

1ra. Prueba.
Profesión Jurídica.
Prof. Rodrigo Cortés Muñoz.
Depto. Cs. Del Derecho.
Facultad de Derecho.
Universidad de Chile.
Santiago.

Primera Opción.

En “Material Docente” encontrará traducido y el texto original de la conferencia: “Tiene el Derecho un más allá” de la profesora Janet Halley¹.

(<http://www.law.harvard.edu/faculty/directory/index.html?id=104>)

La opción “teórica” (toda opción es teórica, en realidad), gira en torno al concepto de realidad reificada. Tal como hemos visto en clases, y como señala el texto, dicha nomenclatura aludiría a una categoría o modalidad de la conciencia. Habría un momento en que cognitivamente, el individuo, y los individuos olvidan que la realidad intersubjetiva es de su factura, y adhieren y suscriben -dando por realidad objetiva- la descripción discursiva que sobre ella, y a partir de ella, elaboran determinados grupos -desde la dinámica de poder que entre éstos se desarrollan, aunque esta parte Berger y Luckmann no la mencionan-. Desde la CSR, por lo mismo, podemos entender el Derecho como un constructo, cuyos márgenes e instituciones², son definidas en un momento, y luego asumidas como ciertas. Sin que por ello, esa primera definición se vuelva cierta, y sin que podamos dejar de entender, que ese gesto limitativo fue tan aleatorio como eficaz. El punto, es que tal como refiere la profesora Halley, existe o existiría un más allá del Derecho, precisamente porque la situación del Derecho ha sido establecida desde la definición aleatoria de su dominio. Lo que no significa que ese “más allá” no incida en la decisión legal, y se de asimismo, la dinámica inversa. En rigor, el Derecho es una “barrera” artificial, y sus productos “artefactos legales” sin otra naturaleza que la entitativa. Esto podría ser discutido, desde concepciones no constructivas (Cfr. Derecho Natural de orientación Tomista-Aristotélica) haciendo hincapié en que la fuente y contenido normativo del Derecho no es convencional o no sería convencional. Claramente una y otra alternativa, deben tomar posición sobre ese punto que resulta crucial.

¹ Janet Halley ha tenido fuertes discusiones con Judith Butler sobre temas precisamente constructivos. El hecho, de intentar traducir el texto de Halley, e instarlos a su lectura, tiene por objeto, además del pedagógico-evaluativo, situarlos en una discusión actual, relevante y práctica. Que dice relación con la forma, cómo es que el Derecho regula áreas de su competencia, y ámbitos que parecieran estar más allá del mismo (Cfr. “Do not ask, do not Tell policy”, por ejemplo). No es que desde la cátedra, se suscriban los argumentos de Halley o de Butler –y no es que dicha inclinación no exista desde el suscrito- sino que en el ramo, ese momento no resulta aún relevante. Lo que se pretende es motivar una apertura, que pudiendo no ser nueva para muchos, sí pudiere resultar importante por su pertinencia; y no sólo desde la Teoría Queer sino de la realidad excluida; y cómo es que profesionalmente, nuestra/mi conducta debiere dar cuenta de ella.

² Pueden referir el libro “Margins and Institutions” de Nelly Richards, en el que se da cuenta desde la estética, precisamente del punto que se ha estado proponiendo.

Sin embargo, existe además, y en la decisión sobre el punto antes referido, un aspecto que resulta también importante de considerar y que incide o incidiría en dicha decisión. Cuando Halley menciona que desde la misma Izquierda (identificándose ella como una persona de izquierda) ha existido resistencia a elaborar un discurso que busque superar la concepción feminista que existe sobre determinadas categorías y conceptos, ella menciona que le han rebatido, que muchas personas han entendido dicha pretensión como un verdadero agravio y gesto de ingratitud. Aquello, desde la CSR no sería sino manifestación de la fuerza o de cierta inercia a dar cuenta de un nuevo “influjo sedimentativo”: así como el surgimiento de un nuevo afluente o cauce.

Ello tiene importancia, porque pareciera entonces, que lo relevante en la sedimentación de contenido, o en el desarrollo de construcciones de realidad, no es tanto la mirada liberal o conservadora que pudiese existir, sino vencer esa inercia que puede venir de cualquier sector -independientemente de lo racional o irracional de su postura: en este punto, claramente, el suscrito prefiere recibir (mil veces) la resistencia del MOVILH que del KKK-.

Ahora bien, en lo pertinente, por lo mismo, es que todos estos constructos y dinámicas determinan cuál es el contenido del Derecho, ya sea desde la construcción, o desde el reconocimiento de una realidad anterior, o desde la convención de un procedimiento de comportamiento colectivo. Todos apuntan en la misma dirección, o al menos así pareciera. Sin embargo, en todos esos gestos, la propuesta de Halley resulta oportuna. Cómo es que el Derecho da cuenta de esa realidad que está “más allá del Derecho”. Y entonces las preguntas que buscan motivar su desarrollo.

Desde miradas tradicionales, el Derecho agrupa mandatos del Soberano respaldados por una sanción cierta. Y esa mirada formal ha tenido ciertas modificaciones, sin embargo, la eficacia del mismo Derecho descansa en gran medida en ese modelo. Claramente, de hecho, uno de los problemas de la mirada conductual profesional-legal ha sido la ausencia de un momento sancionatorio eficaz -aunque ese resulta ser un problema que veremos más adelante-. El punto es que nuevamente, cualquiera fuere el contenido que se busca asegurar mediante la sanción, y cualquiera fuere el espacio de autonomía que se otorgue a los particulares (puesto en tela de juicio por “Hale”) deja una dimensión al margen que incide en el Derecho de manera determinante (es cosa de pensar en la “mujer que está sentada en la cocina de su casa pensando en dejar a su marido: sobre este punto y muy gráfico de la situación es una película española que se llama “Los Lunes al Sol”). Entonces, ese espacio ¿es Derecho?, y si es Derecho, ¿cómo es que el Derecho lo integra?; y si no es Derecho, ¿cómo es que incide de manera fáctica?, ¿o es que acaso la incidencia fáctica resulta irrelevante para el Derecho?. Pues si así lo fuera, el Derecho no daría cuenta de la principal motivación que tienen las partes al comportarse cómo se comportan, siendo la externalidad legal un efecto secundario (epifenómeno) de la conducta humana; y si así lo reconociéramos, ¿no tendríamos que girar –como Foucault- lo que el Derecho es o debiera ser? (no ya desde la pretensión normativa) a fin de dar cuenta funcional de la necesidad de quienes son precisamente “sujetos” del Derecho.

Aspectos formales.

- a. No es necesario que resuelva todas las preguntas.
- b. Sea preciso. Yo sé quién es Janet Halley, no es necesario que señale dónde nació o aspectos biográficos.

- c. No hay requisitos de extensión sino su precisión y argumentos.
- d. Imprima en lo posible dos páginas por hoja: piense en sus eventuales nietos y en el planeta.
- e. Coloque su nombre en la primera página y recuerde las reglas de ensayo: citas, etc.

SEGUNDA OPCIÓN.

La opción práctica debe ser respondida en un MEMO LEGAL (ver para tal efecto, las instrucciones vistas en clases).

Supuesto de análisis: Tal como vimos en *Textron v. United States* (507 F. Supp. 2d 138), la posibilidad cierta que los privilegios y excepciones que hemos visto, funcionen se ven constreñidas tanto por el persecutor administrativo, como por la realidad material de la dinámica comercial. Las empresas requieren contar con los “Tax Accrual Workpapers”, y necesitan obtener opiniones “limpias” de sus “Auditores” externos, porque esa es la única manera, de poder optar a “levantar” capital por la vía de bonos, o para transar sus títulos en bolsa, o para derechamente, solicitar un crédito subordinado de entidades bancarias. Todos quieren mirar balances, números, cruzados y confirmados en su veracidad y entidad.

Por lo mismo, es la dinámica comercial lo que fuerza al “cliente” a hacer intervenir en la relación profesional, a otras instancias que no son propiamente el “abogado” que asesora, pero que condicionan el “asesoramiento” que ese abogado entrega. Ahora bien, el punto, es que la intervención produce un efecto -o puede producirlo, dependiendo del acercamiento doctrinal que sobre la materia exista- que es claramente contrario al que el “cliente” quiere. El punto es que desde la política pública, la necesidad de fe pública y transparencia exige que esa misma necesidad no se transforme en su principal defecto (tal como vimos en clases).

Ud. es un “in-house lawyer”. I.e. trabaja como abogado corporativo en la EMPRESA X. Dicha empresa tiene un conjunto de filiales y empresas coligadas alrededor del mundo. EMPRESA X requiere consolidar los resultados de sus operaciones, tanto para exhibir sus “Estados de Resultado” como para preparar un Balance consolidado de su negocio. EMPRESA X se encuentra preparando un “roadshow”³, y recopilando el material necesario. Ahora bien, entre esos distintos antecedentes que llegan a su escritorio para su revisión, se le remite como “contingencia” la existencia de una reclamación sobre propiedad industrial que se encuentra en su etapa de notificación en un país del *Tercer Mundo*: ese habitante del tercer mundo reclama que el proceso industrial de livificaziónn (una palabra que acabo de inventar) que utiliza EMPRESA X en su giro, es de su invención, y que de acuerdo a los TRIPS AGREEMENTS -legislación que a la EMPRESA X le resulta aplicable- él -aún siendo un habitante del Tercer Mundo- tiene un mejor derecho sobre el mismo, y debiere así ser amparado. Ud. al recibir dicha información, la pone en conocimiento del Directorio, quien le solicita a Ud., que emita un informe, y que pida además, un informe a un estudio jurídico cuya práctica se centre

³ Un “road-show” es una expresión “gringa” que busca describir lo que hacen las empresas al itinerar por diferentes bolsas hablando de los buenos que son sus resultados, y así motivar la compra de sus títulos cuando ésta se “abre” a bolsa.

en propiedad intelectual y que tenga corresponsales en esa parte del planeta (estas EMPRESAS Xs están llenas de personas como el *Sr. Burns*).

Ud. recibe el informe que encarga, y coincide con su conclusión: el habitante del tercer mundo efectivamente tiene un mejor derecho sobre la titularidad del proceso industrial. Ud. presenta ambos informes, y Ud. es “desvinculado” de la empresa.

Tiempo después, Ud. sabe que EMPRESA Xs se abre a la bolsa, logrando un precio de colocación mucho más alto que el estimado. EMPRESA X exhibe un EBITDA que claramente hace presumir que conjuntamente con la necesidad de reactivación de la economía global, seguirá incrementándose. Sin embargo, un día en el Washington Post sale publicado la noticia que en el procedimiento de reclamación que ha tenido como parte al habitante del tercer mundo y a la EMPRESA X, ha vencido el primero. Y que dicho procedimiento se encontraba ya en curso al tiempo de la apertura a bolsa. Ese mismo día, las acciones de la EMPRESA X se van a piso, y al día siguiente, todas las instituciones administrativas existentes y todos los accionistas de las EMPRESA X deciden demandar a la sociedad.

Una de las personas que concentran el interés es UD. Desde tal perspectiva:

- (i) Elabore el MEMO Legal mediante el cual Ud. informa sobre sus conclusiones al Directorio.
- (ii) Elabore el MEMO Legal mediante el cual Ud. pide al Estudio Jurídico elabore un informe sobre el punto en particular.
- (iii) Elabore un MEMO legal (asumiendo que así se pudiere contestar) en el que Ud. responde a la siguiente pregunta del persecutor: “Sabía Ud. que al tiempo en que la EMPRESA X se abría a la Bolsa, ésta mantenía una reclamación administrativa que cuestionaba el derecho y titularidad que tal empresa detentaba sobre el proceso industrial básico en su giro”. Señale, si tiene o no obligación de exhibir el “informe” (no ya el MEMO) que Ud. elabora.

Para tales respuestas, remítase a la materia vista y referida en clases.