

## 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.

*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

[...]

*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

*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 conocedores 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