Yale Law School
Yale Law School Legal Scholarship Repository

SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers

Yale Law School SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers

1-1-2002

Distintos Modelos de Educación Jurídica y las Condiciones Sociales en las que se Apoyan.

Robert W. Gordon
Yale Law School

Follow this and additional works at: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela

Recommended Citation
Gordon, Robert W., "Distintos Modelos de Educación Jurídica y las Condiciones Sociales en las que se Apoyan." (2002). *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers.* Paper 6.
http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/6

This Article is brought to you for free and open access by the Yale Law School SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers at Yale Law School Legal Scholarship Repository. It has been accepted for inclusion in SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers by an authorized administrator of Yale Law School Legal Scholarship Repository. For more information, please contact julian.aiken@yale.edu.

Distintos Modelos de Educación Jurídica y las Condiciones Sociales en las que se Apoyan.

Robert W. Gordon

En este trabajo identifico distintos modelos y objetivos de educación jurídica. Luego analizo la experiencia histórica a fin de ilustrar las condiciones sociales bajo las cuales cada uno surgió y se desarrolló. En particular, trato de especular acerca de las condiciones que permitieron que una determinada forma de educación del derecho, que considero especialmente atractiva, esta es, una amplia educación jurídica liberal como una rama de la economía política, de la filosofía moral, del estudio social e histórico y del arte de gobernar (practical statemanship), se las ingenió para prosperar. Mis ejemplos están tomados en gran parte, aunque no exclusivamente, de la cultura legal que mejor conozco, la de los Estados Unidos. Invito a los lectores de otras culturas jurídicas a sugerir en sus propias sociedades analogías o agregados a estas categorías; o a sugerir cómo mi versión puede ser ampliada o revisada a la luz de sus experiencias.

Empezaré por hacer un inventario de lo que parece haber sido los más destacados tipos de educación del derecho en las modernas sociedades occidentales. A continuación, indico una guía donde se perfilan los distintos modelos:

Modelos Tradicionales
1. Capacitación de aprendices practicantes
2. Enseñanza del derecho positivo (“black-letter” law)
3. Enseñar a los estudiantes a “pensar como un abogado”
4. Educación en la “ciencia legal”

El Derecho como Política
5. La política como suplemento de la educación tradicional
6. La política como una técnica instrumental
7. La política como educación del arte de gobernar (statecraft) -modelos liberales y economisistas

Otras Perspectivas
8. El desinteresado estudio del derecho científico-social
9. Perspectivas críticas
10. Educación de una vanguardia de activistas para el cambio social

Modelos Tradicionales

1. *Capacitación de aprendices practicantes* Este es el tipo de instrucción más elemental, familiarizar a los principiantes con los documentos y procedimientos básicos utilizados más frecuentemente en particulares escenarios prácticos (formas de alegatos, contratos estándares o instrumentos comerciales, métodos de búsqueda de títulos de propiedad, solicitud de descubrimiento, solicitudes para forzar producciones o para suprimir pruebas, etc) y entrenarlos

para que adapten los formularios para demandar particulares situaciones del cliente. Esta es la educación que jóvenes abogados o aprendices usualmente reciben en los estudios jurídicos – y es, asimismo, el principal negocio de la práctica rutinaria a favor de clientes individuales. Las primeras escuelas norteamericanas, tales como Litchfield, la cual consideró que su misión era reemplazar la capacitación de estudios jurídicos (i.e. proveer abogados listos para empezar la práctica bajo un abogado senior o por su propia cuenta), adoptaron este tipo de capacitación como el corazón de su currículo. La premisa es que ser abogado es un arte que se aprende mejor a través de la práctica y por la imitación en el estudio de un maestro. El aprendiz empieza por ayudar con operaciones rutinarias y por observar a su maestro ejecutar tareas más complejas. De este modo, gradualmente, perfecciona su habilidad. Hoy en día, todavía predomina la capacitación artesanal y los elementos artesanales en prácticas jurídicas altamente especializadas, tal vez en especial, aunque no exclusivamente, en prácticas de juicios.

2. *Enseñanza del derecho positivo (“black-letter” law)*, es decir, las reglas específicas del sistema legal existente (las doctrinas del common law o las normas de los códigos reducidas a lacónicas declaraciones de reglas y excepciones). La forma más pura de este tipo probablemente pueda encontrarse en el sistema jurídico de los Estados Unidos (y de muchos países europeos), en los cursos “cram” dictados por proveedores comerciales para preparar a los graduados en derecho para los exámenes del colegio de abogados; pero también prevalece (más de lo que muchos profesores de derecho estarían dispuesto a admitir) en la educación de las escuelas de derecho comunes. La imagen del abogado que aprendió el derecho como un cuerpo de reglas, corresponde a uno que “busca el derecho” e informa a su cliente acerca de cuáles son las reglas que se aplican a su situación: un abogado-tomador pasivo más que un configurador activo o intérprete imaginativo del derecho. El abogado circunscripto a las normas parece ser entrenado, más que el artesano, para trabajos prácticos bastantes repetitivos y rutinarios.

3. *Enseñar a los estudiantes a “pensar como un abogado”* Capacitación en los métodos de la profesión (o al menos de algunas ramas de ella) relativos a la retórica, al razonamiento y a la argumentación. Esto, un tipo de educación de clínica, parece haber sido el objetivo principal del método de casos norteamericano de la educación del derecho, especialmente en el primer año; reproduce la capacitación de aprendices inglesa en el Inns of Court[1] a través de “moots”, es decir, a través de discusiones prácticas en casos hipotéticos. Su objetivo es educar a los graduados en las lógicas habituales y *topoi* de los abogados, hasta que sean reconocibles por otros abogados como miembros de la profesión y sobre todo para enseñar un conjunto de habilidades de razonamiento pragmático y de resolución de problemas, flexibles y factibles de ser generalizadas que supuestamente pueden ser convertidas en cualquier problema en cualquier especialidad. La gran ventaja de este método ha sido que no obliga a las escuelas de derecho a enseñar algún cuerpo particular de leyes sustantivas o a preparar a los graduados para algún conjunto específico de carreras. El método puede ser utilizado en la práctica privada, en el trabajo para el Estado o en el derecho de interés público. Por lo tanto, toda habilidad específica de la profesión puede ser dejada a los aprendices capacitados para el ejercicio de la profesión, y el abogado puede cambiar de especialidad en especialidad, de tarea en tarea, de una carrera a otra alternativa, destacando sobre cada una, a su turno, la brillante luz de su mente pragmática. Además de certificar que los graduados han sido capacitados en el método, las escuelas sortean y

[1] Asociaciones privadas de abogados, que en Inglaterra autorizan el ejercicio de la profesión ante los tribunales y ejercen funciones disciplinarias sobre sus miembros. *(N de T)*

rankean a los aprendices novatos de acuerdo con su capacidad. Se asume, por su parte, que esta competencia se equipara a la innata inteligencia en la resolución de problemas (problem-solving intelligence), de modo tal que el ranking superior de la escuela de derecho puede y debe traducirse directamente en una carrera profesional de rango superior. Esta credencial que otorga la escuela de derecho probablemente sea lo más cerca que el sistema de educación norteamericano pueda estar de los métodos tradicionales europeos que certifican a los miembros de la inteligente elite gobernante (como el antiguo currículo clásico que preparaba a los graduados ingleses para una elite de funcionarios públicos de carrera, como así también los exámenes generales que certificaba a los *enarques* franceses).

4. *Educación en la "ciencia legal"*, es decir, en el derecho como un sistema de principios coherente y unificado y en la habilidad de razonar desde casos particulares a los principios generales que los gobiernan, y de razonar y argumentar desde los principios generales a los casos particulares. La instrucción en la ciencia de la dogmática legal domina la mayoría de las facultades de derecho de elite en los países de derecho continental. En casi todo el siglo diecinueve, el entrenamiento de abogados científicos fue también la ambición de la elite de los abogados norteamericanos quienes tuvieron que luchar para realizarla contra los modelos "craft-apprenticeship" y "rule-bound" de oficiales practicantes. Los jueces asistidos por los abogados que regularmente comparecían ante ellos y que conocían los tratados y los artículos de sabios abogados especializados, llevaron a cabo la tarea de desarrollar en Estados Unidos el derecho como una ciencia de principios.

Después de 1870, este ideal fue institucionalizado en las nuevas facultades de derecho, principalmente por el Decano de Harvard, C.C. Langdell. Langdell concebía a su método de casos como un método de enseñanza de casos que ilustrarían los principios generales de la ciencia del derecho privado. Su objetivo era educar a una corporación de asesores jurídicos de elite, abogados de apelación, entrenados en las ciencias legales, quienes con el tiempo se convertirían en jueces, y también, siguiendo el modelo Alemán, desarrollar un cuerpo de profesores académicos full time, cuyos analíticos e históricos tratados racionalizarían el derecho en un verdadero orden científico, todo esto para la edificación de la judicatura y del cuerpo de abogados senior. (Esto iba a ser una ciencia del derecho privada exclusiva; el derecho público no tenía ningún lugar en ella).

Pero el método de casos rápidamente perdió influencia con un conjunto de concepciones acerca de la arquitectura del derecho privado y se convirtió en un método para enseñar a "pensar como un abogado" (asimismo como el remarcablemente ineficiente método para impartir conocimientos del derecho positivista). Durante y después del dominio en las facultades de elite de derecho del realismo jurídico (1920-1940), el método de casos se transformó en algo más: un método crítico para atacar la ciencia jurídica dogmática, mostrando que sus "principios" no servían para decidir casos particulares. Entre otras cosas, "pensar como un abogado" empezó a significar la adquisición de la destreza de ignorar la pretendida racionalidad dogmática de las decisiones expresadas en las doctrinas jurídicas, y la búsqueda de los verdaderos factores que influyen una decisión. Estos factores se encontraban en algún subtexto de función, usualmente inarticulado o no expreso, o en la política.

El Derecho como Política

Este escepticismo acerca de las bases dogmáticas de los principios jurídicos, condujo, naturalmente, a una visión de la educación del derecho como *Educación en el derecho como política* o, más ambiciosamente, como educación en la/s ciencia/s política/s. Esto puede adoptar muchas y variadas formas.

5. *La política como suplemento de la educación tradicional*. Desde 1950 virtualmente todas las escuelas de derecho norteamericanas registraron la influencia del realismo jurídico al agregar argumentos políticos al stock de argumentos convencionales y de modos de razonamiento que enseñan a los estudiantes a "pensar como abogados". La política entró en la mayoría del pensamiento jurídico (como en el razonamiento convencional de los jueces y de los abogados que argumentan ante ellos) sólo en una pequeña y discreta medida. A veces aparece como vagas máximas que sugieren acercamientos generales a través de un campo de doctrina: "la política de nuestro derecho es que una pérdida debe descansar donde cae", "la política general es que el hombre capaz debe tener plena libertad para hacer sus propios contratos", etcétera. La segunda aparición es como una breve justificación funcional ad hoc de las existentes reglas establecidas: que su propósito consiste en proteger la seguridad de las expectativas o de ofrecer incentivos para hacer mejoras o para facilitar la administración. Y la última forma es el argumento expreso e intencionado ofrecido como el tie-breaker en los casos difíciles de conflictos o ambigüedades, o como la jugada deliberada e innovadora en los límites de la doctrina percibida para estar en un continuo y progresivo cambio. En este modelo, sin embargo, estos tres tipos de discusiones políticas deben ser tenidas en cuenta. Las políticas son bastantes heterogéneas; no hay ningún intento de reconciliar las inconsistencias y los conflictos entre ellas; no están sintetizadas en patrones o lo suficientemente analizadas en profundidad.

Alguna habilidad en análisis político ad hoc ha sido incluida, en breve, en el paquete de capacidades generales de resolución de problemas útiles para los abogados sin importar qué trabajos están haciendo. Sin embargo el análisis político ad hoc implícito (como el análisis doctrinal al que reemplaza), es mayormente diseñado por los jueces y los abogados que argumentan ente los jueces.

La Política también puede ser enseñada más sistemáticamente.

6. *La política como una técnica instrumental de ingeniería legal-tecnocrática.* Tal vez el camino más sencillo de acceso a una instrucción en las disciplinas políticas que no son estrictamente legales, es en el modesto, aunque obviamente útil, rol instrumental para los roles y tareas legales que ya están bien definidas y establecidas (el role de siervo). Cada abogado de negocios debe saber, por ejemplo, algo de métodos y principios contables, como así también algunas bases de teoría financiera. Los abogados que hacen antimonopolio obviamente necesitan tener conocimientos de economía antimonopólica, no sólo para hacer las preguntas correctas y comprender las respuestas de los economistas expertos, sino porque la teoría económica ha sido incorporada a la doctrina, como lo ha sido paras abogados que representan reguladores o industrias reguladas. Al menos es discutible que los penalistas necesiten entender teorías psiquiátricas acerca de la insania y de las capacidades disminuidas; los abogados de familia algo de psicología infantil; los abogados ambientalistas la amplia gama de teorías ambientalistas; los abogados que entienden en casos de discriminación laboral estadísticas, etc. Entonces, el caso para enseñar política es claramente menos discutido cuando alguna orden de estas disciplinas auxiliares pasa a formar parte del trabajo cotidiano de los abogados.

7. *La política como la arquitectura social del sistema jurídico: educación de los abogados en el arte de gobernar (statecraft).* La concepción más ambiciosa del rol de la política de educación en la educación del derecho no consiste en concebirlo como un complemento o como un servidor técnico del derecho, sino como las bases de todo derecho. En esta visión, el derecho no es un modo autónomo de pensamiento o de ordenamiento social, sino sólo, un modo de ejecutar políticas. Incluso si la educación del derecho para razones pragmáticas puede adoptar una forma inicial de educación de casos, reglas, códigos o modos particulares de razonamiento jurídico, su objetivo central consiste en relacionar los materiales jurídicos con las normas y objetivos que subyacen en ellos. En la tradición angloamericana la idea del derecho como una ciencia política fue desarrollada brillantemente por primera vez en el siglo dieciocho en la escuela escocesa de Jurisprudencia, Moral y Política Económica de Adam Smith, David Hume y sus colegas (llamada la Ciencia del Legislador o la Ciencia de la Legislación). Cabe recordar que el *Wealth of Nations* de Smith comenzó como una sección de sus *Lectures on Jurisprudence* sobre las políticas que debían perseguirse en el ejercicio del poder político del Estado. El Derecho, para esta escuela, era parte de una empresa interdisciplinaria fuertemente reformista de "mejoras" (una mezcla de filosofía moral, economía política y sociología histórica comparativa de las prácticas jurídicas y de instituciones) diseñadas para purgar el existente régimen jurídico de sus características obsoletas y para reconfigurarlo para las necesidades y los valores éticos de una sociedad comercial moderna.

Este modelo amplio de educación jurídica, evidentemente anticipó un importante rol social para los abogados. Más aún, si tenemos en cuenta que probablemente muchas de las personas expuestas a este tipo de educación harían algo distinto a la práctica del derecho, dicha educación anticipó un importante rol social para las personas educadas de este modo.

En la temprana república americana, el compromiso en el arte de gobernar (statecraft) fue parte de un aceptado negocio de los abogados practicantes en el nuevo mundo desde la Revolución en adelante: "Somos hombres de Estado", como sostuvo Rufus Choate, abogado líder del juicio de Massachussets, y senador de los Estados Unidos, "porque somos abogados"[2]. Esto significa que los abogados en la temprana república, lejos de separar tajantemente las funciones de abogado y de legislador, se veían, en términos de Tocqueville's, como una meritocracia con una especial responsabilidad social como guardianes y reformadores de las leyes. Esta responsabilidad iba a ser cumplida en dos dimensiones: en primer lugar, en la construcción, elaboración y mantenimiento de un marco Constitucional y en la custodia de las normas Constitucionales en una república liberal; en segundo lugar, en la transformación del derecho inglés con su "espíritu estrecho, arbitrario y místico", de su disfuncional procedimiento técnico, de su vocabulario oscuro y de sus arcaicos remanentes de derecho "feudal" para las necesidades de una república comercial liberal. Este programa implicaba una extensa agenda de reforma legislativa: por un lado, deshacerse de modos de herencia feudales, tales como los documentos de servidumbre, la prisión por deudas, algunas de las incapacidades de las mujeres casadas, la prohibición de heredar de los hijos ilegítimos, las restricciones sobre la disponibilidad de un bien, la simplificación de la transmisión de la propiedad y de las acciones reales; por otro lado, abolir las regulaciones de salarios y precios y otros "irritantes detalles mercantilistas de la

[2] Rufus Choate, The Position and Functions of the American Bar, as an Element of Conservatism in the State [Address to Harvard Law School, 1845], in Addresses an Orations of Rufus Choate 133, at 154 (3d ed. 1879).

regulación municipal”[3] tales como los términos obligatorios del contrato de trabajo, las leyes de productos suntuarios y las barreras del comercio interestatal; finalmente, instalar un cuerpo de reglas facilitadoras, formularios de empresas y una ley de quiebras viable.

En suma, los abogados de la temprana república americana se prepararon para desempeñar funciones públicas como así también las privadas de asesorar clientes. Ellos se veían como expertos asesores de los jueces, como quienes eventualmente se convertirían en jueces. De este modo se veían como (a) legisladores, jueces del common law, del derecho privado; y (b) guardianes de principios constitucionales fundamentales aplicados por las cortes, un co-igual e independiente rama de gobierno, aún contra las legislaturas. También se veían como asesores expertos del poder ejecutivo y legislativo y como funcionarios electos y designados.

Este conjunto de funciones públicas parecieran que requieren el modelo escocés de educación y, en efecto, los abogados más prestigiosos de la temprana república usualmente recomendaban dicha educación. Para ellos la imagen ideal del abogado combinaba al legislador científico escocés con el antiguo ideal humanista liberal del funcionario público orador de Cicerón, audaz portavoz de la libertad republicana[4]. Por ejemplo, las notas de Jefferson sobre la enseñanza del derecho en Virginia, proponían un currículum con “common law y legislación escrita, derecho de equidad, feudal, civil, marítimo, de las naciones, como así también los principios de gobierno y de economía política”[5].

La educación en los principios de la legislación, incluyendo la filosofía moral, la económica política y la historia comparativa, siguió siendo la aspiración general de la elite del colegio de abogados hasta fines del siglo diecinueve. Todas las condiciones favorables para ese tipo de educación estaban presentes menos una, la demanda estudiantil. Reiterados intentos para institucionalizarla en las escuelas fracasaron, aun donde fue implementada algún tipo de educación del derecho conectada con las universidades. La experiencia de Columbia fue típica: su plan original para un currículum en Jurisprudencia del año 1857 incluyó Historia Moderna, Economía Política, Derecho Natural e Internacional, y Derecho Civil y de Common Law; pero en los años siguiente fue claro que, para atraer a los estudiantes, debían recortarse del curso “aquellas ramas de Derecho Municipal, usual y apropiadamente buscadas para obtener la licencia de práctica profesional”, con la esperanza de que conferencias ocasionales en “temas análogos” o “estudios adicionales” se ofrecerían como un endulzante extra una vez que los estudiantes se hubieran involucrado[6].

A pesar de que la elite de la profesión americana era, tal como reivindicaban ser, la ruta preferida de acceso a la elite de funcionarios públicos electos y designados, tanto en la práctica privada como en la función pública, y los guardianes y reformadores de las normas y derechos procesales y sustantivos básicos, el problema parecía ser que había un estrecho mercado para el tipo de educación liberal que la elite consideraba adecuada para las funciones que en realidad realizaban. La mayoría de los hombres jóvenes querían recibir lo antes posible la capacitación jurídica práctica, la cual, hasta mediados del siglo diecinueve, era algo que combinaba los

---

[3] Timothy Walker, *American Law* (1837) at 291
[4] Ver Stephen Botein, Cicero as a Role-Model for Early American Lawyers, 73 Classical J. 313
[5] 1 Hofstadter & Smith eds., *American higher Education: A Documentary History 230-31*
[6] Julius Goebel et al., *History of Columbia Law School* 27, 28.

modelos de aprendices practicantes y del derecho positivo (form-books más los *Comentarios* de Blackstone, o el Blackstone americanizado, Kent's)

Después de 1870, Langdell y sus sucesores en Harvard instituyeron un nuevo estándar para la educación del derecho norteamericana mucho más exigente intelectualmente. Sin embargo, deliberadamente rechazaron el modelo liberal escocés a favor de un modelo mucho más estrecho del derecho como ciencia del derecho privado, y resistieron enérgicamente cualquier intento de convertir su escuela, o las escuelas de derecho que seguían su ejemplo, en academias que capacitarían a los graduados en políticas públicas para carreras públicas. Le dieron la espalda a la erudita tradición norteamericana en el derecho público y en el arte de gobernar, y al incipiente rol de los abogados en el nuevo Estado administrativo. Un renacido interés en el derecho como política y como ciencia política, y en los fundamentos normativos del derecho surgió, en parte, como una sublevación contra la estrechez del modelo de Harvard.

En el siglo veinte en los Estados Unidos los experimentos más ambiciosos (demasiado ambiciosos para durar, como finalmente sucedió) fueron los de la Escuela de Derecho de Columbia en los años veinte y el de Yale en los treinta. La idea de estos experimentos consistió en revisar el curriculum ya no desde un punto de vista de ciencia, categorías y objetivos jurídicos, sino alrededor de un enfoque "funcional" del derecho concebido en las ciencias sociales ("control social", "innovación", "seguridad económica"). Probablemente las más exitosas realizaciones del proyecto se dieron en tiempos recientes: primero, en el reordenamiento del derecho público alrededor de normas de igual justicia (equal justice), igualdad de oportunidades e igual ciudadanía; y más espectacularmente, en el aumento de la dominación de varias de las escuelas de derecho más importantes por profesores de derecho y de economía que proponían racionalizar y reformar el derecho privado y el derecho público teniendo en cuenta, real o potencialmente, normas de eficiencia o de maximización de bienestar.

La educación en la práctica de gobernar tiende a adoptar una de dos formas liberales principales, la humanista o la económica. La brillante combinación escocesa de ambas, raramente es alcanzada. En la actualidad las escuelas de derecho estadounidenses, por ejemplo, aquellas que aspiran a ampliar el aprendizaje como la base para una educación para el gobierno jurídico (legal statesmanship) tiende a ubicarse en las disciplinas humanísticas de historia, filosofía, y estudios culturales o, alternativamente, en economía y sus disciplinas afines (la teoría de ciencia política de la elección pública, la ciencia social de la conducta positiva). Hay signos tenues de un posible reenfoque entre estas dos culturas intelectuales en subcampos tales como el estudio de las normas sociales. Pero mayormente sus seguidores trabajan en problemas diferentes: los abogados humanistas en cuestiones de igualdad e identidad, de raza y de género, y los abogados economisistas en derecho comercial y en la organización de la economía, raramente citan el trabajo del otro.

Todos los modelos de educación del derecho mencionados consideran como su objetivo primario, la capacitación profesional de los abogados para tareas profesionales. Algunos de los métodos son relativamente estrechos y conservadores, tales como #1, la capacitación artesanal, #2, el derecho positivo, o #6, la instrucción técnica. Algunos, sin embargo, están al menos sutilmente conducidos por propósitos reformistas: #3, enseñar a pensar como abogado, especialmente asociado a #5, capacitación en la argumentación política, y #6, capacitación en

ciencias políticas auxiliares, han sido diseñados para intentar mejorar el nivel promedio de la práctica brindándole a los abogados un vocabulario de argumentación más extenso y sofisticado para practicar su arte. Y capacitar a los abogados para ser #4, jurídico, o #7, científicos sociales, son intentos explícitos de abrir los ojos de los abogados de las visiones cerradas de prácticas artesanales comunes para que vean su trabajo como parte de, e idealmente dirigido al servicio de, vastos y profundos fines. Los científicos sociales y jurídicos nunca dudaron en pronunciar juicios críticos acerca de las existentes prácticas jurídicas, fueran judiciales, legislativas o profesionales. En efecto, los profesores en tales tradiciones consideran a la crítica como una de sus funciones esenciales para identificar los más amplios objetivos del derecho y para evaluar si el derecho existente los cumple.

Todavía el punto de partida de los maestros de estos métodos es el de aquel que está ubicado dentro del sistema legal ("insider"), incluso si a veces es crítico desde dentro del mismo sistema. Cuando los profesores de derecho comienzan a examinar las normas, principios y políticas detrás de las existentes prácticas jurídicas (especialmente cuando para hacer esto comienzan a mirar dentro de otras disciplinas), y cuando las normas y recompensas por su trabajo provienen de la academia más que de las profesiones (aquí me estoy anticipando a la próxima sección), es inevitable que sus perspectivas comiencen a cambiar hacia aquellas de los que están ubicados afuera ("outsider"), sea desinteresadamente o comprometidos, pero críticos.
Perspectivas "desde afuera"

8. *La educación del derecho como (al menos parcialmente) el estudio desinteresado y objetivo del derecho, de los sistemas jurídicos y del derecho en la sociedad* – histórico, comparativo, sociológico, antropológico, económico, filosófico o como una rama de los estudios culturales (el derecho como depósito de retóricas y narrativas). Usualmente las academias jurídicas han sido conducidas hacia esta visión de las escuelas de derecho y de sus funciones por un camino indirecto. Al comenzar a mirar hacia otras disciplinas para comprender cómo el derecho funciona, como para hacer que funcione más eficientemente, o para racionalizarlo y explicarlo más persuasivamente, encontraron que esta nueva comprensión del derecho tendía a socavar las nociones convencionales y la eficacia del derecho, o al menos, a desplazar al derecho como una categoría importante de análisis. Para dar un ejemplo de mi propio campo de historia legal: los abogados primero se volcaron a la historia para explicar y racionalizar las doctrinas contemporáneas para encontrar, por ejemplo, en las leyes y constituciones, fundamentos para argumentos "originalistas". O en progresivas evoluciones, desde las tempranas y primitivas doctrinas, hacia las posteriores y más desarrolladas formas de doctrinas, o en las prácticas de culturas jurídicas idealizadas, tales como aquellas de la clásica Roma o la pre-Normanda Inglaterra. Pero lo que en realidad descubren son: sociedades y sistemas jurídicos muy diferentes y extraños a nuestro propio sistema, y supuestas continuidades basadas en generaciones y generaciones de distorsiones e incomprensiones. En forma semejante, los sociólogos jurídicos emprendieron la tarea de investigar "el derecho en acción" para observar donde los libros se quedaban cortos para poder cerrar el "vacío". A menudo se encontraban con que la acción social servía a objetivos totalmente desvinculados o que chocaban drásticamente con los fines formales del derecho. En vez de aprender cómo el derecho podía más eficientemente controlar la sociedad, aprendían la inutilidad de la promulgación de leyes, o sus perversos y no intencionados efectos. Muchos abogados académicos, enfrentados con tal abismo abriéndose ante sus pies, decían:

nuestra primera tarea consiste en descifrar el mapa de estos nuevos mundos y simplemente tratar de entenderlos.

Esta visión del profesor de derecho como un observador indiferente del derecho y de la sociedad con el incremento del número de facultades de derecho y de profesores de derecho, y la creciente orientación interdisciplinaria de la educación del derecho, ha ido naturalmente ganando adeptos. Los modelos que estos profesores imitan están en otros departamentos de la universidad y en las asociaciones académicas, no en la profesión legal.

9. *La educación del derecho como una oportunidad para inculcar la crítica y programas para reformar el actual orden jurídico social.* En esta última concepción la academia, o en alguna medida, una parte de ella, juega en la sociedad y en la profesión un rol distintivo: aquel del crítico "desde afuera", incisivo y reformador. Este rol, como ya he dicho, está implícito en varios de los modelos de enseñanza del derecho descriptos en los apartados anteriores. Pero en este último modelo, el rol crítico es explícito y fundamental. La idea es que, precisamente porque no estamos atrapados en las presiones, influencias e incentivos de la práctica, podemos ofrecer observar el mundo jurídico bajo un espíritu crítico. Debemos ayudar a nuestros estudiantes a que aprendan cómo usar el estudio y análisis legal y extra legal no sólo para justificar prácticas que el sistema legal favorece actualmente o para gradualmente reformarlas, sino, también, para decir la verdad al poder, para exponer que dichas prácticas, si lo son, son esencialmente injustas o ineficientes, y para explorar alternativas, incluso alternativas radicales. Los roles sociales imaginados como productos de esta educación, por supuesto en adición a más academia, son aquellos de los activistas de vanguardia de grupos de interés público y ONGs, de intelectuales públicos y de defensores de los movimientos y visiones sociales de cambio social.

10. *La educación del derecho como capacitación de activistas de vanguardia para el cambio social.* Los profesores del derecho "críticos" pueden percibir como potencialmente útil reformar movimientos para que agudicen sus críticas al existente orden legal y para ayudarlos a imaginar alternativas amplias. Pero algunas veces, los profesores de derecho se han dirigido hacia un efecto más directo en la reforma y han visto su vocación como la formación de cuadros de activistas preparados para comprometerse en el litigio de casos testigos o en la organización y lobby para cambios en la legislación en la política administrativa, o en ayudar a organizar y hacer el trabajo legal para grupos con una agenda de cambio. Este modelo de enseñanza nunca ocupó una gran parte de las escuelas de derecho americanas, pero uno puede encontrarlo en cursos dictados por profesores activos en el New Deal en los años treinta y en el trabajo empezado a fines de los sesenta en las clínicas jurídicas de las facultades en campos tales como, pobreza, derechos de la seguridad social, derechos humanos y del medio ambiente.

Condiciones para la Innovación, el Florecimiento y Supervivencia de los Nuevos Modelos

Habiendo expuesto estos diez modelos de objetivos y métodos de educación del derecho, casi todos los cuales están en uso activo en las escuelas de derecho estadounidenses, quiero desarrollar algunos puntos bastante obvios. En primer lugar, repetir que cada uno de los modelos descriptos tienen una visión en mente acerca del tipo o tipos de abogados (o abogados observadores o abogados reformadores o activistas públicos o intelectuales) que desea educar. En segundo lugar, que la viabilidad de cada uno de los modelos, la probabilidad de que sea

adoptada, imitada, de que sobreviva y prospere, dependerá de si las condiciones del vasto ambiente profesional, social e ideológico, son favorables al desempeño de aquellos trabajos jurídicos o roles sociales. Para decirlo de otra manera: a fines de sobrevivir, un modelo de educación jurídica debe tener trabajos, carreras y nichos o movimientos institucionales de donde sujetarse. Debe hacer frente a las demandas por el tipo de servicios que suministran las personas entrenadas en él. Pero también debe resonar, o al menos no debe ser extremadamente disonante, con los intereses de clase, económicos y de estatus de la profesión jurídica (o de poderosos actores estatales) y de los principales clientes y electores de los abogados.

Ya hemos visto que, a pesar de que los abogados americanos destacados del siglo diecinueve de hecho vivían fuera de las carreras de abogados y funcionarios públicos liberales, nunca se las arreglaron para institucionalizar una educación del derecho liberal. En forma similar los abogados y jueces ingleses del siglo diecinueve actuaron activamente en la construcción del Estado británico: sirvieron en el parlamento; como jueces, leyeron y a menudo utilizaron explícitamente fragmentos de economía política; en sus argumentos y decisiones frecuentemente aludían a consideraciones de política pública; como intelectuales públicos utilitarios, reformadores del derecho y reformadores sociales, drásticamente revisaron y simplificaron el derecho procesal y construyeron agencias del nuevo Estado administrativo; como administradores del imperio británico practicaron a gran escala la Ciencia de la Legislación como proyectistas de códigos integrales de derecho y de administración. Pero, a pesar de todo esto, la cultura profesional del colegio de abogados inglés enérgicamente resistió cualquier instrucción deliberada o sistemática en las bases políticas del common law o de la legislación. Estaban más interesados en proteger su autonomía basada en una profesión estrecha, cerrada y artesanal, que en ampliar sus ambiciones educativas para producir más de sus llamativos ejemplares públicos. Los fundadores de modernas escuelas de derecho inglesas, como Oxford, debieron luchar contra la profesión cerrada de jueces y abogados, encarnada e intelectualmente conservadora que no veían ningún valor en una educación del derecho científica, o como la llamaremos ahora, teórica. Jóvenes brillantes y ambiciosos que entraban en la profesión jurídica, leían clásicos más que derecho, y recibían su educación del derecho de los cursos-cena en el Inns of Court para "barristers"[7], o de apuntes para los exámenes de la Law Society[8] para solicitors[9], y en último término de los aprendices. Para validar su vocación los maestros ingleses de derecho se presentaban como un humilde grupo de secretarios, cuyo trabajo consistía en sintetizar y simplificar las decisiones de los verdaderos hacedores del common law, los jueces, para el beneficio de los aspirantes a abogados. Su típico producto de trabajo era el libro de texto para estudiantes que usualmente se publicaba con una dedicatoria halagadora hacia un juez eminente. Su función, como sostiene A. V. Dicey, consistía en "suministrar todos los defectos que circulaban directa o indirectamente desde un (one-sided) sistema de capacitación práctica. Le correspondía a los profesores de derecho establecer el derecho como un todo coherente...para reducir la masa de reglas jurídicas a una serie de principios ordenados...para [agruparlos] en un

[7] En el sistema jurídico inglés, el *barrister*, en contraposición al *solicitor*, está autorizado a actuar en litigios judiciales, y especialmente en los juicios que se llevan a cabo ante tribunales superiores (N de T)
[8] En Inglaterra es una especie de colegio que agrupa a los abogados. (N de T)
[9] En Inglaterra es el abogado autorizado a patrocinar en juicio y a tratar directamente con los clientes, no pudiendo actuar ante los tribunales superiores. Actúa como un intermediario entre el cliente y el *barrister*.

conjunto de reglas y excepciones...Unos pocos principios que sintetizaban los efectos de cientos de casos...podían, de este modo, ser comprendidos y recordados”[10].

En Estados Unidos las condiciones para escaparse del modelo de aprendiz hacia un modelo amplio de educación del derecho, eran más favorables precisamente porque la profesión organizada era mucho más débil. La hostilidad democrática hacia los gremios y los privilegios de los gremios en la temprana Norteamérica, casi había destruido las primeras asociaciones de abogados y los requerimientos formales para ser aceptado en la asociación. Las nuevas facultades de derecho americanas eran, por lo tanto, capaces de innovar la libertad de asociación o los controles estatales hasta establecer sus propias políticas de admisión requiriendo, eventualmente, títulos de (undergraduate college) como prerrequisito para ser admitido. Asimismo tomaban sus propios exámenes a los estudiantes y así eran ampliamente libres de enseñar lo que deseaban. También contrataban profesores de tiempo completo que no necesitaban para su manutención de los ingresos del ejercicio de la profesión. Estas eran importantes precondiciones para imitar el modelo alemán de la educación e investigación científica del derecho.

Pero había límites a su osadía, también condicionada por su entorno político y social. Como mencioné anteriormente, para el momento en el que enseñaban exclusivamente una ciencia de derecho privado, le dieron la espalda a la teoría del derecho público y rechazaron el rol de educadores de abogados funcionarios públicos. Parte de esta cautela se debía a la estrechez intelectual, en parte prudencial. La aparición de grandes temas de derecho público, la autoridad del gobierno federal en el sur de posguerra, los términos adecuados de los conflictos laborales, la regulación de la industria de accidentes, combinaciones comerciales y laborales, y las tarifas y servicios ferroviarios y públicos, eran políticamente muy conflictivos. A profesores en otros departamentos les ofrecían ocupar posiciones de confianza, sin embargo, eran demasiados liberales en estos temas. Un decano de derecho intentando vender a un colegio de abogados escéptico y conservador las virtudes prácticas de una educación teórica, bien podría querer evitar el lodazal de trabajo interdisciplinario y el tercer riel de temas de política y derecho público. Esto era cierto tanto para escuelas privadas, que eran financiadas por contribuciones de alumnos tanto como por el pago de matrículas, como para escuelas públicas, relacionadas con universidades estatales financiadas por las legislaturas estatales.

Consideraciones similares, aunque menos estrictas y más sutiles, más cercanas a nuestro tiempo, han inhibido el florecimiento de las perspectivas “desde afuera”. Por supuesto, estas perspectivas sólo pueden sobrevivir donde la enseñanza del derecho es una ocupación de tiempo completo, y donde las universidades, no la profesión, controla las designaciones y las recompensas vinculadas al status profesional. Para su buena fortuna, contrariamente a los científicos naturales y empíricos, la mayoría de los investigadores jurídicos americanos no han dependido fuertemente de fuentes externas de financiamiento de investigaciones (a pesar de que dependen de obsequios de alumnos y de la matrícula de los alumnos). Si eso cambia, como parece que sucederá con la creciente importancia de la investigación empírica del derecho, los profesores de derecho dependerán más del financiamiento del gobierno y de las corporaciones privadas. El auspicio de las corporaciones ya está empezando a ejercer algunas presiones en la

[10] A. V. Dicey, Inaugural Lecture (1883), citado en David Sugarman, Legal Theory, The Common Law Minde, and the Making of the Textbook Tradition (1986), 26 a 30. 17

independencia de los estudiosos como llamativamente ha sucedido en otros campos tales como la investigación farmacológica. El "outsider" crítico, más que el observador desinteresado, necesita de la protección de universidades independientes con tradiciones fuertemente institucionalizadas de libertad académica y de facultades de derecho relativamente libres del control del Estado y de la profesión. Estas protecciones tienen, en los Estados Unidos, un origen relativamente reciente. Alumnos conservadores a menudo intentaron despedir a los profesores de derecho que percibían como radicales en la década del veinte y treinta y más agresivamente en el ambiente de la guerra fría de los cincuenta. Estos esfuerzos fueron exitosos sólo ocasionalmente, pero aun cuando fracasaron, hicieron que las facultades de derecho fueran muy cautas a la hora de contratar a colegas de orientación de izquierda.

Aquí mi punto general es tan sólo que el derecho, tanto como una ciencia política técnica o liberal, para ser tomado lo suficientemente en serio como para que se le otorgue un lugar y apoyo institucional, necesita que algunos segmentos de la práctica profesional estén dispuestos a aceptarlo. Esto es siempre un problema porque la ciencia debe ser incorporada al derecho sin amenazar las reivindicaciones de los abogados de monopolio del misteriosas técnicas artesanales, o la ideología acerca de la autonomía y neutralidad del derecho, del "rule of law" como algo distinto de la política. Desde que la política no puede ser, o no puede ser percibida como, mera política, debe poseer, o parecer poseer, un carácter objetivo y científico. Hasta el punto de que su carácter es impartido a través del estudio cercano de otras disciplinas, no es derecho; y es muy discutido que las ciencias políticas se hallan desarrollaron en otras disciplinas. Y tomar prestado de ellas significa importar esa discusión dentro de la cultura jurídica.

De este modo, las profesiones legales que basan sus reivindicaciones de estatus en su autonomía, derivadas de su monopolio sobre tareas distintivas, simplemente no pueden medir cada oportunidad para redefinir sus roles ocupacionales (y pueden activamente resistir operaciones para expandir su jurisdicción y prepararse para una más amplia y variada carrera. Muchas profesiones jurídicas limitan sus funciones a litigar ante los tribunales, a definir especialidades como el derecho tributario como que no jurídicas, o a clasificar todas las consideraciones de política como "para la legislatura" y hacerlas ajenas a su campo. Los *avocats* franceses en casi todo el siglo diecinueve limitaron sus funciones a proteger y "defender" los intereses del cliente insistiendo en permanecer independientes, por un lado, del Estado y de la política, y por el otro, de involucrase en el comercio.

Por un lado, cambios mayores en las condiciones externas pueden y de hecho alteran las definiciones de las profesiones de sus roles adecuados. Los *advocats* franceses se volvieron más activos en el Estado cuando la tercera república les abrió oportunidades para convertirse en abogados del Estado y en hacedores de políticas públicas. Y finalmente abondonaron, quizás en general con demasiado celo, sus objeciones a los compromisos comerciales, después de 1970, cuando vieron a las profesiones rivales, tales como los contadores y los *conseils juridiques* (consejeros), acercarse al creciente y enormemente rentable negocio de trabajar para las corporaciones multinacionales[11].

En los Estados Unidos, la larga ambición de extender la educación del derecho a una educación de base amplia e interdisiplinaria en el arte de gobernar, finalmente se llevó a cabo

[11] Lucien Karpik, Les Advocats (1999)

con la expansión del gobierno que provocó el New Deal en 1930. Los experimentos más ambiciosos que he mencionado, las reformas curriculares de Columbia de los años veinte y los planes de Yale de fusionar el derecho con la ciencia social en los años treinta, fueron decepcionantes. Estos experimentos fracasaron por varias razones. Políticamente, para comodidad del cuerpo docente, de los administradores de la universidad y de gran parte del colegio de abogados, estaban muy lejos de la izquierda. A menudo no eran tenidos en cuenta y a veces dependían de los métodos y teorías existentes de la ciencia social (un primitivo comportamiento positivista), que no eran útiles para explicar ningún problema jurídico. Chocaron contra una resistencia fuerte de los abogados. Pero mayormente, creo, los reformadores fallaron en hacer enteramente plausible, incluso para ellos mismos, exactamente para qué tipo de carrera práctica el "enfoque funcionalista" estaba preparando a la gente, en un momento donde, tal como en nuestro tiempo, la mayoría de sus graduados se volcaron a la práctica del derecho corporativo en las grandes ciudades.

El New Deal pareció ayudar a contestar la pregunta acerca de qué abogados podrían formar con su política de educación. Proveyó carreras permanentes y pasajeras en la burocracia federal para un gran número de abogados. Hacia 1939 habían 5368 abogados en el servicio del gobierno federal, y por ello, se necesitaban muchos más abogados para representar a las compañías que regulaban. En la década del '40 y '50 un montón de artículos señalaron este punto. También señalaron el rol de los abogados privados como estadistas en la arquitectura de estructuras ordenadoras privadas que tenían que servir a los propósitos de largo alcance de los clientes y cumplir con las leyes reguladoras. Las escuelas de derecho, sostenían los autores, necesitaban preparar gente que domine los campos substantivos de regulación, el proceso administrativo de su nuevo arte y alcanzar efectos sociales a largo plazo. Para ponerlo de otro modo, el New Deal hizo del caso que abogados competentes necesitaran adquirir una nueva forma de capital social, una que fuera más allá del conocimiento de las decisiones de la corte y de la capacidad para analizar la doctrina del derecho privado. Ex New Dealers volvieron a integrar el staff de las mejores escuelas de derecho. ¿Qué impacto real tuvieron en las escuelas de derecho? Menos de lo que uno hubiese predicho. Las leyes del New Deal fueron incorporadas al currículo donde fueron rápidamente asimiladas al modelo de análisis doctrinal del comnon law. El primer año se mantuvo el dominio de las líneas básicas de las reglas del common law sujetas a alguna política reformista modesta (la expansión de la responsabilidad empresarial en daños y contratos). Los años siguientes fueron reservados para las leyes del New Deal. Pero entonces, las glosas de jurisprudencia sobre leyes se convirtieron en los temas. Las revistas de derecho del período de los años cuarenta están todavía llenas de debates substantivos sobre políticas regulatorias. Para los años cincuenta las grandes controversias que convulsionaron al país fueron olvidadas. El nuevo contexto fue normalizado. Los trabajos para los que se preparaba a los estudiantes no eran trabajos de diseño de estructuras, sino de administración de estructuras ya establecidas (como abogados comercialistas, laboralistas y administrativistas).

Por un lado, el realismo jurídico y el New Deal introdujeron en la investigación y educación del derecho los estudios políticos, el análisis político y la ciencia social. En gran parte esto es lo que he llamado la política como suplemento, más que política como un objeto del estudio sistemático. Era "pensando como un abogado" con algo de política. Era un currículum que encajaba de varias formas muy bien en el rol de los graduados de derecho de las escuelas de elite en el período de postguerra. En este mundo, los abogados del ejercicio privado (que era a lo

que la mayoría de los graduados todavía se volcaban) argumentaban ante los jueces, muchos de los cuales ellos mismos habían practicado una forma modesta de análisis realista-jurídico político, y, crecientemente, ante agencias administrativas. Los abogados a menudo comenzaban sus carreras sirviendo en una agencia federal y continuaban entrando y saliendo del gobierno. Como asesores de corporaciones, muchos de ellos veían a su trabajo como de asesoramiento de sus clientes para cumplir con las políticas y objetivos básicos del marco regulatorio. La mayoría de los profesores de derecho estaban de algún modo políticamente a la izquierda de la mayoría de los profesionales, ya que estaban más comprometidos con la regulación de la industria, con la regulación laboral y, definitivamente, más comprometidos con los derechos y libertades civiles. Pero el método que enseñaban, el método con algún análisis político agregado de "pensando como un abogado", no parecía incorporar ningún compromiso político particular substantivo. Era un conjunto de formas de discursos y razonamientos que podían ser transformados, o al menos eso parecía, virtualmente a cualquier tipo de utilización por parte del abogado en cualquier situación. Produjo ingenieros socio-legales adaptables, generalistas e inteligentes, y eso era apropiado para las condiciones de ese momento.

El New Deal comenzó el proceso de generar las condiciones para enseñar derecho como una empresa interdisciplinaria en la práctica de gobernar (statesmanship). La revolución de los derechos, la amplias iniciativas jurídicas y los movimientos sociales promovidos por la Corte Suprema estadounidense en los años cincuenta y continuada por los movimientos sociales y por los grupos de interés público a través de los sesenta y setenta, expandieron ampliamente aquellas condiciones. Como el New Deal, la Revolución de Derechos creó para los abogados muchos trabajos y roles nuevos: como arquitectos de estrategias de litigio, lobbistas y proyectistas de legislación, diseñadores y administradores de políticas administrativas, interventores en nombre de los grupos de interés público ante las agencias administrativas, defensores legales para movimientos sociales tales como los movimientos de derechos civiles, de mujeres, de seguridad social y de medio ambiente, el nuevo gobierno y fundaciones patrocinaban abogados para los pobres y, en las escuelas de derecho, los nuevos profesores de clínicas de derecho de interés público y de pobreza. Los movimientos que trabajaban para incorporar a los grupos marginalizados y excluidos en la ciudadanía plena, encontraron aliados en el mismo vértice del sistema jurídico y estatal: las cortes federales, una serie de congresistas liberales y el ejecutivo federal bajo los presidentes Kennedy, Jonson, Carter, e incluso Nixon entre los años 1960 y 1980.

Al mismo tiempo, las políticas del New Deal y del liberalismo de posguerra estaban generando una reacción por parte de los estudioso, al principio en la forma de observador "desde afuera" y de posiciones críticas que iban a enriquecer enormemente el estudio del derecho como una ciencia política teórica e interdisciplinaria y como una rama de la práctica de gobernar (statesmanship). Esto era, por supuesto, Derecho y Economía, especialmente en las escuelas conservadoras neo clásicas desarrolladas en la Universidad de Chicago. Creo que uno debe dar crédito a Chicago (junto con la versión más liberal de Yale-Calabresi de L&E) por liberar la ciencia de economía política en una escuela de derecho establecida de los enclaves de las Industrias Antimonopólicas e Reguladas, y extenderla y generalizarla hacia campos comunes del derecho privado (y eventualmente público) tales como propiedad, daños, contratos, interpretación de leyes y muchos más. Chicago L&E es sobre todo el más impresionante logro académico-legal porque por años fue llevado a cabo en una especie de aislamiento político e

intelectual de la actualmente importante vida académica-jurídica y toma de decisiones pública. En 1980, con la elección de Reagan, todo esto cambió. Neoliberales L&E y un derecho constitucional conservador (el cual provocó varias empresas interdisciplinarias nuevas tales como los estudios "originalistas" de la Constitución) eran ahora aliados al poder de toma de decisiones políticas. Los profesores de derecho conservadores se convirtieron en jueces y funcionarios designados; sus estudiantes se unieron a la Sociedad Federalista y encontraron en sus redes, convenientes caminos para influir y gobernar. El forjamiento, por parte del movimiento conservador, de vínculos entre el estudio teórico e interdisciplinario y su aplicación en la formulación de políticas en el sistema legal y estatal en las escuelas de derecho, ha logrado una alianza de intelecto y de poder tan impresionante como, sino más que, aquella del pensamiento progresista-realista y del New Deal.

Campos de estudio teórico e interdisciplinario rivales han surgido desde entonces en parte como reacción contra, o como un esfuerzo por responder a, la nueva dominación de L&E, pero también, porque en este período, por varias razones, cada campo de estudio legal se convirtió, desde 1980 en adelante, en más interdisciplinario. Excluidos otros campos académicos por escasez de trabajo, Doctores en varios campos estudiaron derecho y se convirtieron en profesores de derecho. Las universidades demandaban una mayor producción erudita de los profesores de derecho como una condición de titularidad. Los profesores de derecho liberales volcaron sus energías intelectuales en tratar de defender los legados del Nuevo Estado regulador y de los Estados de bienestar, y de la Corte Warren y de la Revolución de Derechos que estaban ahora bajo ataque. Los analistas políticos liberales todavía tenían conexiones con instituciones y grupos movilizados (nuevos movimientos sociales: medio ambiente, discapacitados, homosexuales, etc), grupos de derecho de interés público, grupos de derechos humanos y ONGs de cualquier parte del mundo; y con la administración de Clinton en el poder, 1992-2000, acceso a trabajos judiciales y gubernamentales. También, los académicos de la centroizquierda al haber sido excluidos del poder durante gran parte de este período, se volcaron crecientemente a posiciones críticas y de observador "desde afuera" (por ejemplo, ha habido un gran boom en historia del derecho). Parece que el estudio amplio y liberal del derecho necesita de la posibilidad de poder o, eventualmente, de ser aplicado en la práctica. También necesita, para ponerse en movimiento, de potenciales trabajos para quienes se educaron en él. Pero una vez establecido, puede beneficiarse enormemente de la relativa calma de un interregno en el poder al no tener que responder a las presiones de las preocupaciones de todos los días de los formuladores de políticas. (El trabajo de los realistas jurídicos de Yale en los treinta, por ejemplo, fue significativamente menos interesante intelectualmente a medida que empezaron a tomarse el tren todas las semanas a Washington).

Dado el escenario en el cual este trabajo es presentado, permítanme terminar con algunos comentarios sobre la exportación de modelos de enseñanza del derecho. En un fascinante libro, que todavía vale mucho la pena leer, James Gardner describe qué sucedió cuando, en la primera ola de reformas jurídicas norteamericanas exportadas al servicio del "desarrollo legal" y del "rule of law", los abogados norteamericanos trajeron el modelo de educación del derecho americano de posguerra a Latinoamérica. Ellos creían que era un método universal para producir abogados reformadores y pragmáticos en resolver problemas, liberados de estar atados a un formalismo reaccionario. No sorprendentemente, fue resistido por los abogados capacitados en la tradición continental positivista, como así también por estudiantes radicales para quienes ese método

universal no era lo suficientemente revolucionario. El programa fue mejor recibido entre los nuevos cuadros de abogados públicos preocupados de la política económica legal, y entre los profesores de derecho insatisfechos con lo que veían como la estrechez de su tradición. Pero el gran error de los abogados norteamericanos fue asumir que su método llevaba automáticamente a las consecuencias benignas de la reforma liberal social que se dieron en los Estados Unidos, donde había sido el método de los reformadores progresistas y social democráticos quienes en los años treinta en adelante habían capturado al Estado y hecho de él el instrumento de sus políticas. De hecho el instrumentalismo jurídico se estableció libre de la matriz política original y podía ser convertido en cualquier conjunto de objetivos, y resultó que los abogados latinoamericanos que lo consideraron más útil, entraron al servicio de Estados represivos autoritarios y de corporaciones multinacionales. Donde los abogados y las asociaciones profesionales resistieron a los dictadores, como en Brasil, Gardner señala que fueron como voceros de las normas de un rule of law formalista, autónomo y tradicional en vez del intrumentalismo orientado políticamente[12].

Hay problemas similares con la nueva ola (pos 1990 y todavía continuando, bajo los auspicios del Banco Mundial y de la Agencia Norteamericana para el Desarrollo Internacional) de exportaciones de modelos americanos de "rule of law" y de prácticas jurídicas instrumentales de resolución de conflictos. Estos nuevos modelos ya no cargan con ellos el legado del activismo de políticas jurídicas igualitarias o social democráticas, dirigidas a incorporar a elementos subordinados, marginados o excluidos de la sociedad en ciudadanos plenos, y a lograr una base mínima de seguridad contra la vejez, discapacidad, pobreza y el desempleo, sino todo lo contrario: un programa neoliberal para privatizar empresas desmantelando las funciones del Estado que proveen seguridad, y reemplazándolas con que se piensa que es el marco óptimo legal de protección de la propiedad y de cumplimiento de contrato para los mercados libres. Importadas en tandas con la ideología neo liberal, el modelo de educación para el ejercicio corporativo del ejercicio americano de la profesión de abogado puede tener particulares consecuencias tóxicas. Porque ese modelo todavía incorpora el instrumentalismo heredado del pensamiento jurídico realista, pensando como un abogado (escéptico), viendo al derecho como medios para un fin (en este caso el fin es lo que el cliente quiere). El abogado instrumentalista de corporaciones tiene toda una visión desencantada del derecho, hasta cínica, como un conjunto de oportunidades para, u obstáculos en el camino de, realizar los deseos del cliente. En esta visión los límites legales en realidad obligan sólo en la medida en que están expresados y habitualmente aplicados como órdenes positivas más básicas, de otro modo los abogados, si los intereses de sus clientes lo demandan, pueden exigir cualquier construcción del derecho y de los hechos y utilizar cualquier estrategia posible de retraso y obstrucción. Los abogados influenciados por las teorías de "incumplimiento eficiente" de economía jurídica van aún más lejos: "Los administradores de corporaciones no tienen una obligación general de evitar violar reglas regulatorias, cuando las violaciones son beneficiosas para la firma ... Ponemos a un lado las leyes concernientes a la violencia u otros actos pensados para ser malum in se"[13]. "...Los administradores no tienen un deber ético de obedecer las leyes de regulaciones económicas sólo porque las leyes existen. Ellos deben determinar la importancia de esas leyes. Las sanciones que el Congreso establece por desobediencia son una medida de cuanto quieren las firmas sacrificar a fines de adherir a las

[12] Ver en general James Gardner, *Legal Imperialism* (1982)

[13] Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, Antitrust Suits by Targets of Tender Offers, 80 Mich. L. Rev. 1155, 1168 n.36 (1982)

reglas; la idea de sanciones óptimas está basada en la suposición de que los administradores no solo pueden, sino que también deben, violar las reglas cuando es más rentable hacerlo”[14]. Esto es una reelaboración de lo que Holmes llamó la visión del “hombre malo” de las reglas jurídicas como precios descontados por sanciones (o, para reducirlo aun más, por la probabilidad de hacer cumplir la sanción). En esta visión del mundo, los resultados del derecho en el Estado regulador son simples aranceles sobre la conducta, un matorral de molestias obstruccionistas a los objetivos de sus clientes como para que sean reformulados. El abogado celoso de los intereses de su cliente juega las reglas para encontrar la salida a los límites y así bajar los aranceles lo más posible; si alguno de los límites es inevitable él “no sólo puede sino que debe” aconsejar romper las reglas y pagar la multa si el cliente todavía puede hacer una ganancia.

Ahora la indiferente mentalidad instrumentalista de sus orígenes sociales democráticos, se ha vuelto, creo, muy dañina para el orden y la regulación legal en el contexto norteamericano. Pero es realmente peligroso cuando se exportan a sociedades que no tienen tradiciones de un Estado fuerte que aplique las normas jurídicas y las reglas que regulan a las entidades comerciales y sus dañosas externalidades. Los abogados de corporaciones americanos se sienten tan libres como para jugar con el sistema legal como lo hacen, porque toman como un hecho que del otro lado del tablero hay al menos un conjunto moderado y efectivo de fiscales públicos, autoridades fiscales, investigadores de fraudes de seguros, agencias ambientales, y abogados listos para litigar casos de daños. (El reciente escándalo de Enrón muestra que pasa cuando aquellas fallan en sostenerse). Pero las técnicas de evasión agresiva y de manejo de los límites legales, llevados a soportar en una sociedad donde la aplicación de la autoridad estatal y de los tribunales judiciales y administrativos no son fuertes ni independientes sino débiles, mal pagos, con poco personal y algunas veces corrupto, puede totalmente anegar la capacidad del Estado para establecer un efectivo marco para un eficiente funcionamiento de los mercados y una justa distribución de los beneficios y cargas sociales.

Concluyo sosteniendo que, tanto en los Estados Unidos como en otros lugares, los abogados siguen necesitando una educación liberal en el arte de gobernar, es decir, en las normas y condiciones sociales y económicas ideales que sus ciencias y técnicas jurídicas deben servir. La visión social sin técnica, como se ha dicho a menudo, es inútil; pero la técnica sin visión es una amenaza. Las preguntas que este trabajo intenta empezar a pensar son: ¿Cuáles son las condiciones sociales bajo las cuáles la capacitación del derecho suministrará tal educación?; y, ¿Cuáles son las condiciones sociales bajo las cuáles prosperará?

---

[14] Id. At 1177 n.57. Encuentro estas citas en una crítica excepcionalmente penetrante de la visión del derecho que expresan, Cynthia A. Williams, Corporate Compliance with the Law in the Era of Efficiency, 76 N Car L Rev 12 65 (1998).