

La educación legal como preparación para la jerarquía*

Duncan Kennedy

Aunque parezca que tienen pocas pretensiones intelectuales y que carecen de ambición teórica o de visión práctica acerca de cómo podría ser la vida social, las facultades de derecho son lugares intensamente políticos. La concepción mercantil de las facultades, la infinita atención al árbol que impide ver el bosque, la simultánea formalidad y superficialidad con las que se abordan las limitadas tareas que parece haber a mano, todo esto es sólo una parte de lo que sucede. La otra parte es un entrenamiento ideológico para servir voluntariamente a la jerarquía del Estado de bienestar empresarial.

Decir que las facultades de derecho son ideológicas significa decir que lo que los profesores enseñan junto con los conocimientos básicos está mal; que lo se enseña sobre cómo es el derecho y cuál es su funcionamiento no tiene sentido; que los mensajes sobre la naturaleza de las destrezas jurídicas y de su distribución entre los estudiantes son erróneos y tampoco tienen sentido; que las ideas que reciben los estudiantes acerca de las posibilidades de la vida como abogado también están equivocadas y son absurdas. Pero toda esta serie de sinsentidos está orientada, tiene un sesgo concreto y motivado, no es un error casual. Lo que pretende inculcar es que es natural, eficiente y justo que los estudios jurídicos, la profesión de abogado en general, y la sociedad a la que los abogados prestan sus servicios estén organizados de acuerdo a los patrones actuales de jerarquía y dominación.

* Publicado en David Kairys (ed.), *The Politics of Law*, Nueva York, Pantheon, 2ª ed., 1990. Traducido por María Luisa Piqué y Christian Courtis.

Debido a que creen lo que se les dice, explícita e implícitamente, respecto del mundo al que están ingresando, los estudiantes se comportan de un modo en el que cumplen las profecías que el sistema crea sobre ellos y sobre ese mundo. Este es el eslabón que completa el sistema: los estudiantes hacen más que aceptar las cosas como son y la ideología hace más que disipar toda oposición. Los estudiantes actúan efectivamente dentro de los canales construidos para ellos, haciéndolos aún más profundos, dándole a todo una pátina de aprobación y haciendo que la complicidad penetre en la historia de vida de cada uno.

En este artículo me dedicaré a analizar sucesivamente la experiencia inicial de primer año, el contenido ideológico del programa de la facultad de derecho, y las prácticas extra-curriculares de las facultades que preparan a sus estudiantes para aceptar y participar en la estructura jerárquica de la vida en el derecho.

La experiencia de primer año

Muchos estudiantes de derecho ingresan a la facultad pensando que ser abogado significa algo más, que se trata de algo socialmente más útil que tener simplemente un trabajo altamente respetable. La idea de desempeñar el papel que las generaciones anteriores asociaban con el de Brandeis:* el rol de servicio a través del derecho, llevado a cabo con excelente competencia técnica y también con la profunda creencia de que el derecho, a pesar de todas las distorsiones que pueda imponerle la actual estructura del capitalismo, es esencialmente una fuerza progresista. Existe una concepción contrastante, más radical, que afirma que el derecho es una herramienta de los intereses establecidos, que en esencia es superestructural, pero que permite a un profesional fríamente efectivo usarla a veces en contra de los dominadores. Mientras que en la primera concepción el estudiante aspira a ayudar al oprimido y transformar la sociedad extrayendo el contenido

* Louis Brandeis fue un exitoso abogado del área de Boston, que —amén de su práctica profesional lucrativa— llevó adelante varias causas de interés público que tuvieron gran repercusión en los Estados Unidos. Entre ellas, el planteo de la existencia de un derecho a la intimidad, y la participación en un memorial ante la Corte Suprema de Justicia en el que se manifestaba a favor de la constitucionalidad del establecimiento de limitaciones a las horas diarias de trabajo de las mujeres. El presidente Wilson lo propuso para ocupar una vacante en la Corte Suprema, cargo que ocupó desde 1916 hasta 1939. [N de los T.]

latente de un ideal válido, en la segunda el estudiante se ve a sí mismo en parte como técnico, en parte como un experto en judo, capaz de "poner la mesa patas para arriba" justamente porque nunca se dejará convencer por la retórica que es tan importante para los otros estudiantes.

También existen motivaciones más conflictivas, que son reales para ambos tipos de estudiantes. La gente piensa que las facultades de derecho son sumamente competitivas, que son lugares en los que se cultiva y se premia un estilo duro y agudo que requiere un trabajo incansable. Los estudiantes entran a la facultad pensando que van a desarrollar ese aspecto de sí mismos. Aunque al principio lo desapruében, les ha sucedido ya en otras oportunidades que la experiencia les demostró que aspectos propios que en un comienzo desaprobaban, terminaron gustándoles y pareciéndoles deseables. ¿Cómo puede uno llegar a saber si lo que uno está "realmente" buscando es el desarrollo personal de este aspecto, tanto como lo motiva la vocación de transformar la sociedad?

Además, también está el tema de la movilidad social. Casi todas las personas cuyos padres no formaron parte de la *intelligentsia* profesional y técnica parecen sentir que ir a la facultad de derecho es un avance en la historia familiar. Esto sucede aun entre los hijos de empresarios de alto nivel, en tanto la posición a la que llegaron sus padres se haya debido a un gran esfuerzo y trabajo más que al haber nacido en los estratos sociales más altos. Es difícil que los padres desapruében que sus hijos ingresen a la facultad de derecho, cualesquiera sean sus orígenes. Por eso, dar este primer paso tiene un significado especial, aunque los estudiantes lo nieguen, y ese significado es el éxito. Este éxito es "agridulce" si uno siente que podría haber ingresado a una universidad mejor, pero tanto lo "agrio" como lo "dulce" sugieren que las propias motivaciones son impuras.

La primera experiencia en el aula, más que disipar la ambivalencia, la aumenta. Los profesores son en su gran mayoría blancos, varones, de modales típicos de clase media y heterosexuales. Reina en el aula una jerarquía extrema: el profesor recibe un trato deferente y despierta temores que se parecen más a la escuela secundaria que al *college*.^{*} Desaparece

* En el sistema educativo estadounidense, la educación universitaria posterior a la escuela secundaria (*high school*) tiene dos fases. La primera fase se denomina *college*, y en general dura alrededor de cuatro años, otorgando el título de bachiller (*bachelor*). La segunda fase se denomina *graduate school*, y equivale a nuestras facultades, o más bien a los cursos superiores de nuestras facultades. [N. de los T.]

ese sentimiento de autonomía de las clases del *college*, en las que el principio de que se debe dejar a los profesores parlotear sin interrupción se compensaba con el de que los profesores no pueden hacerle *nada* a uno. En su lugar, hay una exigencia de "pseudo-participación" en donde uno lucha desesperadamente, delante de una gran audiencia, para tratar de leer la mente de un profesor decidido a confundirlo. No es tan terrible como en *The Paper Chase* o *One-L*,* pero de todos modos es humillante sentirse temeroso e inseguro de uno mismo, especialmente cuando lo que crea esa inseguridad es la manera en que está estructurada el aula, que parece al mismo tiempo una familia patriarcal y un enigma kafkiano. Al comienzo del primer año, el aula de la facultad de derecho es culturalmente reaccionaria.

Pero también es atractiva. Uno está aprendiendo un lenguaje nuevo y es posible hacerlo. Esta "pseudo participación" hace que todos estén atentos acerca de cómo les va a los demás, con lo que surgen innumerables criterios de comparación. Llega información de todas partes, y se esclarecen cosas que uno conocía pero que no comprendía. Los profesores ofrecen incentivos sutiles, y motivos no tan sutiles para alarmarse. Nos preocupa que nos vaya bien, la adrenalina fluye, el éxito o fracaso se mide día a día, de acuerdo al material de lectura asignado. Después de todo, uno está pasando a otra etapa: se abandona el mundo relativamente sentimental del *college*, o el mundo frustrante del trabajo de oficina o de las tareas hogareñas, para ingresar a un lugar que promete una dosis de "realidad", aunque se trate de una realidad fría y desafiante.

Enseguida se hace evidente que ni los estudiantes ni el cuerpo docente son tan homogéneos como parecía al principio. Algunos profesores son más autoritarios que otros, algunos estudiantes se horrorizan ante la "infantilización" de los primeros días o semanas. Incluso parece haber una conexión entre la atmósfera que reina en cada clase y la tendencia ideológica de los profesores: los profesores más "abiertos" parecen ser los más progresistas, los que demuestran mayor simpatía por la parte damnificada en los cursos de Derecho de Daños, los más dispuestos a escuchar los llamados "debates sobre cuestiones de conveniencia política" (*policy*

* Se trata de dos *best-sellers* que pintan de modo sórdido el ambiente competitivo de las facultades de derecho estadounidenses. El título *One-L* alude al modo informal en el que se denomina a los estudiantes de derecho de primer año (*1st year-Law*, 1-L). [N. de los T.]

arguments),* y los menos intimidantes en las discusiones en clase. Pero existe un aspecto perturbador en este proceso de diferenciación: en la mayoría de las facultades de derecho, los profesores más populares son aquellos menos orientados hacia la discusión política. Los más "abiertos" parecen dejar menos cosas en claro, divagan más y uno empieza a cuestionarse si, debido a su amabilidad, no sacrifican esa cualidad metafísica llamada rigor, considerada esencial para pasar el examen de matriculación (*bar exam*)¹⁷ y en el mundo adulto de la práctica profesional. La ambivalencia se reafirma: en la comparación entre los conservadores y los progresistas sentimentales, a veces los enemigos —que nos asustan pero que a la vez, sutilmente, nos brindan confianza en nosotros mismos— pueden llegar a ser más atractivos que nuestros aliados, que no parecen tener bases más firmes que las nuestras.

Hay una experiencia intelectual que de alguna forma se corresponde con la emocional: la gradual revelación de que no hay demasiado espacio para ideales progresistas y ni siquiera para un pensamiento liberal comprometido en la suave superficie de la educación jurídica. La discusión en el aula no es "izquierda" contra "derecha" sino "conservadurismo pedagógico" contra "progresismo" moderado y desintegrado. Difícilmente un profesor presente un programa de enseñanza o un proyecto teórico de izquierda, aunque algunos puedan tener vagas simpatías por las causas progresistas y algunos hasta puedan tener veleidades de abogado de izquierda. Los estudiantes se esfuerzan por adquirir conocimientos firmes y resisten contra cualquier filtraje de depresión pre-profesional. Pareciera

* Parece ya un lugar común señalar la dificultad de traducción de la expresión *policy argument* (y de otras expresiones relacionadas, tales como *policy reasons* o *policy analysis*). El propio Kennedy, en otro texto, reflexiona acerca de esa dificultad (V. Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication*, Cambridge, Harvard University Press, 1997, p. 109). Una de las dificultades de traducción es su polisemia. En otros textos, se han utilizado las siguientes traducciones: argumentos de política pública, argumentos de conveniencia o utilidad pública, argumentos políticos, argumentos no deductivos, etc. El término se refiere a los argumentos que explican la conveniencia de una decisión a partir de la ponderación de su resultado sobre la base de un objetivo social, político, económico o moral que se considera deseable. En el texto, hemos optado por un abordaje ecléctico, modelando el uso del término de acuerdo al contexto. [N. de los T.]

** En los Estados Unidos, como en algunos países europeos, el título universitario no habilita directamente para el ejercicio de la profesión de abogado, sino que es necesario rendir un examen teórico-práctico de admisión al colegio de abogados (*bar*) de la jurisdicción en la que uno pretende matricularse. [N. de los T.]

que el contenido intelectual del derecho consiste en aprender las normas —cómo son y por qué tienen que ser como son— y al mismo tiempo alguna manera de alentar al juez de turno que estuviese dispuesto a hacerlas más humanas. La experiencia básica supone rendirse doblemente: a través de una experiencia pasiva en el aula, y a través de una actitud pasiva hacia el contenido del sistema jurídico.

El primer paso hacia este sentido de irrelevancia del pensamiento progresista o de izquierda es la oposición, en el programa de primer año, entre los casos técnicos, aburridos, difíciles, oscuros, y los ocasionales casos referidos a hechos que causan indignación, y en los que la solución judicial no hace más que justificar o tolerar la situación indignante. El primer tipo de casos —llamémoslos “casos fríos”— es tan aburrido que resulta difícil interesarse en ellos, entenderlos y hasta no dormirse leyéndolos. Pueden versar sobre cualquier tema, siempre y cuando no tengan ninguna implicación política, moral o emocional. Solamente para entender qué es lo que sucede en el caso y qué se dice en él, hay que aprender muchos términos nuevos, un poco de historia del derecho mechada y muchas normas, ninguna de las cuales resulta del todo explicada por el libro de texto (*casebook*)* o por el profesor. Es difícil entender por qué se eligió este caso en primer lugar, y también es difícil saber si uno lo entendió bien y anticipar qué va a preguntar el profesor y qué es lo hay que responder.

El otro tipo de caso —el “caso caliente”— generalmente involucra a un demandante que provoca cierta simpatía —por ejemplo, una familia de campesinos pobres— y un demandado completamente antipático, por ejemplo, una empresa carbonífera. De la primera lectura, surge que la empresa de carbón engañó a la familia de campesinos: alquiló su tierra para explotarla, prometió restituirla en su condición original una vez extraído el carbón y luego no cumplió con su promesa. Y la solución del caso consiste en otorgar a la familia de campesinos una indemnización miserable —algunos cientos de dólares—, en lugar de obligar a la empresa de carbón a recomponer la tierra. Lo que se argumentará en clase es que esa primera

* Los *casebooks* son libros de texto estructurados de acuerdo al método de casos: en lugar de desarrollar teóricamente una doctrina a partir de principios generales, metodología, clasificaciones, etc., los diferentes temas de una determinada rama del derecho se discuten a partir de preguntas generadas por decisiones judiciales concretas. En las materias fundamentales del primer año de la carrera de derecho (contratos, derecho de daños, derechos reales), los *casebooks* se emplean como texto vertebrante del curso, aunque son menos frecuentes en materias más avanzadas o seminarios sobre temas más puntuales. [N. de los T.]

reacción de indignación es ingenua, no jurídica, que resulta irrelevante para lo que se supone que uno está aprendiendo, y que desde el punto de vista sustantivo implica una solución incorrecta. Que existen "buenas razones" para el resultado indeseable, cuando se mira al caso desde un punto de vista jurídico y lógico "amplio" —por oposición a un punto de vista pasional—, y que si uno no es capaz de munirse de esas "buenas razones", tal vez es porque no está hecho para ser abogado.

Casi ningún estudiante puede superar la combinación de un "caso frío" y un "caso caliente". El "caso frío" es aburrido, pero hay que saberlo si se quiere ser abogado. El "caso caliente" exige que alguien se pare y diga algo —si uno se queda callado, parece que ya se vendió al sistema—, pero el sistema dice que hay que dejar de lado los infantilismos, y nuestra reacción frente al "caso caliente" es uno de ellos. Sin recursos intelectuales, tales como el conocimiento del sistema jurídico y de las características del razonamiento jurídico, parece que una respuesta emocional frente a los hechos de un caso sólo lleva al aislamiento y a la impotencia. La alternativa es dejar que nos salgan algunos callos, hundirse en los libros o reconocer el fracaso casi antes de haber comenzado.

El contenido ideológico de la educación jurídica

Es posible distinguir dos aspectos de la educación jurídica como mecanismo reproductor de jerarquías. Gran parte del asunto consiste en que, a través del programa de enseñanza y la experiencia en clase, se inculca una determinada serie de actitudes políticas acerca de la economía y de la sociedad en general, acerca del derecho y de las posibilidades de la vida profesional. Esto tiene un significado ideológico general, e influye incluso sobre la vida de los estudiantes que jamás ejercen la abogacía. Hay una compleja serie de prácticas institucionales que inducen a los estudiantes a participar voluntariamente en el papel jerárquico especializado de los abogados. Los estudiantes comienzan a absorber ese mensaje ideológico general mucho antes de tener alguna idea de cómo será su vida una vez fuera de la facultad. Por ello describiré este aspecto formal del proceso educativo, antes de describir las formas en las que la práctica institucional de las facultades de derecho se sustenta en esas realidades.

A veces, los estudiantes de derecho hablan como si no aprendieran *nada* en la facultad. En realidad, aprenden una serie de técnicas para

hacer cosas simples pero importantes. Aprenden a retener una gran cantidad de normas, organizadas en sistemas de categorías (requisitos de celebración de un contrato, hipótesis que autorizan la rescisión, etc.). También aprenden a percibir problemas jurídicos, lo que significa identificar las ambigüedades y contradicciones de las normas, y sus lagunas cuando se las aplica a alguna situación fáctica en particular. Aprenden los rudimentos del análisis de casos, es decir, el arte de extender algunas decisiones judiciales para poder aplicarlas más allá de su alcance intuitivo original, y estrechar el alcance de otras decisiones judiciales, para evitar aplicarlas a casos en los que en principio parecían aplicables. Y aprenden una serie de argumentos que se equilibran, frases hechas, argumentos de conveniencia política a favor y en contra, que los abogados usan cuando discuten si una norma determinada debe aplicarse a una situación particular, a pesar de que haya una laguna, un conflicto o ambigüedad, o si una solución judicial determinada debe extenderse a otros casos o limitarse. Algunos de estos argumentos son la "seguridad jurídica" y la "necesidad de flexibilidad del derecho", la "necesidad de promover la competencia" y la de "alentar la producción permitiendo que los productores se queden con las ganancias de su trabajo."

Uno no debe exaltar el valor de estas técnicas, pero tampoco debe denigrarlo. En comparación con la tendencia de los estudiantes de primer año a deambular entre el formalismo jurídico y la mera intuición acerca de lo que es justo, significan un gran avance intelectual. De hecho, los abogados las usan en la práctica profesional, y cuando se las maneja apropiada y conscientemente, tienen un indudable potencial crítico. Resultan útiles para pensar sobre política, sobre argumentos de conveniencia política y sobre el discurso ético en general, ya que muestran de la indeterminación y manipulabilidad de las ideas e instituciones centrales del liberalismo.

Pero por otro lado, las facultades de derecho enseñan estas técnicas, que son bastante rudimentarias y esencialmente instrumentales, de forma tal que son idealizadas por casi todos los estudiantes. Esta idealización tiene tres partes. Primero, la facultad enseña estas técnicas a través de discusiones en clase sobre casos en los que se asegura que "el derecho" surge de un riguroso procedimiento analítico llamado "razonamiento jurídico", que resulta ininteligible para el lego, pero que de alguna manera explica y legitima la mayoría de las normas vigentes del orden jurídico. A la vez, tanto el contexto como los materiales de la clase presentan cada cuestión jurídica como si fuera completamente distinta de las demás

—como un compartimento estanco—, sin esperanza de que, estudiando derecho, uno pueda llegar a tener una visión integral sobre lo que el derecho es, sobre cómo funciona o cómo podría modificarse, más que de modo gradual, caso por caso, en una estrategia reformista.

En segundo lugar, enseñar estas técnicas en el contexto idealizado del razonamiento jurídico y aplicarlas a problemas jurídicos totalmente desconectados entre sí, significa enseñar mal esas técnicas, que son absorbidas “por ósmosis” en la medida en que se va pescando la manera de “pensar como un abogado”. La mala enseñanza —y la fortuitamente buena— genera y acentúa las diferencias reales entre las capacidades de los estudiantes. Pero lo hace de tal manera que los estudiantes no saben cuándo están aprendiendo y cuándo no, y no tienen forma de mejorar y ni siquiera de entender su propio proceso de aprendizaje. Los alumnos perciben el entrenamiento en estas técnicas como un factor que hace surgir gradualmente diferencias entre ellos, como un proceso de formación de un “*ranking*” que refleja “algo” que está dentro de ellos.

En tercer lugar, las facultades enseñan estas técnicas en forma aislada del ejercicio real de la profesión. Se hace una distinción tajante entre el “razonamiento” y la “práctica” jurídicas, y uno no aprende nada acerca de la práctica. Este procedimiento incapacita a los alumnos para cualquier otro papel que no sea el de “aprendiz” en un estudio jurídico organizado de la misma manera que la facultad de derecho, con viejos abogados que controlan el contenido y el ritmo del aprendizaje despolitizado de destrezas técnicas, dentro de un ambiente competitivo y falto de comunicación.

El programa formal de enseñanza: las normas jurídicas y el razonamiento jurídico

La parte central de la ideología es la distinción entre derecho y política. Los profesores convencen a los estudiantes de que existe algo que se denomina “razonamiento jurídico”, al forzarlos a aceptar como válidos en casos particulares algunos argumentos jurídicos supuestamente “correctos”, que en realidad son circulares, suscitan más preguntas que respuestas, o son tan vagos no tienen ningún sentido determinado. Muchas veces se trata de argumentos de autoridad, y la validez de la premisa que se tiene por autorizada es puesta fuera de discusión por mandato del profesor. A veces se trata de argumentos de conveniencia política (por ejemplo,

la seguridad de las transacciones, la certeza de los negocios) que son tratados en una situación particular como si fueran reglas que todo el mundo aceptara, pero que son ignoradas en el próximo caso en el que el profesor estima que la decisión fue errónea. Muchas veces se trata de ejercicios de lógica formal que no durarían ni un minuto en una discusión entre partes iguales (por ejemplo, si la letra chica de contrato preimpreso representa o no la "voluntad de las partes").

Dentro de una rama del derecho determinada, es probable que los profesores traten los casos de tres formas diferentes. Hay casos que presentan y justifican las ideas y normas básicas de esa rama. Éstos son tratados como ejercicios rápidos de lógica jurídica. También están los casos anómalos, casos "desactualizados" o "resueltos incorrectamente", porque no siguieron la supuesta "lógica interna" del área. No habrá muchos de estos casos, pero son importantes porque su tratamiento convence a los estudiantes de que la técnica del razonamiento jurídico es al menos independiente de los resultados alcanzados por los jueces en los casos particulares, y que por ello permite criticar o legitimar las decisiones concretas. Finalmente, también habrá algunos pocos casos periféricos o "temas de punta", que el profesor considera que plantean problemas sustantivos para el desarrollo o transformación del derecho. Mientras que en la discusión de los primeros dos tipos de casos, el profesor se comporta de modo autoritario, supuestamente basado sobre su conocimiento objetivo de la técnica del razonamiento jurídico, en estos últimos casos la cosa es diferente. Dado que estamos tratando con "juicios de valor" que tienen matices "políticos", la discusión será mucho más libre. Las opiniones de los estudiantes no son "correctas" ni "erróneas", todos los comentarios de los estudiantes son aceptados con cierto pluralismo, y el profesor revela sus tendencias progresistas o conservadoras, y no se presenta ya como un mero jurista técnico.

De hecho, todo el programa de la carrera responde a una estructura bastante similar a la de las clases. No se trata en realidad de una yuxtaposición aleatoria de compartimentos estancos. Primero se cursa Contratos, Derecho de Daños, Derechos Reales, Derecho Penal y Procesal Civil. Las normas que se enseñan en estos cursos constituyen la base del capitalismo del *laissez-faire* de finales del siglo XIX. Los profesores las enseñan como si tuvieran una lógica interna, como un ejercicio de razonamiento jurídico, en la que los argumentos de conveniencia (por ejemplo: la seguridad del comercio en el curso de Contratos) juegan un papel relativamente

menor. Después vienen los cursos de segundo y tercer año, que exponen el programa reformista moderado del *New Deal* y la estructura administrativa del Estado regulador moderno (con referencias de pasada al igualitarismo racial de la *Warren Court*).^{*} Estos cursos tienen una orientación un tanto más política —y mucho más *ad hoc*— que los de primer año. Los profesores enseñan que una intervención limitada en el mercado es razonable, y que la base de la autoridad de esa intervención reside en las leyes, del mismo modo en que las normas básicas del *laissez-faire* están fundadas en el derecho natural. Pero cada problema es presentado como un problema aislado, enormemente complejo y entendido de manera tal que casi implica la imposibilidad práctica del programa reformista. Finalmente, están las materias marginales, tales como Historia o Filosofía del Derecho, las materias de Práctica Jurídica (*clinical legal education*),^{**} que no se presentan como materias realmente relevantes respecto del núcleo “duro”, objetivo, serio y rigurosamente analítico del derecho. Resultan más bien una especie de terreno recreativo o último escalón para aprender el arte de presentarse socialmente como un abogado.

Este conjunto de mensajes implícitos es, en realidad, absurdo. Los profesores enseñan cosas absurdas cuando pretenden convencer a los estudiantes de que el razonamiento jurídico es algo distinto, *como método para llegar a resultados correctos*, del discurso político y ético en general (por ejemplo, del análisis de argumentos de conveniencia política). Es cierto que entre los abogados existe un conjunto de conocimientos específicos sobre las leyes en vigencia. Es cierto que existen, entre los abogados, técnicas argumentales específicas para detectar lagunas, conflictos y

* Como se sabe, la Corte Suprema estadounidense, bajo la presidencia del *Justice* Earl Warren, llevó a cabo desde fines de la década del 50 y especialmente durante la década del 60 una labor jurisprudencial favorable a la des-segregación racial, considerando inconstitucionales las normas y políticas públicas que establecían diferencias entre razas y aun de las que retardaban el proceso de integración. [N. de los T.]

** El término *clinical legal education* denomina al conjunto de materias prácticas —denominadas “clínicas”, por analogía con las materias prácticas de las facultades de medicina— en las que los alumnos trabajan, junto a un profesor que ejerce la profesión, en casos reales, atendiendo consultas de clientes de la comunidad. Responden a una inspiración similar a la de los llamados “prácticos”, “práctica forense” o “consultorios jurídicos” en nuestro país y en otros países de América Latina, aunque en general están orientados por materia; así, existen por ejemplo clínicas especializadas en derecho de interés público, en derecho del consumidor, en derechos de los niños y adolescentes, etc. [N. de los T.]

ambigüedades en las normas, para argumentar a favor de la extensión o restricción de la aplicación de una decisión judicial, y para sostener argumentos de conveniencia política a favor y en contra de una solución determinada. Pero éstas son *sólo* técnicas argumentales. Nunca hay una "única solución jurídicamente correcta" distinta de la solución ética y políticamente correcta para ese problema jurídico. Dicho de otra manera, todo lo que se enseña, salvo las propias normas y las técnicas argumentales para manipularlas, es política y nada más. De esto se sigue que la distinción entre los "casos simples" y los que tienen una orientación más política, es puramente convencional: cada uno podría enseñarse de la manera contraria, y la distinción curricular entre la "naturaleza" altamente "jurídica" y "técnica" del Derecho Contractual, en contraste, digamos, con el Derecho Ambiental es, de igual modo, una mistificación.

Estos errores están inclinados a favor del programa liberal centrista de reformas limitadas a la economía del mercado y de guiños de forma hacia la igualdad racial y sexual. Esta parcialidad surge porque la enseñanza de la facultad de derecho presenta la opción por la jerarquía y dominación, implícita en la adopción de normas sobre Derechos Reales, Contratos y Responsabilidad Civil, como si derivara necesariamente del razonamiento jurídico y no se tratara de una cuestión política y económica. La parcialidad queda reforzada cuando se afirma que el programa regulatorio de los reformistas de centro está igualmente justificado, pero que de cierta forma está más orientado por argumentos de conveniencia política y, por lo tanto, resulta menos fundamental. El mensaje es que el sistema básicamente está bien, ya que hemos emparchado las pocas áreas en las que se podía dar algún abuso, y que existe un espacio importante, aunque limitado, para un debate valorativo sobre futuros cambios y mejoras. Si llega a haber algún cuestionamiento más fundamental, el mismo es relegado a la periferia representada por la Historia o la Filosofía. El mundo real se mantiene controlado tratando a las materias de práctica forense, que podrían aportar mucha información que amenazara el cómodo consenso liberal, como fuentes de mano de obra gratuita para el colegio de abogados local, o como mero entrenamiento en destrezas técnicas.

Sería extraordinario que un estudiante de primer año pudiera, por sí mismo, desarrollar una actitud crítica hacia el sistema. Los estudiantes que recién ingresan simplemente no saben lo suficiente como para darse cuenta de que el profesor está diciendo tonterías, exagerando o distorsionando el "razonamiento" y la realidad jurídicas. Además, para

peor, los dos tipos más comunes de pensamiento progresista que suelen traer los estudiantes tienen la tendencia de obstruir, más que de ayudar, en la lucha por mantener alguna autonomía intelectual con respeto a lo que se enseña. La mayoría de los estudiantes progresistas cree que un programa político de izquierda consiste básicamente en garantizar a la gente sus derechos y en llevar a cabo el triunfo de los derechos humanos por sobre los derechos de propiedad. En este cuadro, el problema con el sistema jurídico es que no logra colocar al Estado a favor de los derechos de los oprimidos, o que falla al intentar poner en vigencia los derechos reconocidos formalmente. Si se concibe al derecho de este modo, uno se vuelve ineludiblemente dependiente de las mismas técnicas del razonamiento jurídico orquestadas en defensa del *status quo*.

Esto no sería tan malo si el problema de la educación jurídica fuera que los profesores emplearan mal el razonamiento jurídico para limitar el alcance de los derechos de los oprimidos. Pero el problema es más profundo. El discurso de los derechos es internamente inconsistente, vacío o circular. El razonamiento jurídico puede generar argumentos equivalentemente plausibles para justificar cualquier resultado. Además, el discurso de los "derechos" impone tantas limitaciones para aquellos que lo usan, que hace que sea prácticamente imposible que funcione como una herramienta efectiva de transformación radical. Los derechos son por naturaleza "formales", lo que significa que aseguran a los individuos protección jurídica y los resguardan de la arbitrariedad. Hablar de derechos es precisamente *no* hablar de la justicia entre clases sociales, razas o sexos. El discurso de los derechos, además, simplemente presupone —o da por descontado— que el mundo está, y debería estar, dividido entre un sector estatal que pone en vigencia los derechos y el mundo privado de la "sociedad civil", en la que los individuos atomizados persiguen sus propios fines. Esta estructura es, *en sí misma*, parte del problema más que de la solución. Hace que sea difícil incluso conceptualizar las propuestas radicales tales como, por ejemplo, el control descentralizado y democrático de las fábricas, llevado a cabo por los trabajadores.

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