culturales. El problema puede ser explicado simplificadamente así: quienes privilegian la estructura postularían que si ponen un centro comercial en nuestro vecindario, nos haríamos consumistas. En cambio, quienes privilegian la cultura postularían que quienes van a establecer un centro comercial han hecho antes una evaluación de la cultura de la población vecina y si se han equivocado el centro comercial fracasaría. La existencia del centro comercial no necesariamente haría más consumistas a los monjes de un convento franciscano que colinda con el centro comercial.

El caso de Japón, donde las tasas son muy bajas comparadas con los Estados Unidos o Alemania, ha sido bien estudiado y es polémico. Kawashima (1963) atribuyó la conducta poco litigiosa de los japoneses a actitudes y creencia que vienen del budismo y de las enseñanzas de Confucio que destacan el valor de mantener la armonía social. Haley (1978) es escéptico y destaca más bien los obstáculos estructurales para litigar, señalando que en el pasado los japoneses eran más litigiosos y que la conducta poco litigiosa obedece más bien a una política expresa que se encargó de poner obstáculos al litigio. Miyazawa (1987) voltea el tema y

verifica si los estudios de opinión en Japón confirman o no la apreciación de Kawashima de la cultura jurídica japonesa como conjunto de percepciones, valores y actitudes de los japoneses.

Un estudio comparativo de mucho interés es el realizado para Inglaterra y los Estados Unidos por Kritzer (1991). Encontró a los ingleses menos propensos a litigar en caso de daños extracontractuales que los norteamericanos. Aunque la diferencia puede tener con elementos jurídicos, la explicación más fuerte es la cultural. Genn (1999) realizó un estudio muy detallado sobre la frecuencia con la cual los ingleses recurren a la justicia o buscan asesoría para enfrentar un problema legal o potencialmente legal que es del mayor interés. Genn y Paterson (2001) hicieron un estudio similar para Escocia.

Los antropólogos tienden a explicar la conducta por la cultura y en ese sentido están más cercanos al análisis que hace Kawashima. Naturalmente la dificultad está en dilucidar qué va primero, pues claramente cambios económicos, sociales y tecnológicos nos afectan y progresivamente van cambiando tanto nuestras creencias y valores como nuestras conductas.

La cultura jurídica externa, como la cultura en general, está lejos de ser fija. Hay conciencia de que puede cambiar. Tal vez nadie tenga tan aguda esa conciencia como los gobiernos autoritarios y las iglesias que piensan que si vemos determinados films o leemos determinados libros vamos a cambiar nuestros valores y actitudes. Que nos podemos convertir en opositores del gobierno, violentos, inmorales, agnósticos, infieles, etcétera. De allí que establezcan censura de cuanta cosa pueda ser censurada para que no nos contaminemos, para que no se nos ocurra cambiar nuestra cultura. Seguramente exageran. Los cambios culturales no son tan inmediatos. De lo que sí podemos estar seguros es que una ley o un reglamento no nos va a cambiar la cultura y que no basta que la ley entre en vigencia y sea publicada en el diario oficial para que todos nos apresuremos a obedecerla y la asumamos desde el fondo de nuestros corazones como algo que debe guiar nuestras vidas. Esto es para bien o para mal. El temor del carde-

nal Sandoval Iñíguez es que un gran número de chilangos y chilangas se casaran con parejas del mismo sexo y que México se precipitara en una debacle moral como consecuencia de la reforma del Código Civil resultó infundado. De haber conocido algo más de la cultura jurídica y de derecho se hubiera alarmado menos y seguramente no habría acusado a los ministros de la Suprema Corte de haber sido “maiceados”.²

La profesión jurídica y su cultura

Una profesión se caracteriza por partir de un conocimiento y entrenamiento específicos apreciados en la sociedad y una ocupación en el cual esos conocimientos se ponen en juego. En realidad, prácticamente todas las ocupaciones requieren de conocimientos y entrenamiento, como lo puede atestiguar quien haya intentado arreglar un desperfecto mecánico de su automóvil o el lavamanos de su casa. Pero sólo algunas ocupaciones son admitidas socialmente como profesiones. El saber y las competencias profesionales se tienen socialmente en mayor estima y entre los rasgos frecuentemente señalados son los estudios universitarios y un cierto grado de auto-regulación de la ocupación misma. Ciertamente ése el caso del derecho, generalmente considerado como uno de los saberes profesionales por excelencia.

La cultura jurídica interna se refiere a los valores, percepciones, actitudes y opiniones sobre el derecho de los profesionales de esta área de la actividad humana.

Lo que hace la diferencia entre un actor social cualquiera (un médico, un militar, un transportista, una ama de casa) y un actor profesional del derecho es, en primer lugar, una educación especializada, la educación jurídica y una ocupación específica, como la de abogado, juez y profesor o investigador del derecho. Esas tres ocupaciones son las más características, pero no son las úni-

² Corrompidos, en el lenguaje coloquial mexicano.

cas. Díez Picazo (2006) prefiere hablar de oficios y se refiere a otros ocho, aparte de los nombrados. Entre ellas está el de notario, registrador, letrado del Poder Legislativo, fiscal del Ministerio Público. En este trabajo no me referiré a estas ocupaciones sino tangencialmente, en parte porque en muchos países latinoamericanos no se las considera carreras sino ocupaciones que un abogado puede tener por un tiempo determinado.

La cultura jurídica interna analiza los valores (o disvalores), ideas del derecho y las acciones de los profesionales del derecho. Sobre esto hay desde un folklore hasta estudios detenidos. Por ejemplo, Galanter (2005) examinó los chistes sobre abogados. En su mayoría presentan una visión de los abogados que nos harían avergonzarnos de tener tal profesión. Pero esto sería parte de la cultura externa, de cómo hay un estereotipo de los abogados que tiene ciertas raíces sociales, pero que dista de ser una percepción que pretenda ser exacta. Respecto a los juristas latinoamericanos por ejemplo se dice que son formalistas (Karst & Rosenn, 1975) lo que parece ser una cualidad o defecto asociada con el razonamiento jurídico, pero que no creo más exacta que los chistes que analiza Galanter. Otros dicen que en determinados países y épocas, en América Latina los abogados tienen más interés en conocer a las personas a las que se debe tocar para determinadas decisiones y que los argumentos jurídicos son menos importantes (Dezalay & Garth, 1997, 2002). Esto es un rasgo más relacionado con una conducta adaptativa a una cierta manera de funcionar el sistema jurídico o el político.

Una dimensión importante de la cultura jurídica interna es la percepción de la relación del derecho con la política. En algunas épocas se ha percibido al derecho como un instrumento de limitación del poder político y como un baluarte de la libertad de los ciudadanos. En otros momentos se lo ha concebido como un instrumento de ejercicio del poder político. Muchas veces estas dos actitudes fundamentales se mezclan y causan disonancias, como lo ha analizado Falcão (1979, 1984) con sus trabajos sobre los abogados de Brasil. En algunos casos, los abogados han servido

de catalizadores de movimientos democráticos, como lo muestra Win & Ye (1995) para Taiwán y Gómez (2010) para Venezuela. En otros casos, jueces, abogados y profesores de derecho han colaborado con terribles dictaduras que han cometido masivas violaciones de los derechos humanos. Müller (2006) analizó a los juristas que colaboraron con el régimen nazi; Bancaud (2002), los jueces franceses que colaboraron con el gobierno de Vichy y la ocupación alemana; Correa (1993) y Hilbink (2007), la conducta de los jueces chilenos frente a la dictadura de Pinochet y los masivos abusos de los derechos humanos. Las obras de Hallyday & Karpik (1997) y Hallyday, Karpik & Feeley (2007) aportan un número de casos y una reflexión teórica y comparativa del mayor interés.

Sin duda, para el estudio de la cultura jurídica interna es importante el análisis de la educación jurídica y un elemento que está fácilmente a nuestro alcance es estudiar la concepción del derecho reflejada en los planes de estudio y la literatura didáctica. La limitación es que no sabemos cuánto de esto es integrado por los estudiantes y en definitiva qué queda cuando hemos olvidado todo lo que dicen los libros en que hemos aprendido derecho. Seguramente también aprendemos de las conductas de los profesores o de la relación entre las autoridades, los profesores y de los empleados entre sí y con los estudiantes.

Al igual que la cultura jurídica externa, la interna también es variada y cambia en el tiempo. No se postula que todas las escuelas de derecho sean idénticas o que traten de enseñar lo mismo, que se aprenda lo que se trata de enseñar. Tanto lo que se enseña como lo que se aprende no permanecen fijos en el tiempo. Tampoco todos los abogados, jueces y profesores de derecho tienen opiniones uniformes, o las mantienen toda su vida. Al contrario, en este trabajo interesará ver cómo la cultura jurídica interna ha cambiado, o ha cambiado en algunas personas e instituciones, cuáles han sido los motores del cambio y las eventuales tensiones y conflictos que puede haber dentro de cada carrera u ocupación como consecuencia de esos cambios.

Afortunadamente no soy el primero que intenta analizar la cultura de los profesionales del derecho y muchos lo han hecho usando la perspectiva comparatista. Entre los trabajos que aprecio está el de Rueschemeyer (1973) que compara la muy diferente concepción de sí mismos que tienen (o tal vez tenían) los abogados alemanes y los de Estados Unidos. O la obra de Damaska (1986) sobre la justicia y el estado. Abel & Lewis (1988-1989) realizaron una gigantesca obra sobre los abogados del mundo con muchos elementos para comparar las culturas de éstos. La obra de Van Caenegem (1987) sobre legisladores, jueces y profesores señala que la preeminencia de un tipo de actores sobre otros caracteriza de manera fundamental a un sistema jurídico, un tema que recogemos en este trabajo. Una obra por la que siento especial admiración es la John Dawson (1965), quien fue mi profesor. A pesar de mi aprecio por esas obras, no me propongo resumirlas ni discutir las, sino a retomar su tema mirándolo desde la América Latina. Esto es importante porque sabemos que el paisaje puede lucir diferente desde donde lo miremos y como nuestro planeta es redondo, la América Latina tiene tanta legitimidad para ser el centro del mundo como cualquier otro continente. Por otra parte, me considero un historiador social del derecho, lo cual me hace mirar a la cultura jurídica externa y a las estructuras sociales. Uno de los hilos sumergidos de este trabajo, que aflorará de tiempo en tiempo, será la relación entre la cultura jurídica externa y la interna. Será pues uno de sus temas, en el sentido que tiene este término en la música.

Antes de entrar en el estudio comparado de la cultura de los actores profesionales principales del derecho debemos explicar, primero, en qué consiste la perspectiva comparada y cómo la hemos entendido para desarrollar estas conferencias. Segundo, el lugar de la América Latina en lo que podemos llamar el mapa jurídico del mundo. Estos dos puntos o temas fundamentales ocuparán el resto de este capítulo.

La perspectiva comparatista y el derecho comparado

La comparación de sistemas jurídicos tiene antecedentes que se remontan hasta Aristóteles. Grocio y otros autores de la llamada Escuela del Derecho Natural y de Gentes tuvieron una intuición fundamental: si encontramos la misma regla o principio en todos los derechos, esto nos sirve como un indicador de que es conforme con la razón o con la naturaleza humana. Debemos suponerla parte del derecho natural y, por supuesto, servirá para inferir deductivamente otras reglas.

En el siglo XVIII Montesquieu propone que comparemos con otro propósito: para explicar las diferencias. Él le da importancia al clima y la geografía del país como elementos que pueden determinar el sistema político y el jurídico. Si tomamos en serio a Montesquieu, el derecho comparado podría ayudar a comprobar su tesis: países con clima, geografía y otros rasgos similares deberían tener reglas similares. Pero si no es el clima y la geografía, habría que ver cuáles son los elementos que determinan el tipo de derecho. Hay otros candidatos a ser determinantes: el grado y tipo de desarrollo económico, la tradición cultural, la religión, la organización política. Por ejemplo, si privilegiáramos la religión como variable explicativa, los pueblos con la misma religión (o religiones muy similares) deberían tener derechos muy similares. En cambio, si privilegiamos el desarrollo económico o las relaciones de producción, los países con un grado de desarrollo similar o relaciones de producción similares, tendrían derechos similares.

Nótese que la comparación de derecho tendría estos dos usos fundamentales y, hasta cierto punto, antitéticos. ¿Cuál ha predominado? Generalmente se considera que el derecho comparado como campo de estudio se constituyó en el siglo XIX. En esa época nacieron sociedades de legislación comparada. La francesa se constituyó en 1869. El primer congreso internacional de derecho comparado se reunió en 1900. Este congreso fue muy importante, pues llevó a la difusión mundial del derecho compa-

rado y a la considerable atención que se le prestó en el siglo XX. Edouard Lambert, quien convocó al congreso, al igual que otros grandes comparatistas de su época, aspiraban que la legislación comparada, o el derecho comparado, tomara tanta importancia en las escuelas de derecho como el derecho positivo en general y que, en un cierto número de años, condujera a la unificación universal del derecho (Gutteridge, 1954). Comparando reglas legislativas, poco a poco nos convenceríamos de cuál es la mejor y el derecho se unificaría. Sería el tiempo del derecho universal. El éxito supremo del derecho comparado significaría también su desaparición. Como puede apreciarse, la idea del derecho comparado predominante en la época retoma el pensamiento de la Escuela del Derecho Natural.

Los deseos o predicciones de esa época no se han cumplido, no parece que se vayan a cumplir en un futuro previsible y no todo el mundo desea que se cumplan, pero la idea no ha muerto. Hay grupos muy importantes que trabajan en la unificación del derecho, especialmente del comercial (UNIDROIT). También hay muchos reformadores de la legislación que tienden a copiar modelos extranjeros por la claridad y modernidad de las ideas que expresan, por la belleza estética o porque se espera que la legislación produzca los resultados sociales que ha producido en su país de origen. Por ejemplo, Perú adoptó a comienzos del siglo XX buena parte del Código Penal de Suiza, pero las condiciones sociales eran tan distintas que el sistema penal resultante no tiene mucho parecido con el de Suiza (Hurtado del Pozo, 1979). Venezuela en 1998 decidió adoptar muchos de los principios y reglas del Código Procesal Penal de Alemania porque este país tenía baja delincuencia y muy baja población penitenciaria. Hemos llamado a esta tendencia el legalismo mágico: la legislación es obligatoria y por esto cambiará la conducta social. Es así que si cambiamos la legislación, cambiamos la sociedad (Alguíndegui & Pérez-Perdomo, 2008). Sería una magia estupenda y de bajo costo, pero lamentablemente casi nunca funciona. Sin duda, es un mal uso del derecho comparado.

Una variante diferente es la propuesta por Alan Watson quien a partir de la constatación de la recepción del derecho romano en diversos países y épocas, ha postulado que no existe relación entre el derecho y las estructuras sociales (Watson, 2010). Esta perspectiva justificaría a Lambert, pero en el fondo es una negación no sólo de la sociología del derecho sino del derecho comparado. Sería una versión bastante radical del derecho natural.

Estas tesis racionalistas o evolucionistas en el fondo niegan el interés de la comparación o piensan que es un estadio necesario para llegar al derecho universal, a la unificación de los derechos. Estas tesis han encontrado críticos tan opuestos que, en el fondo, terminan en un punto similar. Pierre Legrand (1996) compara el derecho con el lenguaje. Es parte de una cultura y en el fondo sólo tiene sentido en esa cultura. Pero, en definitiva la comparación se hace prácticamente imposible. Expliquemos esto con un ejemplo de normas sociales: es difícil explicar lo que es un cuate (Lomnitz, 1975) a un canadiense o a un suizo y tal vez no tenga sentido comparar el cuatismo con alguna institución suiza o canadiense. Tal vez existe un equivalente, pero hay razones para dudar. Algo por el estilo pasa con la institución del amparo mexicano, que no es fácil de aprehender. Venezuela tomó la institución de México, pero puesta en un sistema jurídico distinto, sus funciones han terminado siendo bastante diferentes. Pero yo no voy tan lejos como Legrand: tanto el amparo como el cuatismo pueden ser explicados dentro de un sistema de significados y si bien es cierto no es posible encontrar equivalentes exactos, la comparación es posible. De hecho, la mejor manera de que se entienda es tomando como referencia comparativa otras instituciones que sean familiares a los oyentes o lectores esperados.

Ya a mediados del siglo XX Gutteridge (1954) destacó que el derecho comparado es un método o un instrumento de estudio y lo que intentan hoy en día varios comparatistas es destacar el contexto cultural y social en la comprensión del derecho. Esto acercaría mucho los estudios de derecho comparado y los de derecho y sociedad. En la visión culturalista del derecho compara-

do se toma una institución o regla y se la explica en su contexto tanto legal como social y cultural. Por esto hay referencias a la historia y a estructuras que tienen determinantes económicos, sociales y políticos, y luego se compara con otra institución o regla, haciendo intervenir el contexto en ese análisis comparativo. El resultado es una mejor comprensión del derecho y de su relación con la sociedad.

Esta es la visión del derecho comparado y de sus funciones que un grupo de académicos compartimos y que trataré de usar en estas conferencias. No prohibimos que se haga otro tipo de derecho comparado. De hecho hay otros colegas que comparan derechos buscando su unificación o las mejores reglas jurídicas —o *best practices* como las llama el Banco Mundial. La perspectiva que comparto nos pone en guardia frente a esos trabajos que suponen que si se tiene la misma regla, va a ser leída de la misma manera por gente de distintas culturas y, en definitiva, va a producir los mismos resultados sociales. Creemos que la perspectiva contextualista o culturalista del derecho comparado es mucho más interesante académicamente y conduce a evitar los graves errores de juicio, con terribles consecuencias prácticas, que hemos comentado. Este trabajo adopta esta perspectiva culturalista.

Por último conviene destacar otra función de esta perspectiva culturalista e integradora del derecho comparado. Al tratar de comprender el derecho de otras sociedades en su contexto, nos hacemos más conscientes de lo que distingue el derecho en el que hemos sido educados, su relación con la sociedad en que vivimos y sus virtudes y limitaciones, y pensar con mayor profundidad en la experiencia jurídica más allá del contexto de una sociedad y una cultura (Foote, 1998). Con esto evitamos la tentación de hacer una teoría general del derecho, como la que circula con ese nombre, basada en una experiencia muy limitada del derecho.

Conviene aterrizar el tema con análisis específicos sobre qué se compara y cómo se lo hace o cómo debe hacerse. En realidad comparamos constantemente y puede que descubramos que todos somos comparatistas, como Monsieur Jourdan, en la co-

media de Moliere, descubrió que hablaba en prosa. Por ejemplo, *Amnesty International* publica un reporte anual que evalúa el respeto (o irrespeto) a los derechos humanos en los distintos países del mundo. *Transparency International* compara percepciones de corrupción también en los distintos países y construye un índice que generalmente se toma como indicador de la frecuencia de la corrupción en los distintos países. Otras instituciones comparan el respeto al derecho de propiedad, o a la libertad de expresión. Estamos llenos de estudios comparados. Más bien la dificultad está en que quienes hacen los estudios no siempre están conscientes de que están haciendo estudios comparativos y que hay reglas metodológicas básicas que convendría respetar para que los estudios tengan mayor validez. Con esto no estoy afirmando que esos estudios no son útiles sino que académicamente abren muchos interrogantes.

Como los sistemas jurídicos son nacionales, la unidad de análisis mayor sería un derecho nacional. Sin embargo, no tiene mucho sentido comparar todo el derecho de México con todo el de los Estados Unidos, o con el de Guatemala. No tendría mucha utilidad y sería bien complicado. Pero hay una variante útil que es la explicación un derecho nacional como derecho extranjero. Generalmente hay una comparación implícita. Se destacan determinados rasgos que se consideran importantes para caracterizarlo y, en gran medida, esto está determinado por la cultura de base del auditorio. Por ejemplo, explicar el derecho de los Estados Unidos a estudiantes venezolanos (que es una de mis tareas académicas en Venezuela) es probablemente distinto a explicárselo a estudiantes ingleses. La razón es que hay un elemento implícito de comparación. Seguramente con los ingleses habría que destacar la importancia y los usos de una constitución escrita, con los venezolanos hay que trabajar más lo referente al precedente y la importancia de las decisiones judiciales, y el estilo del razonamiento jurídico.

La explicación de un derecho extranjero tiene mucho sentido porque el derecho está estrechamente vinculado con la política y

cultura de un país, es clave para entender su sistema institucional. Por ejemplo, si un extranjero a quien interese el derecho quiere saber de México algo más de que es el país de los mariachis, el tequila y los narcotraficantes violentos, debería saber algo sobre su sistema federal, el amparo, el tipo de literatura jurídica que produce y el nuevo papel de la Suprema Corte. El interés puede que no sea solamente intelectual. Quien proyecte hacer negocios en México tiene interés en conocer su sistema institucional. Tal vez se conformará con obras como *Doing business in Mexico*, que ciertamente no son obras rigurosas intelectualmente, pero pueden ser tan útiles como los libros de autoayuda y los recetarios de cocina. Los académicos consideran esta literatura una forma degradada del derecho comparado.

Los grandes autores de derecho comparado del siglo XX rápidamente se dieron cuenta que para su estudio los derechos nacionales podían ser agrupados en lo que René David (1966) llamó *familias de derechos*, una denominación que tuvo larga fortuna. Él distinguió a mediados del siglo XX, la familia romano-germánica de la cual nosotros los latinoamericanos formaríamos parte; la socialista, con la Unión Soviética a la cabeza; la del *common law* —o angloamericana, que incluye también a Australia y otras antiguas colonias inglesas; y los derechos religiosos o tradicionales, a la cabeza de los cuales puso el derecho islámico.

Nótese que el esfuerzo de David y otros comparatistas era trazar una especie de mapa jurídico del mundo, pero como los criterios para definir las familias o grupos no eran claros o no podían imponerse, cada autor importante trazó su propio mapa. Más grave aún, los países cambian: la Unión Soviética desapareció y con ella casi todos los países socialistas, aunque quedan algunos dinosaurios. Una actualización de la obra de David que ha realizado Jauffret-Spinosi (traducida recientemente al español en México) la sustituyó por Rusia (David & Jauffret-Spinosi, 2010), pero naturalmente el criterio de clasificación se perdió, lo cual hace al libro extraño o deforme.

Personalmente no estoy muy convencido de la denominación de familia. David decía que se hacía con base a la existencia de un parecido o “aire de familia” entre distintos derechos nacionales, pero no estoy seguro que sea una buena metáfora. Las familias son instituciones complejas y el aire de familia no siempre existe o es fácil de aprehender. En la mía tenemos un patriarca de quien conservamos una vieja fotografía del siglo XIX. Era tan calvo como lo soy yo, pero entre mis hermanos y primos hay de todo: calvos, peludos, ovejas blancas y ovejas negras. También tengo otros bisabuelos, uno de los cuales era indígena, pero esa fotografía, si existió alguna vez, se perdió oportunamente. También tengo un bisabuelo francés o corzo, cuya fotografía tampoco existe pero que imagino bastante diferente al indígena. John Merryman, a quien respeto como mi maestro, prefirió hablar de *tradiciones jurídicas*, que creo que es una expresión mucho más exacta.

Merryman define tradición jurídica en estos términos:

conjunto de actitudes enraizadas y condicionadas históricamente frente al derecho, a su papel en la sociedad y la política, acerca de la apropiada organización y operación del sistema jurídico, y acerca de cómo el derecho es producido, aplicado, estudiado y perfeccionado. La tradición jurídica relaciona el derecho con la cultura de la cual es expresión parcial. Pone al sistema jurídico en una perspectiva cultural (Merryman & Pérez Perdomo, 2007:2).

Nótese que Merryman introdujo la idea de cultura en la explicación de la tradición. Glendon *et al* (1999) retomaron la idea de tradición jurídica sin mencionar la relación con cultura, pero en lo personal me parece una relación clave, aunque no sea fácil de aprehender. Por esto tal vez convenga discutir la idea en concreto, con ejemplos específicos.

Una tradición jurídica bien reconocida es la romano-canónica o romano-germánica que incluye a Europa continental y la América Latina. Tomemos el ejemplo de Francia y Haití. En el

mapa jurídico del mundo, los comparatistas incluyen ambos sistemas jurídicos en la tradición jurídica romanista. ¿Quiere decir que tienen una cultura jurídica similar? Probablemente no. Se dice que en Haití están muy extendidos los rituales y creencias vudú e imagino que para resolver conflictos matrimoniales, o de cualquier otro tipo, tal vez los rituales vudú sean preferidos a los instrumentos jurídicos. La hipótesis derivada es que la gente usará más los tribunales y abogados en Francia, donde las creencias vudú están menos extendidas que en Haití.

Citemos la entrada Haití en la enciclopedia *Legal Systems of the World* (2002)

La Constitución compuesta después de la caída de Baby Doc Duvalier no es aplicada en la práctica. Los gobiernos son demasiado débiles o corruptos para proteger los derechos de las personas. El mejor ejemplo es la permanente inhabilidad del sistema judicial para conducir juicios rápidos. La detención policial puede durar años antes de que el prisionero sea llevado a juicio...La corrupción y la incompetencia entre los funcionarios locales contribuyen con las dificultades, pues la mayoría no desea actuar sin que se les pague mordida (Cloutre, 2002:649).

Puedo asegurarle que las cosas no marchan así en Francia. No sólo por las estadísticas judiciales sobre duración de los juicios y por los excelentes estudios socio-jurídicos como el de Boigeol (2003) que no detecta tales problemas, sino que visité un tribunal correccional francés y quedé francamente impresionado con la rapidez de que se disponían los casos. Los procesados que habían estado en prisión preventiva sólo habían esperado su juicio unas cuantas horas y la marcha de los casos no parecía necesitar de mordidas.

Por esto uno puede esperar que las actitudes de la gente frente al derecho y la justicia sean distintas en Haití y en Francia. Tal vez no tenga demasiada relación con el vudú sino con el funcionamiento del sistema de justicia. Éstos son los temas que los so-

ciólogos del derecho debaten. Pero estoy seguro que Merryman no se refiere a cultura jurídica en ese sentido y concedería que a pesar de pertenecer a la misma tradición, la cultura jurídica externa de Haití puede ser diferente a la de Francia, que los haitianos tengan actitudes y opiniones sobre el derecho bien diferentes a las de los franceses.

Si interpreto correctamente a Merryman, cuando decimos que Francia y Haití son países de tradición romanista decimos que la concepción del derecho que tienen los juristas educados es fundamentalmente la misma. De hecho la legislación haitiana es tomada de Francia, la literatura jurídica que se usa es francesa, así como los métodos educativos de las cinco escuelas de derecho que existen en el país. Esto es lo que Lawrence Friedman ha llamado la cultura jurídica interna: lo que los profesionales del derecho piensan qué es el derecho y sobre sus valores fundamentales. En Haití, en opinión de Cloutre (2002:652), las universidades siguen el modelo francés. En la constitución de la cultura jurídica interna, la educación jurídica formal puede tener una influencia importante, como veremos más adelante.

Cloutre también señala que las universidades son mucho más pobres y la educación primaria y secundaria de los estudiantes es bastante deficiente, lo que probablemente sea también un dato importante porque una escuela de derecho no son sólo planes de estudio y textos de estudio. Profesores y alumnos, con su propia carga cultural y social, también cuentan. Por otra parte, Haití tiene una historia política y un sistema político muy distinto al de Francia y es probable que esto también influya no sólo en las actitudes de la gente frente al orden jurídico sino en las actitudes de los mismos juristas. En resumen, ambos sistemas jurídicos funcionan de manera diferente, pero pertenecen a la misma tradición y los juristas franceses y haitianos seguramente se pueden comunicar fácilmente, lo que revelaría una base similar en su cultura jurídica interna. Pero como observado, los abogados y estudiantes de derecho de Haití no se alimentan sólo de libros jurídicos franceses sino que están conscientes de las dificul-

tades del país en que viven. La cultura jurídica interna tiene vinculación con la externa, los profesionales del derecho están conscientes de las estructuras sociales y políticas de su país.

No pensemos que la comparación sólo se puede hacer entre derechos nacionales o tradiciones jurídicas. Se puede reducir su unidad de análisis. En vez de comparar países podría comparar ciudades. Es perfectamente pensable un estudio comparativo entre el derecho como se vive en Monterrey y en Veracruz. Las reglas del derecho son seguramente las mismas o muy parecidas, pero la cultura jurídica puede ser diferente. Si hiciéramos la comparación seguramente sobre cómo se vive el derecho en México y también sobre la sociedad regiomontana y veracruzana. Gessner (1984), años atrás, comparó la solución de conflictos en Nayarit, Ciudad de México y una zona rural. Creo que su libro es de enorme importancia y creo que fue una lástima que sus hallazgos no hayan sido profundizados y explotados. Podría hacerse un estudio sobre Ciudad Juárez y El Paso. Yo mismo hice un pequeño estudio sobre cómo se produce seguridad en Palo Alto, California, y Los Palos Grandes, en Caracas, dos áreas urbanas bastante diferentes pero que tienen en común, además del nombre, ser bastante más seguras que su entorno (Pérez Perdomo, 2005). Sin embargo, los comparatistas no se interesan en este tipo de estudios comparativos y lo consideran la provincia de los sociólogos y antropólogos del derecho. Mi sueño, como ya ustedes seguramente lo han adivinado, es borrar esas fronteras provinciales.

El tema de este trabajo no es la cultura jurídica externa o general, sino la de los profesionales del derecho. Esto reduce nuestro universo de estudio. La primera pregunta es cuán importante puede ser que un país pertenezca a una tradición jurídica o a otra, si, en definitiva, esto no determina la manera cómo funciona el sistema jurídico o las actitudes de la población frente al derecho. Entre mis colegas sociólogos del derecho, que es mi grupo de pertenencia o, si ustedes prefieren, mi propia tribu académica, la respuesta tiende a ser que no tiene importancia ninguna, o

tan escasa, que no vale la pena que nos ocupemos de ella. Escuchemos las palabras de Friedman: “Lo que moldea un sistema jurídico decisivamente no es tanto la tradición, las normas legales formales, los hábitos de abogados y juristas, o las reglas y códigos que están en los libros, sino más la cultura, la economía, y la estructura política del país” (Friedman, Pérez-Perdomo & Gómez, 2011:2).

Por supuesto, suscribo esta afirmación, pero nuestro problema en este trabajo es qué moldea los hábitos de los abogados y juristas, es decir la cultura de éstos.

Como no reniego de mi tribu comparto la importancia del contexto social y económico en el cual se desempeña el derecho. Pero tal vez la tradición y las ideas tengan un papel en la constitución de la cultura jurídica interna. Esto puede tener importancia para el derecho, pues seguramente los juristas profesionales tengan algún papel en la construcción y la marcha del sistema jurídico. Podría invocar una sombra poderosa: cuando Max Weber se planteó el nacimiento del capitalismo le dio importancia a las ideas o valores compartidos. Pero evitaré la tentación de ser el enano que trepa sobre los hombros del gigante y más bien, con modestia, propongo discutir cómo se configura la cultura de los juristas profesionales y cuál puede ser la importancia de éstos en la construcción y marcha del sistema jurídico.

Por último y como nuestro trabajo versa sobre los profesionales juristas de América Latina conviene dilucidar primero cuál es la tradición a la que pertenecemos y qué ocurre con las tradiciones en el mundo de hoy.

La tradición romanista y la América Latina

¿Desde cuándo existe esta tradición y cómo fue que la América Latina se incorporó a ella?

La respuesta general es que la tradición romanista nació con el derecho romano. Pero tengo gran desconfianza frente a esta respuesta obvia. El núcleo del derecho romano que pasó a la

posteridad fueron las opiniones de los jurisconsultos del llamado periodo clásico. Estos jurisconsultos vivieron en los primeros tres siglos de la era cristiana, y luego sus opiniones fueron recogidas en el *Digesto* de Justiniano en el siglo VI. No es la única fuente de conocimiento del derecho romano. Los romanistas han rescatado litigios, edictos del pretor, biografías de jurisconsultos y muchos otros materiales. Para este trabajo interesa observar que hubo una forma popular de conocimiento del derecho romano que era el derecho práctico en lo que podríamos llamar la periferia del Imperio, como la actual España, Francia y Sur de Inglaterra. Conocemos este derecho popular (o vulgar como lo llaman los romanistas) gracias a la redacción ordenada por reyes germánicos, como el *Breviario* de Alarico y el *Liber Iudicorum* o *Fuero Juzgo*, tan importantes en la historia del derecho español (Tomás y Valiente, 1983).

En el siglo XII, el *Digesto* fue redescubierto, o mejor revalorizado, en Bologna y se convirtió en el centro de la enseñanza del derecho en una institución novísima para la época, las universidades. En ellas se enseñó el derecho romano conforme a la obra justiniana, el *Corpus Iuris Civilis*. Y también el derecho canónico en la compilación de Graciano, *Concordia discordantium canonum*, o Decreto de Graciano. A mi juicio, es esto lo que hace nacer la tradición romanista, que en inglés se denomina *civil law* (por el *Corpus Iuris Civilis*).

¿Por qué a enseñanza universitaria del derecho es tan importante? Porque hay un cambio en la concepción del derecho. Éste pasó a ser un saber libresco. No era así como concebían al derecho los jurisconsultos romanos. Ellos pensaban que el derecho surgía de la experiencia, de la prudencia. En la próxima conferencia veremos más sobre educación jurídica y su importancia.

Retengamos que en la tradición romanista el derecho es un saber libresco y universitario. El derecho islámico también es libresco, pero un apéndice de lo religioso y no es universitario, con la carga que tiene esa institución en el Occidente cristiano. En cambio, en Inglaterra, el *common law* era más bien un saber

profesional, práctico, transmitido en los *inns of courts*, algo traducible inexactamente por colegios de abogados. Por supuesto, en Inglaterra había universidades y se estudiaba derecho en ellas, el derecho romano y el canónico, como en las demás universidades medievales europeas. Sus graduados, denominados los *civil lawyers* por cuanto eran educados estudiando el *Corpus Iuris Civilis*, tenían el privilegio de litigar en el tribunal Chancery después de un año de práctica (o *silent year*). Los *civil lawyers* cometieron un grave error político: en la revolución inglesa tomaron el partido del rey y como consecuencia perdieron su privilegio (Levack, 1973), lo que determinó su extinción (Squibb, 1977).

Los estudios universitarios de derecho se convirtieron en algo similar a los estudios de literatura. Esto no quiere decir que no haya habido grandes profesores de derecho en Inglaterra. Blackstone y Bentham fueron profesores ingleses. Tampoco que el derecho romano no haya influido sobre la formación del *common law*, pero no demasiado por vía de las universidades. Fue más bien el derecho romano vulgar transmitido por los normandos. Un gran romanista, Peter Stein (1992), señala que el *common law* es más cercano al derecho romano pre-justiniano que el derecho moderno de la Europa continental. Parece una paradoja, pero seguramente es cierto.

En el siglo XIX, en Europa continental y en la América Latina, el derecho conservó su carácter universitario y libresco, pero agregó un nuevo rasgo: su estrecha vinculación con el estado. Esto resultó de privilegiar la legislación, una actividad típicamente estatal, como productora de derecho. Como el principal *locus* o fuente del derecho.

Naturalmente no desconozco que ha habido legislación desde la época de Hammurabi, 1700 años antes de Cristo, que los griegos distinguían entre distintos tipos de leyes, que Aristóteles hizo el elogio de la ley y la llamó la inteligencia sin pasión, que los romanos produjeron un número de *senatus-consultus*, que las Siete Partidas del rey Alfonso El Sabio constituyen uno de los grandes monumentos legislativos del mundo. Pero, en líneas generales,

en la Antigüedad y Edad Media se entendía a la legislación como algo reglamentario del verdadero derecho, que se identificaba más con la justicia a la que se podía acceder gracias al conocimiento prudencial. A partir del siglo XII el derecho romano tomó el lugar de privilegio como el conocimiento jurídico por excelencia. Por esto hasta el siglo XVIII, en las universidades de Europa y América Latina no se estudiaba la legislación patria o real sino el derecho romano.

El gran cambio en el siglo XIX fue la legislación y especialmente los códigos, que son una forma sistematizada de la legislación, se convirtieron en el centro de los estudios jurídicos y en el carácter distintivo de la tradición romanista. Todavía muchos piensan que la centralidad de los códigos es el rasgo principal de los derechos romanistas. A mi juicio es una idea que está muriendo si es que no está ya muerta.

El carácter universitario y libresco, y posteriormente estatal, que tuvo el derecho de la tradición romanista en el siglo XIX hizo difícil la comunicación entre el *common law* y el *civil law*, las dos grandes tradiciones del mundo occidental. Veremos que en el siglo XX las dos tradiciones se acercaron, pero esto será parte de nuestro análisis posterior.

Nuestro tema hoy es el lugar de la América española en esta historia. Lo explicado permite entender que la incorporación no se produjo por la imposición de los conquistadores. El derecho no vino en sus lanzas, arcabuces y espadas, sino con el conocimiento y los libros que trajeron los letrados, cuya función fue limitar su poder y fortalecer el del rey, en gran medida porque así fortalecían su propio poder. En el siglo XVI se crearon las primeras universidades y en ellas se enseñó también el derecho romano, con los mismos textos que se usaban en Europa (Pérez Perdomo, 2004). La incorporación plena a la tradición romanista se realizó en el siglo XIX, con las reformas educativas de ese periodo. Esto lo hicieron por su cuenta los nuevos países independientes. No hay nada que reclamarle a España en esta cuenta. El imperio español ya había estallado y el imperio inglés, en

expansión en la época, no tuvo ninguna influencia importante. Fue más bien el enamoramiento con las ideas francesas y con Francia, cuyo poder económico y militar en la época era limitado, lo que produjo los cambios en el derecho. Esto indica algo del poder de las ideas.

Es esto lo que hace que el equipamiento intelectual de los juristas sea similar en la Europa continental y en América Latina y que ésta pertenezca a la tradición jurídica romanista. Pero naturalmente a los juristas latinoamericanos les ha tocado y les toca vivir realidades bien diferentes. El paso del absolutismo teocrático, que era la España del Antiguo Régimen, a repúblicas constitucionales, no fue una transición fácil. El poder político perdió legitimidad, lo que resultó en guerras civiles, caudillismo y dictadura. Algunos países sufrieron también invasiones y cercenamiento de su territorio. Todavía hoy muchas de nuestras repúblicas no son las descritas en sus constituciones ni sus sistemas políticos se organizan sobre las líneas constitucionales. Todavía hoy, el poder del estado encuentra desafíos diversos que se expresan en guerrilla, narcotráfico, violencia callejera, reclamaciones de indígenas. En todos, también, hay un grado de multiculturalismo que puede favorecer el pluralismo jurídico y que eventualmente, puede hacer difícil la integración de una cultura nacional. Todos los países han vivido épocas de violación masiva de los derechos humanos. Estos problemas persistentes hace que la vivencia del derecho no sea la misma en Europa y en América Latina y, naturalmente, esto tiene que afectar la cultura profesional de los juristas. También la llamada globalización, es decir, los intercambios económicos y culturales mucho más intensos con el resto del mundo, no puede dejar de afectar al derecho. Los juristas no vienen de otro planeta ni se nutren sólo de libros de derecho, aunque algunos lo pretendan como estrategia.

Este trabajo trata de la cultura jurídica de los actores profesionales del derecho, de cómo se configura en la educación jurídica, y cómo se expresa en el ejercicio profesional de abogados, jueces y profesores de derecho. En ese sentido vamos a trabajar con

aquella parte de la cultura jurídica que es central para la comprensión de la tradición jurídica. Para su análisis vamos a usar la perspectiva comparada, pero también tener muy presente que los juristas viven en sociedades cuyos problemas afectan, limitan o favorecen su acción. Estas conferencias tratarán de integrar los enfoques y conocimientos del derecho comparado con los de la sociología de derecho o historia social del derecho.

Comenzaremos con la educación jurídica, cuyo lugar central en la configuración de la cultura jurídica profesional o interna, es tan importante.

2

LA EDUCACIÓN JURÍDICA Y LOS ABOGADOS

Cultura jurídica y educación

El punto de partida es que todos los actores sociales tenemos una cultura jurídica, es decir, determinadas ideas, valores, actitudes y opiniones respecto al sistema jurídico y sus operadores. Esto no indica que tengan mucho o poco conocimiento sobre el sistema jurídico y cómo funciona. Todos, hasta los menos informados, tenemos opiniones, y nadie deja de darlas apenas se les pregunta. Parafraseando a Descartes se puede decir que la cultura jurídica está bien distribuida en el mundo. Nadie se cree ignorante, aunque no haya ojeado un libro de introducción al derecho, y quienes han dedicado su vida a estudiar y escribir sobre el derecho saben que tienen mucho por aprender.

Es bueno advertir que no se postula que la cultura jurídica sea uniforme: quienes sólo tienen educación primaria pueden tener actitudes y opiniones distintas a los profesores universitarios. Los del Norte no tienen por qué tener la misma cultura jurídica que los del Sur. Los especialistas en estudios de opinión han desarrollado instrumentos para hacer esas mediciones y, por ejemplo, puede determinarse respecto a qué temas coinciden más los mexicanos (o los franceses) y en qué temas hay más desacuerdos.

La formación de la cultura jurídica se realiza a través de los sistemas de educación formal e informal. Los libros escolares nos enseñan sobre la constitución y el derecho, sobre el sistema político, sobre los derechos que tenemos, y sobre muchos otros temas vinculados con el derecho. También la propia interacción con maestros y autoridades escolares nos enseña sobre el ejercicio de la autoridad, sobre sanciones y otros temas vinculados. Por supuesto, no sólo aprendemos en la escuela, también en la familia, en el grupo de excursionistas, en la pandilla juvenil, en la iglesia y en la propia vida social y política, incluyendo lo que nos llega por los medios de comunicación o en la interacción con los policías y otros agentes del estado, y en las novelas o telenovelas (Macaulay, 1987; Sherwin, 2006).

La cultura jurídica interna, o profesional, se adquiere, en primer lugar como consecuencia de la educación jurídica formal. El estudiante de derecho va a leer determinados libros que además de explicar principios y reglas, comunican valores y una concepción del derecho. Además, el estudiante va a interactuar con profesionales del derecho que seguramente se constituirán en ejemplos vivientes de cómo razona un profesional de derecho, qué actitudes tiene respecto al derecho y sus operadores, así como respecto al poder político y a la sociedad en general.

La adquisición de la cultura jurídica interna no termina cuando la persona se hace formalmente un profesional. Al contrario, como profesional hará otros aprendizajes formales e informales. Esto es lo que generalmente se denomina experiencia. Es un saber valioso y es por eso que los actores sociales preferimos en general ponernos en manos de profesionales con experiencia en vez de novatos. Esto es verdad para abogados, médicos, odontólogos. Cualquier profesional. En el caso de los abogados generalmente implica un buen manejo de los usos y costumbres de la profesión, así como de la cultura jurídica externa. La experiencia profesional de los juristas es en buena medida una integración de la cultura jurídica interna con la externa.

Sin duda, con la educación jurídica parte de la cultura jurídica externa va a ser substituida por la interna, pero no necesariamente íntegramente, porque los estudiantes de derecho no dejan de ser actores sociales y vivir en una determinada sociedad. El profesional del derecho tendrá que ver cómo desenvolverse profesionalmente en una sociedad con una determinada cultura jurídica externa, con determinados constreñimientos políticos y económicos, y tendrá que tratar de integrar lo que ha aprendido en la escuela de derecho con un ambiente que puede ser favorable o no para desarrollar los valores adquiridos, si es que los ha adquirido. Probablemente tendrá que lidiar con disonancias cognitivas, eventualmente tendrá que hacer escogencias trágicas y en definitiva integrarse como persona o como profesional.

En este capítulo abordamos, en primer lugar, la educación jurídica y luego la profesión de abogado. El punto de partida usual para el estudio de la educación jurídica es el análisis del plan de estudio y del material didáctico usado, es decir, de lo que la escuela de derecho trata de enseñar. Esto puede ser revelador de la concepción del derecho y de su lugar en la sociedad que se trata de comunicar. Pero el análisis de la educación jurídica no puede quedarse en el análisis de la literatura jurídica. En las escuelas de derecho hay interacción entre profesores y estudiantes. Los profesores no son meros parlantes de la literatura jurídica aunque a veces creen serlo. Las acciones y actitudes los profesores pueden enseñar cosas distintas —ocasionalmente opuestas— a las contenidas en los libros. Por esto es tan importante analizar también las metodologías educativas y, en general, la interacción entre autoridades universitarias, profesores y estudiantes. Esto es lo que usualmente se denomina el currículo expreso y el currículo oculto de las escuelas de derecho.

Educación y tradiciones jurídicas

Ya hemos visto que un aspecto fundamental que distinguió la tradición romanista del *common law* fue la educación de los profe-

sionales del derecho. En toda Europa, incluyendo Inglaterra, se comenzó a estudiar el derecho, especialmente el romano, en las universidades. Se estudiaba el *Corpus Iuris Civilis* y el derecho canónico. En Inglaterra, respecto al derecho aplicado en los tribunales reales se consideraba que no hacía falta la educación universitaria sino que la profesión misma ofrecía una educación a los aspirantes a ingresar a ella que naturalmente se continuaba con el ejercicio de la profesión. Por supuesto, era una educación jurídica bastante rudimentaria desde el punto de vista formal, pero muy intensa en sus aspectos informales. Sólo en el tribunal de Chancellery se requería la educación universitaria. Se denominó *civil lawyers* a los educados en las universidades. En la segunda mitad del siglo XVII los *civil lawyers* perdieron el privilegio, con lo cual la educación universitaria en derecho perdió importancia. Al contrario, en Europa se requirió el grado universitario para el ejercicio profesional. En España, por ejemplo, esto fue un requisito establecido por los reyes Católicos en el siglo XVI y se ha mantenido hasta el presente.

Es comprensible que en la América española se establecieran universidades y educación jurídica universitaria desde el siglo XVI. En España los estudios jurídicos estaban consolidados y se los consideraba muy importante para formar lo que hoy llamaríamos la burocracia del Reino. En América, las primeras universidades fueron las de Santo Domingo, México y Lima, pero luego se establecieron en otras capitales coloniales, como Bogotá, Quito, Guatemala, Córdoba, Santiago y Caracas. ¿Por qué ese interés?

Los estudios universitarios en la Edad Media eran fundamentalmente de teología y de derecho. La Iglesia Católica era una institución muy importante que configuró una burocracia tempranamente. Para posicionarse en esa burocracia los estudios universitarios eran muy importantes. Cuando surgieron las burocracias estatales, básicamente como una estructura al servicio del rey, los letrados, es decir los graduados universitarios ganaron inmediatamente prestigio y poder, hasta el punto que cambiaron el

tipo humano de quienes rodeaban al rey y ejercían el poder. Hasta el siglo XIII eran los nobles, que eran hombres de piel quemada llena de cicatrices, porque pasaban una parte importante de su tiempo sobre los lomos de sus caballos, al aire libre, participando en torneos y batallas. Su ropa era remendada porque constantemente se la rompían en esas actividades. A partir del siglo XIV y XV la gente de poder fue un tipo humano distinto: hombres que pasaban la vida detrás de un escritorio, leyendo y escribiendo documentos. Eran letrados, o burócratas, que quiere decir gente del escritorio. Eran macilentos y pálidos porque no pasaban su vida al aire libre, no tenían cicatrices y su ropa estaba raída en los codos, pues es lo que apoyaban en los escritorios (Maravall, 1972). Es el nuevo tipo humano de la gente del poder. Sabían expresarse bien por escrito, conocían las reglas y usaban el lenguaje jurídico, que es el idioma del poder.

Aquellos abogados que no conseguían empleo en la burocracia tenían, de todas maneras, un instrumento poderoso, el lenguaje. Podían articular reclamos que se convertían en litigios y movilizar el poder real. España del siglo de oro fue una sociedad extraordinariamente litigiosa como lo documentó muy bien Kagan (1981). La litigiosidad tuvo como efecto neto la consolidación del poder real porque la justicia real resolvía los conflictos. Otros poderes, especialmente el de los señores, fueron disminuidos porque debieron someterse a la justicia real.

Los reyes entendieron la importancia que los abogados tenían para su poder. Por esto patrocinaron los estudios de derecho. Pero también estaban conscientes que el litigio es una forma de perturbación del orden y se esforzaron en controlar la litigiosidad.

Esta ambigüedad respecto al derecho y los abogados estuvo presente desde los años iniciales de la conquista y la colonización. La conquista fue fundamentalmente un esfuerzo privado. Los conquistadores fueron verdaderos empresarios de la violencia que se arriesgan a luchar con salvajes y peligros desconocidos con la expectativa de obtener riqueza súbita y poder. Actuaban con un contrato con la Corona, pero tal vez no esperaban ser se-

guidos tan cercanamente por funcionarios reales con la misión de establecer una burocracia en Indias con completo control del ejercicio del poder. Para la Corona los letrados eran indispensables y fue notable su éxito. El poder de los conquistadores fue generalmente transitorio y la burocracia indiana se consolidó muy rápidamente.

La ambigüedad del papel de los abogados hizo que Carlos V les prohibiera pasar a las Indias sin permiso de la Corona, como una manera de prevenir conflictos. La prohibición se repitió varias veces, por distintas autoridades, y curiosamente se alternaba con manifestaciones de que la falta de abogados impedía un arreglo rápido y sensato de los pleitos y más bien los multiplicaba. Para simplificar, destaquemos que la Corona quería abogados que estuvieran de su parte y formaran parte de su burocracia, pero no consideraba útiles abogados por la libre. En el fondo el conflicto se resolvió al considerar a los abogados funcionarios de las audiencias, aunque la Corona no les pagara. Pero derivaban honor de su conexión con la Corona y tenían tan alto rango que no recibían pagos de quienes los contrataran sino honorarios que se consideraban voluntarios por parte del cliente. Por esto era impensable que defendieran a rebeldes o que personas de baja extracción social pudieran llegar a ser abogados. Los indios, negros, moros y judíos tenían prohibido estudiar derecho. En definitiva, los abogados eran más bien pre-jueces en vez de personas al servicio de clientes (Pérez Perdomo, 2004a).

Por la ambigüedad de la figura del abogado se explica también la prohibición del paso a Indias junto con la creación de estudios jurídicos en las universidades. Pero se restringió el acceso a la educación jurídica sólo a los blancos cristianos viejos, lo cual mantuvo considerablemente reducido el número de estudiantes. La Corona portuguesa tuvo una política diferente: no creó universidades ni estudios jurídicos en Brasil, pero aceptaba de buen grado que los colonos enviaran sus hijos a Coimbra. Murilo de Carvalho (1995) analiza con mucha propiedad las consecuencias

que tuvieron esas políticas divergentes para la América española y para Brasil. Sobre esto volveremos.

¿Qué sabía un abogado del periodo colonial? Sabía latín, pues debía leer los libros en ese idioma. Conocía la estructura de la Iglesia Católica, su historia, manejaba textos religiosos y algunas reglas del derecho canónico. Manejaba muy bien las Instituciones de Justiniano, un libro bastante elemental, y podía leer y entender el *Digesto*, una obra mucho más compleja. Las clases incluían la ejercitación en la disputa, es decir, en argumentar apropiadamente. En una sociedad largamente analfabeta, tenían un saber considerado superior y sobre todo, podían expresarse muy bien oralmente y por escrito, eventualmente usando largas frases en latín, el idioma del saber en la época. Hoy conocemos bastante bien los libros que tenían los abogados más importantes o ricos, pues los libros eran caros en la época (Barrientos Grandón, 1993). Claramente tenían un pobre manejo de la legislación española y de Indias, de la que había pocas ediciones y era muy escasa en América. No era una presencia frecuente en las bibliotecas cuyos listados han llegado hasta nosotros. Tal vez la excepción era las Siete Partidas, obra que conoció varias ediciones y tuvo una circulación mayor.

No menos importante: los abogados eran parte de la elite social. Se vestían y se expresaban como personas de la clase alta. Comandaban respeto y reverencia.

Para la práctica del derecho había prontuarios o libros con modelos de contratos, demandas y otros documentos. Pero estos libros estaban también a disposición del público general y había un buen número de tinterillos, de personas generalmente de clase baja que podían escribir documentos. De hecho, eran ellos quienes hacían el trabajo legal requerido por la gente ordinaria porque los abogados eran personajes muy encumbrados a los que una persona modesta seguramente le costaba acercarse (Pérez Perdomo, 2004a).

Durante el periodo hispánico se distinguen dos sub-periodos. La política de los Austria, que hizo venales los cargos en las au-

diencias, permitió a las elites hispanoamericanas controlar las audiencias y mucho del poder en América. Los reyes Borbón centralizaron el poder y los cargos audienciales fueron parte de una carrera burocrática (Burkholder & Chandler, 1977). Esto permitió un mayor control de los Reinos de Indias pero alienó las elites locales, a quienes impidió lo que Bolívar llamó la tiranía doméstica. Visto en la perspectiva de un abogado hispanoamericano, se le prohibió llegar a los más altos cargos jurídico-políticos en su propio país de origen. Su máxima aspiración no podía llegar más allá de ser relator de la Audiencia, o desempeñarse como oidor o fiscal honorario, que le permitía llenar vacantes provisoriamente. A la vez, su alta posición social lo alejaba de muchos de sus clientes potenciales. En otras palabras, era una elite social e intelectual sub-ocupada.

La crisis de España y de su vasto imperio americano, como consecuencia de la revolución francesa y la invasión napoleónica, fue una oportunidad de oro. Los abogados tomaron un papel muy importante en los movimientos independentistas que se regaron en todo el continente y se convirtieron rápidamente en los arquitectos de las nuevas repúblicas. No lo tuvieron fácil porque construir repúblicas modernas con los restos de un imperio absolutista y teocrático no era sencillo. Los severos conflictos que marcaron la época tuvo como costo una severa mortandad de abogados, pero los que quedaron eran indispensables para pensar y construir la República. Hay una estupenda queja de Páez ante Bolívar. Se queja que Morillo, el jefe expedicionario español, mató a la mayor parte de los abogados patriotas y quedaron los realistas que generaban los mayores obstáculos al gobierno promoviendo reclamaciones. Hemos debido matarlos cuando podíamos, dice Páez, en una queja que nos hace recordar a Carlos V.

En la América española había universidades y escuelas de derecho en las distintas capitales coloniales y se configuraron elites locales. Las repúblicas que se formaron siguieron largamente los límites jurisdiccionales de las audiencias, probablemente porque

no había mayor comunicación entre esas elites. En cambio, la América portuguesa mantuvo su unidad porque tenía una elite unitaria, formada en Coimbra. Creo que esta es una observación de Murilo de Carvalho (1995) que comparto plenamente.

Una vez decidida la formación de los estados independientes, una tarea importante fue reformar los estudios de derecho porque había conciencia que era allí que se educaría la nueva elite política y tenía que ser una educación para una república liberal. ¿Pero cómo era eso? ¿Qué nuevos libros adoptar? En Brasil, esto lo discutió el mismo congreso constituyente del nuevo estado y en toda la América española dio lugar a discusiones en los congresos nacionales y a severos conflictos políticos. Nada de dejar el libro de texto a juicio del profesor o el plan de estudio en manos de autoridades universitarias. Esto era motivo de las más altas decisiones políticas. Para hacer corta una historia larga, las nuevas materias fueron derecho constitucional (Texto: Benjamín Constant), economía política (Juan Bautista Say) y derecho internacional (Heineccius). Algunos países incluyeron también legislación universal, con texto de Bentham, pero esto resultó muy polémico. La materia en definitiva terminó convirtiéndose en introducción al derecho. El problema fundamental es que varios de estos autores eran impíos, como Heineccius o Bentham, lo que obligó a los latinoamericanos a escribir sus propios manuales. El de Andrés Bello, por ejemplo, resultó un buen sustituto de Heineccius y se usó hasta final del siglo XIX en distintos países de América Latina (Pérez Perdomo, 2004).

Como puede apreciarse los nuevos estados recibieron las ideas modernas, usualmente en versiones bastante conservadoras, y esto nos preparó adecuadamente para recibir luego los códigos y la literatura exegética. Creo que esto explica suficientemente cómo nos incorporamos plenamente a la tradición romanista y hemos seguido los pasos del pensamiento jurídico europeo.

De hueste de estado a profesión liberal: tensiones en la educación jurídica

Del análisis de las corrientes intelectuales pasemos a las funciones sociales. La tarea de los hombres que el siglo XIX, en su mayor parte, juristas, que pensaron las repúblicas hispanoamericanas fue la construcción de naciones republicanas con los restos del imperio español. Digo hombres en el sentido más literal porque las mujeres estaban condenadas a la esclavitud doméstica y muy pocas pudieron liberarse de esas ataduras. Uno de los instrumentos en la construcción de la nación fue el derecho, comenzando por la promulgación de la constitución y las leyes, la operación de congresos nacionales y el funcionamiento de las escuelas de derecho.

Al privilegiar la legislación como productora del derecho se cambia de nuevo la idea de éste, que ahora está indisolublemente asociada con el poder político. Ya el derecho no está contenido en un libro antiguo, el *Digesto*, e identificado con la justicia. Ya hemos señalado que en esa concepción del derecho se trataba de un saber libresco, pero ese libro fundamental era la condensación de la sabiduría antigua. Al identificarlo con la ley, el derecho pasa a ser una regla establecida por el poder político.

La legislación se hizo enteramente nacional con la codificación. La tarea de las escuelas de derecho fue enseñar la constitución y la legislación nacionales. No importa que los códigos fueran adaptación de los europeos y que la literatura jurídica que se usaba fuera la europea, o adaptaciones de ésta. El derecho y su estudio fueron concebidos como enteramente nacionales. Los juristas fueron los redactores de las constituciones y códigos y se encargaron de comentarlos y explicarlos. Las escuelas de derecho los convirtieron en eje de los estudios. Todo esto contribuía a la creación de una identidad nacional. Puede decirse así que los juristas fueron constructores de naciones. Esto responde a una necesidad de la América Latina, donde están surgiendo naciones a partir de los estados, pero también en Europa donde también se están construyendo estados nacionales al unificar co-

comunidades regionales que usualmente tenían su propio derecho. Es obvio en el caso de Italia y Alemania, pero aun en España y Francia, el derecho unifica la nación. Hasta la codificación predominaron derechos regionales o forales. Por cierto estas comunidades regionales resurgieron a finales del siglo XX, sometiendo a los estados nacionales europeos a una doble tensión por la creación de Europa y por el poder devuelto a las regiones. Sólo menciono a Cataluña y el Norte de Italia para indicar a qué me refiero.

Al cambiar la idea del derecho se tenía también que cambiar la educación jurídica. Las reglas establecidas por el poder político eran más sencillas que las contenidas en el *Digesto*, tenían que ser más claras. No requerían la contraposición de opiniones y el saber prudencial. La *questio* o la disputa estaban fuera de lugar. Por esto había que suprimirlas y se implantó como obligatoria la clase magistral. Para la enseñanza del derecho en una visión sistemática o dogmática la clase magistral es el instrumento apropiado. De todas maneras la educación jurídica pudo contar con una educación general y familiar que apoyaba la lectura. Los abogados siguieron siendo letrados, personas de lectura, con formación clásica y buena conversación hasta la primera mitad del siglo XX, pero con una concepción distinta del derecho.

Si miramos la ocupación de los graduados podemos confirmar que la educación cumplió parcialmente sus objetivos. En el siglo XIX efectivamente las escuelas de derecho, rebautizadas en algunos países como de ciencias políticas y sociales, cumplieron su misión de formar las huestes de estado, en la afortunada expresión de Gaitán Bohórquez (2002). Serrano (1994) mostró para Chile que el pequeño número de graduados en derecho ocupó siempre los altos cargos políticos y que la mayor parte de los altos funcionarios del estado eran graduados en derecho. Esto seguramente es verdad para los demás países latinoamericanos. El ejercicio de la profesión de abogado, generalmente acompañado de periodismo y actividad política, era apropiado como ocupación en época de desgracia política. Pero la ocupación de aboga-

do no era lucrativa. Luís Sanojo, el principal autor jurídico de mediados del siglo XIX y un abogado importante en Venezuela, murió en la pobreza en 1880.

La profesión de abogado surgió en casi todos los países en las primeras décadas del siglo XX. Hacia la mitad del siglo existía en casi todos los países un número de abogados que asesoran empresas y que actuaban cotidianamente en los tribunales. Derivaban sus ingresos, que en algunos casos podían ser considerablemente elevados, de su actividad como abogados. Puede decirse que se había constituido la profesión de abogado. Sin embargo, el estado siguió siendo el principal empleador de los abogados. Estos empezaron a sentir la competencia de economistas e ingenieros en las más altas posiciones, pero el aparato administrativo ofrecía, y sigue ofreciendo, numerosas oportunidades a los abogados. Joaquim Falcão (1979, 1984) detectó una disonancia importante: el derecho estudiado tiene que ver con la limitación del poder del estado, los estudiantes y profesores se pensaban a sí mismos como baluartes de la libertad. Sin embargo, ocupacionalmente tendían a ser funcionarios del estado y con frecuencia esos estados eran autoritarios.

Esto tiene que con el otro aspecto de las construcción de *repúblicas*, o naciones republicanas, porque faltó el elemento de un ejercicio regulado del poder político (Pangle, 1988; Zetterquist, 2011). Este es un tema importante que sigue siendo una aspiración. El derecho, es decir la constitución, las leyes, y el conjunto de los profesionales del derecho como grupo carecieron de la posibilidad de poner límites al poder de los gobernantes. En gran medida porque se concibió al derecho como una regla establecida por el estado y no como limitación al poder de éste. Se asumió la parte técnica del derecho, no la parte valorativa. Tuvimos estados nacionales, pero no estados de derecho.

A mediados del siglo XX un jurista brasileño muy importante, con amplia experiencia internacional, Santiago Dantas destacó que la situación de la educación jurídica era insatisfactoria. Otros profesionales tenían conocimientos que les permitían aten-

der mejor los asuntos de estado. Los graduados en derecho salían cargados de conocimientos muy poco útiles y sin ninguna destreza práctica. Como ya no todos los graduados pertenecían a la elite social, su educación general no era tan buena. En el escenario internacional no eran competencia con los abogados graduados en los Estados Unidos. Dantas (1952) propuso la introducción de una educación más interdisciplinaria, y que usara casos como instrumento de análisis. Las preocupaciones de Dantas eran compartidas en la elite profesional y un número de profesores. En la década de los sesenta hubo varias conferencias de decanos y directores de escuelas de derecho de América Latina que llegaron a conclusiones similares y en la década de los setenta el llamado Movimiento de Derecho y Desarrollo abonó en la misma dirección. Para resumir la queja en una frase muchas veces pronunciada: “las escuelas de derecho no estaban produciendo los profesionales que necesitaba el país”. En la perspectiva de la elite reformista la situación era grave porque la educación general había decaído. La modernidad introdujo la radio y la televisión y redujo el prestigio y los hábitos de lectura. Los abogados dejaron de ser letrados, se convirtieron realmente en operarios del derecho. Pero las reformas de las escuelas de derecho demoraban (Pérez Perdomo, 2004a, 2004b).

Más propiamente puede hablarse de resistencia al cambio. Los reformistas atacaban la metodología educativa y este aspecto afectó la imagen de los profesores de su propio rol social. Lo percibían como ataques personales. Esto llevó a la descalificación de los reformistas que pasaron a un segundo plano, cuando no debieron abandonar las universidades. Pero sería un error pensar que las escuelas de derecho eran un universo cerrado sobre sí mismo. Había una conexión social y política con el resto de la sociedad que debe ser analizada. Por ejemplo, los golpes militares en Brasil y Chile abortaron experiencias de innovación muy interesantes.

Para el análisis de la resistencia al cambio es bueno tomar en consideración las presiones sobre las escuelas de derecho que resultaba del crecimiento general del número de estudiantes como

consecuencia de la expansión de los sistemas educativos. El crecimiento explosivo de los estudiantes obligó en un primer momento a atender una especie de emergencia y esto obstaculizaba los esfuerzos de innovación, especialmente aquellos que proponían trabajar con grupos pequeños para facilitar la clase interactiva. Pero veamos primero los números.

CUADRO 1
 ESTUDIANTES DE DERECHO EN LA SEGUNDA MITAD
 DEL SIGLO XX

<i>País y año</i>	<i>Número de estudiantes derecho</i>	<i>% estudiantes universitarios</i>	<i>Estudiantes derecho /100,000 habitantes</i>
Argentina 1970	29,045	13.2	124
Argentina 1998	163,881	14.7	443
Brasil 1961	23,519	23.7	25
Brasil 1998	292,728	14.1	183
Colombia 1950 **	1,985	20.5	18
Colombia 1996 *	66,778	14	187
Chile 1950 **	2,284	20.4	19
Chile 2000	24,478	5.4	163
México 1965 *	16,808	12.6	42
México 2000	188,422	11.9	193
Perú 1950 **	1,392	8.7	18
Perú 2000	36,986	8.8	142
Venezuela 1950	1,000	13.5	53
Venezuela 2000	40,000	7.4	160

Fuentes: * UNESCO, Statistical Yearbook 1973 and 1997. ** J. H. Merryman *et al.*, 1979. *Argentina*: Bergoglio, 2003. *Brasil* 1961: Falcão, 1984. 1998: Junqueira, 2001. *Chile* 2000: Persico, 2001:43. *México* 1991 & 2000: López Ayllón & Fix-Fierro, 2003. *Perú* 2000: Asamblea Nacional de Rectores. *Venezuela* 1950: R. Pérez Perdomo, 1981. *Venezuela* 2000: Estimado de Pérez Perdomo basado en información de la Oficina de Planificación del Sector Universitario (no publicado).

El aumento en cifras absolutas e incluso en números relativos a la población del país es muy notable. Pasar, como en México de 17.000 a casi 200.000 estudiantes de derecho en 35 años es explosivo y significó un esfuerzo importante para el país en creación de escuelas y aumento de los números en las escuelas existentes. Con tal éxito no había incentivos para cambiar. Por supuesto, la hipótesis que las escuelas de derecho se hicieron más atractivas intelectualmente es poco plausible. Hay razones para pensar que estudios como literatura e historia son más interesantes y tal vez más fáciles. Lo que seguramente hace atractiva la carrera de derecho es la posibilidad de empleo. Los jóvenes son idealistas, o tal vez no tanto. Como veremos luego, los graduados conseguían empleo en la creciente burocracia o ejerciendo la profesión. Que no fueran competitivos internacionalmente o carecieran de los conocimientos, destrezas e imaginación que requiere la dirección del país o de organizaciones importantes eran preocupación de una elite que no afectaba a la mayor parte de la población estudiantil o al común de los abogados.

Sin embargo, el problema percibido por la elite profesional era real y se agravaba rápidamente. En las décadas finales del siglo XX se sintió la presión de los intercambios internacionales más intensos. También hubo un movimiento de democratización política y una presión para que se respetaran más los derechos humanos y para que el estado funcionara como estado de derecho. Se habló de la necesidad de acceso a la justicia. Los abogados y la educación jurídica no estaban respondiendo a estas nuevas necesidades y hubo distintas formas de encararlas.

Una de ellas fueron los estudios de posgrado. La deficiencia percibida de las escuelas de derecho se trató de remediar con estudios profundizados tanto fuera de los países como dentro de ellos. La abundancia de abogados obligaba a quien quería distinguirse a seguir estos estudios. Por otra parte la abundancia de estudiantes permitió la creación de nuevas escuelas de derecho, algunas de las cuales apostaron al número, a graduar el mayor número de estudiantes, pero otras apostaron a atraer a los mejo-

res estudiantes y ofrecer una educación innovadora y de alta calidad.

La educación jurídica de los Estados Unidos se convirtió en modelo, primero porque un número relativamente importante de graduados fueron a realizar los estudios de posgrado en los Estados Unidos y regresaron con conocimientos y destrezas que les permitió un nuevo tipo de ejercicio profesional y de presencia política (Dezalay & Garth, 2002). Por otra parte, esto hizo más conocida la experiencia de la educación jurídica en los Estados Unidos y cuando se crearon nuevas escuelas de derecho que deseaban introducir innovaciones se trató de adaptar algunas de las características de la educación jurídica de los Estados Unidos. Por esto es importante que analicemos qué era lo que ofrecía esa educación que hacía que los latinoamericanos, pero también el resto del mundo, empezara a mirarla como ejemplos a seguir.

La educación jurídica de Estados Unidos y su influencia

Inicialmente, en Estados Unidos se siguió la tradición inglesa, pero como no había una profesión organizada que pudiera asumir las tareas educativas, hubo una preferencia por los graduados universitarios para ser admitidos en la profesión. En la primera mitad del siglo XIX la profesión se desorganizó y no se veía clara ninguna dirección en la educación jurídica. La situación cambió en la segunda mitad del siglo con esfuerzos de organizar escuelas de derecho dentro de las universidades. En 1870, Harvard designó como decano de derecho a Christopher Langdell quien introdujo el método de casos, al centrar la educación jurídica en la discusión de sentencias de tribunales de apelación. Otro profesor, Ames, mejoró el método educativo que pasó a llamarse socrático. Hubo resistencias para adoptar el modelo, pero a comienzos del siglo XX se había impuesto en casi todos los Estados Unidos y era seguido por la mayoría de las escuelas de derecho. También se estabilizó el currículo y la escuela de

derecho se convirtió en un programa de posgrado de dos (luego tres) años de duración (Sutherland, 1967; Stevens, 1983; Friedman, 2002).

La justificación teórica del método era que discutiendo sentencias se iba a entender las reglas del derecho y el estudiante podría inferir los principios que lo organizaban. Esta justificación resultó falaz, pero el método resultó formidable para enseñar a “razonar como abogado”. Luego el método fue mejorado introduciendo lecturas de base que permitían entender los fundamentos económicos y sociales de las de las reglas y decisiones jurídicas. Nótese que Harvard y las demás escuelas de derecho importantes de los Estados Unidos no se proponían enseñar el derecho de un estado en particular, sino que esperaba que sus graduados, con algún entrenamiento adicional de los que ellos tenían que hacerse cargo, pudieran pasar el examen de la barra en el estado o jurisdicción que escogieran. En el fondo, los estudios universitarios de derecho daban una base importante: cómo razonar jurídicamente, y estimulaba la iniciativa de sus graduados. Seguramente sin proponérselo y sin estar consciente del antecedente, esto era lo que lograba la educación jurídica de Europa y América Latina, centrada en el derecho romano, y en las disputas y cuestiones, hasta el siglo XVIII.

La segunda mitad del siglo XX fue de crítica y revisión del método. No vamos a entrar en los detalles. Se señala que como consecuencia de esa crítica se introdujeron nuevas asignaturas y metodologías y se disminuyó el peso de otras. Si vemos hoy una escuela de derecho innovadora como Stanford, puede notarse la presencia de cursos como negociación, diversas clínicas jurídicas, escritura jurídica y una variedad de asignaturas entre ellas, por ejemplo, derecho en América Latina o derecho y sociedad en perspectiva internacional, que hubieran sido impensables 50 años antes. El sentido general es que las asignaturas sirvan para comunicar competencias o destrezas, como escritura, investigación, contexto, valores. Stanford ha sido particularmente activa estableciendo programas conjuntos con otras escuelas, de

manera que puede ofrecer una formación mucho más integral según determinadas áreas que los estudiantes escogen.

La educación jurídica de los Estados Unidos ha tenido una enorme influencia. Destaquemos la influencia en Inglaterra. En el último tercio del siglo XX las universidades inglesas comenzaron a crear escuelas de derecho siguiendo el ejemplo descrito y naturalmente haciendo innovaciones y adaptaciones. En definitiva la formación de los abogados en Inglaterra ya no está completamente en manos de la profesión, de los *inns of courts*, sino que las universidades son ahora importantes en la formación de los profesionales (Walker, 1993; Cownie, 2004). En general, en los demás países del *common law*, como Canadá, Australia y Nueva Zelanda, se ha seguido con atención la educación jurídica de los Estados Unidos.

Ya hemos visto que en América Latina, en las décadas de los sesenta y setenta, se miró a la educación jurídica de los Estados Unidos, pero hubo una resistencia interna importante. Uno de los argumentos principales era que los casos y la discusión en clase eran propios del *common law* y extraños a nuestra propia tradición jurídica. Esto partía de una doble ignorancia: de la historia de la educación jurídica en los Estados Unidos y en el *common law*, donde el método de casos fue una innovación del tardío siglo XIX, y de nuestros propios países, donde la clase magistral sólo se impuso en el siglo XIX. La *questio* y las disputas estaban mucho más cerca de la metodología que luego se impusieron en los Estados Unidos y la formación de los abogados hispanoamericanos durante la colonia estaba más próxima a la que después fue la de Estados Unidos.

En todo caso los innovadores no se dieron por vencidos y en varias universidades privadas, como los Andes, en Bogotá, Católica en Lima, Diego Portales, en Chile, las de la Fundação Getulio Vargas en São Paulo y Río, el CIDE en México, y la Universidad Metropolitana en Caracas, se extendió la discusión en clase y se introdujeron casos y problemas como instrumentos educativos. Se introdujo también la clínica jurídica y la simula-

ción (Villareal & Courtis, 2007; Montoya, 2008, 2010; Rodrigues & Falcão, 2008). La resistencia no ha cesado, pero el resultado es una mayor diversificación y estatificación de la educación jurídica. Hasta el punto que ya no puede hablarse, como en el pasado, de la educación jurídica de América Latina, sino de muy distintos tipos de escuelas de derecho.

Europa ha sido más demorada que la América Latina en transformar su educación jurídica. La resistencia ha sido mayor porque las universidades siguen un modelo muy rígido, conservador y clientelar que ha sido denominado el mandarínismo y porque las universidades públicas tenían el monopolio de la educación jurídica, con pocas excepciones. El mandarínismo básicamente implica que determinados profesores (los mandarines) logran una posición de poder que determina quién avanza en la carrera académica y quién sale de ella en definitiva. La rigidez resultante en las escuelas de derecho, organizadas en cátedras muy estructuradas, impide los esfuerzos de innovación.

La rigidez de la educación jurídica europea se ha visto atacada por dos flancos. Por una parte, la construcción de Europa como un espacio económico y político mayor debilita las fronteras nacionales y naturalmente convierte en una reliquia del pasado una educación jurídica centrada en el estudio de la legislación nacional. La Unión Europea ha establecido programas para facilitar el intercambio de estudiantes y profesores, pero el estrecho marco nacional hace esto complicado. La llamada reforma de Bolonia obliga a una cierta unificación de la educación jurídica. Esto no puede hacerse con base en el conocimiento de las legislaciones nacionales sino con las competencias que puede comunicar el proceso educativo. El llamado informe Tuning se ha convertido en la base para evaluar la educación por competencias. La segunda fuente de presión han sido las necesidades de las firmas de abogados para contar con abogados de negocios bien entrenados.

El tema se ha convertido en un tópico polémico. En España recientemente se organizó un congreso sobre la internacionalización de la educación superior en derecho (Toledo, junio 2011).

Zambrana Tévar (2011) describió el muy significativo esfuerzo de la Universidad de Navarra con su Global Law Program. En Francia, donde las facultades de derecho se han mostrado más resistente al cambio, la innovación llegó por el camino de alianzas entre firmas de abogados u organismos asociativos de los abogados de negocios y las escuelas de negocios o de ciencias políticas. La innovación en la educación jurídica no se está produciendo en las escuelas de derecho sino en las de negocios y de ciencias políticas (Biland, 2011; Vanneuville, 2011; Israel, 2011).

Japón y otros países del llamado Extremo Oriente adoptaron códigos europeos y el modelo de educación jurídica europea a final del siglo XIX o comienzos del XX. Por ello se los considera parte de la tradición romanista. Pero hay variantes importantes. En la formación profesional jurídica, la educación universitaria no se consideraba suficiente y los graduados debían (o deben) ir a un instituto especial donde se hacen estudios superiores que habilitan para la judicatura o la profesión de abogado. La admisión al instituto es el equivalente de un examen de barra (o examen de estado) con la característica que el número de admitidos está limitado por la capacidad del instituto. Las tasas de exclusión son así muy elevadas. Esto hace que el número de profesionales del derecho con capacidad para litigar es muy bajo, lo que a su vez limita los litigios y el tamaño de lo judicial. Esta baja litigiosidad era exhibida como una característica cultural (Kawashima, 1963), cuando en realidad parece más el producto de un arreglo institucional que hace difícil el litigio (Haley, 1978). El tema ha dado lugar a una bibliografía de interés sobre la cultura jurídica japonesa que Miyazawa (1987) resumió para los lectores occidentales.

En Japón ha habido un esfuerzo intenso de modernización de la educación jurídica. Miyazawa (2000, 2001-2002), Foote (2005) y Nottage (2005) han escrito sobre esto. En China se creó la Escuela de Derecho Transnacional de Shenzhen como parte de la Universidad de Beijing. En la India se creó la Escuela Jindal de Derecho Global. En resumen, la educación jurídica está cambiando en el mundo y es un tema de reflexión y estudio. No es un te-

ma puramente académico o intra-universitario. En realidad, hay demandas sociales y de la profesión que obligan a la transformación de la educación. Las experiencias de innovación son diversas, pero lo que tienen en común es la atención a las competencias y no tanto a los contenidos, pero entender estas demandas requiere que veamos la transformación de la profesión de abogado

La reorganización de la profesión de abogado

Se tiende a pensar que abogados ha habido desde los romanos y que los abogados del pasado eran fundamentalmente iguales a los del presente. Nada más falso. Los abogados (*advocati*) y los jurisconsultos romanos eran sustancialmente distintos en su formación intelectual, concepción del derecho, ocupaciones y posición social. Lo mismo puede decirse respecto a los abogados de América Latina que han cambiado mucho en los últimos doscientos años (Pérez Perdomo, 2004a). Hemos destacado los cambios en la educación jurídica, pero también ha cambiado la procedencia social, la formación intelectual previa, la educación informal en la sociedad. Los graduados en derecho obtienen tanto una formación intelectual distinta a la del pasado y también su ocupación y posición social se diferencia substancialmente.

Para mostrar este punto introduzco el ejemplo de los abogados venezolanos en los últimos 100 años. Hacia 1980 tuve el privilegio de entrevistar a Luis Loreto, un gran jurista venezolano, quien me contó cuán diferente eran los abogados de la década de los veinte, cuando él comenzó a ejercer la profesión, y de la época en que conversábamos, 60 años más tarde. A comienzos del siglo XX, me decía, eran unos caballeros, no sólo porque eran hombres sino porque se trataban con respeto y lealtad. Sus oficinas tenían ventanas e iluminación natural, muebles oscuros y pesados. Se quejaba de que ya no había mucha diferencia entre entrar a una oficina de abogados y a un McDonald. Se había perdido la solemnidad y seriedad de la profesión. Sucede que ahora yo mismo soy una fuente primaria para la historia del de-

recho. Los abogados que conocí de niño en la década de los cincuenta eran todos hombres, permanentemente con corbata y maletín con papeles, que usaban oficinas en el centro de la ciudad. En la oficina trabajaban unos pocos abogados y una o dos secretarías que atendían el teléfono, a los clientes, y escribían documentos a máquina. Hoy, sesenta años más tarde, tal vez es más probable encontrar una abogada. Las secretarías han sido substituidas por teléfonos móviles y laptops. Los abogados se han hecho nómades y su nomadismo lo acerca a los clientes cuyos negocios tienen que entender.

Dejemos lo cualitativo por un momento, porque los investigadores sociales empezamos siempre por contar. El cambio en las cifras de abogados ha sido colosal.

CUADRO 2
NÚMERO DE ABOGADOS SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX

<i>País y año</i>	<i>Número de abogados</i>	<i>Abogados/ 100,000 habitantes</i>
Brasil 1950	15.666	30
Brasil 2004*	492.380	281
Brasil 2007	547.037	296
Chile 1950 **	1.475	24
Chile 2004 *	20.000	133
México 1960	8.426	24
México 2004**	191.000	196
Perú 1950 *	1.970	23
Perú 2004**	70.000	270
Venezuela 1950	2.087	41
Venezuela 2000	70.000	290

Fuentes: * *Sistemas judiciales*. CEJA, año 5, núm.º 9. ** Merryman *et al.* (1979). *Brasil* 1950: Falcão, 1984. *México* 1960: Estimado a partir de Lorey (1992:91-92). *Venezuela* 1950: Pérez Perdomo, 1981; *Venezuela* 2000: Estimado basado en registro de abogados.

El número de abogados ha crecido enormemente también en otras sociedades, en Europa y en los Estados Unidos, por ejemplo, pero la proporción del crecimiento ha sido mayor en América Latina que en esas otras latitudes (Galanter, 20011).

CUADRO 3
CRECIMIENTO COMPARADO CON OTRAS REGIONES
1970-2000 (POR CIENTO)

Brasil	588	Estados Unidos	127
México	593	España	222
Perú	681	Italia	125

Fuente: Galanter 2011.

¿Cómo explicar el cambio cuantitativo? Claramente, el papel de los abogados en las sociedades latinoamericanas cambió. Pasó de ser una persona que ocupaba altos cargos públicos a ocupar mayoritariamente cargos medios y hasta relativamente bajos en la burocracia estatal, enormemente extendida en la época, aunque un pequeño número accedía a los altos cargos del estado. Y pasó de ser un litigante de casos a un asesor de negocios, redactor de contratos y guía en las complejas burocracias de estados reguladores. Un buen número de abogados trabaja también para clientes corporativos, bien sea en las propias oficinas del cliente, o en sus propias oficinas o casas, pero visitando con frecuencia a los clientes. Esto no implica que no haya abogados en altos cargos del estado o litigando, sino que una sólida mayoría está en estas otras ocupaciones. Lo mismo puede apreciarse en muchas otras sociedades. Heinz *et al.* (1998) cuantificaron esa tendencia respecto a los abogados de Chicago entre 1975 y 1995.

Todo esto explica la existencia de empleo para ese enorme número de abogados. Pero, en realidad, ya no hay un tipo único de abogado. Algunos son parte de firmas considerablemente

grandes, otros trabajan en las oficinas de sus clientes, otros son nómadas sin oficina, pero vinculados en redes con distintas organizaciones. Sobre todo, la profesión se ha estratificado. Algunos tienen enorme prestigio profesional y tienen ingresos cuantiosos, mientras otros tienen dificultades para sobrevivir como abogados y muchos se desempeñan en diversos oficios.

Tomemos el caso de la firma de abogados de estilo estadounidense, o *big law firm*. No es sólo una cuestión de tamaño sino que es una verdadera organización de servicios jurídicos que atienden clientes corporativos y presta una atención inmediata. Estas firmas surgieron, crecieron y se expandieron junto con sus clientes, las compañías transnacionales. Dentro de la firma los abogados se especializan en materias y funciones. Este modelo surgió con el siglo XX en los Estados Unidos (Friedman, 2002; Galanter & Palay, 1991). En la segunda mitad del siglo XX se empezaron a generalizar en Europa y América Latina. Surgieron también las firmas internacionales, con sucursales en diferentes países, porque las empresas se hicieron transnacionales. En un inicio se trató de firmas de los Estados Unidos que se expandieron, pero ya no es verdad. Ahora hay firmas europeas, asiáticas y latinoamericanas que se han expandido. Hay firmas y abogados brasileños en Argentina o Chile, y firmas y abogados argentinos en Brasil, y así por el estilo. Hay más. Ya la novedad no está en la gran firma sino en formas más flexibles de asociación. O dicho de otra manera, ya es difícil saber dónde termina una firma. Hay firmas *boutiques* que están prácticamente asociadas a una gran firma o con otras *boutiques*. Estas novedosas formas asociativas, en gran medida facilitadas por las nuevas comunicaciones, apenas han sido estudiadas.

Si los abogados se están organizando de distintas maneras es porque la forma tradicional ha mostrado sus limitaciones y no responde a estas nuevas necesidades. También el derecho se ha hecho mucho más complejo, estamos viviendo una forma de decodificación de derecho (Irti, 1979). Las reglas jurídicas cambian constantemente. Esto requiere nuevos tipos de abogados. Más

capaces de buscar y procesar información, determinar lo que es relevante para ciertos tipos de negocios y para situaciones específicas. En pocas palabras, abogados que sepan entender y buscar el derecho pero que vayan más allá y entiendan su inserción económica y social. Esto es lo que genera demandas de cambio en la educación jurídica a la que se está respondiendo con los cambios en las escuelas de derecho y con una variedad enorme de posgrados y cursos llamados de educación ejecutiva.

Una objeción a esta visión de los cambios en la profesión es que hay los abogados que atiendan al pequeño cliente, con necesidades jurídicas más simples, como, por ejemplo, divorciarse, solicitar una pensión de alimentos, constituir un pequeño negocio, hacer un cobro de dinero a un cliente duro de pagar. Esos abogados existen y siempre van a existir. Es cierto. También la burocracia estatal seguirá demandando abogados con una formación básica. Nos referimos a este tema cuando hablamos de una estratificación profesional. Se requiere abogados con distintos niveles y tipos de conocimientos y competencias y, por supuesto, esos abogados ocuparán un estrato determinado en la profesión. Ése era el lugar de los tinterillos en los siglos XVIII y XIX.

Años atrás estudié los abogados de la empresa petrolera venezolana, PDVSA, cuando ésta era una transnacional importante. En su consultoría jurídica tenía 144 abogados. Todos eran seleccionados con cuidado y ser abogado de PDVSA, la principal empresa del país, era una posición deseable. Pero internamente estaban estratificados. Había los abogados que atendían asuntos locales, como conflictos laborales, cobro de deudas, asuntos fiscales. Y los abogados que atendían negociaciones y conflictos internacionales. Tenían la misma formación básica: manejaban bien el derecho venezolano y conocían del negocio petrolero. Pero, además, los abogados que atendían la parte internacional de los negocios usualmente tenían posgrados en el exterior, manejaban derechos e idiomas extranjeros, y manejaban también el lenguaje de la economía, los negocios internacionales y los negocios petroleros (Pérez Perdomo, 2001). Ustedes pueden inferir cuáles

eran más importantes para la empresa y cuáles los mejor pagados.

No podemos negar que la estratificación de los abogados se relaciona con las escuelas de procedencia, con los posgrados que realizan, con la forma que se organizan y con el tipo de clientes que atienden. Los abogados de mayor prestigio, conocimiento y habilidades atienden a organizaciones ricas y poderosas y están organizados de manera a prestarles servicios excelentes. Marc Galanter (1974) destacó esto como la explicación de por qué el sistema jurídico terminaba beneficiando a los clientes mejor organizados y con más poder económico. Pero ahora han aparecido los abogados que organizan ONGs o trabajan para ONGs, los llamados abogados comprometidos con una causa o tipo de clientes (*cause lawyers*) y los que organizan *class actions*. Estos abogados han dado una voz a clientes no organizados. Algunos han logrado prestigio y dinero con esta nueva manera de enfocar la profesión. Otros una presencia política importante (Gómez, 2010). El mundo de los abogados ha estado cambiando mucho en las últimas décadas.

Nota para una conclusión

Los comparatistas hablan de convergencia cuando distintos sistemas jurídicos coinciden en ciertos rasgos y de divergencia cuando se separan. Merryman (1981) hizo un balance hace ya treinta años y creo que ahora podemos intentarlo de nuevo, al menos en lo que concierne la educación jurídica y los abogados.

Vimos que la tradición romanista y la del *common law* se diferenciaban en que la primera le daba gran importancia a la educación universitaria de los abogados y la segunda optaba por una formación dada por la profesión misma. Durante el siglo XX el *common law* adoptó la educación universitaria y ha disminuido el papel de la profesión en la educación jurídica. Tal vez en los países de *common law* la profesión tenga todavía una influencia mayor, pero no puede negarse que en los países romanistas la ten-

dencia es que la profesión tenga una influencia creciente. Como lo muestra el ejemplo francés que comentamos, y uno que no hemos comentado pero que no debe ser olvidado, Brasil, donde la *Ordem dos Advogados* tiene mucho poder y cumple funciones importantes en la evaluación de la educación jurídica (Bonelli, 1999).

En cuanto a los métodos de la educación jurídica puede apreciarse una convergencia similar. La enseñanza a partir de códigos y con uso de clases magistrales, elementos apenas decimonónicos en la tradición romanista, están seriamente cuestionados en ella. El método de discusión de sentencias fue igualmente abandonado en los Estados Unidos. Los métodos son, en general, más casuistas, pero con creciente importancia de la clínica, la simulación, el entrenamiento en competencias. Las sesiones de clases son más interactivas y más dedicadas a la discusión de problemas. Puede que haya rasgos nacionales pero el acento en unas metodologías o en otras depende de las universidades, aunque debe reconocerse que las escuelas de derecho de los Estados Unidos tienden a ser quienes inician las innovaciones. En todo caso, ésta es una de las áreas de cambio más intensas en el panorama de la educación jurídica en nuestros días y ya no puede ser considerado un rasgo distintivo fuerte entre tradiciones.

En cuanto a la ocupación de abogado hemos visto que los abogados latinoamericanos pasaron de funcionarios de la Corona a huestes de estado y, más recientemente, a profesión liberal. Los estudios de derecho comparativos ofrecen materia de reflexión. Rueschemayer (1973) estudió la profesión en los Estados Unidos y en Alemania. Encontró que los alemanes estaban más identificados con el sistema judicial, es decir, se percibían como integrantes del sistema judicial; mientras que los abogados de los Estados Unidos se sentían más vinculados con su cliente. No conozco trabajos recientes sobre la identificación profesional de los abogados, pero sospecho que no es rasgo permanente. Mi impresión es que los abogados ingleses se identificaban con los tribunales y el estado y que la identificación con el cliente se produjo en

los Estados Unidos seguramente por la falta de una corporación fuerte y por la intensa relación de los abogados con sus clientes estudiada por Hurst (1950, 1966). Sospecho que ese movimiento ha sido general y que ésta es también un área de convergencia: los abogados hoy tendrían una identificación con sus clientes más que con el estado o el sistema judicial.

¿Quiere decir esto que estamos cumpliendo el sueño de Lambert y de los comparatistas de comienzo del siglo XX y que el derecho está en vías de unificación? La respuesta es un no rotundo. En la época se pensaba en reglas sustantivas del derecho y esto no lo hemos analizado, pero nada hace pensar que haya interés en hacerlo fuera de ciertas áreas en las cuales los intercambios internacionales son muy intensos. Pero cuando miremos nuestra área que es la educación jurídica lo que se percibe es una doble tendencia: por una parte hay convergencia entre *common law* y tradición romanista respecto a ciertos tipos de escuelas de derecho y de ejercicio profesional, y por la otra, existe diversificación y diferenciación. Ya no es posible hablar de la educación jurídica latinoamericana o mexicana como unidades homogéneas. Las escuelas se están diferenciando entre ellas. Pueden tener propósitos diferentes, planes de estudios distintos, recursos educativos diversos, utilizar una variedad de métodos educativos. Convergencia no significa uniformidad. Lo que esto obliga es a que los estudiantes y sus familias analicen bien en cuál escuela de derecho desean estudiar, pues seguramente esto tendrá un impacto en el lugar que luego ocuparán en el espectro profesional.

Cuando miramos a los abogados como profesionales del derecho vemos una diferenciación y estratificación muy considerable. Hay abogados con muy distintos saberes y competencias y ocupan lugares muy diferentes en una amplia estratificación profesional. Generalmente en el tope encontramos abogados capaces de comunicarse con facilidad con personas de distintas profesiones y culturas, incluyendo con abogados de otras tradiciones jurídicas, con excelente manejo de su derecho nacional pero tam-

bién con conocimiento de otros derechos y lenguajes. En la parte baja de la estratificación encontramos abogados con escasos conocimientos y destrezas, que no pueden ayudar mucho a sus clientes y con frecuencia los perjudican de diversa manera (Pásara, 2005). Desde el punto de vista social estos abogados pueden incrementar la desigualdad social y pueden convertirse ellos mismos en sobre-explotadores de los menos favorecidos al perjudicar a sus clientes para poder subsistir. En buena parte, son los responsables del prestigio negativo de los abogados (abogado que roba a su cliente) y al desprestigiar al derecho y el sistema jurídico afectan la construcción de un estado de derecho.

En el otro extremo del espectro están los abogados que están acompañando a los innovadores tecnológicos a organizarse empresarialmente y han contribuido o están contribuyendo a los rápidos avances tecnológicos que caracterizan nuestra época. Friedman y otros (1989), por ejemplo, han documentado el papel de los abogados de Palo Alto en el enorme boom de las empresas de alta tecnología del Silicon Valley. Win & Yeh (1995) y Gómez (2010) destacan el importante rol que pueden tener los abogados en el reclamo por democracia y estado de derecho.

La determinación de cuál va a ser el estrato que le corresponda a un abogado, de cuál va a ser su compromiso ético con los valores del derecho y de su profesión, depende de distintos factores, incluyendo su propio esfuerzo y su conciencia personal. Creo también que es seguro afirmar que un factor muy importante puede ser la escuela de derecho donde el abogado se ha formado. Por esto la educación jurídica y la abogacía no son temas irrelevantes o que interesen solo a los profesores y profesionales del derecho. Lo que socialmente está en juego es muy importante.

Un tema todavía más relevante es la relación entre los abogados y el sistema político y jurídico. En especial, con la democracia y el estado de derecho. Es verdad que, desde el siglo XIX, la educación de los abogados es en principio liberal, en el sentido que acentúa la importancia de la constitución, del principio de la

legalidad y la del estado de derecho. Más recientemente también pone acento en los derechos fundamentales. Sin embargo, en la concepción tradicional del derecho, o del positivismo legalista, éste se veía como conjunto de reglas o normas coercibles establecidas por el estado. Esto aprestaba a los abogados a servir al estado, con independencia de cuán respetuosos de la constitución, la legalidad y los derechos fueran los gobernantes. Los ejemplos históricos son en ese sentido variados, con abogados luchando por la democracia y el estado de derecho o sirviendo a regímenes dictatoriales (Gordon, 2010). Lo característico es que en nuestra época parece acentuarse el compromiso con la democracia y el estado de derecho. Un ejemplo significativo es la contribución de los abogados en la implantación de la democracia en Taiwan (Winn & Ye) y la lucha de los abogados venezolanos en contra del gobierno autoritario de Chávez (2010).

La conciencia de esa relevancia social está llevando a la revisión de los sistemas de acreditación y evaluación de las escuelas de derecho, un tema que apenas merecía atención cuando la mayor parte de las escuelas de derecho eran públicas, ofrecían currículos similares o no se diferenciaban mucho en la calidad de la oferta. Sin duda, esto puede ser importante para evitar los fraudes al consumidor que son las escuelas de derecho más proclives a vender o entregar títulos que a asumir con seriedad su tarea formativa, la innovación, la lucha por los derechos y por el ESTADO de derecho y la democracia. Pero no puede ignorarse que los sistemas de acreditación y evaluación también pueden ser usados para matar la innovación y para hostigar a aquellas que se comprometan con el estado de derecho y el respeto a los derechos humanos.

Por último, conviene destacar un tema importante respecto a América Latina. La definición tradicional del derecho como conjunto de normas coercibles sancionadas por el estado francamente ha quedado estrecha para esta concepción del derecho que lo ve integrado a la cultura y a la sociedad. Claramente el derecho es mucho más que eso y la cultura profesional del derecho obliga

a que éstos sean mucho más que unos concededores de las reglas estatales y, en definitiva, servidores ciegos de éste. Pero éste será un tema a tratar más adelante.

3

LOS JUECES, LA DEMOCRACIA Y EL ESTADO DE DERECHO

Los jueces como bocas de la ley

Uno de los aspectos que distinguía la tradición romanista del *common law* era el lugar de los jueces. Éste era un derecho hecho por los jueces, pues partía de la idea que el derecho es un cierto orden en la sociedad. Tanto los legisladores como los jueces debían interpretar ese orden. La revolución inglesa estableció la supremacía del Parlamento respecto al rey, pero no se varió el papel de los jueces que entendían que su misión era el resolver controversias con las reglas del orden social, tradicionalmente reconocidas por los jueces anteriores. No es una sorpresa que la regla fuera interpretar restrictivamente los actos del Parlamento. Por supuesto, los jueces no podían revisar los actos del Parlamento, pero, a la vez, este último se abstenía de legislar en materias que se consideraban del dominio del *common law* y de los jueces. Los jueces eran respetados por su prestigio profesional y social. La designación como juez se veía como parte de una carrera de los *barristers* y permaneció relativamente aislada de la política. El gobierno y la política tenían una intervención mínima en los asuntos judiciales, que se consideraban dominio de la profesión.

En los Estados Unidos la profesión no tuvo la misma fortaleza, pero los jueces y abogados estaban socializados en el *common law* y además entendieron que el orden fundamental de la sociedad estaba en la constitución. Los jueces federales, los más importantes, son designados como parte del proceso político, pero son vitalicios, lo que les ha dado mucha independencia. El con-

trol de la constitucionalidad y el carácter vitalicio de los cargos, fortaleció el papel de los jueces. Dada la importancia del papel de los jueces tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, aunque por diferentes razones, los comparatistas señalan que el *common law* es un derecho hecho por los jueces, *judge made law*. Esta es una afirmación que debe tomarse con matices: la legislación se hizo efectivamente muy importante en el siglo XX, pero en gran medida esto no ha disminuido el status de los jueces. En definitiva son ellos quienes tienen la última palabra sobre el derecho. En la educación jurídica y en los argumentos de los abogados se le presta mucha atención a las decisiones y argumentos de los jueces.

En cambio, en la tradición romanista los jueces se convirtieron en la boca de la ley. La frase fue formulada por Montesquieu, y luego sirvió para caracterizar el papel de los jueces después de la codificación en los países romanistas. Pero notemos que es un elemento nuevo de esta tradición, fundamentalmente del siglo XIX, como la clase magistral. Hasta mediados del siglo XX se consideró que el papel reducido de los jueces era un rasgo permanente de la tradición. Ya no es el caso (Pérez Perdomo & Friedman, 2003). Por esto más bien se hace necesario explicar la expresión de que los jueces debían ser (o eran), la boca de la ley. Es posible que el sentido original se nos escape.

La Revolución Francesa fue hija del racionalismo. Su postulado central en materia de derecho es que éste puede ser reducido a fórmulas racionales organizadas sistemáticamente. Se supone que los códigos lograron la proeza de expresar el derecho conforme a la razón. El derecho se pensó como un verdadero sistema: el código, o la legislación en general, deben reputarse completos en el sentido de que no hace falta utilizar ninguna otra clase de recursos para decidir un caso. Si el juez encuentra casos de antinomia, es decir, de regulación distinta del mismo tema en la ley o leyes diferentes, o de materias no reguladas (lagunas) los propios principios de la legislación, expresados en el título preliminar del Código Civil, indican las reglas básicas para resolver

la antinomia o laguna (Giuliani, 1999). En caso de duda o laguna persistente se diseñaron fundamentalmente dos recursos: la remisión al legislador (*referée législatif*) y los principios generales del derecho.

Según el primer recurso, los jueces pasan la laguna detectada al legislador quien emite una interpretación auténtica o establece la regla aplicable. Es un mecanismo de perfeccionamiento constante de la legislación. El mecanismo no funcionó en la práctica porque choca con otro de los postulados básicos de la teoría de la legislación aceptada por los revolucionarios: que la ley no puede ser retroactiva, es decir, no puede ser formulada después que el caso se ha presentado. Por eso el *référé législatif* tuvo escasa fortuna.

El segundo recurso tuvo mayor aceptación. La idea de base es que las reglas expresadas en la legislación derivan de otras reglas más generales, o principios, que pueden ser expresos o tácitos. Por esto, a falta de una regla expresa, de antinomia o de ambigüedad en la regla, se puede recurrir a los principios generales del derecho como guía de interpretación. Si no están expresos esos principios pueden ser establecidos inductivamente a partir de las reglas. En otras palabras, los principios pueden estar implícitos en el derecho, pero pueden ser descubiertos por los intérpretes. Ponerlos en evidencia es el papel de la doctrina (o juristas académicos) y de los mismos jueces.

Existe un tercer recurso, la analogía, muy vinculado con los principios del derecho. Supone que la situación de hecho (o estructura de lo real) es similar y se aplica entonces la misma regla. Cuando se analiza de cerca, no es tanto la estructura de lo real sino su conexión con la regla o principio, por eso la analogía generalmente se trata conjuntamente con los principios generales del derecho.

Todas estas reglas tienen un punto de partida fundamental. Los jueces no deben intentar crear derecho o encontrarlo fuera de la legislación. En definitiva, ésta les proveerá la solución a cualquier caso con la sola ayuda de la lógica. Por esto los jueces

sólo pueden ser la boca de la ley. La interpretación no es una tarea creativa.

Esta elaboración teórica, llamada el *positivismo legalista*, tiene consecuencias prácticas y políticas. El juez se consideró como parte del estado, como un funcionario del estado cuya misión era guardar el principio de la legalidad. La elaboración de la ley se concebía como un proceso técnico y político en la que se suponía iba a prevalecer la razón. Pero el efecto práctico de la sumisión del juez a la legislación fue más bien someterlo al poder político. En la tradición francesa no podían controlar la legalidad de los actos de la administración porque se consideró que el principio de la separación de poderes lo impedía. Por esto se creó una rama independiente que se consideraba parte del Ejecutivo que era la jurisdicción contencioso administrativa que culminaba en el Consejo de Estado. La legalidad de las sentencias, en cambio, debía ser controlada por un órgano especial vinculado al Poder Legislativo que se llamó *Cour de Cassation (auprès le Pouvoir Législatif)*. Pero este tribunal especial no podía decidir los casos, sólo podía confirmar o anular (*casser*) las decisiones judiciales. En caso de anulación otro tribunal entraba a decidir conforme a las indicaciones de la Corte de Casación.

En definitiva, los jueces no podían colocarse por encima de la ley. La constitución era considerada como un documento fundamentalmente político, que establecía la distribución del poder en la sociedad y declaraba derechos, pero todo esto era programático, mandatos para el legislador. No había reglas propiamente jurídicas en la constitución. El derecho constitucional se denominaba derecho político, pero era más política que derecho.

La base teórica del positivismo legalista fue destruida tempranamente. Por ejemplo, François Gény (1899) mostró que las reglas legales requieren interpretación y que toda interpretación es creativa. Ningún teórico del derecho, aun aquellos como Kelsen que se declaraban positivistas, era legalista en el sentido de sostener que quien aplicaba el derecho hacía una simple operación lógica. Pero la debilidad teórica no fue obstáculo para su fortuna

en la práctica. Los jueces, en particular, tendían a realizar los razonamientos rígidamente legalistas, aunque debe entenderse esto como la justificación de la decisión, no su motivación real.

En definitiva, conforme al positivismo legalista los jueces tenían un poder limitado a la aplicación de la ley. La independencia judicial debía ser entendida en ese sentido restringido: la prohibición de una influencia directa de otros órganos del estado en el manejo de los casos, pero total sumisión a la ley, no importa su contenido. La parte propiamente administrativa de lo judicial, como pagos de salarios, provisión de locales y materiales los jueces eran parte de la administración pública y, en consecuencia, sometidos al Poder Ejecutivo. En definitiva, los jueces eran pequeños funcionarios públicos de los cuales podía esperarse la sumisión política, o que decidieran casos estrictamente jurídicos, o sea, políticamente no importantes.

Esta forma de pensar el derecho llevó a convertir a los jueces en operadores que se sentían obligados a aplicar las leyes del fascismo y del nazismo en Europa de las décadas de los treinta y cuarenta, sin hacerse demasiadas preguntas. Bancaud (2002) describe a los jueces franceses bajo la ocupación alemana (1942-45) manteniéndose como servidores del estado, sin cuestionarse demasiado la legitimidad del régimen de Vichy y los propósitos de la legislación que aplicaban. El mismo argumento fue esgrimido por los jueces chilenos para apoyar tácitamente la masiva violación de los derechos humanos durante el régimen de Pinochet (1973-1990) (Hilbink, 2007). Los jueces españoles bajo Franco (Toharia, 1975) y los venezolanos bajo Gómez (Pérez Perdomo, 2007, 2011) se conformaron a un sistema de justicia dual, en el cual ellos conocían los casos sin relevancia política. Conviene observar que en otros países, a pesar de partir de la misma idea de servir al poder político, los tribunales pudieron tomar ocasionalmente alguna distancia, sirviendo a la vez para moderar al régimen y legitimarlo. Este fue especialmente el caso de México bajo el PRI y Brasil bajo la dictadura militar (González

Casanova, 1967; Shwarz, 1972; B.Magaloni, 2008; Osiel, 1995; Pereira, 2005).

La justicia constitucional y judicialización de la política

Aun cuando un buen número de jueces y abogados siguen imbuidos del positivismo legalista, el derecho mismo ha venido cambiando aceleradamente desde el segundo tercio del siglo XX y esos cambios son muy destructivos de la base que sustenta esa concepción del derecho. La primera sacudida importante se denominó estado de bienestar, interventor o regulador. La idea central es que el estado, a través del derecho, debía regular la economía y la sociedad. Esto hizo que se multiplicara la legislación, tanto la de rango propiamente legal (leyes producidas por los parlamentos) como sub-legal (reglamentos, decretos). También un género mixto que constituido por reglas promulgadas por el Ejecutivo pero que tienen el mismo valor o rango de la ley y que se denomina por esto decretos-leyes. Esta legislación tiende a responder a circunstancias cambiantes y, en consecuencia, no puede pretender a ser expresión de la razón. La legislación se concibe así como un instrumento de políticas públicas. El efecto es devastador para el prestigio de la ley que ya no puede ser legitimada por la razón o el derecho natural. La nueva legislación regula campos que antes era materia de los códigos, amputándolos, o de manera general, erosiona el prestigio del legislador. Irti (1979) ha llamado a este proceso la *descodificación*.

Es un cambio muy importante porque el carácter accidental o coyuntural de la legislación requiere que se establezca un control sobre ella, una garantía de que no viole los principios centrales del ordenamiento consagrados en la constitución. Generalmente se atribuye a Hans Kelsen la idea de creación de un órgano especial, la corte de constitucionalidad, a cargo de ese control (Fix-Zamudio, 1986:5). El órgano no fue pensado como parte del poder judicial, sino más bien como un legislador negativo, cuyo

poder era el de anular la legislación contraria a la constitución. Estas ideas se vieron reflejadas en la constitución austriaca de 1920 y la republicana española de 1931, pero como es bien conocido, las enormes perturbaciones políticas en Europa en la década de los treinta dieron al traste con tales innovaciones constitucionales. La idea renació después de la Segunda Guerra Mundial: Italia, Alemania y luego prácticamente todos los países europeos se han dotado de cortes constitucionales, con algunos rasgos y competencias que las diferencian. La constitución francesa de 1958 tomó una opción de revisión limitada al periodo en que la ley no había sido todavía promulgada por el Ejecutivo (llamada revisión *a priori*), pero tal limitación desapareció posteriormente. En todos los casos las cortes constitucionales tienen la competencia de declarar inconstitucional una ley, anulándola. La ley perdió así su supremacía. Las cortes constitucionales se han convertido en legisladores, positivamente tales (Brewer-Carías, 2011b).

En la segunda mitad del siglo XX otro cambio muy importante fue la importancia de los derechos humanos o derechos fundamentales. Por supuesto, las declaraciones de derechos más conocidas, la francesa y la de Estados Unidos, se produjeron a final del siglo XVIII. Durante el siglo XIX las declaraciones de derecho formaron parte de las constituciones, pero fue en el siglo XX que los derechos declarados se comenzaron a tomar en serio, en buena medida por el movimiento de democratización posterior a la Segunda Guerra Mundial, intensificado en las últimas décadas del siglo XX. Hasta la primera mitad del siglo se habían entendido como orientadoras de las políticas de estado y, en particular de la política legislativa, pero en la segunda mitad del siglo XX comenzaron a ser reclamados con mayor vigor. Nuestra época puede considerarse caracterizada por ese reclamo persistente de los derechos humanos (Friedman, 2011). Los derechos humanos, por ser constitucionales, están por encima de la legislación y su violación puede acarrear la declaratoria de inconstitucionalidad. Pero va más allá. Como es objeto de tratados internacionales y

se han constituido tribunales internacionales de derechos humanos, la obligación de acatarlos trasciende las fronteras nacionales.

La vía europea de control de la constitucionalidad se ha denominado control concentrado porque se concentra en un solo tribunal. En el derecho de los Estados Unidos se había optado por una solución distinta: todos los tribunales deben preferir la aplicación de la constitución sobre el resto de la legislación, pero naturalmente esto no invalida la ley. Sin embargo, cuando es la Corte Suprema la que hace el señalamiento, y dado el carácter obligatorio del precedente, el resultado es igualmente la pérdida de validez de la legislación declarada inconstitucional. Esta facultad no está expresa en la constitución sino que fue la propia Corte Suprema la que declaró que estaba implícita en un sistema basado en una constitución escrita y que adicionalmente era federal. Para que la constitución pudiera ser salvaguarda efectiva de la distribución de poder y de los derechos de los ciudadanos había que reconocer su superioridad y la Corte Suprema era el órgano competente para ello (*Marbury vs. Madison*, 1804). Aunque esta decisión fue muy temprana en la historia constitucional de los Estados Unidos, la Corte Suprema no fue realmente activa declarando la nulidad de actos legislativos hasta la década de los treinta (García Pelayo, 1961). Las cortes supremas de los estados la precedieron al declarar la nulidad de mucho de la legislación social aprobada desde finales del siglo XIX, lo que por cierto hizo que el movimiento sindical de los Estados Unidos se apoyaran más en los contratos colectivos que en la legislación para cimentar sus derechos y que no surgiera en los Estados Unidos un partido laborista (Forbath, 1992). En las décadas de los cincuenta y sesenta la Corte Suprema de los Estados Unidos se distinguió por su protección de los derechos civiles. Puede notarse el paralelismo entre la Corte Suprema de los Estados Unidos y las cortes constitucionales europeas.

Nótese también que los jueces ingleses tuvieron un papel mucho más modesto porque el principio en Inglaterra era el de soberanía del Parlamento y ausencia de una constitución escrita.

Es mucho más reciente, especialmente después de la adhesión a la Unión Europea y el *Human Rights Act* de 1998 que la Cámara de los Lores en Derecho (o Corte Suprema) ha empezado a tener un papel mucho más activo y anular actos del Parlamento. Es notable también que la Corte Suprema de Israel, país que tampoco dispone de una constitución escrita, haya adoptado esa actitud activista (Bogoch & Holzman-Gazit, 2008; Barak, 2002).

La experiencia de América Latina es del mayor interés en esta materia (Helmke & Ríos Figueroa, 2010). Los países de América Latina generalmente siguieron el ejemplo de los Estados Unidos y adoptaron constituciones con cortes supremas de justicia con facultades similares a la de los Estados Unidos. De hecho, en países como México y Argentina se ponía atención a la literatura de derecho constitucional de los Estados Unidos y a las decisiones de la Corte Suprema. Pero las historias se separaron pronto. La Suprema Corte de México tuvo un papel político muy importante desde relativamente temprano el siglo XIX y no está de más recordar que fue Juárez, como presidente de la Suprema Corte, quien encabezó la rebelión contra la ocupación francesa, pero posteriormente el involucramiento político de la Corte le resultó costoso, por lo que se retrajo y bajo Porfirio Díaz se sometió al dictador. En el periodo revolucionario y post-revolucionario, los ministros de la Corte Suprema prefirieron el bajo perfil o relativa marginalidad como una manera de preservar alguna independencia frente al poder político, aunque González Casanova (1967) destaca que tal vez el papel no fue tan modesto. Si se mira al derecho se aprecia que los conflictos económica y políticamente más importante como los concernientes a la reforma agraria y a la materia laboral estaban excluidos de la competencia de la Corte (Shwarz, 1972; B. Magaloni, 2008). Veremos luego que esa situación cambió sustancialmente en 1994 y que la Corte ha pasado a tener un papel políticamente muy importante (López-Ayllón & Fix-Fierro, 2003; Fix-Fierro, 2003; Caballero, 2009; Sánchez, Magaloni & Magar, 2010).

La Constitución de Argentina sigue de cerca a la de los Estados Unidos y hasta cerca de 1930 puede considerarse que se trató de un trasplante exitoso (Miller, 2003), pero en 1930 comenzó su periodo de marginación. A raíz del golpe militar de 1930 la Corte señaló que no podía ejercer el control de la constitucionalidad de los actos de la Junta Militar, que había acumulado las funciones del poder ejecutivo y del legislativo, dado que era un régimen de facto que había suspendido la constitución. La historia posterior fue de profunda inestabilidad política y de dificultades económicas. Cada gobierno renovaba a la Corte Suprema que perdió su capacidad de árbitro político y social, a pesar de algunos gobernantes democráticos en restaurar su independencia.

Brasil en cambio tiene una historia diferente. La dictadura de la década de los sesenta y setenta respetó a la Corte Suprema y ésta tuvo un efecto moderador de los abusos de los militares. Cuando se restableció la democracia también se respetó a la Corte y muy pronto se la convirtió en árbitro político. El éxito de la Corte y, en general, de los tribunales, ha llevado a un uso más intenso (Junqueira, 2003). Esto ha conducido a un congestionamiento que es su gran desafío del presente (Taylor, 2008; Kapiszewski, 2010a, 2010b; Brinks, 1988).

La Suprema Corte mexicana ha lidiado bastante bien con el problema del aumento de demanda de justicia y ha logrado regular el número de asuntos que resuelve y a la vez hacerse más relevante para la sociedad mexicana. De hecho que maneje su carga con relativa rapidez incrementa su pertinencia social (Suárez Ávila, 2010; Caballero, López Ayllón & Oñate, 2007).

Otros países de América Latina han adoptado el modelo europeo de cortes constitucionales. Colombia, Guatemala, Perú y Chile. La Corte de Constitucionalidad de Colombia, introducida en 1991 ha sido particularmente activa en la protección de los derechos civiles y políticos de los colombianos, a pesar de la situación de guerra civil en el país y de los enormes desafíos que las redes de narcotráfico han planteado al funcionamiento del

estado (Cepeda, 2005; Rodríguez Raga, 2010). La de Chile tiene un activismo incipiente (Couso & Hilbink, 2010).

A pesar de la diferencia de vías y de situaciones se puede apreciar un uso mayor de lo judicial para los conflictos políticos y económicos. Esto se ha denominado la judicialización de la política (Sieder *et al.*, 2005; Vianna *et al.*, 1999), algo que también está presente en Europa, los Estados Unidos, y países que generalmente conocemos menos como la India, Israel y Paquistán (Tate & Vallinder, 1995).

Mucho de la importancia política de los jueces viene de esta idea de supremacía de la constitución. Como la constitución no habla por sí misma, han sido los jueces quienes se han convertido en sus portavoces. Lo característico de la constitución es que es breve y se refiere a valores fundamentales, lo cual da cierta discrecionalidad a los jueces, los obliga a meterse al terreno político, a hacer balance de intereses, a tomar como referencia los valores centrales del derecho. Es pues un desafío importante para los jueces. Pero a la vez, es importante no toma la actividad de los jueces como un ejercicio del poder político como lo puede realizar la rama ejecutiva o legislativa. Los jueces deben actuar movidos por las partes y dentro de los límites que supone el proceso judicial, lo que ha cargado a la actividad judicial de rituales, algunos necesarios y otros seguramente no tantos, y también de limitaciones. Algunas de esas limitaciones resultan de la misma cultura que se ha ido formando en los tribunales. Un caso particularmente notable es de Israel, un país que no tiene una constitución escrita. A pesar de ello, la Corte Suprema de Israel, especialmente cuando actúa como Alto Tribunal que conoce de las decisiones de la administración y el gobierno, ha asumido las tareas características del control de constitucionalidad y ha ganado un prestigio enorme en la población (Bogoch & Holman-Gazit, 2008).

La reforma judicial

Los jueces de América Latina no estaban preparados para los roles crecientemente importantes en políticas y para actuar “bajo los reflectores” en la afortunada expresión de Caballero (2009). No es de sorprender que en las últimas dos décadas los países latinoamericanos hayan intentado realizar reformas de la justicia de gran envergadura. Para resumir un campo complejo (Pásara, 2004; Hammergren, 2007), las reformas más importantes han sido los cambios sustanciales en la cúpula judicial, en la gerencia y formación judiciales, en el área penal y en la solución alternativa de conflictos.

Las reformas de las cúpulas judiciales generalmente han procedido por reformas constitucionales que han aumentado el poder de las cortes supremas o de las cortes constitucionales para resolver los conflictos entre poderes, para controlar la constitucionalidad de las decisiones legislativas y administrativas y para proteger los derechos constitucionales. Este no es el lugar para analizar en detalle lo que ha pasado en los distintos países: la tendencia ha sido incrementar el poder de los jueces, especialmente de los magistrados de las cortes supremas y cortes constitucionales, según los países, en relación con los otros poderes del estado. Ha habido también un fortalecimiento de los tribunales internacionales que hacen que en la nueva concepción más globalizada del derecho, la justicia nacional haya dejado de ser suprema porque los tribunales internacionales tienen un rango superior. El tema ha resultado muy polémico. Como no hay un poder político que respalde los tribunales internacionales, algunos países se han mostrado renuentes a acatar la justicia internacional.

La creación de los consejos de la judicatura se ha propuesto sustraer del Poder Ejecutivo las facultades de administración de los tribunales. Cuando estas facultades estaban en las cortes supremas, el resultado es sacar de ellas las tareas de administrar el sistema de justicia y permitir que se concentre en sus tareas juris-

dicionales. Los consejos de la judicatura son organismos para formular y llevar a cabo políticas de gerencia de los sistemas de justicia, lo cual usualmente requiere considerables capacidades administrativas y gerenciales (Fix-Zamudio & Fix-Fierro, 1996). Aunque la experiencia puede variar de un país al otro, ha habido limitaciones importantes, bien sea por la interferencia de la política o por la carencia de la agilidad gerencial y capacidad para repensar y diseñar políticas en el ámbito de la justicia.

Además de esta reforma administrativa macro, existe una reforma administrativa micro o de gerencia de los servicios judiciales propiamente dichos. Hasta la década de los ochenta había muy pocos cambios tecnológicos en la manera como los tribunales gestionaban su carga de casos. A partir de la década de los noventa ha habido un esfuerzo considerable de modernización, con introducción de sistemas gerenciales de gestión, uso intensivo de tecnología. Esto ha cambiado sustancialmente la estructura de los tribunales y la manera como se gestionan los casos en algunas jurisdicciones, pero no en otras. Hay muy pocos estudios evaluativos de los logros, aunque ha habido una inversión muy importante (Por ejemplo, Louza, 2011; Pérez Perdomo, 2004c, 2011).

Todavía más importante es el esfuerzo de lograr que los jueces y el personal de los tribunales perciban los enormes retos que tiene la justicia en la nueva época, internalicen los valores del estado de derecho y los derechos humanos y tengan la habilidad suficiente para sacar provecho de los nuevos sistemas gerenciales y de la nueva tecnología. Esto ha requerido que creen o se transformen los centros de capacitación judicial y que se haya invertido cantidades apreciables de dinero y esfuerzos en mejorar la educación de los jueces y del personal de los tribunales (Malik & Larios Ochaíta, 2002). Claramente se trata de un esfuerzo de intervenir la cultura profesional de los jueces, considerada inadecuada para los desafíos que presenta esta nueva época.

Un área muy importante es la reforma penal, que ha resultado especialmente difícil porque involucra no sólo jueces y personal judicial, sino al Ministerio Público, policía de investigación,

funcionarios del sistema penitenciario. Nuestros países, después de la independencia, básicamente codificaron el procedimiento penal del antiguo régimen, mientras los países europeos modernizaron los suyos, algunos más que otros (Duce & Pérez Perdomo, 2001). Hacia 1970, los países de América Latina percibieron que sus sistemas penales eran formas institucionalizadas de violación de los derechos humanos (Zaffaroni, 1986) y que adicionalmente no estaban preparados para responder a los desafíos como el terrorismo y el narcotráfico que se presentaban en varios países. Prácticamente cada país de América Latina ha realizado una reforma de la justicia penal hasta ahora con resultados muy desiguales (Duce, 2009).

Otras áreas de reforma ha sido la justicia laboral, la de niños y adolescentes, la administrativa, la laboral y el impulso al arbitraje y a formas alternativas de resolver los conflictos. Todo esto hace un vastísimo campo. Se ha invertido mucho dinero y esfuerzos, se ha publicado mucho aunque más en forma de informes técnicos que de investigación académica y, en general, hay elementos para hacer al menos un balance tentativo de las reformas exitosas y no exitosas, pero los balances que existen no son demasiado comprensivos (Hammergren, 2007). No es éste el momento de hacer tal balance, pero sí de decir que la reforma judicial se ha puesto en la agenda política de casi todos los países. Los jueces definitivamente son importantes para la sociedad y la política y en ese sentido la distinción del *common law*, donde eran importantes, y de los países romanistas, donde no eran importantes, prácticamente se ha borrado (Garapon, 1996; Guarnieri & Pederzoli, 1999). La cuestión a discutir es cuál es esa importancia.

Justicia y democracia

Uno de los rasgos de la América Latina en nuestra época es la caída de los dictadores y gobiernos autoritarios y esta difusión y fortalecimiento de la democracia ocurre simultáneamente con un fortalecimiento del poder judicial que no tiene precedentes en

la historia de América Latina. En líneas generales la democracia ha fortalecido a los sistemas judiciales, pero es probable que su funcionamiento haya fortalecido los sistemas democráticos, en una especie de círculo virtuoso. Esto no es fácil comprender y el propósito es explicarlo.

Es fácil entender que los jueces no tienen una legitimidad democrática en sentido estricto. Generalmente no son electos por la población y no es seguro que la elección popular de los jueces que existe en varios de estados de los Estados Unidos sea una buena idea (Friedman, 2009). Con frecuencia, se espera que los jueces tengan una mayor estabilidad en los cargos y en algunos países son vitalicios. Por último, si los jueces consultan las encuestas de opinión para decidir o están dispuestos a someterse a lo que sugieran los partidos mayoritarios, lo consideraríamos una aberración. Por supuesto, esto no tiene nada que ver con el uso de estudios de opinión como una manera externa de evaluar el funcionamiento de la justicia (Toharia, 2003).

Esperamos de los jueces que oigan imparcialmente y con atención los argumentos de las partes y que decidan conforme a las reglas preestablecidas en la constitución o en las leyes. Esperamos de los jueces que sean honestos, que no se dejen tentar por el dinero o por el poder político, que no se dejen llevar por sus simpatías políticas o de otro tipo, que conozcan el derecho y que lo interpreten sensata e inteligentemente. En otras palabras, esperamos que sean mejores que la media de los ciudadanos. Esto es lo que Aristóteles llamaba aristocracia. En otras palabras su legitimidad no es democrática sino aristocrática en sentido aristotélico, que no tiene nada que ver con nacimiento ni clase social.

Por otra parte, quienes recurren a la justicia son los perdedores, los que han sido puestos en minoría y tienen el mayor interés en que quienes detentan el poder no abusen de él, que respeten sus derechos. Esto se ha llamado el argumento contra-mayoritario. La función del derecho y de los jueces sería proteger minorías e individuos, lo que tampoco parece ser demasiado democrático.

La explicación está justamente en este rasgo. La democracia moderna, la democracia participativa y liberal requiere que nadie quede excluido. La mejor manera de mantener a quienes pierden dentro del juego político, y que tengan interés en que se cumplan las reglas del juego, es garantizando sus derechos. Eventualmente podrán llegar o volver al poder, pero la idea central es el respeto de los límites. Es por ello que derecho y democracia, justicia y democracia, son complementarios. La democracia moderna es la que respeta el estado de derecho y los derechos humanos (Dahl, 1989; Ely, 1980).

A la vez un cierto equilibrio dentro del poder político es funcional para que los jueces mantengan su independencia. Por esto no es difícil explicar por qué en México, durante el periodo de esplendor del poder del PRI no podía haber independencia judicial y difícilmente los jueces podían mostrar alguna independencia: el presidente de la República concentraba todos los poderes y lo mejor que podían esperar los jueces es que sus casos no tuvieran importancia política y el presidente no mostrara interés en ellos. Mucho más difícil de explicar es por qué un régimen autoritario se decide a transformarse y opta por la democratización y el estado de derecho. En el caso de México, es probable que las reformas económicas requiriera una conciliación de elites y la única manera de lograr el apoyo de la oposición era abriendo el sistema y estableciendo árbitros creíbles e independientes. También es una explicación plausible que ante la conciencia que la popularidad se debilitaba, Zedillo y el PRI decidieran garantizar la independencia de los ministros de la Suprema Corte para garantizar que se protegieran sus derechos en un eventual cambio de régimen, o más cínicamente, contar con jueces favorables aun después de debilitarse su poder político (Ansolabehere, 2007, 2010; Fix-Fierro & López-Ayllón, 2003; Fix-Fierro, 2003; A. L. Magaloni, 2005; B. Magaloni, 2008; Caballero *et al.*, 2007; Caballero, 2009).

De igual manera es de interés analizar el caso de Venezuela. El sistema era bipartidista y la regla general era la del reparto de

los cargos judiciales siguiendo líneas partidistas. Esto incluía las posiciones de ministros de la Corte Suprema (magistrados en la terminología venezolana). También se repartía siguiendo líneas partidistas las posiciones de magistrados del Consejo de la Judicatura, quienes tenían a su cargo la designación y gobierno de los jueces. Cuando el sistema de partidos se debilitó en la década de los noventa, los jueces y especialmente los supremos se hicieron más independientes y fueron solicitados como verdaderos árbitros de la política y la vida económica (Pérez Perdomo, 2005). Cuando el sistema derivó hacia el autoritarismo, la Corte Suprema y el cuerpo de jueces sufrieron sucesivas purgas con la finalidad de poner el sistema judicial al servicio del régimen. Hacia 2004 el régimen había logrado sus objetivos pero a un costo enorme en oleadas sucesivas de destituciones y otros abusos contra jueces y funcionarios judiciales (Chavero, 2011; Louza, 2011; Brewer-Carías, 2011; Pérez Perdomo, 2011).

En conclusión, en la sociedad contemporánea la tradición jurídica no cuenta mucho para definir cuán importantes son los jueces tanto para el derecho como para la política y la sociedad en general. Siguiendo a Guarnieri y Pederzoli (1999) puede destacarse que la importancia depende, en primer lugar, de que el poder político esté distribuido y que, en consecuencia, necesite de árbitros para regular el potencial conflicto entre los detentadores del poder. En segundo lugar, que la constitución otorgue a los jueces poderes suficientes y, en particular, el poder de controlar la constitucionalidad de los actos de los otros órganos del poder público. Y, en tercer lugar, que los jueces mismos consideren que su papel es de actuar con independencia respecto al poder político, con imparcialidad y conforme a la más honesta interpretación de la constitución. Los dos primeros rasgos pueden ser considerados estructurales y el último cultural. En realidad, estos aspectos están muy vinculados. La distribución del poder político en la sociedad, por ejemplo, tiene profundas raíces históricas y está muy vinculada con la cultura política. La efectividad de la regulación que otorgue revisión constitucional a los jueces sólo es pensable si el poder po-

lítico está distribuido y si tanto los jueces como los actores políticos principales han internalizado sus roles en una democracia moderna. Por último, la conciencia de los jueces de su propio rol está vinculada con la manera como son electos y con las garantías que tienen de su permanencia en los cargos.

Estas afirmaciones deben tomarse como hipótesis y la confirmación debe buscarse en los casos de los distintos países. En este sentido, el caso de Japón parece enormemente interesante. En la descripción de Abe (1995) el sistema judicial japonés aparece como una perfecta burocracia que descartaría ninguna real independencia de los jueces frente al poder político y, en particular, frente a la Secretaría General. La falta de independencia no implica una intervención directa del poder político de la burocracia en los casos, sino la comunicación de valores que los jueces internalizan. Después que el artículo fue escrito el sistema político japonés ha tenido cambios significativos, pero si los valores transmitidos tomaron un verdadero arraigo en los jueces japoneses, el sistema no ha debido cambiar significativamente.

En América Latina la situación presenta desafíos severos. Las democracias no están del todo consolidadas y un número importante de jueces y, en general, de juristas, siguen sometidos a viejos patrones de cultura jurídica que hace difícil que entiendan adecuadamente su papel en la sociedad. Como lo destacan bien Méndez, O'Donnell y Pinheiro (1999) hasta que los derechos civiles no sean efectivos y la población no privilegiada vea el sentido del estado de derecho, la democracia y, en general, el sistema político, no tendrá la deseable estabilidad.

4

LOS JURISTAS ACADÉMICOS Y LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Llamamos juristas académicos a las personas que institucionalmente tienen un saber superior sobre el derecho, o que se su-

pone que lo tienen. Son los profesores que enseñan derecho o los juristas que escriben obras en la materia.

En cada sociedad hay gentes de saber y usualmente tienen un papel en la sociedad, aunque esto puede variar de una sociedad a otra tanto en cuanto cuál es el saber apreciado y al lugar que tienen quienes lo detentan. Por ejemplo, la magia es un saber apreciado en algunas sociedades y los magos, brujos y shamanes, pueden ser muy importantes en esas sociedades. Se dice que en nuestra sociedad es muy apreciada la ciencia y, en menor medida, las humanidades. Los científicos y los intelectuales gozan de un prestigio social, aunque ciertamente mucho menor que los jugadores de fútbol o beisbol, o los actores y actrices de cine.

El derecho es un saber importante en la sociedad. Se relaciona con la convivencia entre las personas y con el manejo regulado de la política. Hoy la concebimos como una ciencia social con una aplicación práctica y profesional muy importante. Los profesores de derecho están a cargo de comunicar ese saber y comunicar las competencias más importantes, al menos las intelectualmente tales, a quienes aspiran en convertirse en profesionales del derecho. ¿Ser los hombres del saber jurídico por excelencia les concede algún papel especial en la sociedad, o en el sistema jurídico, en su relación con otros profesionales del derecho, como abogados y jueces? ¿La cultura de los juristas académicos difiere o es similar a la de otros profesionales del derecho? ¿Cómo se relaciona con la cultura jurídica general?

Antes que nada conviene distinguir entre cultura de los juristas académicos y el pensamiento jurídico. Algunos autores no hacen ninguna distinción. Por ejemplo, Grossi (2002) designa como “cultura del civilista italiano” su obra sobre el pensamiento jurídico de los autores de derecho civil. Sin duda hay una relación: los juristas académicos escriben obras sobre derecho y éstas reflejan su concepto de derecho y sus actitudes frente al orden jurídico. El pensamiento jurídico expresado en las obras académicas es parte de la cultura de los académicos, pero no es toda la cultura de los académicos del derecho. En tales libros no está re-

flejado el papel que esos juristas tienen efectivamente en la sociedad, su papel político y su relación con la cultura general. Tampoco necesariamente refleja su posición dentro del sistema jurídico en relación con otros profesionales del derecho. Por último ni las obras de los juristas académicos ni las que tratan del pensamiento jurídico analizan los incentivos institucionales o de otro tipo que tienen los juristas académicos para publicar o para comprometerse en otras actividades (Pérez Perdomo, 2009).

Los juristas académicos han tenido distintas ocupaciones y roles sociales en el curso de la historia. Ya hemos visto que no siempre el conocimiento del derecho estuvo en manos de profesores y que las escuelas de derecho son una obra relativamente tardía de la civilización occidental. En el periodo clásico del derecho romano no hubo escuelas de derecho, al menos lo que hoy se entiende como tal. Sabemos que existió un profesor, Gaius, porque escribió un libro dedicado a la enseñanza, las *Instituciones*; vivió en el siglo II, pero sabemos muy poco de él. Ni siquiera su nombre completo. Esto indica que no fue un personaje de primera línea. Pero sabemos que su libro tuvo gran fortuna y que fue retomando por Justiniano cuatro siglos después. También hemos visto que en *common law* la enseñanza profesional no estaba en manos de profesores —al menos hasta avanzado el siglo XIX. Comencemos por analizar nuestra tradición romanista, y especialmente la América Latina, y ver cómo ha cambiado su papel en el tiempo.

Las dos tradiciones

Cuando en el siglo XII se crearon las universidades y los estudios universitarios de derecho hubo un cambio importante en la manera de pensar el derecho. El derecho, la justicia, se supuso contenida en una gran obra, el *Digesto*, que era difícil de comprender para los hombres del siglo XII. Recordemos que estaba compuesta por fragmentos de opiniones que venían de los prime-

ros siglos de la era cristiana que habían sido compiladas por Justiniano en el siglo VI. Pero hubo personas que se aplicaron a entenderlo y a explicárselo a otros. Éstos son nuestros verdaderos ancestros, los primeros profesores universitarios de derecho.

No debe sorprendernos si los profesores muy rápidamente alcanzaron una enorme importancia en Europa y especialmente en Italia, cuna de la elaboración intelectual del derecho. El estilo de escritura consistía en comentar el *Digesto* usando notas al margen o glosa, o planteando un problema al contraponer autoridades (la *questio*). Este estilo de creación intelectual pasó a denominarse el *mos italicus*, o la manera italiana de escribir sobre el derecho. Los profesores y autores que practicaban el *mos italicus* tuvieron un enorme prestigio. En la Edad Media, el emperador, el Papa, y los reyes los consultaban y les concedían riquezas y honores. En el siglo XVI eran todavía tan importantes como para que el rey de Francia, en una visita al Ducado de Milán, fuera a la Universidad de Pavia a escuchar a Jasón del Maino en una *lectio* sobre determinado fragmento del *Digesto*. El emperador Carlos V fue a Salamanca a escuchar a Francisco de Vitoria sobre el controvertido tema de los recién descubiertos indígenas de la América y los títulos que tenía España para conquistarlos, es decir, la legitimidad de la gran empresa que España estaba iniciando en la época.

En ese siglo surgió una nueva tendencia que fue aplicar los conocimientos adquiridos del latín clásico para reconstruir los textos mismos. Esto se denominó la jurisprudencia humanista. Como buena parte de sus cultores eran franceses se usó también la expresión *mos galicus*. La jurisprudencia humanista adoptó una postura completamente distinta porque se interesó en la reconstrucción del derecho romano como se suponía había sido en la Roma clásica, mientras que los glosadores y post-glosadores se interesaban en el derecho romano como un derecho que podía ser aplicado en la sociedad de su época. En otras palabras, para éstos la práctica posible era un test de razonabilidad de la interpretación.

Los humanistas suponían que el derecho romano era claro y simple y que Justiniano, al compilarlo e introducir interpolaciones para dar coherencia a los textos seleccionados, lo hizo complicado. Justiniano, o más bien los redactores del *Digesto* a quien él encomendó la tarea, fueron los responsables de la complejidad de éste. Según los modernos, como se llamaban a sí mismos, los glosadores habían introducido mayor complejidad. En consecuencia, la tarea era buscar la racionalidad y claridad originaria, necesariamente expresada en un latín elegante. Los juristas clásicos fueron contemporáneos de Cicerón y los textos jurídicos han tenido que ser tan elegantes como las obras de éste. La gran tarea fue reconstruir el derecho romano, o más propiamente, lo que ellos imaginaron fue el derecho romano clásico (Villey, 1968).

Hoy sabemos que los juristas humanistas se equivocaban y que el derecho romano clásico es un conjunto variado de opiniones diversas, muy apegado a casos o problemas concretos y con escaso espíritu sistemático. Pero la creencia fue productiva porque los puso a trabajar en una sistematización del derecho. Fue una tarea enorme en la cual descolló Budeo y sobre todo Domat. A pesar de no estar dirigidos a la aplicabilidad inmediata del *Digesto* o del derecho romano, los juristas humanistas tuvieron generalmente enorme importancia política, fueron consejeros de príncipes o desempeñaron altos cargos políticos. Budeo (1467-1540) fue consejero del rey Francisco I, embajador de Francia ante el Papa, fundador del Colegio de Francia y la Biblioteca Nacional, consejero de estado, entre otros cargos. Domat (1625-1696) fue fiscal de la Corona y Luis XIV lo favoreció con una pensión para que se dedicara a escribir. Escribió *Las leyes civiles en su orden natural* que se suponía la reordenación definitiva del derecho romano clásico y que, en definitiva y en realidad, era una reconstrucción racionalista del derecho romano. El éxito mayor lo tuvo Vinnius (1588-1657), un jurista holandés que comentó las *Instituciones* de Justiniano (una obra sencilla porque era destinada a la enseñanza elemental) destacando su raciona-

lidad. Esta obra se convirtió en el centro del estudio del derecho en España y la América Española en el siglo XVIII y comienzos del XIX.

En buena medida el esfuerzo de racionalización del derecho fue completado por la llamada *Escuela del derecho natural y de gentes* que construyó sistemas supuestamente racionales del derecho (Villey, 1968). A comienzos del siglo XIX ese esfuerzo racionalizador concluyó en la elaboración de los códigos. En particular el código civil abordó los temas fundamentales del derecho romano, reorganizados por la Escuela del Derecho Natural y de Gentes (Arnaud, 1969). En la idea de Napoleón y no pocos en su época, al ser una obra conforme a la razón, el código civil no requeriría ya más que los juristas intervinieran para interpretar sus disposiciones. Tal idea se reveló muy pronto como ilusoria. El código dio lugar a dos generaciones de profesores que se dedicaron a explicarlo. Este movimiento intelectual en el derecho se llamó la *Escuela de la Exégesis*, que a partir de Francia se extendió a los países europeos y de la América Latina y sospecho que todavía tiene partidarios entre nuestros colegas. El comentario de la legislación sigue siendo útil, pero ya no se le otorga un status intelectual alto.

Los alemanes se negaron inicialmente a codificar y realizaron un esfuerzo notable de sistematización del derecho a partir de los elementos del derecho romano. Esta tendencia se denominó la escuela científica o conceptual (*begriffjurisprudence*) que se extendió en la América Latina en la primera mitad del siglo XX, desplazando a la exégesis, considerándola como falta de rigor. Al privilegiar la construcción conceptual se destaca el papel de quienes construyen los conceptos: los profesores. Por eso Koschaker (1955) destaca que el derecho alemán del siglo XIX fue una creación de los profesores, *profesorenrecht*.

Estas consideraciones elementales de historia del pensamiento jurídico son probablemente irrelevantes para el nivel teórico de la mayor parte de los manuales de introducción al derecho imbuidos todavía del positivismo legalista. Ellos destacan que el

verdadero derecho es una regla obligatoria porque sancionada por el estado, por el poder político. Por esto, en la llamada teoría de las fuentes del derecho usualmente se destaca la importancia de la ley, especialmente en aquellos campos que fueron codificados, como el derecho civil, el mercantil, el penal y el procesal. En cambio, la opinión de los autores, o doctrina, es una fuente secundaria, pero los más radicales ni siquiera la consideran fuente del derecho.

En realidad los profesores y autores de renombre que escriben sobre derecho lo hacen como ciudadanos privados, no tiene ninguna investidura pública, y no tiene la menor posibilidad de obligar al lector que siga o tome en consideración su opinión. Menos aun puede amenazar con sanciones a quienes no la acepten. Por esto es difícil hacer entrar la doctrina o trabajo de los profesores en la idea misma de derecho definido como norma o regla coercible sancionada por el estado. El trabajo de los profesores sólo puede aspirar a ser una elaboración intelectual sobre el derecho. Por esto parece ser intersticial respecto a las otras fuentes del derecho y, en particular, de la ley. Estamos en profundo desacuerdo con esa visión del derecho. Luego explicaremos que los juristas académicos y sus obras tienen una importancia de primer rango y que más bien lo que debe revisarse es la idea de derecho como norma establecida por el estado y provista de sanción por éste.

Por ahora, destaquemos que ésta supuestamente modesta posición no impidió que los profesores realizaran esfuerzos enormes produciendo tratados de derecho que les daba tanto un peso académico en el ambiente universitario como prestigio dentro de los profesionales del derecho y que con frecuencia los autores de estos trabajos fueran llamados a redactar leyes y que sus opiniones fueran escuchadas por jueces y abogados. También que fueran llamados como asesores de gobernantes cuando no se los designaba para altos cargos del estado.

En la tradición del *common law* los profesores son menos importantes porque se supone que el derecho es creación de los jue-

ces. Patterson (1953:219), un jurista americano de la primera mitad del siglo XX, atribuyó el mayor prestigio de los profesores de derecho y autores en Alemania y Francia a su temprana especialización, mientras que en Inglaterra y los Estados Unidos tal especialización no existía, pero él destaca la importancia de los tratados jurídicos en la configuración del derecho de los Estados Unidos en la llamada etapa formativa (*formative era*), que es básicamente el siglo XIX. Esto sugiere que la contribución de los juristas académicos no ha sido insignificante.

Ehrenzweig, un profesor alemán que fue profesor en Berkeley y conocía bien el ambiente de las escuelas de derecho de los Estados Unidos, es más crítico. Señala que la educación jurídica centrada en casos determinó la esterilidad de la vida académica, es decir, la falta de producción de verdaderas obras de doctrina, al estilo de lo que se producía en Alemania y el resto de Europa (Ehrenzweig, 1976:297). Los profesores de derecho tenían más interés en producir un libro de casos que pudiera ser utilizado por los estudiantes. El libro de casos requiere un importante esfuerzo intelectual porque hay que escoger los casos, dotarlos de alguna forma de contexto y preparar las preguntas relevantes que puedan destacar los nudos centrales que hacen el interés de ese caso para la comprensión del derecho. Ese trabajo tenía y tiene un doble premio: el libro de casos que tiene éxito y es adoptado por un número de profesores se convierte en una especie de *bestseller* con ingresos económicos importantes para su autor o autores. Por otra parte, éstos se convierten en las figuras definitorias de un campo, lo que incide tanto en el prestigio académico como eventualmente en la generación de consultas que pueden ser muy lucrativas. Pero más que falta de prestigio e influencia de los profesores, la opinión de Ehrenzweig es sobre la falta de nivel intelectual en los libros de casos que considera científicamente inferiores a la literatura alemana.

Otra explicación avanzada por Ehrenzweig (1976) es que la importancia concedida a las decisiones judiciales incita a que personas con vocación académica acepten la posición de juez, lo

que limita severamente su producción intelectual (fuera de las decisiones judiciales). Por último señala que el esfuerzo de preparar el *restatement of law* que realizó el American Law Institute, que fue un esfuerzo de unificación y modernización de la legislación, también distrajo otras personas de talento de sus actividades de producción académica. De nuevo, tomemos con reserva esta afirmación y sometámosla a un análisis más cuidadoso. Creo que hay motivos muy fuertes para no compartir la opinión de Ehrenzweig.

Una revisión crítica

Comencemos por la respetada opinión de Merryman, un jurista de los Estados Unidos que conoce bien la tradición romanista, especialmente el derecho de Italia y de los países latinoamericanos. Él considera que el predominio del legislador en esta tradición tal vez fue cierta por un periodo breve. Aunque no lo diga expresamente, serían los años inmediatos que siguieron a la promulgación del código civil en Francia.

Él señala: “Los legisladores muy pronto se encontraron bajo la sombra de la gente que eran los responsables de la teoría del estado moderno, de la doctrina del positivismo legalista y de la separación de poderes, de la forma, estilo y contenido de los códigos, y de la visión dominante de la naturaleza de la función judicial” (Merryman & Pérez Perdomo, 2007:56).

Esta afirmación contrasta con el lugar modesto que los propios juristas de la tradición romanista otorgaban a la doctrina, y tal vez todavía muchos lo hagan. Recordemos que en la teoría de las fuentes del derecho los autores de doctrina usualmente destacaban la importancia de la ley, pero ocultaban que eran los comentarios doctrinales o la elaboración conceptual lo que daba sentido al texto legal, y que los abogados y aun jueces los citaban en respaldo de su argumento. También se destacaba la contribución de la jurisprudencia como fuente del derecho, pero en gran medida era el comentario de los profesores en las revistas de de-

recho lo que daba importancia a determinadas decisiones o se convertían en reguladores críticos de la producción jurisprudencial (Jestaz & Jamin, 2004).

Al destacar a la ley y a la jurisprudencia como fuentes del derecho ocultaban su propio rol en la producción del derecho y podían mantener la ficción de una producción estatal del derecho. La crítica persistente sobre la labor del intérprete debía haber llamado la atención sobre el papel de los profesores, pero como son éstos quienes en definitiva determinan qué estudiar, utilizaron su papel regulador para permitir ignorar su papel. Este papel sólo se destaca en estudios individuales biográficos en los cuales es usual insistir en el papel decisivo que han tenido las ideas del biografiado para la transformación del derecho. Por supuesto, en tales estudios generalmente habría que descontar la exageración en la cual los autores de biografías frecuentemente incurren para destacar la importancia del biografiado. Usualmente las ideas son más bien el producto de un clima intelectual, aunque naturalmente son algunas personas las que expresan de manera más persuasiva las ideas que circulan en una época. Por esto esperamos que estudios más sociológicos puedan permitir mejor la reconstrucción del clima intelectual y, en definitiva, destacar el elemento colectivo de la producción intelectual del derecho. Las flores solitarias en el desierto no es lo común en la vida intelectual.

Este bajo perfil de los juristas académicos como colectivo se ha mantenido a pesar del florecimiento de los estudios sobre las profesiones jurídicas. Son innumerables los estudios sobre los abogados y sobre los jueces, pero hay muy pocos sobre los profesores o juristas académicos. Tampoco se han estudiado mucho las instituciones de producción del saber jurídico. Hay algunos estudios sobre escuelas de derecho (por ejemplo, Stevens, 1983; Stelling-Michaud, 1955), sobre revistas jurídicas (Grossi, 1984). El trabajo de Fix-Fierro (2011) sobre el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la contribución de sus investigadores en la implantación del estado de derecho en México es un ex-

celente ejemplo de estudio sobre la importancia de una institución académica en la transformación del derecho de un país.

Lo mismo ocurre con los profesores de la Escuela de Derecho de Stanford. La Biblioteca de Derecho publica diariamente lo que sale en los medios originado por los profesores de esa escuela. Con frecuencia dan opiniones sobre asuntos de mucha actualidad política o económica, en entrevistas periodísticas, artículos de opinión, en conferencias públicas, en reuniones en distintas ciudades tanto de Estados Unidos como del extranjero. También opinan como expertos en conflictos entre empresas o instituciones importantes. Francamente no puede decirse que son irrelevantes para el sistema jurídico, político o económico.

El estudio de las instituciones de producción de conocimiento jurídico es muy importante porque ellas favorecen la producción de ciertas ideas con determinadas metodologías y pueden censurar otras metodologías e ideas. No es una tarea sencilla o fácil, pues tal vez sea ese dominio donde los propios juristas académicos estemos más en guardia y donde la censura y la autocensura puedan ser más efectivas. También es muy complicado hacer la antropología de nuestra propia familia. Habiendo escrito sobre la educación jurídica, las escuelas de derecho, la productividad de los investigadores en el área jurídica en la Facultad donde trabajaba, tendría muchas anécdotas que contar pero prefiero que este trabajo no tome ese peligroso camino.

La producción de conocimiento jurídico por parte de profesores o intelectuales depende de distintos factores. Uno de ellos es la concepción del derecho y de su propio papel como intelectual o como profesor. Ésta sería la dimensión ideológica. Otro elemento, más material, puede ser la disponibilidad de tiempo, los incentivos y las facilidades para las personas llamadas a producir el conocimiento, o divulgarlo. Seguramente una concepción del derecho que lo considere como producto del poder público o creación de los jueces no da demasiado incentivo para que profesores u otras personas privadas dediquen esfuerzos a realizar investigación y a publicar. Y si no existen esos incentivos por otros

motivos, la producción no es alta. Esto nos lleva a analizar el papel de las publicaciones académicas.

Publicaciones académicas

Un ejemplo que propongo considerar es el de los juristas académicos de Venezuela en el periodo 1820-1950, tema sobre el cual investigo en la actualidad. Las relaciones eran cara a cara y el prestigio social no requería que las personas escribieran y publicaran. Había pocas revistas académicas en derecho y la tendencia era que aquellas que se fundaban desaparecían en pocos años. No había tampoco editoriales académicas. Hubo sólo algunos impresores ilustrados que publicaron obras de gran interés, pero es probable que quien deseaba publicar una obra tenía que pagar los costos de imprimirla y tenía que encargarse de distribuirla. El país era pobre y turbulento, con rebeliones y guerras civiles. La lucha por el poder era frecuentemente violenta y las elecciones desde 1850 fueron farsas para dar apariencia de legitimidad a los asaltos al poder político. Sin embargo, había escuelas de derecho y personas que podían considerarse juristas académicos y es importante analizar su papel en una sociedad como la descrita.

Los profesores con gran prestigio como intelectuales y personas de conocimiento no se molestaban en escribir y publicar. Y no era necesario, pues bastaba su elocuencia para cimentar su prestigio. Escribir y publicar no agregaba a ese prestigio ni había ningún incentivo material. Por eso la pregunta de investigación es por qué hubo algunos juristas académicos que publicaban en ese ambiente tan hostil. He encontrado que algunos, sobre todo durante el conflicto de la independencia o inmediatamente después, estaban muy motivados a dotar a la sociedad de una ideología de recambio y suplir las deficiencias de las obras didácticas para las necesidades de las nuevas naciones. Juan Germán Roscio, Andrés Bello, Francisco Javier Yanes, entre otros, entran en

esta categoría. Para épocas posteriores encontré que varios que se distinguieron por su obra escrita eran poco elocuentes oralmente. Luis Sanojo, el más importante y prolífico jurista del siglo XIX, pasó un largo periodo en prisión domiciliaria. Imagino que escribió tanto para no morir de fastidio. No sólo publicó una obra personal importante sino que publicó la más duradera de las revistas de la época. Otro de nuestros grandes comentaristas de finales del siglo XIX, Aníbal Dominici, fue rector de la Universidad y ministro de Educación y, sin embargo, encontró tiempo para escribir masivos comentarios del Código Civil y Código de Comercio y unas cuantas obras de teatro. Pero eran excepcionales. Todavía hoy, entre los más prestigiosos juristas académicos hay algunos que escasamente han publicado.

Sin embargo, con publicaciones o sin ellas, los juristas académicos eran enormemente importantes. Eran *hombres públicos*, escribían en la prensa, eran llamados para altos destinos públicos y, si caían en desgracia, podían sufrir graves represalias, como en el caso de Sanojo. Eran redactores de códigos y leyes. Los tratados que escribieron eran citados por los jueces y todavía son citados. La abogacía no era todavía una profesión que pudiera generar un flujo sustancial y más o menos previsible de ingresos, pero había juicios en los que participaban y que seguramente generaban ingresos y prestigio.

Lo que sé de México por conversaciones con don Héctor Fix-Zamudio es que la situación era similar. También he encontrado que en los Estados Unidos a mediados del siglo XX había ya un número de profesores tiempo completo, pero no se requería para contratar a uno que hubiera publicado. Tampoco se requería que lo hicieran para alcanzar estabilidad como profesores (*tenure*). Bastaba haberse graduado en una buena universidad con prestigio de buen estudiante, haber sido editor de la revista, y haberse desempeñado como pasante (*clerk*) en la Corte Suprema o en otro tribunal importante. Todavía cuando John Merryman comenzó su carrera, en la década de los cincuenta, muchos profesores en Stanford o en New York University, no publicaban y

esto no obstaba a su prestigio. Era suficiente ser buen profesor y persona aguda en la conversación. Por eso admiro profundamente a Merryman y Fix-Zamudio que en una época en que muy pocos se interesaban en publicar y aun menos en los derechos extranjeros, ellos lo hicieron y tienen obras que nos inspiran.³

El cambio en las universidades de los Estados Unidos es relativamente reciente y puede datarse en la década de los setenta, cuando las universidades se centralizaron, y se comenzó a exigir a los profesores de derecho requisitos similares a las solicitadas por departamentos más científicos o humanísticos. En la actualidad la producción de libros y artículos en los Estados Unidos por parte de los profesores es realmente masiva (Rhode, 2000). Lo mismo puede decirse de Inglaterra donde la publicación es ya parte de la identidad del jurista académico (Cownie, 2004).

Mi análisis lleva a sostener que los incentivos institucionales o materiales son seguramente más importantes que los ideológicos. La producción de literatura académica en derecho es tan importante en los Estados Unidos e Inglaterra como en Alemania, Francia, Italia y otros países de la tradición romanista. No parece tener relación con el uso de casos en la enseñanza, en contra de la hipótesis de Ehrenzweig. Pero esto requiere que se analice el tipo de producción. Claramente Ehrenzweig pensaba que ciencia del derecho era construcción de sistemas conceptuales, y en esto los Estados Unidos no ha sido productivo, pero tal vez en el mundo entero, ya tal producción prácticamente se ha secado. En cambio hay otros países donde la producción de literatura académica es escasa, seguramente por la falta de incentivos materiales. Mi impresión es que en Haití, Paraguay, Cuba u Honduras la producción académica de los juristas es modesta. Esto

³ La entrevista a John Henry Merryman va a ser publicada por el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. La entrevista a Héctor Fix-Zamudio va a ser publicada por la Revista de la Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos de la Universidad Central de Venezuela.

seguramente no se debe a la falta de talento de los juristas de esos países o a la concepción del derecho que sustentan, sino a la falta de estímulos institucionales.

Soy partidario de las publicaciones. A diferencia de la magia, la ciencia es un conocimiento público por excelencia. Como profesores debemos investigar, tratar de que se amplíe y enriquezca esos diálogos que constituyen la ciencia, incluyendo naturalmente la del derecho. Para que ese diálogo exista los resultados de la investigación tienen que publicarse. Gracias a las publicaciones podemos escuchar las voces del pasado y sentir que nos hablan. Por ejemplo, Tomás de Aquino, Francisco de Vitoria o Thomas Hobbes lo hacen con tanta claridad y precisión que es un placer su compañía. Si son nuestros contemporáneos el diálogo puede ser más fácil (o a veces más difícil) pero puede ir en ambas direcciones. Todo esto es posible por la publicación.

Esta materia es lamentablemente muy poco estudiada. Prácticamente no hay estudios sobre la orientación de las publicaciones en los distintos países y la cantidad de ellas. Por ejemplo, no sabemos cuánto de lo que se produce en un país en determinado periodo puede ser clasificado como estudios doctrinales, análisis económico del derecho, o derecho y sociedad. Estos estudios nos mostrarían qué tendencias se fortalecen o se debilitan. También se puede estudiar el impacto. Esto son buenos temas para estudios comparados que están todavía en busca de autor.

En los diálogos que constituyen la ciencia tenemos que ser cuidadosos. No son comunicaciones por chat o twitters. Es importante pensar bien lo que vamos a escribir y asegurarnos que no estamos solo repitiendo lo que ya se ha dicho. Aquí es bueno insertar la voz de los críticos que dicen que en nuestra época se publica demasiado. Observan, con razón, que mucho de lo que se publica es prescindible porque quienes publican no tienen interés en incrementar el conocimiento sino que se guarde record de su publicación para ascender en la carrera universitaria, o en los Estados Unidos, para obtener *tenure*. Sin embargo, es bueno observar que existen controles institucionales. Las universidades

y editoriales universitarias tienen controles de calidad académica. También las revistas. Es triste reconocer que instituciones y revistas hacen trampas y que no es oro todo lo que brilla, pero en definitiva, el prestigio de las instituciones y personas va a depender de la calidad de lo que publiquen.

También hay quienes desean salvar los árboles. Para el destino de la humanidad seguramente un bosque es más importante que una biblioteca, pero el argumento ha perdido peso porque cada vez son más frecuentes las publicaciones digitales. Ojalá estén siendo leídas porque veo con alarma las ciudades cada vez más llenas de tiendas de ropas y zapatos y con menos librerías. Tal vez los libros digitales y los artículos que bajamos de Internet estén sustituyendo las librerías y bibliotecas, pero mi impresión es que estamos perdiendo algo, de todas maneras.

Tendencias y caminos

¿Deberíamos concluir que hay convergencia entre la tradición romanista y el *common law* en materia de producción académica del derecho? ¿Cuán importantes son los juristas académicos en una y otra tradición? La respuesta es claramente un sí por cuanto las universidades se han convertido en el centro principal de los estudios jurídicos y de la formación profesional. Como las universidades de calidad requieren que los profesores investiguen y publiquen y también ofrecen incentivos para hacerlo, vivimos un gran florecimiento de las publicaciones académicas sobre el derecho en todo el mundo, pero más notablemente en el mundo desarrollado, sin importar que sea de tradición romanista o de *common law*. Pero estaríamos lejos de afirmar que convergencia significa uniformidad (Merryman, 1989). Las políticas universitarias difieren según países y algunos países no proveen los incentivos o las facilidades para que se investigue. Lamentablemente con la producción intelectual del derecho pasa lo mismo que con la producción mundial de alimentos. Los países que están su-

friendo de hambrunas no son aquellos donde las políticas públicas dan prioridad a la producción de alimentos.

La convergencia tampoco implica uniformidad en el tipo de investigación jurídica que se hace y en el impacto social de la investigación y los investigadores.

Las tendencias intelectuales son universales. La ocupación académica es tal vez la más transnacionalizada de las ocupaciones en el derecho. Por ejemplo, en la América Latina, es difícil calificar como académico si no se puede manejar la bibliografía de otros dos idiomas extranjeros, generalmente uno de los cuales es el inglés. Los estudios en universidades prestigiosas de otros países y la publicación fuera de las fronteras patrias son generalmente elementos de prestigio, cuando no exigencia, para determinado nivel de reconocimiento. La universalización del conocimiento no borra el interés por lo nacional o lo local. En ningún país el fuerte está en los estudios sobre derechos extranjeros sino más bien en situaciones o derechos locales, pero con uso de referencias comparativas.

Pero en esta materia hay también diversidad. Hay un número importante de mis colegas que enseñan en universidades de distintos países, eventualmente también en distintos idiomas. Hay otros más concentrados en el derecho nacional y usualmente enseñan y publican sólo dentro de las fronteras nacionales. Esto puede tener alguna relación con la materia: los profesores de derechos humanos, por ejemplo, parecen tener más vocación hacia lo internacional. Pero creo que es más una cuestión de vocación e interés. Conozco profesores de filosofía del derecho que creo nunca han sacado su pasaporte y profesores de derecho administrativo que abordan el tema comparativamente y tienen gran presencia internacional. Una vocación u otra no parecen tener mucho que ver con la tradición de origen del profesor.

En cuanto a tipos de investigación hay una gran diversidad, pero es verdad que no a todos los tipos se le concede el mismo valor o tienen el mismo atractivo. Así, la construcción conceptual, que cimentó el prestigio de la ciencia del derecho de Ale-

mania en la segunda mitad del siglo XIX, es una rama seca: pocos juristas parecen animarse a continuar en ella, tal vez porque no hay mucho que agregar. Además en una época en la cual vemos a la legislación y, en general, al derecho, tan vinculados a las políticas públicas, la construcción conceptual no parece tener demasiado sentido. La exégesis puede tener sentido para la práctica del derecho, pero no se le concede status académico. Nuestra época conoce más bien el florecimiento de los estudios interdisciplinarios del derecho, o una teoría impura del derecho, pasa usar las palabras de mi colega López Medina (2004).

La investigación interdisciplinaria en el derecho es la que usa instrumentalmente otras disciplinas para el análisis de fenómenos o textos jurídicos. Así se habla de derecho y economía (o análisis económico del derecho), derecho y sociedad (o sociología del derecho). O derecho y políticas públicas, que frecuentemente se incluye junto con la sociología del derecho. Ciertos campos de investigación tradicionales, como la historia del derecho y la filosofía del derecho, han alcanzado nuevo reverdecimiento. No siempre estas nuevas tendencias en la investigación se identifican con el rótulo de análisis interdisciplinario sino que conserva el nombre tradicional pero con nuevo contenido. Por ejemplo, mucho del derecho constitucional contemporáneo incorpora elementos de análisis político. El derecho tributario de hoy es impensable sin análisis económico, aunque muchos tributaristas no identifican su campo como análisis económico del derecho. Tal vez los rótulos no tengan sentido sino para identificar los elementos que componen un trabajo académico. Por ejemplo, mucho de la notable contribución que Cappelletti hizo al derecho procesal, y la que Merryman ha hecho al derecho comparado, tienen una vena importante de sociología del derecho.

El florecimiento de los estudios interdisciplinarios no implica que el derecho haya perdido identidad. El derecho como disciplina tiene siglos de elaboración y ha forjado un lenguaje y una especie de gramática. No basta ser economista, sociólogo, politólogo o antropólogo para entender el sistema jurídico. Al contra-

rio, creo que no son muchos los científicos sociales que se atreven a meterse en el campo del derecho. Algunos lo han hecho con gran éxito y sus contribuciones pueden ser leídas con gran provecho por los juristas. Otros, más osados, se han puesto a escribir sobre derecho sin la menor idea de cómo funciona el sistema jurídico y sin ningún respeto por el conocimiento jurídico. Los resultados, como es de esperar, son deplorables. Los estudios interdisciplinarios requieren que nos atrevamos a usar instrumentos, enfoques y conocimientos de nuestros colegas de otras disciplinas, pero requiere que entremos en ellas con respeto y modestia.

El mundo académico no es una Arcadia armoniosa donde todos nos comprendemos y vivimos felices. Las rivalidades académicas son famosas desde la Edad Media. Una de las dificultades del estudio de la investigación jurídica es que los académicos, especialmente en los países de mayor tradición universitaria, tienden a descalificarse unos a otros por considerar de mayor interés y rigor el tipo de investigación que ellos hacen (Friedman, 2002:487ff.; Gordon, 1993). La diversidad de enfoques que es ahora nuestra vida favorece esos conflictos. Estas querellas de ideas con frecuencia se relacionan con la parte menos presentable de la vida académica, como la lucha por el control de departamentos o institutos universitarios, o por fondos de investigación, o con la más emocional de simpatías y antipatías personales. Es bien conocido que el pecado de los intelectuales es la vanidad y que la falta de reconocimiento, o que no se nos dé todo el que merecemos, es fuente de frustraciones, conflictos y enemistades. Pero más allá de esas disputas puede apreciarse que conocemos hoy el funcionamiento de los sistemas jurídicos mucho mejor que hace cuarenta años y esto se debe a la contribución de los académicos.

La convergencia que se aprecia al analizar la cultura de los juristas académicos, y en general de los actores profesionales del derecho, no debe ser trasladada al derecho, en general, o campos específicos del derecho. Whitman (2003), por ejemplo, anali-

za como la justicia criminal de los Estados Unidos es mucho más dura o severa que la de Francia o Alemania y ofrece una explicación cultural impresionantemente documentada. En la obra editada por Gessner & Nelken (2007) varios trabajos muestran como formas regulatorias y otros aspectos del derecho se están configurando en Europa de manera idiosincrática. Pero este no es nuestro campo, pues lo que nos interesa es la cultura de las profesiones jurídicas.

Además de un lenguaje y una gramática, el derecho tiene valores que son importantes destacar. Hoy hablamos mucho del estado de derecho y de los derechos humanos, ideas sobre las cuales se ha desarrollado un conjunto importante de conocimientos. Pero no debemos olvidar que estas ideas están íntimamente vinculadas con valores o son conquistas civilizatorias siempre frágiles, que hay que luchar para mantener. El derecho como disciplina, es decir, el conjunto de personas que construyen la disciplina y que llamamos los juristas académicos, han contribuido a formar estas ideas tan importantes. Nuestra tarea es de consolidarlas y velar para que sean cada vez más compartidas en nuestras sociedades. Héctor Fix-Fierro (2011) mostró cómo los juristas académicos miembros del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM han contribuido a configurar las instituciones del estado de derecho, de los derechos humanos y de la democracia en México. Y por mi parte he escrito cómo los investigadores sociales del derecho han contribuido a orientar la reforma de la justicia en México (Pérez Perdomo, 2011). De esto deben estar ustedes, los mexicanos, muy orgullosos porque no siempre los juristas académicos han tenido esa contribución positiva. Los ha habido que se han puesto al servicio de las peores dictaduras, tal vez por oportunismo o por tener ideologías que consideraban superiores a la consolidación del estado de derecho, la democracia y los derechos humanos. Pasó en la Alemania nazi (Müller, 2006), en Italia fascista, en España franquista. En la Venezuela de hoy también hemos tenido esa desgracia, aunque debe ser reivindicado que la sólida mayoría de los juristas

académicos se ha opuesto al autoritarismo y a la violación de derechos humanos, y muy buenos trabajos sobre los infortunios de nuestro sistema de justicia han sido escritos. Es de esperar que estos juristas académicos puedan contribuir a la reconstrucción democrática del país en un futuro cercano.

Los valores del derecho son parte de la cultura jurídica tanto interna de los juristas como la externa, que todos debemos compartir en la sociedad, pero naturalmente, la responsabilidad de los juristas es mucho mayor. El derecho no es una técnica social que pueda ser puesta al servicio cualquier causa. Los valores del derecho son sustantivos y son partes del derecho mismo. Están estrechamente vinculados a la libertad y a la ciudadanía. Los profesionales del derecho, todos, debemos estar muy conscientes de ello. Los juristas académicos cuya misión es formar y orientar a los demás profesionales debemos tener tal conciencia en un grado mucho mayor.