

# DISCUSIONES XIX

1 | 2017

Enseñanza  
del Derecho



**Director**

Hernán G. Bouvier (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

**Secretarías de redacción**

Daniela Domeniconi (UNC), Samanta Funes (UNC)

**Comité Editorial**

Macario Alemany (Universidad de Alicante, España)

Federico José Arena (CONICET)

Andrés Bouzat (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca)

Damiano Canale (Universidad Bocconi, Milán, Italia)

Laura Clérico (Universidad de Buenos Aires, CONICET)

Sebastián Elías (Universidad de San Andrés, Buenos Aires)

Rafael Escudero Alday (Universidad Carlos III, Madrid, España)

Horacio Etchichury (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Paula Gaido (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Paul Hathazy (CONICET)

Giulio Itzcovich (Universidad de Brescia, Italia)

Juan Iosa (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Matías Irigoyen Testa (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca)

Guillermo Lariguet (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Laura Manrique (CONICET)

Giorgio Maniaci (Universidad de Palermo, Italia)

Diego Papayannis (Universidad de Girona, Cataluña, España)

José Peralta (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Francesca Poggi (Universidad de Milán, Italia)

Giovanni B. Ratti (Universidad de Génova, Italia)

Andrés Rosler (Universidad de Buenos Aires, CONICET)

Rodrigo Sánchez Brígido (Universidad Nacional de Córdoba)

Hugo Seleme (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Aldo Schiavello (Universidad de Palermo, Italia)

Tobías Schleider (Universidad Nacional de Mar del Plata)

Sebastián Torres (Universidad Nacional de Córdoba)

Giovanni Tuzet (Universidad Bocconi, Milán)

Sección *Discusiones: Cortes*

Responsables: Sebastián Elías, Paula Gaido, Rodrigo Sánchez Brígido

Sección *Discusiones: Libros*

Responsable: Pau Luque Sánchez

Sección *Discusiones: Balance*

Responsable: Diego Dei Vecchi

*Diagramación interior y tapa:* Fabián Luzi

DISCUSIONES XIX  
“Educación Legal”  
Romina Lerussi (Editora)

ÍNDICE

SECCIÓN I: **DISCUSIÓN**

Introducción: “Tomar el derecho”. <i>Take the Law</i> .....	7
ROMINA LERUSSI (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)	
La enseñanza del derecho en la economía del aprendizaje. <i>Legal teaching into the learning economy</i> .....	15
JOSEFA DOLORES RUIZ RESA (Universidad de Granada)	
Formación jurídica y androcentrismo. <i>Legal training and androcentrism</i> .....	51
MALENA COSTA WEGSMAN (Universidad de Buenos Aires, CONICET)	
La enseñanza del derecho en la racionalidad sobredeterminada de la economía del aprendizaje. <i>Legal Teaching into the Overdetermined Rationality of the Learning Economy</i> .....	73
MAURO BENENTE (Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional de José C. Paz)	
La enseñanza del derecho y la economía del aprendizaje como prácticas situadas y encarnadas. <i>The teaching of law and the learning economy as located and embodied practices</i> .....	95
JOSEFA DOLORES RUIZ RESA (Universidad de Granada)	

**SECCIÓN II: DISCUSIONES: CORTES**

Moralidad pública y efectos secundarios en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de los Estados Unidos. *Public morality and side effects in recent U.S. Supreme Court case laws* ..... 121

SANTIAGO LEGARRE  
(Universidad Católica Argentina, CONICET)

**SECCIÓN III: DISCUSIONES: LIBROS**

Reseña de Enrico Pattaro y Corrado Roversi (eds.), *Legal philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World*, Tome 1 “Language Areas” and Tome 2 “Main Orientations and Topics”, Volume 12 of *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Springer, Dordrecht, 2017. *Review of Enrico Pattaro y Corrado Roversi (eds.), Legal philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World, Tome 1 “Language Areas” and Tome 2 “Main Orientations and Topics”, Volume 12 of A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Springer, Dordrecht, 2017*..... 151

FEDERICO JOSÉ ARENA  
(CONICET, Universidad Blas Pascal)

**SECCIÓN IV: BALANCE DE UNA DISCUSIÓN**

Dilemas morales, conflictos entre derechos y conflictos “por” y “en” el derecho. *Moral dilemmas, conflicts between rights and conflicts “for” and “in” the Law* ..... 179

MAURICIO MALDONADO MUÑOZ  
(Universidad de Las Américas)

Instrucciones para los/las autores/as..... 217

*Sección I*  
Discusión



## Tomar el derecho

*Take the Law*

Romina Lerussi\*

Recepción: 10/11/2017

Aceptación: 15/12/2017

Recepción y aceptación final: 31/05/2018

**Resumen:** En el marco de la discusión acerca de la relación entre el derecho y la enseñanza en la actualidad, la autora introduce tres reflexiones tangenciales: en primer lugar, el derecho en la generación de la desigualdad; en segundo, la enseñanza jurídica de la jerarquía; finalmente, la arquitectura legal androcéntrica.

**Palabras Clave:** derecho, enseñanza, desigualdad, jerarquía, androcentrismo, libertad.

**Abstract:** Within the framework of the discussion on the relationship between law and education today, the author introduces three tangential reflections: firstly, law in the generation of inequality; secondly, the legal teaching of hierarchy; and finally, the androcentric legal architecture.

**Keywords:** law, education, inequality, hierarchy, androcentrism, freedom.

## I. Introducción

La médula de la discusión que presento se sitúa en la relación entre el derecho y la enseñanza en la actualidad. Quizás las preguntas de fondo sean para qué, cómo y a quienes *sirve* el derecho. Quizás lo que conecta a quienes *aquí nos vemos* sea una sensibilidad en cuanto a maneras de vivir la política (jurídica) y que arriesgo en nombre propio: la de la libertad *común*, es decir, con otros y con otras en comunidad de iguales.

El texto principal de Josefa Dolores Ruiz Resa objeto de conversación y titulado *La enseñanza del derecho en la economía del aprendizaje*, propone claves acerca de las actuales prácticas educativas y profesionales en el derecho, en el contexto de las nuevas tecnologías y de prerrogativas internacionales orientadas al mercado de competencias y de empleabilidad. Suplementan al principal dos comentarios extensos. El primero de Mauro Benente, *La enseñanza del derecho en la racionalidad sobredeterminada de la economía del aprendizaje*, quien en los ecos de la sobredeterminación instala una esperanza: la de la resistencia. El segundo de Malena Costa Wegsman bajo el nombre *Formación jurídica y androcentrismo*, quien clava en el corazón de esta discusión la conformación androcéntrica del derecho en su base fundacional. Finalmente cierra este espiral abierto por definición, una réplica de Ruiz Resa desde, en sus términos, un pesimismo situado y encarnado en el que se asoman algunas luces.

Siguiendo el tono de estas provocaciones introduzco muy brevemente tres reflexiones tangenciales a partir de inspiraciones reconocibles. En primer lugar, el derecho en la generación de la desigualdad; en segundo, la enseñanza jurídica de la jerarquía; finalmente, la arquitectura legal androcéntrica.

## II. Desigualdad

Preguntarse por la relación entre el capitalismo, la mercantilización del conocimiento, las tecnologías digitalizadas de la información y la

comunicación y las nuevas servidumbres cognitivas en la enseñanza del derecho, es básicamente ubicarnos en las funciones del derecho en la actual organización de la desigualdad. Y con esto no estamos diciendo nada nuevo. El derecho siempre ha sido una tecnología social más o menos compleja, más o menos sistematizada, más o menos efectiva situada en el centro de la economía política disciplinaria de las comunidades humanas en contextos de diversa desigualdad. Sí podemos reconocer en el derecho una cierta singularidad de época en formas y efectos que hay quienes denominan autonomía relativa. Con todo, leemos en los textos a continuación y en torno al sintagma que propone Ruiz Reza, *La enseñanza del derecho en la economía del aprendizaje*, reflexiones acerca de la progresiva contracción de la legalidad estatal (vuelve la crítica marxista), la centralidad del contrato y de la responsabilidad personal (vuelve la crítica al sujeto moderno), el eje en los emprendedores y el individuo autónomo (vuelve la crítica a la universalidad igualitaria abstracta y neutral). Y no es casualidad que al mismo tiempo estemos hablando de nuevas formas de esclavitud y servidumbre. Tecnologías de la información y la comunicación digitalizadas, bajo el control de empresas multinacionales que venden y compran conocimientos, en sistemas regulados por grupo económicos y normas jurídicas transnacionales que enriquecen y legitiman a personas y familias singulares. Un esquema que se da en contextos de altísima desigualdad, progresiva informalidad en el trabajo remunerado, explotación a todo nivel (en el trabajo no remunerado, exponencialmente), desocupación, fugas al derecho laboral así como desiertos en esta materia, todo lo cual ya sabemos qué significa. Y entonces bien podríamos preguntarnos ¿quiénes son hoy los afectados, los vulnerables? Los mismos seres humanos de siempre (vistos o no vistos como tales): más del 80 por ciento de la población mundial en sistemas ensamblados de desigualdades (de clases, razas, etnias, sexo - genéricas, de estatus migratorio, etcétera). No son novedades, sino reminiscencias actualizadas, insoportables y urgentes.

En este panorama y en la singularidad de la reflexión acerca del derecho y la enseñanza, digo dos cosas. Una, la obligación de recordar todos los días la falsa autonomía del derecho respecto del debate económico no sólo financiero y monetario, sino de *lo que vale*, de lo que

es *tenido en cuenta* en la comunidad (jurídica) en la que vivimos. Y a su vez, el gran espectro -monstruoso y mayoritario- de lo que no cuenta y reclama reconocimiento y redistribución. La cara y la contracara productiva de lo mismo y que entiendo se traduce en un llamado a la imaginación y acción colectivas radicalmente nuevas.

Dos, la necesidad del compromiso político no como mandato sino como un modo de nombrar la apertura hacia la multitud, hacia otros y otras para hacer cosas en común para lo común siempre en disputa. Así, nos dirá Ruiz Resa, *reflexionar sobre la enseñanza del derecho nos aboca a pensar en el tipo de comunidades en las que vivimos*. Habilitar con insistencia en el espacio áulico de las facultades de derecho la discusión acerca de qué hacemos y cómo nos organizamos (qué normas, qué derecho, para quienes, para qué) respecto de lo común, de aquello que dependemos para vivir como especie, no sólo la tierra, los bosques, el agua, las montañas, incluso los cuidados (terapéuticos y afectivos), sino también el conocimiento y los bienes culturales, es crear la posibilidad de una esperanza (pequeña y potente) que conecta con la que nos propone Benente. Una esperanza, repito, que desplace cada vez el punto de caída de la elipse de la repetición capitalista en el núcleo del derecho.

### III. Jerarquía

Introducir la reflexión en torno a las jerarquías en la enseñanza del derecho tampoco es una novedad. Jerarquías socioculturales y económicas (de clase, raza, etnia, sexo - genéricas, estatus migratorio...), institucionales (jefes, subordinados; directores, empleados; titulares, jefes de trabajos prácticos; jueces, secretarios...), en las áreas del derecho (el derecho privado en el núcleo; la periferia necesaria del derecho público y, más allá, las otredades filosóficas, sociológicas, políticas); en el sistema jurídico (la norma abstracta y escrita por sobre la norma concreta y viva); en ciertos principios epistemológicos (la objetividad por sobre la subjetividad) y antropológicos (un sujeto que piensa por sobre un sujeto que hace y siente), entre otras ficciones tan *reales* como una taza de té. Lo cierto es que todo esto acontece en las facultades de

---

derecho y en sus aulas como lugares de (re)creación y entrenamiento del personal jurídico.

Bien podemos decir que donde hay jerarquía hay expectativa de obediencia impulsada por mitologías de autoridad. Se obedece por cientos de razones que encontramos analizadas y reunidas en bibliotecas de textos. Pero también donde hay jerarquía hay revuelta, es decir, gente revoltosa que no obedece o no obedece del todo, o al todo. Primer punto a favor de un optimismo situado y encarnado.

Luego, no hay jerarquía que se sostenga sino a la fuerza de las creencias autoritativas (en la ley, en la costumbre, en dios, en las armas). Pero a su vez no hay fuerza –por definición- que no produzca otra exactamente contraria, incluso mayor. La fuerza, ya lo sabemos y leímos entre la gente *post* (van las gracias), no tiene contenido *per se*: es pura relación normativa. Y hay un plus: el derrame de fuerzas. Fuerzas que aparecen de otros lados, insospechados, contingentes, imprevistos, hechas de material arcaico y nuevo que rompen la lógica del dos y son un llamado libertario a la emancipación subjetiva y comunitaria. Segundo punto a favor de un optimismo situado y encarnado.

Si tuviera que usar una metáfora para una esperanza radical diría que está en las plantas y en las flores que crecen en las grietas. Construir esa posibilidad en las aulas (en todas, incluidas las del derecho) significa provocar la necesidad de pensar *en nombre propio* la comunidad.

#### IV. Androcentrismo

La enseñanza autoritativa tiene la expectativa de la norma y la técnica limpia y pura, del orden y la disciplina, del control (de conductas, cuerpos, emociones). Tiene la expectativa de lucirse desnuda (neutral, abstracta, ¿les suena?). Lo cierto es que no hay educación (jurídica) que no sea sin experiencia de la vida política. Y la política está vestida de un pastiche de prendas. He aquí el asunto. El juez, el docente, el legislador, el abogado, el rector, el fiscal, no están desnudos. Pero no son sólo las prendas. Es la arquitectura del derecho en donde juegan estos actores (y actoras, claro está) la que también es parte de este pastiche:

su material, sus pilares, de lo que está fabricada. Y aquí vamos al meollo de una cuestión fundamental –literalmente- de esa arquitectura y que introduce Costa: *la condición inherentemente androcéntrica del Derecho*. Visto y asumido este punto (que sólo la necesidad puede no ver), una pregunta posible es ¿qué hacemos? A esta altura de la vida y de esta presentación, no se me ocurre más que el volver, cada vez, todos los días, a (des)pensar el derecho a través de la nutrición de los feminismos jurídicos de izquierda y de otras inspiraciones libertarias. Revisar toda su arquitectura, desvelar esas grandes ficciones que lo sostienen y ver qué (nos) pasa. Destrozar la noción de sujeto de derecho abstracto y asumir un sujeto híbrido; resignificar o abandonar –como más les guste- las dicotomías heteronormadas entre lo público y lo privado, lo reproductivo y lo productivo y crear derecho en las fronteras; abrir las nociones de trabajo y de economía en el derecho restringidas al mercado monetario y financiero, éstas entre tantas acciones jurídicas posibles (sí: ¡posibles!).

Y así quizás en la insistencia homeopática vaya germinando algo que cotidianamente desintegre el orden desigual, jerárquico y androcéntrico del derecho en el que nacemos, vivimos y morimos.

## V. Un llamado: ¡Libertad!

Todo principio de organización de lo que se percibe disperso, en general, supone un cierto proceso de agrupación reglada que tiene efectos: lo produce ordenado y procura mantenerlo. Así, la naturaleza del derecho es conservadora, pero –y esta es la buena noticia- también es dispersa. El derecho se conserva y se ahueca en el movimiento constante de creación en sus instituciones, a través de sus funcionarios(as) y en lo que la gente (docentes, alumnado, ciudadanía, trabajadores/as) hace con la norma. Por lo tanto, el efecto de la normalización no es unidireccional. La norma tiene pretensión de estabilidad. Lo disperso tiene pulsión creativa. En ese juego entre la estabilidad y la creatividad oscila el derecho. El asunto es que habitualmente el énfasis en las aulas (como efecto de lo que ocurre en la sociedad) está puesto en lo que

conserva y no en lo que crea. De allí que la experiencia educativa, en especial en las aulas del derecho, sea enfáticamente conservadora. Por fortuna de la física, en el mundo (jurídico) donde hay sombras, hay luces. Y entonces aparecen cierto optimismo situado y encarnado, las esperanzas, la imaginación y acción colectiva, las resistencias feministas, libertarias y diversas, todo esto y tanto más.

En fin, *la instrucción es como la libertad: no se da, se toma* (merci Jacotot): ¡a tomar el derecho!

Abro la puerta y que siga la discusión.

Cálidamente, R. L.



## La enseñanza del derecho en la economía del aprendizaje

*Legal teaching into the learning economy*

Josefa Dolores Ruiz Resa\*

Recepción y evaluación de propuesta: 18/07/2017

Aceptación: 10/10/2017

Recepción y aceptación final: 31/05/2018

**Resumen:** La hipótesis de este trabajo es que la etapa actual del capitalismo, que puede denominarse de la economía del aprendizaje, nos empuja a un modelo de comunidad política desigualitario y tiránico, aparentemente individualista pero en cuyo fondo subyace el poder de grandes empresas que nos abocan a un nuevo organicismo economista y laboral, con nuevas formas de servidumbre humanas. Esta comunidad se articula de manera global a través de las TIC, y potencia la formación de profesionales competentes y empleables, también en derecho, desde una concepción de la educación y del propio derecho como industrias innovadoras. Se tratará de argumentar por qué se sostiene esto, exponiendo (1) en qué consiste el actual contexto socioeconómico y político en el que nos hallamos; (2) cómo este influye en un replanteamiento de las tipologías de profesiones jurídicas y de su ejercicio; y (3) qué implicaciones tiene para la enseñanza del Derecho. **Palabras clave:** economía del aprendizaje, enseñanza del derecho, competencias, organicismo.

\* Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, España. Email: jruizr@ugr.es Investigadora en derechos humanos, participación y educación política, pensamiento jurídico-político y epistemología jurídica. Entre sus publicaciones recientes se encuentran los libros *Los derechos de los trabajadores en el franquismo* (2014-2015), *Derecho y valores en las democracias constitucionales* (2015), *Teoría del Derecho* (2016), *Innovación docente y nuevas tecnologías* (2017).

**Abstract:** The hypothesis of this work is that the present stage of capitalism where we are, which can be called the economy of learning, pushes us towards a model of an unequal, tyrannical, seemingly individualistic, political community. Nevertheless, the power of big companies underlies at its bottom, and drives us to a new economic and working Organicism, with new ways of human servitude. This community is globally structured thanks to ICT, and potentiates the training of competent and employable professionals, also in law, from a conception of education and law itself as innovating industries. I will try to explain why this is sustained, exposing (1) what the present socio-economic and political context in which we are consists of; (2) how this influences the rethinking of the types of legal professionals and their exercise; and (3) what implications it has for the teaching of law.

**Key words:** learning economy, legal teaching, skills, Organicism.

## I. Introducción

En su libro *Tomorrow Lawyer's*<sup>1</sup>, Richard Susskind analiza lo que él entiende que son los retos a los que se ven sometidas las profesiones jurídicas: la reducción de costes, para ofrecer más por menos, la liberalización de los servicios legales (*legal services*), de manera que quienes no son juristas compitan también en el mercado del derecho (*legal marketplace*), y los cambios que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) están pergeñando sobre el trabajo legal (*legal work*). Según Susskind, esto implica cambios radicales para el mercado legal (*legal market*), los despachos jurídicos (*law firms*), los asesores jurídicos, los tribunales y jueces, y los consumidores de servicios legales (*consumers of legal services*). Teniendo esto en cuenta, la formación en derecho debería incorporar la formación en nuevas disciplinas como gestión de riesgos jurídicos (*legal risk management*), gestión de proyectos jurídicos (*legal project management*), ingeniería del conocimiento jurídico (*legal knowledge engineering*) y análisis de procesos jurídicos (*legal process analysis*).

---

<sup>1</sup> Susskind, R., *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

Si nos fijamos bien, el lenguaje de Susskind nos aboca a una percepción de las profesiones jurídicas y de la formación en Derecho en términos claramente economicistas y empresariales, que las vinculan básicamente con las actividades e intereses propios de la esfera privada y las alejan de las ideas de servicio público; también se sustenta sobre una concepción de la tecnología, vinculada a las ciencias cognitivas, en especial a la inteligencia artificial (IA) y las telecomunicaciones, que parece alejarlas aún más de lo que ya lo hizo el positivismo legalista y su demanda de juristas tecnócratas, de sus conexiones con la tradición humanista de los saberes prácticos. Entre ellos se situaba la técnica pero también el arte y los saberes sobre las acciones humanas, estos últimos guiados por la prudencia, y en cuyo seno, como parte de la moral, se ubicó el saber jurídico bajo la denominación *Iuris-prudentia*. Sin embargo, con esta nueva percepción del conocimiento, el saber jurídico queda conectado con un nuevo paradigma que puede denominarse *tecno-económico*<sup>2</sup>.

En todo caso, Susskind no está inventando nada sino siguiendo el proceso de mercantilización y computerización del conocimiento, en este caso, el jurídico, proceso que ha sido institucionalizado por importantes e influyentes organizaciones internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el Banco Mundial (BM), la Unión Europea (UE) y otras organizaciones regionales de Estados, y a lo que no es ajena la propia Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). De esta forma, se ha abierto paso en las agendas políticas internacionales y estatales lo que parece una nueva fase del capitalismo globalizado, la de la llamada economía del aprendizaje, la cual está trayendo también un cambio de régimen político, caracterizado por el

<sup>2</sup> Vilaseca, J., Torrent, J., y Díaz, Á., *La economía del conocimiento. Paradigma tecnológico y cambio estructural, Working Paper Series*, UOC (Universitat Oberta de Catalunya), 2002. [Disponible en <http://www.uoc.edu/in3/dt/20007/20007.pdf>. Última visita 22/05/2018]. Los autores sostienen que estamos ante un paradigma tecnológico, pero en mi opinión, estamos ante un paradigma de conocimiento que también incorpora lo económico como una dimensión fundamental.

retroceso de la legalidad estatal y de las instituciones públicas que se ocupaban del control de su aplicación.

Percepciones como estas conducen a una idea de las profesiones jurídicas y de la formación para su ejercicio al margen de la organización política estatal en que se desarrollan, y de sus principios y valores jurídicos de organización y funcionamiento, a pesar de que las directrices de las organizaciones internacionales se dirijan a sus estados miembros; como si la creación, interpretación y aplicación del Derecho estuvieran al margen de lo público y fueran fundamentalmente el resultado de la acción en la esfera privada, identificada con el mercado o lugar de intercambio de bienes y servicios, de individuos particulares u organizados en colectivos como las empresas –sobre todo, grandes empresas-. De esta forma, pareciera que todas las relaciones humanas pueden reconducirse al intercambio de bienes y servicios que se producen en ese ámbito y que suelen regularse mediante contratos, y a la existencia de sus mecanismos habituales de resolución de conflictos, como el arbitraje o la mediación, los cuales discurren al margen de las jurisdicciones estatales y pueden llevarse a cabo por otro tipo de profesiones no jurídicas. En realidad, el desarrollo de estos mecanismos ha traído ya una liberalización de la gestión jurídica de los conflictos entre particulares, individual o colectivamente considerados.

Así pues, esta nueva fase de las relaciones humanas, caracterizada por una extensa significación economicista y tecnológica, redundante en la demanda de un modelo de profesiones jurídicas, no necesariamente ejercido por personas con titulaciones oficiales en Derecho, universitarias o no, pensadas para ser desempeñadas por/en cierto tipo de empresas, principalmente, las llamadas industrias intensivas del conocimiento: tecnología, finanzas, telecomunicaciones, educación, salud y servicios a empresas intensivas de conocimiento; sin perder de vista que estas empresas son la ficción jurídica que agrupa a individuos con un elevado poder adquisitivo y, por consiguiente, con un gran poder de negociación e influencia, no sólo en la esfera del mercado sino también en el de las instituciones públicas, nacionales e internacionales. Dado que estos individuos y sus empresas constituyen un pequeño porcentaje de la población mundial, eso significa que el resto de los seres humanos

no son contemplados como clientes de las profesiones jurídicas del futuro, que se ejercerían para una élite. Tal circunstancia nos puede abocar a un escenario de desigualdad y desprotección de los intereses y las demandas de estas personas, similar al que se daba en las etapas anteriores a la positivización y al reconocimiento igual de las garantías procesales, en el marco de las constituciones de los Estados de Derecho y las declaraciones de organizaciones internacionales del siglo XX. Es probable que esta desigualdad y desprotección se intensifiquen ante la desaparición paulatina de servicios públicos como la asistencia letrada gratuita u otros tipos de asesoría jurídica que, con mayor o menor eficacia, garantiza el Estado como parte del contenido de los derechos de su ciudadanía. Como en épocas pasadas, los conflictos que se originen entre las personas de clases bajas y menor poder adquisitivo (cada vez más numerosas, según se deduce del aumento de la pobreza a nivel mundial y de la precarización de las condiciones de trabajo que ha traído la última crisis económica), se volverán a gestionar desde dispositivos jurídicos de control y disciplina, bajo conceptos jurídicos indeterminados como el orden público o la seguridad nacional.

En la medida en que quienes ejercen las profesiones jurídicas se ocupan de la interpretación y aplicación del derecho creado por unas determinadas instancias de poder –Estados u otro tipo de organismos sociales, individuos particulares-, se buscará su capacitación para interpretarlo y aplicarlo a fin de conseguir los objetivos dispuestos por esas instancias. No extraña entonces que cada cambio de régimen político se acompañe también de un cambio en la formación jurídica, creando nuevas estructuras formativas, nuevos planes de estudios y manuales, y con nuevo personal si el anterior no se adapta. Y, realmente, es en un cambio de régimen político en lo que estamos ahora; es decir, 1) en el paso de los gobiernos estatales en torno al interés general hacia la gobernanza de una sociedad/economía global, donde se justifica el retroceso de los Estados en el ámbito de la protección de los derechos de su ciudadanía, para redirigir sus políticas públicas (fiscales, laborales, educativas, sociales) hacia la protección y fomento de los intereses de ciertos grupos de individuos que ni siquiera forman parte de su ciudadanía, los cuales propugnan la mercantilización del conocimiento

innovador, convertido en la fuente más importante de riqueza y desarrollo; 2) en la reconfiguración de las comunidades sociales en que se integran los humanos, las cuales se virtualizan, retifican y *empresarizan*, transmutando el tiempo de ocio en tiempo de formación de por vida para la innovación incesante, ya que el conocimiento humano se convierte en pieza fundamental del capital de las empresas; cambiando así la misma condición humana, hasta hacer de la servidumbre laboral un propósito de vida más o menos consciente.

Por lo tanto, la reflexión sobre la enseñanza del derecho nos aboca a pensar también en el tipo de comunidades en que vivimos. A este respecto, la hipótesis de este trabajo es que la etapa actual del capitalismo, que puede denominarse de la economía del aprendizaje, nos empuja a un modelo de comunidad política desigualitario y tiránico, aparentemente individualista pero en cuyo fondo subyace el poder de grandes empresas, que nos abocan a un nuevo organicismo económico y laboral, con nuevas formas de servidumbre humanas. Esta comunidad, que tiene como fuente jurídica principal el contrato entre individuos y grupos con desigual poder de negociación, se articula de manera global a través de las TIC, y potencia la formación de profesionales competentes y empleables, también en derecho, desde una concepción de la educación y del propio derecho como *industrias* innovadoras.

En las siguientes páginas, se tratará de argumentar por qué se sostiene esto, exponiendo (1) en qué consiste el actual contexto socioeconómico y político en el que nos hallamos; (2) cómo este influye en un replanteamiento de las tipologías de profesiones jurídicas y de su ejercicio; y (3) qué implicaciones tiene para la enseñanza del Derecho. En cualquier caso, los cambios que induce el nuevo modelo de sociedad/economía se están aplicando al ámbito de las profesiones jurídicas y de la enseñanza del Derecho, sin tener demasiado en cuenta sus especificidades, las inercias del mundo académico jurídico y de sus gremios profesionales, o las dinámicas internas de poder de sus comunidades políticas. La ausencia de este análisis previo y la aplicación, sin más, de modelos de innovación y gestión del conocimiento que provienen de *otras industrias* podrían desembocar en resultados imprevistos.

## II. La economía del aprendizaje

Utilizamos esta expresión para hacer referencia a una fase del modo de producción capitalista en la que las relaciones socio-económicas (infraestructura) y jurídico-políticas (superestructura) giran en torno a una concepción del conocimiento que es el resultado de la transformación de la información o conocimiento explícito en nuevo conocimiento, todo lo cual es objeto de mercantilización. Pero la economía del aprendizaje constituye, a su vez, una evolución de la sociedad/economía del conocimiento, desde la perspectiva institucional (II.1) y epistemológica (II.2.), desde las cuales se delimitan sus características (II.3). Veamos cómo.

### II.1. Institucionalización

Empecemos analizando los documentos de las organizaciones que, a lo largo de las últimas décadas del siglo XX, han contribuido a situar el conocimiento y el aprendizaje en el núcleo de las políticas económicas, haciendo de la política educativa una parte de aquellas.

Así, la información constituye para la UNESCO un instrumento de conocimiento, pero no es conocimiento. Conocer tampoco es “simple comprobación de los hechos” sino que supone dominar algunas competencias cognitivas, críticas y teóricas, cuyo fomento es precisamente el objeto de las sociedades del conocimiento. “La avalancha de información puede aplastarnos pero el conocimiento es precisamente lo que permite ‘orientarse en el pensamiento’”<sup>3</sup>. La información es un flujo de mensajes mientras que el conocimiento se crea a través de ese flujo y su anclaje en las convicciones y los compromisos del sujeto que conoce<sup>4</sup>. El conocimiento transforma el “dato bruto” de la información en conocimiento, tras lo cual se produce una informalización del

<sup>3</sup> UNESCO, *Informe mundial: hacia las sociedades del conocimiento*, París, 2005, pág. 51.

<sup>4</sup> Nonaka, I, Byosière, Ph., “La creación de conocimiento regional: un proceso de desarrollo social”, en CLUSTER CONOCIMIENTO, *Las sociedades del conocimiento*, Bilbao, 2000, pág. 8. Cfr. Vilaseca, J., Torrent, J., y Díaz, Á., *La economía del conocimiento. Paradigma tecnológico y cambio estructural*, op. cit, pág. 7.

conocimiento o acondicionamiento del conocimiento en información para su transmisión, manipulación y consumo, interconexión a la que la UNESCO califica como “círculo virtuoso”<sup>5</sup>.

Para la UNESCO, “las sociedades del conocimiento” (en plural, ya que no cree que pueda hablarse de un modelo exportable a todos los lugares del planeta sin tener en cuenta sus especificidades y sus conocimientos locales) deberían garantizar un aprovechamiento compartido del saber, para mejorar las condiciones democráticas y el respeto a derechos como la libertad de expresión y opinión, el derecho a la educación, y el derecho a participar en la vida cultural y el progreso científico<sup>6</sup>. Se potenciaría así una *inteligencia colectiva*, sobre todo gracias al uso de las TIC, que, en principio, abre las puertas a una mejora de la participación ciudadana en el gobierno de su comunidad. La sociedad del conocimiento llevará así a la conclusión de que todo conocimiento, incluido el de los expertos, pueda ser cuestionado y revisado<sup>7</sup>.

La UNESCO utiliza también la expresión “sociedad del aprendizaje”, siguiendo los trabajos de Hutchins y Husén, para referirse a una sociedad en la que la formación no está limitada a ciertas edades de la vida humana ni a las instituciones educativas<sup>8</sup>. La UNESCO admite que el “mundo cambiante” al que se enfrentan los seres humanos exige tener diversas profesiones, lo que obliga a su vez a un “aprendizaje de por vida”. Tal aprendizaje garantiza el desarrollo personal y cultural de los individuos pero también el desarrollo económico. En todo caso, la conexión entre los progresos de la educación y los progresos de la economía ya los había señalado la UNESCO en un informe de 1973, titulado *Aprender a ser. La educación del futuro*, donde uno de sus autores, Edgar Fauré, sostenía que no era posible determinar las causalida-

<sup>5</sup> UNESCO, Informe mundial: hacia las..., *op. cit.* pág. 51.

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 18 y 207 y ss.

<sup>7</sup> Krüger, K., “El concepto de ‘sociedad del conocimiento’”, *Revista bibliográfica de geografía y ciencias sociales*, Universidad de Barcelona, XI, nº 683, 25 de octubre de 2006. Disponible en <http://www.ub.edu/geocrit/b3w-683.htm> (última visita 30/06/2017).

<sup>8</sup> UNESCO, Informe mundial: hacia las..., *op. cit.*, pág. 61 y ss.

des respectivas entre ambos tipos de progreso<sup>9</sup>. A través del informe *La educación encierra un tesoro*,<sup>10</sup> elaborado para la UNESCO por la Comisión Internacional de Educación sobre la educación para el siglo XXI, y presidida por Jaques Delors, se indicaba que la educación a lo largo de la vida se basa en cuatro pilares<sup>11</sup>: aprender a conocer (y aprender a aprender, para lo que se considera esencial la capacidad de buscar, jerarquizar y organizar la información que nos proporcionan las TIC<sup>12</sup>), aprender a hacer (adquiriendo no sólo una calificación profesional sino una competencia que capacite al individuo para hacer frente a gran número de situaciones y a trabajar en equipo), aprender a vivir juntos (respetando los valores de pluralismo, comprensión mutua y paz), y aprender a ser (obrar con creciente capacidad de autonomía, de juicio y de responsabilidad personal). Estos cuatro pilares inspirarán, a nivel mundial, buena parte de los elencos de competencias en los que se sostiene que deben formarse los individuos para garantizar sus empleos y, con ellos, el progreso social<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Faure, E., Herrera, F., Kaddoura, A.-R., López, H., Petrovski, A., V. Rahnema, M., Champion Ward, F., *Aprender a ser. La educación del futuro*, Alianza-UNESCO, 1973, pág. 28 y ss. Versión española Carmen Paredes de Castro. Disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001329/132984s.pdf>. (última visita 30/06/2017).

<sup>10</sup> UNESCO, *La educación encierra un tesoro*, Madrid, Santillana/UNESCO, 1997.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pág. 36

<sup>12</sup> UNESCO, *Informe mundial: hacia las...*, *op. cit.*, p. 80.

<sup>13</sup> Así, por ejemplo, la OCDE, *The definition and selection of key competencies executive summary*, 27/5/2005, pág. 4 (Disponible en <http://www.oecd.org/edu/skills-beyond-school/definitionandselectionofcompetenciesdeseco.htm>, última visita 30/06/2017) propone 3 categorías de competencias que definen una personalidad humana: las competencias relativas al uso de herramientas de manera interactiva (usar el lenguaje, símbolos y textos, de manera interactiva, usar el conocimiento y la información de manera interactiva, y usar las tecnologías interactivamente); las competencias relativas a la interacción en grupos homogéneos (relacionarse bien con los otros, cooperar, gestionar y resolver conflictos); y las competencias que tienen que ver con actuar autónomamente (actuar en un panorama amplio, formar y dirigir planes de vida y proyectos personales y hacer valer derechos, intereses, límites y necesidades). La UE recoge en la Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2006 sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente (2006/962/CE), las siguientes ocho competencias clave: comunicación en la lengua materna, comunicación en lenguas extranjeras, competencia matemática y competencias básicas en ciencia y tecnología, competencia digital, aprender a aprender, competencias cívicas

Por su parte, la OCDE empezó a utilizar la expresión “economía del conocimiento o basada en el conocimiento” (*knowledge economy* o *knowledge-based economy*), a partir de la observación del comportamiento de determinadas economías, las cuales se busca convertir en modelos para todo el planeta, justificándose así su papel de economías dominantes o líderes en la economía global. De manera concreta, la OCDE alude con estas expresiones a aquellos países industrializados en los que el conocimiento se considera factor esencial de su crecimiento económico y de su competitividad frente a otras economías<sup>14</sup>. Pero este proceso es caracterizado a partir del funcionamiento de las denominadas industrias intensivas del conocimiento, esto es, las que producen tecnología, las finanzas, las telecomunicaciones, la educación, la salud y los llamados servicios a empresas intensivos de conocimiento. Teniendo en cuenta tales industrias, la OCDE consideró que la economía del conocimiento se basa directamente en la producción, distribución y el uso de conocimiento e información, y apunta como sus elementos definidores la inversión (pública o privada) en investigación, innovación, ciencia, tecnología y recursos humanos, ya que las economías se acercan cada vez más a sus fronteras tecnológicas, y no basta con imitar sino que es necesario innovar<sup>15</sup>.

La OCDE también ha utilizado la expresión “gestión del conocimiento” y “sociedad del aprendizaje”, en su informe *Knowledge Management in the Learning Society*<sup>16</sup>, para dar título a una serie de estudios

y sociales, sentido de la iniciativa y espíritu de empresa y conciencia y expresión culturales.

<sup>14</sup> OCDE, *The Knowledge-based Economy*, 1996; *Boosting Innovation: The Cluster Approach*, Paris, 1999; *Science, Technology and Industry Scoreboard*, 2001; *Towards a knowledge-based economy*, Paris, 2001.

<sup>15</sup> Riesco González, M., *El negocio es el conocimiento*, Madrid, ediciones Díaz de Santos, 2006, pág. 4; González Romero, A., “Conocimiento, innovación y crecimiento económico”, *Mi+d. Revista electrónica* (edición especial: 20 años de la ley de la ciencia. 1986-2006). Disponible en <http://www.madrimasd.org/revista/revistaespecial1/articulos/gonzalez.asp> (última visita 01/06/2017). Camacho, J. A. y Rodríguez, M., “España ante la economía del conocimiento: el papel de los servicios a empresas intensivos de conocimiento”, *Revista Asturiana de Economía*, N° 31, 2004, pág.177 y 178.

<sup>16</sup> OCDE, Paris, 2000 (se ha consultado la edición española, *La administración del conocimiento en la sociedad del aprendizaje*, Bogotá/París, Mayol ediciones/ OCDE, 2006).

acerca de “los procesos de conocimiento en funcionamiento en diferentes sectores” (entre ellos, pero no únicamente, el educativo, que sí se investiga, se dice, con especial atención, “para que el sistema educativo tradicional no quede marginado en la nueva sociedad basada en el conocimiento”). En este informe “se identifican numerosas formas en que es importante el entendimiento a nivel micro o sectorial de la economía basada en el conocimiento (...) Dichas percepciones son valiosas para los gobiernos, los sectores económicos y las empresas e instituciones públicas y privadas cuando buscan mejorar su conocimiento y el rendimiento de su aprendizaje, lo que es de creciente importancia para su funcionamiento en una sociedad de aprendizaje”. Así pues, el ámbito de la educación no agota el aprendizaje, según lo entiende la OCDE<sup>17</sup>.

Por su parte, el BM (Banco Mundial) considera que los pilares de la “economía basada en el conocimiento” (*knowledge-based economy*) son: un régimen económico e institucional que aporte los incentivos para un uso eficiente del conocimiento existente y nuevo, donde florezca el emprendimiento; una población educada y capacitada que pueda crear, compartir y usar el conocimiento; un sistema eficiente de innovación compuesto por empresas, centros de investigación, universidades, *think tanks*, consultores y otras organizaciones que puedan generar un creciente stock de conocimiento global, asimilarlo y adaptarlo a las necesidades locales y crear nueva tecnología; y una infraestructura de tecnologías de la información y la comunicación que facilite la efectiva comunicación, diseminación y procesamiento de la información<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> OCDE, *La administración del conocimiento en la sociedad del aprendizaje*, op. cit., pág. 9.

<sup>18</sup> Banco Mundial Institute Development Studies, *Building knowledge economies: Advanced strategies for development*, Washington, The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, 2007, pp. 23-24. Disponible en <http://siteresources.worldbank.org/KFDLP/Resources/461197-1199907090464/BuildingKEbook.pdf>. (Última visita 22/05/2018)

## II.2. El paradigma tecno-económico

Tras el desarrollo de la sociedad/economía del conocimiento/aprendizaje se detecta un paradigma tecno-económico que procede de una modulación reduccionista del llamado paradigma *sistémico, de la complejidad, holístico o ecológico*<sup>19</sup>, el cual emerge frente al paradigma positivista. De sus corrientes y disciplinas se van a tomar muchos de los tópicos que caracterizan la economía/sociedad del conocimiento/aprendizaje y las innovaciones en sus industrias de referencia, entre ellas la educación, las TIC o la salud, para garantizar la formación en el tipo de profesiones y empleos que precisa. Se trata, por ejemplo, de la distinción entre conocimiento productivo y reproductivo, y de las nociones de conocimiento tácito, competencia, inteligencia modular, o aprendizaje como adaptación y respuesta a los problemas del medio mediante la creación de nuevo conocimiento. Pero, sobre todo, del paradigma sistémico se toma la percepción organicista de las relaciones entre los seres humanos y su entorno, la cual servirá, superpuesta paradójicamente al individualismo típico de la economía capitalista, para justificar la reducción del poder de los estados frente al de las organizaciones económicas y poner sus políticas públicas al servicio de los objetivos e intereses de aquellas. Veamos cómo.

Aunque, como es sabido, el paradigma sistémico se sustenta en la aportación transdisciplinar de múltiples saberes, su configuración se inicia a principios del siglo XX<sup>20</sup>, con las aportaciones de la biología –una biología que Capra denomina “organicista”<sup>21</sup>–, la cual concibe a los seres vivos como totalidades integradas, y abre el paso a una nueva ciencia que será fundamental en la consolidación de este paradigma: la ciencia de la ecología. También se detecta en los inicios del paradigma de la complejidad las aportaciones de la psicología de la *Gestalt*, que considera que el pensamiento que resuelve problemas no

<sup>19</sup> Son las denominaciones dadas a este paradigma emergente, según Capra, F., *La trama de la vida. Una nueva perspectiva de los sistemas vivos*, Barcelona, Anagrama, 1998, pág. 37.

<sup>20</sup> Capra, F., *La trama de la vida. Una nueva perspectiva de los sistemas vivos*, op. cit.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pág. 46.

es reproductivo sino productivo y se basa en facultades como la comprensión y la intuición, idea muy influyente en la sociedad/economía del conocimiento/aprendizaje. En todo caso, también influyen en la configuración del paradigma sistémico las llamadas ciencias cognitivas, entre las que se incluyeron inicialmente 6 disciplinas: la filosofía, la psicología, la IA, la lingüística, la antropología y las neurociencias<sup>22</sup>. Muchos de sus conceptos, teorías e investigaciones se tomarán para justificar y delimitar los caracteres de la sociedad/economía del conocimiento/aprendizaje<sup>23</sup>.

A este respecto, las aportaciones de las ciencias cognitivas se van desarrollando a lo largo de las diversas fases por las que aquellas pasan<sup>24</sup>: en una fase inicial, más neopositivista y funcionalista, estas ciencias contribuyen a una visión computerizada de la mente humana, sobre la analogía entre cerebro y ordenador que concibe la cognición básicamente como procesamiento de información<sup>25</sup>. Pero ante la incapacidad para explicar cómo del procesamiento de la información se produce conocimiento nuevo, pasan a una segunda fase, donde se desarrolla la llamada “teoría de la mente” (por la cual poseemos una serie de conocimientos e inferencias que nos permiten interpretar y predecir lo que hacen otros), los estudios sobre la interacción mente-medio, y una concepción modular de la mente. En esta fase se retomarán los

<sup>22</sup> García García, E., “Teoría de la mente y ciencias cognitivas”, en Feito Grande (ed.), *Nuevas perspectivas científicas y filosóficas sobre el ser humano*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2007, pág. 17 y ss.

<sup>23</sup> Su influencia se aprecia en las investigaciones del Centro para la Investigación e Innovación Educativa (CERI) de la OCDE, que inició un proyecto en 1999 sobre “Ciencia del Aprendizaje e Investigación sobre el Cerebro”, dando lugar a un informe en 2002 titulado *La comprensión del cerebro: hacia una ciencia del aprendizaje*, al que sigue el libro *La comprensión del cerebro. El nacimiento de una ciencia del aprendizaje*, París, OCDE, 2007 (trad. español publicada por la Universidad católica Silvia Henríquez, 2009).

<sup>24</sup> García García, “Teoría de la mente y ciencias cognitivas”, *op. cit.*, pág. 24 y ss.

<sup>25</sup> Estanny, A., “El impacto de las ciencias cognitivas en la filosofía de la ciencia”, *Eidós. Revista de Filosofía de la Universidad del Norte*, 6, mayo, 2007, pp. 28-32 y 38-44. Disponible en <http://www.redalyc.org/pdf/854/85400603.pdf> (Última visita 22/05/2018).

trabajos de la *Gestalt*, Vigotsky, Bartlett, Piaget o Guilford sobre el aprendizaje, la instrucción, la memoria y la creatividad<sup>26</sup>.

Pero, sin duda, es la aplicación del paradigma sistémico al ámbito de los estudios de la economía y la empresa lo que permite desarrollar los tópicos más significativos que conducen a esta nueva etapa de la economía global. Así, en el ámbito de la ciencia económica, el paradigma de la complejidad ha dado lugar a teorías como la de W. B. Arthur, para quien la economía es un proceso constante en el que los individuos interaccionan, adaptando continuamente sus estrategias y comportamientos para resolver los problemas del medio, haciendo que las estructuras (como por ejemplo, los mercados, las instituciones sociales y jurídicas o los patrones de precios) cambien continuamente. De esta manera contribuyen a que sus agentes cambien también sus comportamientos, con los que se reconstruyen, a su vez, las propias estructuras. Esta percepción es deudora de la concepción del aprendizaje como adquisición y modificación de conocimientos, habilidades, estrategias, creencias, actitudes y conductas<sup>27</sup>, la cual es debida a las aportaciones de las corrientes cognitivistas y las constructivistas de la psicología del aprendizaje<sup>28</sup>.

En este contexto, ocupan un lugar fundamental la innovación y el cambio tecnológico, que Arthur concibe como una evolución de la propia tecnología, siendo esta considerada el resultado de procesos de aprendizaje<sup>29</sup>. En todo caso, la noción de innovación tecnológica debe

<sup>26</sup> Sobre estas cuestiones, véase Pozo, J. J. *Teorías cognitivas del aprendizaje*, Madrid, Morata, 1997, pág. 17 y ss.; Romo Santos, M., “Treinta y cinco años de pensamiento divergente. Teoría de la creatividad de Guilford”. *Estudios de Psicología*, número 27-28, 1987, pág. 175-192; Perales Palacios, F.J., “Desarrollo cognitivo y modelo constructivista en la enseñanza-aprendizaje de las ciencias”, *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, 13, Enero-Abril, 1992, pp. 173-189. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=618847> (Última visita 22/05/2018).

<sup>27</sup> Schunk, D. H., *Teorías del aprendizaje*, trad. J.F. Javier Dávila Martínez, México, Pearson, 1997, pág. 2.

<sup>28</sup> Pozo, J. J., *Teorías cognitivas del aprendizaje*, ob. cit., pág. 17 y ss.

<sup>29</sup> Del mismo autor, véase: Arthur, W. B., *Increasing returns and path dependence in the economy*, Michigan, The Michigan University Press, Michigan, 1994; *The Economy as an Evolving Complex System II*, editado con Steven Durlauf y David Lane, Reading

mucho a los trabajos de Arrow, David, Mokyr, Nelson o Rosenberg (partiendo, a su vez, de la afirmación de Schumpeter según la cual el avance del conocimiento tecnológico era la clave en el análisis económico)<sup>30</sup>. En este punto, todas las innovaciones humanas, sean sociales o físicas se catalogan como tecnologías, sociales y físicas<sup>31</sup>. El derecho sería, pues, una tecnología social, cuya transformación responde a innovaciones introducidas por quienes cultivan los saberes jurídicos, desde las demandas sociales –de individuos o colectivos, como una empresa-, aunque también pueden venir inspiradas o desarrolladas por las ciencias robustas y las tecnologías que producen tecnologías físicas.

También el paradigma de la complejidad ha contribuido al desarrollo de las ciencias de la administración o gestión (*management*) y la psicología de las organizaciones y del trabajo, aplicadas fundamentalmente a las empresas, donde se han desarrollado categorías como las *competencias*, el *capital intelectual* y la *gestión del conocimiento*, las cuales alcanzan una gran importancia, ya que se consideran el motor de la ventaja competitiva de las organizaciones.

En la delimitación de estos conceptos será muy importante la distinción propuesta e la segunda mitad del siglo XX por el científico y filósofo Michael Polanyi<sup>32</sup>, entre conocimiento tácito y conocimiento explícito. Su presupuesto de partida es el rechazo de la idea, típica del positivismo científico, de que la ciencia es un conocimiento aislado, lo que quedaría refutado por la existencia de dos polos de conocimiento: el polo externo, equivalente a los elementos que se atribuyen al pensamiento racional desde la Ilustración, esto es, la objetividad, los estándares universales, y la articulación o formalización a través del

(Mass.), Addison-Wesley, 1997, 1997; *The Nature of Technology: What it is and How it Evolves*, Nueva York, The Free Press (Simon & Schuster), 2009.

<sup>30</sup> Benavides, O. A., “La innovación tecnológica desde una perspectiva evolutiva”, *Cuadernos de Economía*, XXIII, N° 41, Bogotá, 2004, pág. 51.

<sup>31</sup> La distinción entre tecnologías físicas y sociales la desarrolla Nelson, R., *Physical and Social Technologies, and Their Evolution*, Pisa, Italia, LEM Working Paper, Series No. 9, June, Laboratory of Economics and Management, Sant’Anna School of Advanced Studies, 2003.

<sup>32</sup> Nye, M. J., *Michael Polanyi and his generation: Origins of the Social Construction of Science*, Chicago, University Chicago Press, 2011, pp. 15 y 7, 295 y 302.

lenguaje; y el polo interno o personal, en el que se enraíza el anterior, y que equivale a las creencias prácticas heredadas, tradiciones, valores y prejuicios, y las informaciones e imágenes conceptuales y sensoriales, cuyas características primordiales son que se adquiere por la práctica y no puede ser articulado de manera explícita. Por esta razón, el polo interno constituye la *dimensión tácita* del conocimiento<sup>33</sup>.

La dualidad conocimiento tácito-conocimiento explícito parece superar y sustituir la dualidad teoría-práctica, y su presencia puede detectarse en la concepción de la espiral de conocimiento (tácito-explícito) que se da en las empresas, propuesta Nonaka y Takeuchi<sup>34</sup>, estudiosos de las organizaciones; o en la clasificación de los tipos de conocimiento propuesta por Lundvall<sup>35</sup>, otro influyente economista estudioso de las organizaciones al frente de la Dirección de Ciencia, Tecnología e Innovación –CERI- de la OCDE, y que participó también activamente en la preparación y el seguimiento de la Estrategia de Lisboa de 2000, cuyo objetivo declarado era convertir la economía de la UE en “la economía del conocimiento más competitiva y dinámica del mundo”. Su clasificación, que hizo suya la OCDE<sup>36</sup>, distingue entre, por un lado, saber qué o *know what* y saber por qué o *know why* (conocimiento explícito o información), y, por otro, saber cómo o *know how* y saber quién o *know who* (conocimiento tácito, o verdadero conocimiento innovador). Para Lundvall<sup>37</sup>, el conocimiento es un activo, que puede funcionar como un *input* y un *output* en el proceso de producción. El *input* lo constituyen las competencias, el *output* la inno-

<sup>33</sup> Polanyi, M., *Personal Knowledge. Towards a Post-Critical Philosophy*, Chicago, University Chicago Press, Chicago, 1962.

<sup>34</sup> Nonaka, I. y Takeuchi, H., *The knowledge-creating company: How Japanese Companies Create the Dynamics of Innovation*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1995.

<sup>35</sup> Lundvall, B.-A. y Johnson, B., “The learning economy”, *Journal of Industry Studies*, v1, No. 2, Diciembre, 1994, pp. 23-42; Lundvall, B.-A., “The economics of knowledge and learning”, en Christensen, J. y Lundvall, B.-A. (eds.) *Product Innovation, Interactive Learning and Economic Performance (Research on Technological Innovation, Management and Policy*, vol. 8, Emerald Group Publishing Limited, 2004, pág. 21-42

<sup>36</sup> OCDE, *The Knowledge Based Economy*, París, 1996. Disponible en <https://www.oecd.org/sti/sci-tech/1913021.pdf> (última visita 01/04/2016).

<sup>37</sup> Lundvall, B.-A., “The economics of knowledge and learning”, *op. cit.*

vación, pero todas ellas son susceptibles de convertirse en mercancías que pueden comprarse y poseerse de manera privada.

En relación a las competencias, se hallan con carácter general, conectadas a otros términos como aptitud (*ability, aptitude*) y destreza (*skill*), y según la abundante literatura que las ha estudiado, parece que el primero (aptitud) se refiere a las capacidades que permiten a alguien saber desempeñar las actividades de su puesto de trabajo, serían de tipo cognitivo; mientras, las habilidades harían referencia a desempeños de tipo físico o motor<sup>38</sup>. Desde estos planteamientos, se habla incluso de competencias en relación a las propias empresas y organizaciones, como si fueran organismos vivos: serían las “competencias corporativas”, “metatécnica” o “competencias estratégicas”<sup>39</sup>. Igualmente se sostiene que no sólo aprenden los individuos sino también las empresas<sup>40</sup>, las cuales se ven abocadas a hacerlo para poder subsistir e incrementar su valor.

Para Le Boterf (experto en ingeniería de recursos humanos, según su página web), las competencias no se reducen ni a saber ni a saber-hacer, ni pueden asimilarse por adquisición-formación. Así, se puede conocer el Derecho comercial pero redactar mal un contrato<sup>41</sup>. No obstante se sostiene también, atendiendo a la distinción entre aptitudes y habilidades dentro de las competencias, que las aptitudes no se aprenden, por ser innatas, permanentes, estables y sólo poder inferirse por la conducta; mientras que las destrezas, que sí son modificables, son observables y pueden ser aprendidas<sup>42</sup>. Pero, en ambos casos, el

<sup>38</sup> Agut Nieto, S. y Gau Gumbau, R. M., “Una aproximación psicosocial al estudio de las competencias”, *Proyecto social: Revista de relaciones laborales*, 9, 2001, pág. 13-24. (Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=209924>. Última visita 22/05/2018)

<sup>39</sup> Riesco González, M., “El enfoque por competencias en el EEES y sus implicaciones para la enseñanza y el aprendizaje”, *Tendencias Pedagógicas*, 13, 2008, pp. 82 y 83.

<sup>40</sup> Senge, P. M., *The Fifth Discipline. The art and practice of the learning organization*, Nueva York, Doubleday, 1990.

<sup>41</sup> Le Boterf, G., *De la compétence. Essai sur un attracteur étrange*, Paris, Les Éditions d'organisation, 1994, pág. 16.

<sup>42</sup> Agut Nieto, S. y Gau Gumabau, R. M., “Una aproximación psicosocial al estudio de las competencias”, *op. cit.*

pasaje a la competencia se revela en la actualización de lo que sabemos en un contexto singular. La competencia sólo existe en cuanto que competencia en acto-acción: es la actuación del llamado conocimiento tácito o *pegajoso*<sup>43</sup>.

### II.3. Características de la economía del aprendizaje

La declinación tecno-económica del enfoque sistémico y la institucionalización de un modelo de producción basado, según se ha señalado, en el funcionamiento de ciertas industrias muy influyentes en el ámbito internacional, ha desembocado en un tipo de economía/sociedad del conocimiento/aprendizaje, a la que de manera más simplificada aludiremos como economía del aprendizaje, debido a la centralidad de esos dos polos. Esta economía se caracteriza por lo siguiente: 1) en ella, el conocimiento no es igual a la información, pues ésta es un flujo de mensajes y el conocimiento surge cuando ese flujo se ancla en las convicciones y los compromisos del sujeto que conoce<sup>44</sup>; 2) una vez que se transforma el dato bruto en el que consiste la información en conocimiento, este se convierte en nueva información que se transmite, manipula y consume, generando nuevo conocimiento; 3) el proceso que transforma la información en conocimiento se denomina *aprendizaje*<sup>45</sup>, mediante el cual ante los desafíos o problemas del entorno se moviliza y transfiere lo ya conocido para resolver esa perturbación del medio, generando así innovación<sup>46</sup>; 4) esta innovación se concibe, a su

<sup>43</sup> Lundvall, B.-Å., “The economics of knowledge and learning”, *op. cit.*; Von Hippel, E., “Sticky Information” and the Locus of Problem Solving: Implications for Innovation”, *Management Science*, 40, Número 4, 1994, pp. 429-439.

<sup>44</sup> Vilaseca, Torrent y Díaz, *op. cit.*

<sup>45</sup> Martínez León, I. y Ruiz Mercader, J., “Los procesos de creación del conocimiento: el aprendizaje y la espiral de conversión del conocimiento”, en *XVI Congreso Nacional y XII Congreso hispano-francés de AEDEM: la empresa intangible*, Asociación Europea de Dirección y Economía de la Empresa (AEDEM), Alicante, Universidad de Alicante, 2002, pág. 2.

<sup>46</sup> Lundvall, B.-Å., “Entender la función de la educación en la economía del aprendizaje: la contribución de la economía”, en OCDE, *La administración del conocimiento en la sociedad del aprendizaje*, Bogotá, OCDE, Mayol ediciones, S.A., 2006, pág. 20.

vez, como innovación fundamentalmente tecnológica, en la medida en que se reconducen a la categoría de tecnología todos los productos, materiales e inmateriales, del conocimiento humano; de ahí que se hable de tecnologías físicas (las tecnologías de la comunicación y la información, o la reproducción asistida), como de tecnologías sociales (las prácticas empresariales, los modelos de organización estatal, o los mismos sistemas de Investigación, Desarrollo e Innovación o I+D+i); finalmente, 5) el conocimiento así concebido se convierte en fuente de riqueza y, por lo tanto, de desarrollo y progreso, lo que justifica su captación, codificación, evaluación de su calidad e intercambio<sup>47</sup>. También justifica la institucionalización de sistemas estatales de I+D+i como canales de desarrollo de los Estados<sup>48</sup>.

### III. Las profesiones jurídicas en la economía del aprendizaje

La economía del aprendizaje parece haber reducido el conocimiento a innovaciones tecnológicas, según se producen en determinadas industrias y servicios como la tecnología, las finanzas, las telecomunicaciones, la educación, la salud y los llamados servicios a empresas intensivos de conocimiento, que son los más potentes del ámbito económico. Cuando ese modelo dominante de industria e innovación tecnológica se traslada, sin más reflexión ni atención a sus especificidades, al ámbito de las profesiones del Derecho, lo que ocurre es que quedan reducidas a una de esas industrias, principalmente, las de servicios a empresas intensivos de conocimiento, en este caso, de conocimiento jurídico o más específicamente de ingeniería de conocimiento jurídico y de gestión de riesgos jurídicos. También la educación, incluida la jurídica, se convierte en una de estas industrias que proveen conocimiento

<sup>47</sup> Riesco, M., *El negocio es el conocimiento*, op. cit., pp. 6 y 7.

<sup>48</sup> Lundvall, B.-Å., *National systems of innovation: Toward a theory of innovation and interactive learning*, 2, Londres, Anthem Press, 2010; Lundvall, B.-Å., Johnson B., Andersen, E. S., Dalum, B., "National systems of production, innovation and competence building", *Research policy*, 31, No 2, 2002, pp. 213-231.

y/o profesionales competentes y con creatividad de la que se espera también su propia cuota de innovación.

De manera concreta, las profesiones jurídicas, muchas de las cuales eran representativas de las llamadas profesiones liberales (abogacía, procura, registros, notarías, consultorías, etc.), están pasando a ser trabajo por cuenta ajena en grandes despachos o empresas de abogados(as), o bien trabajo autónomo, por medio del cual se contrata o subcontrata un determinado servicio jurídico. En cuanto a las profesiones jurídicas funcionarizadas (judicatura, fiscalía, abogacía del Estado, etc.) y concebidas como servicio público cuya razón de ser estaba en la garantía del interés general, la legalidad y los derechos constitucionales, experimentan ya el impacto del retroceso del Estado y su jurisdicción en beneficio de formas privadas de resolución de conflictos, como el arbitraje o la mediación, así como el empobrecimiento y desmantelamiento de las administraciones públicas de los Estados que se exige como solución a la crisis económica.

Por otra parte, el modelo de jurista que conoce todo el derecho y se ocupa de todo el caso (desde la recepción de la clientela hasta la litigación completa en el foro) está cediendo a la micro-especialización de las tareas jurídicas, no ya por ramas (penal, civil, laboral, etc.), sino dentro de un mismo litigio, dividido en diferentes tareas que acometen juristas con competencias o creatividad específicas para desarrollarlas: revisión documental, investigación de legislación, estrategia, tácticas, negociación, defensa, etc.<sup>49</sup>

En esta división de los trabajos jurídicos, las tareas más rutinarias que exigen manejar grandes cantidades de información se dejan a las TIC, mientras que para los seres humanos quedarían las actividades que requieren creatividad o intuición y que son el tipo de actividad que no pueden desempeñar las TIC, al carecer (aún)<sup>50</sup> de esa capacidad de

<sup>49</sup> Suskind, R., *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future*, *op. cit.*

<sup>50</sup> Debe recordarse que la IA está integrada por diversas áreas que tratan de desentrañar cómo adquieren conocimiento los seres humanos a fin de imitarlos. Sobre estas cuestiones, véase Pino Díez, R., Gómez Gómez, A., De Abajo Martínez, N., *Introducción a la inteligencia artificial: Sistemas expertos, redes neuronales artificiales y computación evolutiva*, Oviedo, Universidad de Oviedo-Servicio de Publicaciones, 2001.

aprendizaje o transformación de la información en conocimiento que tienen los humanos. Se trata de una percepción que se extiende también a las profesiones jurídicas, como se deduce del último informe de la empresa Deloitte, significativamente titulado *Desarrollando el talento jurídico. Entrando en la empresa jurídica del futuro*<sup>51</sup>.

Las profesiones jurídicas, como el resto de profesiones, han sido re-configuradas según los nuevos presupuestos de esta fase del capitalismo global, por lo que reflejarán los cambios laborales que ya se están produciendo en otras profesiones, como por ejemplo la exigencia de formación de por vida y la importancia de las competencias y la creatividad, cuya posesión y alcance dan la medida de la *empleabilidad* de una persona. A este respecto y según la propia OIT, la empleabilidad: “se refiere a las competencias y cualificaciones transferibles que refuerzan la capacidad de las personas para aprovechar las oportunidades de educación y de formación que se les presenten con miras a encontrar y conservar un trabajo *decente*, progresar en la empresa o al cambiar de empleo y adaptarse a la evolución de la tecnología y de las condiciones del mercado de trabajo”<sup>52</sup>.

En este escenario de incesante aprendizaje (como transformación innovadora del conocimiento ante los continuos problemas del entorno), se potencia la capacidad emprendedora y la responsabilidad personal, considerando que los individuos deben adaptarse a los cambios y ser críticamente autorreflexivos, innovadores, creativos, autodirigidos y automotivados, no sólo en la etapa escolar sino a lo largo de sus vidas, ya que las demandas cambian y los individuos deben aprender y olvidar competencias para darles respuesta<sup>53</sup>. Esto conduce a que

<sup>51</sup> *Developing legal talent. Stepping into the future law firm*. Disponible en <https://www2.deloitte.com/uk/en/pages/audit/articles/developing-legal-talent.html> (última visita 06/07/2017).

<sup>52</sup> R195 - Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos, 2004 (núm. 195). *Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos: educación, formación y aprendizaje permanente*. Ginebra, Suiza, 92ª reunión CIT (17 junio 2004). Disponible en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R195](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R195) (última visita 28/05/2017). La cursiva es mía.

<sup>53</sup> OCDE, *The definition and selection of key competencies executive summary*, 27/5/2005, op. cit., pág. 17.

se demande una formación para el empleo que potencie la formación en competencias, lo cual contradice las afirmaciones que hemos visto acerca de la imposibilidad de que las competencias (o al menos, las que consisten en aptitudes) se adquieran mediante la formación.

La posición de la OCDE al respecto ya se recogió en su programa *Definition and Selection of Competencies: Theoretical and Conceptual Foundations (DeSeCo)*, iniciado en 1997. De manera principal, la OCDE sostiene que “el desarrollo sostenible y la cohesión social dependen de manera crítica de las competencias de todas nuestras poblaciones –entendiendo que la competencias incluyen conocimiento, habilidades, aptitudes y valores”<sup>54</sup>. Para la OCDE, si el éxito individual consiste en tener un empleo remunerado que aporte ingresos, salud, seguridad, participación política y redes sociales, y si el éxito para la sociedad consiste en la productividad económica, los procesos democráticos, la cohesión social, los derechos humanos, la igualdad y la sostenibilidad del medioambiente, su logro requiere de competencias individuales, competencias institucionales y la aplicación de las competencias individuales a los objetivos colectivos<sup>55</sup>.

La apuesta de la OCDE por esta relación específica entre competencias y empleo se evidencia en las herramientas (ítems y cuestionarios) que pone a disposición de los Estados miembros para evaluar las competencias cognitivas y relacionadas con el mundo del trabajo de adultos(as), a fin de que: “los individuos participen con éxito y la sociedad y la economía prosperen”<sup>56</sup>. Esa conexión continúa en sus últimos documentos dedicados al panorama de las competencias y al empleo, instando a los Estados a hacer lo que puedan para que sus trabajadores(as) hagan un uso completo de sus competencias en el trabajo, y a

<sup>54</sup> *Ídem*, pág. 4 y ss.

<sup>55</sup> OCDE, *The definition and selection of key competencies executive summary*, 27/5/2005, *op. cit.*, pág. 6.

<sup>56</sup> Disponible en <http://www.oecd.org/skills/evaluaciones-de-competencias/> (última visita 27/06/2017).

no limitarse al desarrollo de políticas educativas en este asunto, sino a desarrollar también la innovación en el lugar del trabajo<sup>57</sup>.

Por su parte, el BM ofrece herramientas para evaluar las competencias de las personas trabajadoras y su empleabilidad a través de su programa STEP, o *Skills towards Employability and Productivity* (2014), haciendo también evaluaciones sobre el uso de las competencias en países en desarrollo. En cuanto a la UE (Unión Europea), su posición acerca de la formación en competencias quedó asentada en la *Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2006, sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente* (2006/962/CE). Actualmente, su página web tiene un espacio dedicado a ofrecer: “opciones inspiradoras sobre competencias y empleos en Europa”<sup>58</sup>.

Estas profundas transformaciones que redefinen las profesiones jurídicas son vistas en ocasiones como una intensificación de su significación artesanal, de su carácter de *oficios de juristas*<sup>59</sup>. Sin embargo, lo que la economía del aprendizaje no garantiza es que los seres humanos, artesanos y creativos, sigan ostentando el poder de disposición sobre sus competencias o su creatividad, convertidas en una mercancía más; y al ser un tipo de conocimiento pegado a quien lo activa, tampoco está claro cómo se puede evitar la mercantilización del individuo que lo porta.

<sup>57</sup> OCDE, *Skills Outlook 2015. Youth. Skills and Employability*, disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264234178>. OCDE, *Employment Outlook 2016*, disponible en [http://www.oecd-ilibrary.org/employment/oecd-employment-outlook-2016\\_empl\\_outlook-2016-en](http://www.oecd-ilibrary.org/employment/oecd-employment-outlook-2016_empl_outlook-2016-en). OCDE, *Skills Outlook 2017. Skills and Global Value Chains*, disponible en <http://www.oecd.org/publications/oecd-skills-outlook-2017-9789264273351-en.htm> (última visita web indicadas 30/06/2017).

<sup>58</sup> Disponible en <http://skillspanorama.cedefop.europa.eu/en/skill> (última visita 27/06/2017).

<sup>59</sup> Véase, por ejemplo, Díez-Picazo, L. (coord.), *El oficio de jurista*, Madrid, Siglo XXI, 2006.

#### IV. La enseñanza del Derecho: hacia la formación de profesionales competentes

Algunos de los cambios más evidentes que ha traído la economía del aprendizaje a la enseñanza del Derecho han sido: 1) alterar la relación profesorado/alumnado, enseñanza/aprendizaje, convirtiendo al segundo término del par en el protagonista de la formación jurídica. La transmisión acrítica de conocimiento (de tipo explícito o información) entre maestro-discípulo, tan habitual en la formación jurídica y sus típicas clases magistrales, y consecuencia de que el saber jurídico construido en la Universidad sea un saber dogmático y elitista basado en la autoridad incontestable de los maestros, es cuestionada en nombre de la formación de por vida y las exigencias de mantener su empleabilidad que se ciernen sobre quienes ejerzan las profesiones jurídicas. Son estas personas las que deben dirigir su proceso de formación para poder postularse siempre como profesionales competentes, y el profesorado, sea en la Universidad o en otros ámbitos formativos, sólo son guías<sup>60</sup>. 2) Las universidades se integran en los sistemas nacionales de ciencia, los cuales tienen entre sus funciones la producción (investigación), transmisión (docencia) y transferencia de conocimiento<sup>61</sup>. Esta última irá dirigida a individuos y grupos como las empresas, que usarán al conocimiento para la producción de beneficios. Así lo señalan la OCDE<sup>62</sup> y la UNESCO<sup>63</sup>. Pero la circunstancia de que las universidades hayan cobrado un interés estratégico en la competitividad de algunas empresas puede imponer determinados tipos y materias de investigación y enseñanza, como la biotecnología o las telecomunicaciones, marginando otros como las disciplinas humanísticas. 3) Muchas universidades se están dotando de la estructura y el funcionamiento de una empresa, mercantilizando sus servicios. En todo caso, los cen-

<sup>60</sup> Saavedra López, M. y Ruiz Resa, J.D., “Los estudios jurídicos en el Espacio Europeo de Educación Superior”, en AA.VV., *Entre la ética, la política y el derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Madrid, Dykinson, 2008, pág. 1247-1280.

<sup>61</sup> OCDE, *The Knowledge Based Economy*, 1996, *op. cit.*, pp. 21-24

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> UNESCO, *Informe mundial: Hacia las...*, *op. cit.*

tros educativos han pasado a ser, bajo la perspectiva de la OCDE, un *negocio*, y su alumnado, su *clientela*<sup>64</sup>, mientras que sus servicios son sometidos a controles de calidad como se hace en el resto de las empresas. 4) Puesto que la educación, incluida la jurídica, se erige en una de estas industrias que proveen conocimiento y/o profesionales competentes, se defiende que, como toda industria, debe liberalizarse y no estar monopolizada por las universidades. 5) Ese mismo carácter de industria del conocimiento que tienen los centros educativos como las universidades determina que contengan sus propios procesos de innovación. Las innovaciones docentes serían, pues, una dimensión más de la innovación de conocimiento que se lleva a cabo en las universidades, y que interactuaría con las innovaciones que se producen en las otras dos dimensiones: investigación y transmisión del conocimiento. La OCDE reconoce que aún se sabe muy poco acerca de cómo se produce la innovación en la enseñanza<sup>65</sup>.

En este contexto de mercantilización del conocimiento, lo que principalmente se espera de la formación universitaria es que provea, no individuos humanistas ni científicos críticos (Kant y Von Humboldt), ni tampoco meros técnicos que se limitan a aplicar, sin cuestionar, la ley del Estado (Napoleón)<sup>66</sup>, sino, como ya se ha visto, profesionales competentes y empleables que pongan en marcha, a su debido tiempo,

<sup>64</sup> Así se deduce del vocabulario de Hargreaves en sus informes para la OCDE, quien cree que las escuelas y Universidades deberían enseñar: “a sus clientes más efectiva y eficientemente” y sostiene que “[l]os pedagogos tendrán así que aprender a crear nuevo conocimiento sobre su negocio y a aplicarlo exitosamente en nuevas y muy inciertas condiciones”. En Hargreaves, D., “La producción, intermediación y el uso del conocimiento en diferentes sectores”, en OCDE, *La administración del conocimiento en la sociedad del aprendizaje*, op. cit., pág. 35. Las cursivas son mías.

<sup>65</sup> Sobre este particular véase OCDE, *La administración del conocimiento en la sociedad del aprendizaje*, op. cit.

<sup>66</sup> Sobre estos modelos de juristas, véase Salguero Salguero, M., “La tarea crítica de la filosofía jurídica en el espacio académico de la Facultad de Derecho”, en Ruiz Resa, J.D. (ed.), *Política, economía y método en la investigación y aprendizaje del derecho*, Madrid, Dykinson, 2014, pág. 169-181; Saavedra López, M. y Ruiz Resa, J.D., “Los estudios jurídicos en el Espacio Europeo de Educación Superior”, en AA.VV., *Entre la ética, la política y el derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 1247-1280.

sus distintas competencias, creatividades o talentos, según las demandas de su entorno laboral. Como su inteligencia se aloja y limita en su cuerpo, los seres humanos constituyen una mente encarnada que debe superar sus limitaciones extendiéndose en objetos o prótesis externas como las TIC.

Por consiguiente en la enseñanza del Derecho, como en otras enseñanzas universitarias, se ha afianzado (a pesar de las contradicciones que eso implica) la formación y evaluación por competencias<sup>67</sup>. Teniendo en cuenta que son categorías desarrolladas en el ámbito laboral y empresarial, no extraña que se traigan las dinámicas propias de esos ámbitos al de la enseñanza, también del Derecho, lo que por otra parte parece un paso natural al haberse configurado la educación como una empresa más.

En este nuevo contexto de formación para la acción y la gestión/producción de conocimiento, resultan especialmente adecuadas las metodologías de instrucción basadas en el *learning by doing*, como el aprendizaje basado en problemas o en proyectos, para garantizar al menos un escenario donde se accionen las competencias. Aunque la apuesta expresa por el *learning by doing* se detecta en la obra del psicólogo y filósofo John Dewey<sup>68</sup>, lo cierto es que ha tenido un fuerte impulso gracias a metodologías articuladas en el ámbito económico y empresarial. Así, para Rosenberg, existen diversos tipos de aprendizaje que se llevan a cabo en el ámbito económico: 1) en la fase de I+D, 2) en la de producción y 3) en la de uso de la tecnología: en los procesos de I+D el aprendizaje ocurre en la generación de nuevas tecnologías;<sup>69</sup> en la etapa de fabricación mediante el *learning by doing*, y en la etapa de utilización del producto por el usuario final, mediante el *learning by*

<sup>67</sup> Gil Flores, J., “La evaluación de competencias laborales”, *Educación XXI*, 10, 2007, pp. 83-106. (Disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/educacionXX1/article/view/298/254>. Última visita 22/05/2018)

<sup>68</sup> Ruiz, G., “La teoría de la experiencia de John Dewey: significación histórica y vigencia en el debate teórico contemporáneo”, *Foro de Educación*, 11, No. 15, 2013, pp. 105-106.

<sup>69</sup> Rosenberg, N., *Inside the black box technology and Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

using. En cada uno de estos tres procesos de aprendizaje se producen innovaciones tecnológicas que ocurren después de diseñarse el producto. Por otra parte, Schön sigue directamente la estela de Dewey en su libro *La formación de profesionales reflexivos: Hacia un nuevo diseño de la enseñanza y el aprendizaje de las profesiones*<sup>70</sup>; mientras que la utilización de problemas para innovar y crear nuevo conocimiento se considera esencial en las empresas, y ha llevado al desarrollo de metodologías para hallar soluciones como el *design thinking*, *brainstroming*, seis sombreros para pensar, mapas mentales, *scamper*, TRIZ (acrónimo ruso de “teoría de la solución creativa de problemas”) o QFD (*Quality Function Deployment*: Despliegue de la Función de Calidad)<sup>71</sup>.

En todo caso, y teniendo en cuenta estos presupuestos, ni el método del caso es *learning by doing*, como advertía Jerome Frank, pues estudia casos ya resueltos<sup>72</sup>; ni lo es ningún otro método que, como éste, consista en la transmisión, captación y aplicación de contenido explícito (esto es, información) ya existente. Aunque el método del caso se vea como una *innovación* docente en los sistemas de Derecho civil, cuya enseñanza se basa en la lección magistral que transmite principios y conceptos jurídicos, en los sistemas del *Common Law* su existencia responde a las vicisitudes propias de su derecho: un origen predominantemente procesal y la diversidad de sus tribunales y procedimientos (principalmente en Gran Bretaña), imposibilitaba una formación en principios y conceptos generales, como sí permitían en cambio los sistemas de Derecho civil (también entendidos como sistemas de derecho continental codificados)<sup>73</sup>. En este sentido, el hecho de que

<sup>70</sup> Dewey, J., *La formación de profesionales reflexivos: Hacia un nuevo diseño de la enseñanza y el aprendizaje de las profesiones*, Barcelona, Paidós, 1992.

<sup>71</sup> Sobre estas cuestiones, véase Castillo-Vergara, M., Alvarez-Marín, A., Cabana-Villca, R., “Design thinking: cómo guiar a estudiantes, emprendedores y empresarios en su aplicación”, *Ingeniería Industrial*, XXXV, No. 3, septiembre-diciembre, 2014, pp. 301-311.

<sup>72</sup> Frank, J., “Why Not a Clinical Lawyer School”, *University of Pennsylvania Law Review*, 81, 1933, pág. 907-923. Disponible en [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5092&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5092&context=fss_papers). (Última visita 22/05/2018)

<sup>73</sup> Véase Lageot, C., “L’enseignement du droit en France et an Grande-Bretagne : regard comparé», en Raimbault, Ph., *La pédagogie au service du droit*, Toulouse, LGDJ-Presses de l’Université Toulouse 1 Capitole, 2011, pág. 41 y ss.

hasta muy recientemente universidades como la de Oxford no hayan incorporado entre sus estudios los de Derecho (lo que significa que se podían ejercer las profesiones jurídicas sin título universitario oficial al efecto), o que la formación jurídica para el ejercicio profesional estuviera y siga estando controlada por los colegios de abogados, muestra también que en los sistemas del *Common Law* la enseñanza y las profesiones jurídicas han discurrido menos controladas por las políticas de los Estados-nación y más conectadas a las actividades e intereses de la actividad privada. Esta percepción de la enseñanza y las profesiones jurídicas es la que parece haberse tenido en cuenta para trazar el camino de las transformaciones a nivel global de las profesiones jurídicas y la enseñanza del Derecho en la economía del aprendizaje, lo que no extraña si se tiene en cuenta que muchas de las empresas que han servido de modelo para caracterizar esta economía, así como muchos de sus más conspicuos teóricos y defensores, se ubican en el contexto de la cultura jurídica del *Common Law*.

En todo caso y para calibrar lo que se puede esperar de la formación de juristas en competencias, hay que tener en cuenta que hay muchos países miembros de la OCDE que vienen de una dictadura política. Tal es el caso de España, proceso que se prolonga hasta 1978 y al que sustituye un sistema político democrático que no abrogó todas las instituciones y los valores sociales, políticos y jurídicos. Siguiendo el ejemplo español, hay que tener en cuenta qué tipo de juristas y facultades de Derecho necesitó la dictadura franquista: una élite afín a sus principios, con unas facultades de Derecho de donde fueron apartadas, encarceladas o eliminadas las personas no afines. En tal contexto se potenció la promoción profesional, no de los más competentes sino de los más fieles, y la transmisión de un saber jurídico dogmático imposible de cuestionar para evitar el ostracismo laboral o por pura supervivencia<sup>74</sup>. Semejante cultura académica y político-jurídica que se

<sup>74</sup> Entiendo el ostracismo laboral como el ostracismo en el lugar de trabajo, en el sentido de ser apartado/a de los mejores puestos en las universidades (catedráticos/as, directores/as de departamentos, etc.), algo que les solía ocurrir a quienes cuestionaran el derecho vigente, es decir, el derecho de la dictadura.

transmitió a través de un plan de estudios aprobado en 1953 y vigente hasta el año 2000 en la mayoría de las Universidades, ha calado en numerosas generaciones de juristas e incluso entre quienes ya se formaron durante la democracia. Y aún más, sigue presente entre referentes doctrinales y en las metodologías de investigación que aún dominan nuestras facultades, así como en muchos usos forenses y en la estructura, gobierno y funcionamiento del poder judicial y de otros sectores de las profesiones jurídicas.

## V. Conclusiones

La enseñanza del Derecho sigue actualmente la estela que marca una política económica global, la cual mercantiliza el conocimiento erigiéndolo en fuente de riqueza y desarrollo. En un contexto así, las profesiones jurídicas y su formación se redefinen, liberalizándose, computarizándose y especializándose. Se les exige a quienes se dedican a ellas una formación de por vida (la cual no sólo se recibe en las Universidades), para así actualizar y/o adquirir nuevas competencias; es decir, ese tipo de conocimiento pegajoso con el que se renueva e innova el conocimiento explícito o información, lo que garantiza su empleabilidad. Sin embargo, esta percepción escamotea la discusión por un lado, sobre la comunidad política y jurídica en la que se ejercen las profesiones jurídicas y se enseña el Derecho. Por el otro, las consecuencias que tienen para amplias capas de la población cada vez más empobrecidas, estos cambios en las profesiones jurídicas, el creciente debilitamiento de la garantía de acceso a las instituciones de justicia y el auge del contrato como fuente jurídica fundamental.

El escenario resulta desasosegante, y en él quienes desempeñan o enseñan las profesiones jurídicas carecen ya de la formación humanística que se reclamaba en otras épocas, como en la Ilustración, para reflexionar sobre el derecho, su legitimidad o sus fines. La formación tecnificadora y antihumanista que se inició con el positivismo legalista y que buscó ofrecer juristas imparciales que aplicaran las leyes del Estado, parece dar un giro con la formación de juristas con creativi-

dad, cuya intuición y saber tácito que accionan con las nuevas tareas surgidas de la especialización en las funciones tradicionales, aún les diferencia (y por esa razón, aún les sigue haciendo imprescindibles) de las TIC.

El objetivo principal de este giro no parece ser la mejora de la comunidad política, ni contempla el compromiso cada vez más debilitado con la realización de los derechos humanos o los principios de la democracia. Tal situación no puede modificarse sólo desde la enseñanza del Derecho.

En fin, el saber jurídico tiene su propio recorrido hacia la innovación, tanto a través de la investigación directa sobre el Derecho (realizada por juristas o especialistas de otras disciplinas), como a través de los procesos de interpretación y aplicación del Derecho que incorporan metodologías innovadoras (ocurran en un juicio, en una negociación de despacho o en la resolución de un caso en una facultad de Derecho), que podría llevarse a cabo mediante una metodología docente que es a su vez innovadora. Pero este es un aspecto poco conocido o poco asumido por los(las) miembros de las profesiones jurídicas, e incluso por las organizaciones internacionales que han impulsado la economía del aprendizaje; y aún más, este mecanismo lo observamos también en las autoridades políticas y académicas que han realizado las últimas reformas de los planes de estudios jurídicos. La ausencia, por el momento, de más indagaciones sobre estos asuntos puede impedir no sólo cuestionar, sino incluso cumplir sumisamente con las exigencias de la economía del aprendizaje.

## Bibliografía

- Agut Nieto, S. y Gau Gumbau, R. M., “Una aproximación psicosocial al estudio de las competencias”, *Proyecto social: Revista de relaciones laborales*, 9, 2001, pp. 13-24. (Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=209924>. Última visita 22/05/2018).
- Arthur, W. B., *Increasing returns and path dependence in the economy*, Michigan, The Michigan University Press, 1994.
- Banco Mundial Institute Development Studies, *Building knowledge economies: Advanced strategies for development*, Washington, The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, 2007, pp. 23 y 24. Disponible en <http://siteresources.worldbank.org/KFDLP/Resources/4611971199907090464/BuildingKEbook.pdf> (Última visita 22/05/2018).
- Benavides, O. A., “La innovación tecnológica desde una perspectiva evolutiva”, *Cuadernos de Economía*, XXIII, N° 41, Bogotá, 2004, pp. 49-70.
- Camacho, J. A. y Rodríguez, M., “España ante la economía del conocimiento: el papel de los servicios a empresas intensivos de conocimiento”, *Revista Asturiana de Economía*, 31, 2004, pp. 177-202.
- Capra, F., *La trama de la vida. Una nueva perspectiva de los sistemas vivos*, Barcelona, Anagrama, 1998.
- Castillo-Vergara, M., Alvarez-Marin, A., Cabana-Villca, R., “Design thinking: cómo guiar a estudiantes, emprendedores y empresarios en su aplicación”, *Ingeniería Industrial*, XXXV, No. 3, septiembre-diciembre, 2014, pp. 301-311.
- Dewey, J., *La formación de profesionales reflexivos: Hacia un nuevo diseño de la enseñanza y el aprendizaje de las profesiones*, Barcelona, Paidós, 1992.
- Díez-Picazo, L. (coord.), *El oficio de jurista*, Madrid, Siglo XXI, 2006.
- Estanny, A., “El impacto de las ciencias cognitivas en la filosofía de la ciencia”, *Eidós. Revista de Filosofía de la Universidad del Norte*, 6, mayo 2007, pp. 26-61. (Disponible en <http://www.redalyc.org/pdf/854/85400603.pdf>. Última visita 22/05/2018).
- Faure, E., Herrera, F., Kaddoura, A.-R., López, H., Petrovski, A., V. Rahnama, M., Champion Ward, F., *Aprender a ser. La educación del*

- futuro*, Alianza-UNESCO, 1973, pág. 28 y ss. Versión española Carmen Paredes de Castro. (Disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001329/132984s.pdf>. Última visita 30/06/2017).
- Frank, J., “Why Not a Clinical Lawyer School”, *University of Pennsylvania Law Review*, 81, 1933, pp. 907-923. (Disponible en [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5092&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5092&context=fss_papers). Última visita 22/05/2018).
- García García, E., “Teoría de la mente y ciencias cognitivas”, en L. Feito Grande (ed.), *Nuevas perspectivas científicas y filosóficas sobre el ser humano*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2007, pp. 17-54.
- Gil Flores, J., “La evaluación de competencias laborales”, *Educación XXI*, 10, 2007, pp. 83-106.
- González Romero, A., “Conocimiento, innovación y crecimiento económico”, *Mi+d. Revista electrónica*, 2006 (Edición especial: 20 años de la ley de la ciencia. 1986-2006). (Disponible en <http://www.madrimasd.org/revista/revistaespecial1/articulos/gonzalez.asp>. Última visita 01/06/2017).
- Hargreaves, D., “La producción, intermediación y el uso del conocimiento en diferentes sectores”, en OCDE, *La administración del conocimiento en la sociedad del aprendizaje*, París/Bogotá, Mayol ediciones/OCDE, [2000] 2006, pp. 35-70.
- Krügner, K., “El concepto de ‘sociedad del conocimiento’”, *Revista bibliográfica de geografía y ciencias sociales*, Universidad de Barcelona, XI, N° 683, 25 de octubre de 2006. (Disponible en <http://www.ub.edu/geocrit/b3w-683.htm>. última visita 30/06/2017).
- Lageot, C., “L’enseignement du droit en France et an Grande-Bretagne : regard comparé», en Rimbault, Ph., *La pédagogie au service du droit*, Toulouse, LGDJ-Presses de l’Université Toulouse 1 Capitole, 2011, pp. 41-56.
- Le Boterf, G., *De la compétence. Essai sur un attracteur étrange*, Paris, Les Éditions d’organisation, 1994.
- Lundvall, B.-Å, y Johnson, B., “The learning economy”, *Journal of Industry Studies*, 1, N° 2, Diciembre, 1994, pp. 21-42.

- Lundvall, B.-Å., “The economics of knowledge and learning”, en Christensen, J y Lundvall, B.-Å (eds.), *Product Innovation, Interactive Learning and Economic Performance (Research on Technological Innovation, Management and Policy)*, 8, Emerald Group Publishing Limited, 2004, pp. 21-42.
- Lundvall, B.-Å., “Entender la función de la educación en la economía del aprendizaje: la contribución de la economía”, en OCDE, *La administración del conocimiento en la sociedad del aprendizaje*, Bogotá, OCDE, Mayol ediciones, 2006, pp. 3-34.
- Lundvall, B.-Å., *National systems of innovation: Toward a theory of innovation and interactive learning*, 2, Londres, Anthem Press, 2010.
- Lundvall, B.-Å., Johnson B., Andersen, E. S., Dalum, B., “National systems of production, innovation and competence building”, *Research policy*, 31, N° 2, 2002, pp. 213-231.
- Martínez León, I. y Ruiz Mercader, J., “Los procesos de creación del conocimiento: el aprendizaje y la espiral de conversión del conocimiento”, en XVI Congreso Nacional y XII Congreso hispano-francés de AEDEM: la empresa intangible, Asociación Europea de Dirección y Economía de la Empresa (AEDEM), Alicante, Universidad de Alicante, 2002; (Disponible en <http://repositorio.upct.es/handle/10317/613>. Última visita 22/05/2018).
- Nelson, R., *Physical and Social Technologies, and Their Evolution*, Pisa, Italia, LEM Working Paper, Series N° 9, June, Laboratory of Economics and Management, Sant’Anna School of Advanced Studies, 2003.
- Nonaka, I, Byosièrè, Ph., “La creación de conocimiento regional: un proceso de desarrollo social”, en CLUSTER CONOCIMIENTO, *Las sociedades del conocimiento*, Bilbao, 2000.
- Nonaka, I. y Takeuchi, H., *The knowledge-creating company: How Japanese Companies Create the Dynamics of Innovation*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1995.
- Nye, M. J., *Michael Polanyi and his generation: Origins of the Social Construction of Science*, Chicago, University Chicago Press, 2011.
- OCDE, *The definition and selection of key competencies executive summary*, 27/5/2005. Disponible en <http://www.oecd.org/edu/skills-be>

- yond-school/definitionandselectionofcompetenciesdeseco.htm (última visita 30/06/2017).
- OCDE, *Skills Outlook 2015. Youth. Skills and Employability*. Disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264234178> (última visita 30/06/2017).
- OCDE, *Employment Outlook 2016*. (Disponible en [http://www.oecd-ilibrary.org/employment/oecd-employment-outlook-2016\\_empl\\_outlook-2016-en](http://www.oecd-ilibrary.org/employment/oecd-employment-outlook-2016_empl_outlook-2016-en). última visita 30/06/2017).
- OCDE, *Skills Outlook 2017. Skills and Global Value Chains*. (Disponible en <http://www.oecd.org/publications/oecd-skills-outlook-2017-9789264273351-en.htm>. última visita 30/06/2017).
- OCDE, *La administración del conocimiento en la sociedad del aprendizaje*, París/Bogotá, Mayol ediciones/OCDE, [2000] 2006.
- OCDE, *The Knowledge Based Economy*, París, 1996. (Disponible en <https://www.oecd.org/sti/sci-tech/1913021.pdf>. última visita 01/04/2016).
- Perales Palacios, F.J., “Desarrollo cognitivo y modelo constructivista en la enseñanza-aprendizaje de las ciencias”, *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, 13, Enero-Abril, 1992, pp. 173-189. (Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=618847>. Última visita 22/05/2018).
- Pino Díez, R., Gómez Gómez, A., De Abajo Martínez, N., *Introducción a la inteligencia artificial: Sistemas expertos, redes neuronales artificiales y computación evolutiva*, Oviedo, Universidad de Oviedo-Servicio de Publicaciones, 2001.
- Polanyi, M., *Personal Knowledge. Towards a Post-Critical Philosophy*, Chicago, University Chicago Press, 1962.
- Pozo, J. J., *Teorías cognitivas del aprendizaje*, Madrid, Morata, 1997.
- Riesco González, M., *El negocio es el conocimiento*, Madrid, ediciones Díaz de Santos, 2006.
- Riesco González, M., “El enfoque por competencias en el EEES y sus implicaciones para la enseñanza y el aprendizaje”, *Tendencias Pedagógicas*, 13, 2008, pp. 79-105.

- Romo Santos, M., “Treinta y cinco años de pensamiento divergente. Teoría de la creatividad de Guilford”, *Estudios de Psicología*, núm. 27-28, 1987, pp. 175-192.
- Rosenberg, N., *Inside the black box technology and Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.
- Ruiz, G., “La teoría de la experiencia de John Dewey: significación histórica y vigencia en el debate teórico contemporáneo”, *Foro de Educación*, 11, N° 15, 2013, pp. 103-124.
- Saavedra López, M. y Ruiz Resa, J.D., “Los estudios jurídicos en el Espacio Europeo de Educación Superior”, en AA.VV., *Entre la ética, la política y el derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 1247-1280.
- Salguero Salguero, M., “La tarea crítica de la filosofía jurídica en el espacio académico de la Facultad de Derecho”, en Ruiz Resa, J.D. (ed.), *Política, economía y método en la investigación y aprendizaje del derecho*, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 169-181.
- Schunk, D. H., *Teorías del aprendizaje*, trad. J.F. Javier Dávila Martínez, México, Pearson, 1997.
- Senge, P. M., *The Fifth Discipline. The art and practice of the learning organization*, Nueva York, Doubleday, 1990.
- Suskind, R., *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- UNESCO, *Informe mundial: hacia las sociedades del conocimiento*, París, 2005.
- UNESCO, *La educación encierra un tesoro*, Madrid, Santillana/UNESCO, 1997.
- Vilaseca, J., Torrent, J., y Díaz, Á., *La economía del conocimiento. Paradigma tecnológico y cambio estructural, Working Paper Serie*, UOC (Universitat Oberta de Catalunya), 2002. (Disponible en <http://www.uoc.edu/in3/dt/20007/20007.pdf>. Última visita 22/05/2018).
- Von Hippel, E., “Sticky Information and the Locus of Problem Solving: Implications for Innovation”, *Management Science*, 40, N° 4, 1994, pp. 429-439.



## Formación jurídica y androcentrismo

*Legal training and androcentrism*

Malena Costa Wegsman\*

Recepción: 18/07/2017

Aceptación: 10/10/2017

Recepción y aceptación final: 31/05/2018

**Resumen:** Asistimos desde hace décadas a una acelerada sucesión de cambios que ponen en jaque los tradicionales esquemas de comprensión de la política, la economía y la sociología. Es en ese marco que se sitúa el texto de la Profesora Josefa Ruiz Resa, “La enseñanza del Derecho en la economía del aprendizaje”, analizado a continuación. La lectura del texto que se presenta se articula con la introducción de una discusión ausente aunque insoslayable para pensar el escenario sociopolítico donde se enmarcan las tendencias de las profesiones jurídicas en la actualidad. Al asumir el androcentrismo constitutivo del campo jurídico, los efectos de ese condicionamiento resultan impostergables para cualquier análisis de las profesiones del Derecho. A partir de un acuerdo básico con la hipótesis de trabajo de la Profesora, se proponen claves para comprender la recurrencia de la lógica androcéntrica en el escenario actual de la enseñanza del Derecho y las profesiones jurídicas.

**Palabras clave:** Androcentrismo, Derecho, academia

\* Profesora en Filosofía y Doctora de la Universidad de Buenos Aires con mención en Estudios de Género. Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires/Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Ministerio de Ciencia y Tecnología de la Nación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, malenacostaw@gmail.com

**Abstract:** We have been witnessing, for decades, an accelerated succession of changes that put in check the traditional schemes of understanding of politics, economy and society. The article analyzed below “The teaching of Law in the economy of learning”, by Professor Josefa Ruiz Resa, it is placed within that framework. The reading of the text presented is articulated with the introduction of an absent but inescapable discussion to think about the sociopolitical scenario where the trends of the legal professions are framed today. By assuming the constitutive androcentric of the legal field, the effects of this conditioning can not be postponed for any analysis of the legal professions. Based on a basic agreement with the hypothesis of the Professor’s work, keys are proposed to understand the recurrence of androcentric logic in the current scenario of legal education and the legal professions.

**Keywords:** Androcentrism, Law, academy.

## I. Introducción

A lo largo de los últimos años y desde diversos enfoques disciplinares, los estudios críticos se desvelan por dar cuenta de las profundas transformaciones que acontecen en todos los órdenes de la vida. La legitimidad y los límites de la representación política, la cada vez más evidente porosidad de las fronteras nacionales, el recrudescimiento del capital financiero, las novedosas formas de agresión masiva englobadas bajo el rótulo de terrorismo. Asistimos desde hace décadas a una acelerada sucesión de cambios y movimientos que ponen en jaque los tradicionales esquemas de comprensión de la política, la economía y la sociología.

En efecto, el fin del milenio encuentra a las disciplinas sociales y a las humanidades envueltas en lo que se denomina “crisis de la Modernidad”. Entre los reparos que se imponen sobre los alcances del saber y el hacer científico y la noción de progreso -reparos que se recrudescen, de manera inevitable, tras la Segunda Guerra Mundial-, y con el incierto pero no menos contundente acervo de ideas llamadas postmodernas, la inteligibilidad Moderna es confrontada a una serie de conflictos que socavan la solidez de sus cimientos. Las epistemologías basadas en un sujeto autoconsciente, la validación del conocimiento a

través una razón universal, los límites del Estado-nación, en fin, cada uno de los elementos pilares de la Modernidad son sometidos a discusión, mientras los ecos de las políticas de exterminio resuenan en una advertencia tan inevitable como recurrente, con la incesante propagación de conflictos bélicos articulados sobre tecnologías cada vez más sofisticadas.

Las posibilidades de que la razón sea argumento para el horror, la omnipresencia transnacionalizada de las potencias financieras, la consolidación de grupos neofascistas, el quiebre aparentemente definitivo de los regímenes socialistas se entrecruzan con reivindicaciones identitarias cada vez más variadas, alianzas emergentes en la acción directa con el veloz impulso y la amplificación inusitada de las tecnologías de la información y la comunicación, y un incremento inconmensurable, en cantidad y variedad, de masas de personas que se ven en la situación de abandonar su lugar de origen, en busca de mejores condiciones de vida o, simplemente, de una mínima y básica garantía de poder continuar con vida. Es en medio de esta vehemencia crítica, y con una sombra de incertidumbre como telón de fondo epistemológico y político, que se erige la inquietud respecto de las posibilidades y los condicionamientos de los saberes académicos. Es ese el marco en el que se sitúa el texto de la Profesora Josefa Ruiz Resa, “La enseñanza del Derecho en la economía del aprendizaje” analizado a continuación.

La lectura del texto que se propone a continuación se articula a partir de la introducción de una discusión ausente y que, no obstante, resulta insoslayable para pensar el escenario sociopolítico donde se enmarcan las tendencias y las posibilidades de las profesiones jurídicas en la actualidad. Al asumir el androcentrismo constitutivo del campo jurídico, los efectos de ese condicionamiento resultan impostergables para cualquier análisis de las profesiones del Derecho. Así, a partir de un acuerdo básico con la hipótesis de trabajo de la Profesora, se proponen claves para comprender la persistente recurrencia de la lógica androcéntrica en el escenario sociopolítico-económico actual, respecto de la enseñanza del Derecho y las profesiones jurídicas. Estas claves de comprensión se sustentan sobre los postulados feministas en el campo jurídico, en las variadas intervenciones de este movimiento en la ense-

ñanza del Derecho y en los estudios feministas sobre la situación actual de las identificaciones femeninas –principalmente mujeres, pero también lesbianas y trans- en la academia legal. Hacia el final se presentan algunos elementos de las genealogías y las intervenciones de los feminismos jurídicos en la academia, a fin de sugerir posibles modalidades de acción para confrontar las implicancias del escenario sociopolítico contemporáneo sobre la enseñanza del Derecho y la construcción del campo jurídico en general.

## II. Economía del aprendizaje

En “La enseñanza del Derecho...”, Josefa Ruiz Resa afirma que la fase actual del capitalismo globalizado se caracteriza por la organización de comunidades políticas comandadas desde los intereses de grandes empresas multinacionales, y, por lo tanto, con una sostenida profundización de las desigualdades socioeconómicas y una tendiente contracción de la legalidad estatal. A esta fase, denominada *economía del aprendizaje*, le corresponde asimismo un modelo profesional específico, sustentado en un paradigma técnico-económico. Bajo este paradigma, el conocimiento se institucionaliza en tanto producto de la transformación de la información, y, de esa manera, se vuelve particularmente susceptible de mercantilización. La noción de economía del aprendizaje alude así a una modalidad socioeconómica que resulta de la primacía de un modelo de producción vinculado con dicha concepción mercantilizante del conocimiento, en la que las creaciones e innovaciones se consideran en términos de tecnologías, sociales o físicas. Las profesiones de los distintos campos del conocimiento se estructuran a partir de los postulados de esta fase del capitalismo y mediante las lógicas de ese paradigma, procurando ajustarse a los requerimientos de empleabilidad, en la exigencia de aptitudes individuales, habilidades creativas y en el acopio de competencias siempre renovadas, con el objetivo de potenciar el valor de la mercancía ofertada.

Es así que Ruiz Resa califica como “pegajoso”<sup>1</sup> a este modo de conocimiento en la formación profesional, ajustado a las exigencias del mercado y mandatario de una actualización constante.

En relación con las profesiones jurídicas, las transformaciones de la economía del aprendizaje se advierten, entre otros aspectos, en la incorporación de las escuelas del Derecho a los sistemas nacionales de investigación científica, y en la orientación de la transferencia del conocimiento hacia los fines e intereses de las grandes empresas, orientación que es acompañada, en muchas ocasiones, de la adaptación de las Facultades al funcionamiento empresarial. En línea con la actual fase de la economía política global, las profesiones jurídicas se estructuran para servir, desde distintos estratos y con diferentes grados de relación y modos de complicidad, a esas empresas en las que se aglomeran quienes ostentan la mayor acumulación de riqueza a nivel mundial. Como contraparte, la planificación de la formación para las profesiones jurídicas no contempla a las grandes mayorías, es decir, ni a los sectores asalariados ni a los altamente empobrecidos, quienes quedan, de este modo, en la intemperie de unos dispositivos jurídicos cada vez más desguazados y determinados por racionalidades vinculadas con las doctrinas de la seguridad y el orden.

A partir de estas agudas observaciones, la Profesora Ruiz Resa califica al escenario actual como “desasosegante”<sup>2</sup>. Desde un total acuerdo con esta apreciación, se advierte, no obstante, la ineludible necesidad de profundizar este análisis desde una lectura feminista, considerando las desiguales consecuencias sexogenéricas que la economía del aprendizaje apareja en lo concerniente a las profesiones jurídicas y en la vinculación con el campo jurídico en su conjunto. Para ello, a continuación se ofrecen algunos comentarios sobre ciertos puntos del análisis de la Profesora Ruiz Resa, con la intención de que resulten útiles para enriquecer la lectura.

<sup>1</sup> Ver punto I.2 “El paradigma tecno-político” en Ruiz Resa, J., “La enseñanza del derecho en la economía del aprendizaje”, *Revista Discusiones*, en este número.

<sup>2</sup> *Ídem*.

### III. La ambigüedad igualitaria

En la advertencia del desasosiego que genera la actual fase del capitalismo, Josefa Ruiz Resa llama a analizar el escenario de la formación jurídica desde un enfoque más amplio, considerando “la discusión sobre la comunidad política y jurídica en que se ejercen las profesiones jurídicas y se enseña el derecho”<sup>3</sup>. De ese modo es posible advertir los efectos que las actuales exigencias del conocimiento jurídico y sus condicionamientos en términos mercantiles suponen “para amplias capas de población, cada vez más empobrecidas”<sup>4</sup>, sobre todo, por cuanto que el contrato se impone como modalidad jurídica más extendida, con las consecuentes limitaciones para quienes no cuentan con conocimientos, patrocinio o asesoramiento legal, y también en lo referente al acceso a la justicia. Así, Ruiz Resa advierte que las profesiones jurídicas carecen hoy “de la formación humanística que se reclamaba en otras épocas, como en la Ilustración”<sup>5</sup>. En tal sentido, resulta oportuno reponer los presupuestos que sustentaron la tradición jurídica humanística, en esa puja de movimientos contradictorios que constituyó la Ilustración.

Las transformaciones que se abren paso a través de las revoluciones modernas y las ideas ilustradas están sustentadas en conceptos ambiguos. Para muchas y para muchos, la igualdad moderna repercute en crudas paradojas, mientras que el nuevo orden moderno ofrece límites no tan novedosos. Las promesas de emancipación y progreso que abundan en las proclamas de las revoluciones burguesas, con su entusiasmo pujante por los radicales cambios de la Modernidad, trazan las narraciones de los nuevos discursos de la política y la ciencia. Estos quiebres políticos revolucionarios responden también a transformaciones epistemológicas que replantean la ontología del orden establecido: en un inusitado proceso de individuación, el sujeto moderno se erige en tanto ser independiente del mundo que habita. El antiguo régimen da

<sup>3</sup> Ver punto V “Conclusiones” en Ruiz Resa, J., “La enseñanza del derecho en la economía del aprendizaje”, *op. cit.*

<sup>4</sup> *Ídem.*

<sup>5</sup> *Ídem.*

paso a la proliferación de individuos libres, iguales entre sí en función de su vinculación con la ley. Así, la igualdad es el principio que rige la relación del nuevo orden político en un mundo desencantado. Ante el imperio de la ley, frente a la autoridad del Estado, todos los hombres son iguales. La noción de igualdad se instituye así como un componente básico del pensamiento político moderno. En tanto ideal de la Ilustración, la igualdad se erige en las mentes modernas como el eje regulador de la vida en una sociedad de individuos libres. Se trata de una transformación radical respecto de los criterios de organización previos.

Con todo, la universalidad de la igualdad moderna se formula en simultáneo con la restitución velada de unas condiciones sociales que se suponen proscriptas en las nuevas formas de la política. Karl Marx desentraña con implacable lucidez los términos de esta contradicción. Marx afirma que la consumación de la igualdad moderna, la igualdad en términos de ciudadanía, se asienta sobre la abstracción de las desigualdades materiales que operan en la sociedad. La igualdad moderna, por lo tanto, se sustenta en el desdoblamiento entre una esfera de igualdad jurídica, en la que los ciudadanos son iguales en términos políticos, y la esfera social, en la que los individuos se relacionan mediante las desiguales formas del capitalismo. Las diferencias “de nacimiento, estado social, de cultura y de ocupación”<sup>6</sup> son anuladas por el Estado al asumir a cada hombre como ciudadano. Dicha abstracción encuentra en los preceptos del iusnaturalismo su fuente de legitimidad filosófica. Tal como lo reseña Joan Scott, “Para los teóricos políticos de la época de la Revolución francesa, el individuo abstracto expresaba esa esencia común a toda la humanidad. Sus derechos eran considerados naturales”<sup>7</sup>. El sujeto del Derecho moderno se establece así sobre la concepción de una individualidad abstracta y neutral. Sin embargo, según lo advierte Marx, a pesar de la proclamación de la igualdad en la esfera política de la ciudadanía, las desigualdades de la vida en la sociedad civil perduran en su concreta materialidad, de

<sup>6</sup> Marx, K., *Sobre la cuestión judía*, Buenos Aires, CS Ediciones, 1999, pág. 27.

<sup>7</sup> Scott, J. W., *Las mujeres y los derechos del hombre: feminismo y sufragio en Francia, 1789-1944*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2002, pág. 23.

modo que la igualdad de los ciudadanos ante la ley se encuentra “por oposición a su vida material”<sup>8</sup>.

Aun así, la transformación que implica la igualdad moderna es decisiva. Asentada sobre la ambivalencia de una universalidad restringida, la igualdad configura el punto de fuga por el cual desestabilizar el nuevo orden a través del cuestionamiento de las jerarquías y las subalternaciones que lo conforman. En tal sentido, para comprender la vigencia de las contradicciones jurídicas, presentes también en la configuración de los actuales perfiles profesionales, es necesario adentrarse en los modos específicos de subalternación resultantes de la paradójica universalidad igualitaria, eje de la política y el derecho modernos.

#### **IV. Humano, demasiado humano**

Tal como lo afirma Marx, la igualdad moderna no solo es un ideal, sino que es, por definición, ideal, en la medida en que regula los conflictos de una ciudadanía abstracta y a su vez niega las contradicciones de la vida material de los individuos en la sociedad civil. Los ciudadanos son iguales en tanto seres abstractos.

No obstante, en sus análisis de la igualdad burguesa, la abstracción de las condiciones materiales y las desigualdades sociales, Marx omite ciertas materialidades que exceden la gramática de la lucha de clases. En efecto, la postulación del *Hombre* como sujeto del Derecho implica la legitimación de una determinada humanidad, la conformación de un modelo de lo humano que es el que se corresponde con ese universal ciudadano. La igualdad, en tanto ideal social y principio normativo regulado jurídicamente, delimita, elípticamente, un universo humano. Desde el pensamiento feminista se advierte que tanto el establecimiento del varón como universal de lo humano, así como la subalternación de las mujeres y todas las identificaciones sexodisidentes en las formulaciones jurídicas, responden a la condición inherentemente androcéntrica del Derecho. El androcentrismo jurídico se evidencia en

la funcionalidad del Derecho para consolidar el privilegio de un sujeto postulado como neutral pero concebido en los términos del *Hombre* y el *Ciudadano*, es decir, en la legitimación de una humanidad proclamada en su igualdad universal pero delimitada en su particular condición masculina. Como lo afirma Lipszyc, “Los ‘iguales’ fueron los que pudieron asimilar el modelo ‘humano’ impuesto por la burguesía triunfante. Ese modelo fue el del varón blanco, instruido, propietario y heterosexual”<sup>9</sup>.

En la delimitación del universo de lo humano, la razón tiene un papel preponderante. En efecto, la igualdad jurídica se formula como un principio normativo para regular la vida en sociedad de los ciudadanos, hombres libres. El universo de los individuos iguales se restringe entre quienes comparten la cualidad de seres libres en función de su autonomía. La autonomía, a su vez, se determina en virtud de una particular concepción de la capacidad de razón. Por fin, la definición del individuo libre y autónomo que encarna el sujeto del derecho moderno se corresponde con quienes detentan la capacidad de razón, esto es, el conjunto de los varones blancos, adultos y propietarios. La razón, pilar del movimiento ilustrado, núcleo de la autonomía, motor del progreso y de los discursos científicos, es el eje de las transformaciones que dan curso a la individuación, a la concepción de una libertad que implica la ruptura con la autoridad heterónoma. En simultáneo, la razón opera como artilugio discursivo para la des-calificación de quienes no acreditan los atributos que definen al *hombre* y al *ciudadano*. El ciudadano constituye la legitimación legal del modelo de individuo racional, es decir, del hombre adulto blanco heterosexual capaz y propietario como modelo de lo humano. En ese sentido, no es sorprendente que quienes se apartan de ese modelo de humanidad conformen los grupos que ejercen la titularidad de los derechos específicos: las mujeres, lesbianas, trans e intersex, las niñas y los niños, los sujetos racializados, las personas con discapacidad, las refugiadas. En esa línea también se comprende la relevancia de esclarecer que los derechos humanos de la

<sup>9</sup> Lipszyc, C., “Ciudadanía”, en Gamba, S. (ed.), *Diccionario de estudios de género y feminismos*, Buenos Aires, Biblos, 2007, pág. 59.

mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales, tal como se afirma en la Declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, propiciada por la Organización de las Naciones Unidas y celebrada en Viena en 1993.

## V. La racionalidad jurídica moderna

Respecto del modelo de comunidad política dominante en la economía del aprendizaje, la Prof. Ruiz Resa afirma que es “desigualitario y tiránico, aparentemente individualista pero en cuyo fondo subyace el poder de grandes empresas”, y advierte también que este modelo “tiene como fuente jurídica principal el contrato entre individuos y grupos con desigual poder de negociación”<sup>10</sup>. En este sentido, desde el pensamiento feminista se ha señalado al contrato como un dispositivo clave del androcentrismo jurídico, en la medida en que se presenta como un mecanismo de negociación neutralizado, pasible de ser celebrado en condiciones de igualdad y libertad. Por consiguiente, considerando la subalternación jurídica del amplísimo y variado conjunto de quienes no se corresponden con el sujeto del Derecho androcéntrico, el contrato constituye la puesta en escena de la contradicción moderna, en la postulación universal de una igualdad demarcada sobre un conjunto particular y específico en su masculinidad normativa.

En su crítica feminista al liberalismo político, Carole Pateman afirma que “El contrato siempre genera el derecho político en forma de relaciones de dominación y de subordinación”<sup>11</sup>. Pateman retoma las ideas centrales del contractualismo moderno para mostrar cómo el potencial igualitario de esta tradición termina por negar y así legitimar la subordinación de las mujeres. En tal sentido, sostiene que “(...) los capitalistas pueden explotar a los trabajadores y los esposos

---

<sup>10</sup> Ver punto I “Introducción” en Ruiz Resa, J., *op. cit.*

<sup>11</sup> Pateman, C., *El contrato sexual*, Barcelona, Anthropos, 1995, pág. 18.

a las esposas porque los trabajadores y las esposas se constituyen en subordinados a través del contrato de empleo y del de matrimonio”<sup>12</sup>.

El argumento de Pateman es que la teoría política moderna se apoya sobre la ficción de la figura del contrato y opera mediante una proyección del estado de naturaleza hacia el ámbito privado para legitimar, en simultáneo, la libertad civil de los varones y la sujeción de las mujeres. Esta sujeción que se establece en términos contractuales es, en consecuencia, regulada a través del Derecho. En ese sentido, Pateman también alude a la razón en tanto artificio jurídico para la subalternación femenina. En efecto, Pateman sostiene que la subalternidad jurídica de las mujeres se sustenta en una particular concepción de naturaleza femenina, formulada por la tradición contractualista para abonar a una supuesta debilidad e irracionalidad constitutiva de las mujeres. Es esa particular naturaleza la que, en definitiva, las separa como un conjunto específico dentro de la generalidad de lo humano y las distingue radicalmente de la figura del individuo y ciudadano moderno. Así, tal como lo advierte Pateman, “sólo los seres masculinos están dotados de los atributos y las capacidades necesarias para realizar un contrato”<sup>13</sup>.

La pensadora del contractualismo se apoya en este punto en uno de los más contundentes postulados de los feminismos, elaborado por Simone de Beauvoir en su profuso ensayo *El Segundo Sexo*<sup>14</sup>. Allí de Beauvoir afirma que *on ne naît pas femme, on le devient*, “no se nace mujer, se llega a serlo”, afirmación cuyos efectos filosóficos y políticos resultan inconmensurables. Para de Beauvoir, la condición subalterna, que hace de la diferencia una cualidad específica de las mujeres, es la contracara necesaria para erigir la centralidad de lo masculino. En esa línea argumentativa, de Beauvoir destaca el concepto de racionalidad como un instrumento central para el ejercicio del poder masculino. La razón, como patrimonio de la normatividad masculina, coloca a las mujeres en una situación de inferioridad y dependencia frente a los

<sup>12</sup> *Ídem.*

<sup>13</sup> *Ibidem.*, pp. 14-15.

<sup>14</sup> De Beauvoir, S., *El segundo sexo*, Buenos Aires, Sudamericana, 2007.

varones, a la vez que justifica este orden de alteridad al signarlas como irracionales, caóticas, compulsivas, intuitivas, deficientes y/o peligrosas. Pateman advierte que la subordinación femenina justificada a través de la adjudicación de una naturaleza particular permanece como lo reprimido en el inconsciente contractualista. Con ese argumento se sustenta la exclusión de las mujeres en la participación del contrato, no obstante lo cual estas abandonan el estado de naturaleza, aunque su destino es una extraña zona ambigua que forma parte de la sociedad civil y a la vez se distingue de esta. Esa zona es la esfera doméstica, que delimita espacialmente el punto originario de la ciudadanía trunca de las mujeres puesto que se trata de un ámbito que permanece exento de regulación legal<sup>15</sup> y también carente de incumbencia para las investigaciones de las disciplinas científicas<sup>16</sup>.

Si bien el punto de partida para la organización del movimiento feminista es la particular condición subalterna de las mujeres, particular por su persistencia y por su amplitud, también es cierto que el accionar político de los feminismos está abocado sobre esa condición en un afán de comprenderla y desarticularla. En función de tal ambiciosa empresa, Pateman no puede dejar de advertir que el contrato encierra la subordinación no sólo de las mujeres en general sino también de todas aquellas personas que no se correspondan con un modelo específico de la masculinidad: “Los varones que (se dice que) hacen el contrato original son *blancos*, y su pacto fraternal tiene tres aspectos: el contrato social, el contrato sexual y el contrato de esclavitud que legitima el gobierno del blanco sobre el negro”<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Olsen, F., “Feminism and Critical Legal Theory: An American Perspective”, en Olsen, F. (ed.), *Feminist Legal Theory I: Foundations and Outlooks*, New York, New York University Press, 1995, pp. 473-485.

<sup>16</sup> Smith, D. “Women’s Perspective as Radical Critique of Sociology”, en Fox Keller, E. y Longino, H. (eds.), *Feminism & Science*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 27-38.

<sup>17</sup> Pateman, C., *op. cit.*, pág. 302.

## VI. La neutralidad androcéntrica

En su crítica al liberalismo moderno, Pateman desentraña la manera en la que la ficción del contrato se articula con un ideal de la razón. La razón moderna, con sus pretensiones de neutralidad objetiva, es señalada desde los feminismos como un artilugio para la subalternación de quienes se apartan de la normatividad masculina. Como advirtiera de Beauvoir, la razón es el pilar del “uno” masculino sobre el que se establecen y definen las contraccaras de lo otro. Los presupuestos del derecho moderno también se erigen en esa concepción de racionalidad. En tal sentido, el acceso a la justicia, menoscabado, tal como lo advierte la Prof. Ruiz Resa, para los sectores más empobrecidos, se ve particularmente restringido para las mujeres, lesbianas y trans y, en general, para todos los grupos de las sexualidades disidentes. En efecto, los sistemas jurídicos y las instituciones judiciales, fundados, presuntamente, en la abstracción y la neutralidad, responden –aun hoy- a una persistente cosmovisión androcéntrica. Así, la vigencia del androcentrismo en la institucionalidad jurídica es señalada como uno de los principales motivos para el impedimento o la dificultad en el acceso a la justicia para las feminidades<sup>18</sup> y, particularmente, para las personas intersex.

Desde el pensamiento feminista se asume la contingencia de las características que definen a las identificaciones sexogenéricas (como la noción de naturaleza femenina, mencionada arriba), y asimismo se cuestiona tanto la primacía de la normatividad masculina como, en términos más amplios, el binarismo sexual. De este modo, una de las más destacables intervenciones feministas en el campo jurídico refiere a la indagación y a la discusión sobre los modos en los que el Derecho opera en relación con las jerarquizaciones sexuales. Así, un manto de sospecha se imprime sobre las posibilidades de la neutralidad del discurso jurídico. En efecto, el cuestionamiento sobre la neutralidad del Derecho es uno de los postulados generales de los feminismos jurídicos. A partir de esa premisa principal, es posible advertir, por ejemplo,

<sup>18</sup> Heim, D., *Mujeres y acceso a la justicia*, Buenos Aires, Didot, 2016.

cómo la normativa jurídica produce sentidos sexogénricos, aunque presentados como una lectura directa e imparcial de los hechos y, en definitiva, como características de las diferencias sexuales naturales. La natural debilidad e irracionalidad femenina, argumentada en función de privar a las mujeres del ejercicio de los derechos políticos, es un claro ejemplo de ello. Desde el pensamiento feminista se advierte que la pretendida neutralidad del discurso del Derecho se postula en función de ocultar o velar su carácter productivo<sup>19</sup>. De este modo, por ejemplo, las figuras legales a través de las que se define a los sujetos aparecen naturalizadas, como consecuencia de una presunta lectura objetiva de la *naturaleza misma*<sup>20</sup>.

La impugnación feminista a la neutralidad jurídica conlleva un cambio en la concepción de los factores que intervienen en la construcción del Derecho. Se trata de un cuestionamiento amparado en una transformación más amplia, efecto de la redefinición de los alcances de la política, de lo político y, desde ya, de la regulación legal. La advertencia de que la condición subalterna de las mujeres se produce en primera instancia en el espacio doméstico, ámbito de lo privado (advertencia que magistralmente plasmara Simone de Beauvoir en *El Segundo Sexo*), promueve la necesidad de repensar los alcances de la regulación jurídico-política. Así, desde la década de 1970, la consigna feminista “lo personal es político” conmueve los presupuestos de la política y del Derecho. En primer lugar, porque con esa afirmación se amplía el terreno de lo político, traspasando el plano de las instituciones públicas. En segundo lugar, puesto que se trata de una advertencia epistemológica, en la medida en que se plantea la interdependencia de dos planos, el público y el privado, que las tradiciones del pensamiento político y jurídico consideran separados. Con esta afirmación, en cambio, se postula la vinculación indisoluble entre esos ámbitos. La redefinición de lo político lleva a las discusiones feministas a cen-

<sup>19</sup> Costa Wegsman, M., “Introducción al dossier: Pensando El Derecho en Clave Pro-Fémina”, *Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, 19, 2017, pp. 2-11.

<sup>20</sup> Frug, M. J., “A postmodern legal manifesto”, en Olsen, F., *Feminist Legal Theory I: Foundations and Outlooks*, Nueva York, New York University Press, 1995, pp. 491-521.

trarse en temas como el cuerpo, la sexualidad, la reproducción y el cuestionamiento de la familia como institución central en la subyugación femenina. Eventualmente, estas discusiones se trasladan al campo jurídico, produciendo nuevos focos de regulación legal<sup>21</sup>.

La reformulación de lo político promueve, entonces, un renovado marco epistémico para comprender la incidencia de la cultura en las condiciones de desigualdad femenina. Lejos de reivindicarla como un precepto concordante con el orden de la naturaleza, desde los feminismos del siglo xx se empieza a promover una comprensión cultural, social y contingente de la igualdad, a fin de desentrañar, precisamente, el modo en que la “naturaleza femenina” es configurada en términos de inferioridad y sujeción. En esa configuración, el discurso jurídico aparece como una pieza central. A partir de esta advertencia, desde los primeros años del siglo XXI, las investigaciones jurídicas feministas se concentran en temas como la vinculación del discurso jurídico con la producción de subjetividades y en los relatos sobre el Derecho en la vida cotidiana.

La impugnación feminista a la neutralidad jurídica conlleva también considerables transformaciones en la enseñanza del Derecho. Julieta Lamaitre Ripoll califica estas transformaciones como “una revolución en las formas de la enseñanza del Derecho y de la escritura jurídica”<sup>22</sup>. Esa revolución se afirma desde “un rechazo a la posición objetiva y neutra del académico, y propone, en su lugar, incluir el valor de la experiencia personal como fuente de conocimiento sobre el Derecho”<sup>23</sup>.

La postulación de la neutralidad y objetividad del campo jurídico se vincula con el ingreso del Derecho a las filas del conocimiento científico, proceso que se inicia a fines del siglo XIX o principios del XX, según las distintas posiciones geopolíticas y las particularidades de

<sup>21</sup> Costa Wegsman, M., “Feminismos jurídicos en Argentina”, en Bergallo, P. y Moreno, A. (eds.), *Hacia políticas judiciales de género*, Buenos Aires, Jusbaire Editorial, 2017, pp. 237-260.

<sup>22</sup> Lamaitre Ripoll, J., “El feminismo en la enseñanza del Derecho en Estados Unidos. Estrategias para América Latina”, *Academia. Revista sobre la enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, 6, 2005, pág. 177.

<sup>23</sup> *Ídem*.

cada sistema académico. El reconocimiento del Derecho en tanto disciplina científica dota a la flamante ciencia jurídica de mayor claridad y permeabilidad para el ingreso y ascenso en la carrera legal. En efecto, desde mediados del siglo xx, se produce un marcado incremento de la matrícula femenina para el ingreso a la carrera académica legal, quebrando la tradicional homogénea composición varonil y blanca de los ámbitos del Derecho. Los efectos de ese quiebre repercuten aun hoy en las sucesivas y contundentes transformaciones no solo de los programas de estudio sino también de los modos de hacer Derecho en la enseñanza y las instituciones de justicia, tal como se puede corroborar en la profusa bibliografía y demás intervenciones feministas en el campo jurídico.

En ese sentido, se comprende la advertencia de la Profesora Ruiz Resa respecto de la primacía que se percibe en la economía del aprendizaje de los modelos del sistema del *Common Law*, más vinculados al ejercicio profesional en función de la actividad privada, sobre las profesiones jurídicas y la enseñanza del Derecho. En cambio, los sistemas del Derecho civil, fuertemente arraigados y comandados por las políticas del Estado-nación, forjan modelos educativos más vinculados con el hacer científico y el funcionariado. Desde esta advertencia, es necesario también considerar las diferencias de los sistemas de investigación y profesionalización académica, y sus criterios de evaluación y promoción, en términos sexogénicos. En un estudio publicado este año, la League of European Research Universities (LERU)<sup>24</sup> ofrece datos contundentes respecto de la incidencia negativa de los sesgos de género en las posiciones de las mujeres en las carreras profesionales académicas<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> League of European Research Universities (LERU), "Implicit bias in academia: A challenge to the meritocratic principle and to women's careers- And what to do about it", 23, 2018.

<sup>25</sup> Para un análisis de la subrepresentación femenina en los Tribunales del Derecho Internacional, ver: Grossman, N., "Sex on the Bench: Do Women Judges Matter to the Legitimacy of International Courts?", *Chicago Journal of International Law*, 12(2), 2012, pp. 647-684.

En líneas generales, se corrobora allí que hay significativamente menos mujeres que varones en las posiciones más altas de todas las instancias de las instituciones académicas, la brecha salarial de género persiste y los trabajos de medio tiempo y los cargos precarizados son mucho más frecuentemente ocupados por mujeres que por varones. En suma, el estudio concluye que los procedimientos de evaluación académicos, si bien están supuestamente basados en criterios meritocráticos, son tendenciosos y desventajosos para las mujeres científicas. Esos sesgos se relacionan con presuposiciones respecto de la ciencia y el liderazgo, fuertemente enraizados en las culturas, y condicionan la distribución de los recursos académicos, incluido el reconocimiento profesional y la brecha salarial de género. Así, LERU señala la urgente obligación de las instituciones para actuar contra los sesgos de género en todos los niveles de las carreras académicas y fomentar, de esa manera, la convicción de que los sesgos suponen una violación del principio de meritocracia.

No obstante, desde el pensamiento feminista se han esgrimido diversas críticas respecto de las posibilidades de la meritocracia, criterio ligado a la neutralidad y objetividad científica. Sobre este punto, Lamaitre observa la particular falibilidad de la meritocracia en las facultades de Derecho. Afirma que tanto el acceso como el ascenso en las carreras legales, así como las posibilidades profesionales después de la graduación, dependen en gran medida de “el sexo, la raza y la clase social del estudiante (redes familiares, dinero, etc.)”<sup>26</sup>, elementos que se suman y condicionan el componente meritocrático. No obstante, “el discurso dominante, si bien reconoce las jerarquías, las vincula exclusivamente al mérito individual, y las acepta precisamente porque supuestamente son jerarquías de méritos, ignorando el elemento existente de privilegio de clase, sexo y raza”<sup>27</sup>.

En definitiva, las críticas feministas advierten, desde posturas más optimistas, las limitaciones de los sistemas académicos para hacer frente a las desigualdades socioeconómicas y políticas en el acceso y

<sup>26</sup> Lamaitre, J., *op. cit.*, pág. 183.

<sup>27</sup> *Ídem.*

la promoción de las estudiantes y profesionales del Derecho; y, desde posicionamientos más radicalizados, la complicidad de las instituciones del conocimiento en la reproducción y consolidación de esas desigualdades.

## VII. Consideraciones finales

En su análisis de las profesiones jurídicas en la economía del aprendizaje, la profesora Josefa Ruiz Resa parte de un postulado epistemológico-político en relación con el Derecho, su enseñanza, su aplicación y sus usos. Advierte así que la situación por ella presentada, analizada en profundidad y profusamente documentada en su texto, “no puede modificarse sólo desde la enseñanza del Derecho”<sup>28</sup>. Por el contrario, Ruiz Resa señala que la enseñanza del Derecho “se organiza y estructura para estar al servicio del orden político y social que lo crea”, abonando a la idea de que la creación del Derecho se sustenta y alimenta de una serie de intereses y de conflictos, elementos constitutivos de toda organización político-social. En esa línea, la Prof. Ruiz Resa afirma que, en la actualidad, de las universidades se espera la formación de profesionales con talentos para “que pongan en marcha sus distintas competencias (...) según las demandas de su entorno laboral”, en contraposición a objetivos políticos de otros tiempos, en los que la Universidad era llamada a generar “individuos humanistas” o “científicos críticos (Kant y Von Humboldt)” o “meros técnicos que se limitan a aplicar (...) la ley del Estado (Napoleón)”<sup>29</sup>. Desde la clave de lectura aquí propuesta, es imposible no advertir que tanto los modelos profesionales de la fase de la economía del aprendizaje, como los del Iluminismo o los del Derecho civil, están encuadrados en figuras masculinas blancas y europeas, grandes pensadores de la Historia -algunos de ellos-, anónimos servidores del capital -muchos otros-,

<sup>28</sup> Ver punto V “Conclusiones” en Ruiz Resa, J., *op. cit.*

<sup>29</sup> Ver punto IV “La enseñanza del Derecho: hacia la formación de profesionales competentes” en Ruiz Resa, J., *op. cit.*

cuyas ideas concurren para afianzar el androcentrismo eurocéntrico del Derecho. Como contraparte, las incidencias feministas en el campo jurídico confluyen en un heterogéneo cúmulo de ideas, cada vez más profuso, insoslayable para abonar a las alternativas contrapuestas a los requerimientos de la economía del aprendizaje. En tal sentido, resulta necesario y acaso urgente alimentar las genealogías feministas, articulando distintas tradiciones de la praxis jurídica, en la imaginación para crear nuevas narraciones (Olympe de Gouges), en la vindicación de los derechos consagrados (Mary Wollstonecraft) o en la reflexión sobre las reincidencias en la reconstrucción de nuevos sujetos del Derecho (Crenshaw, Davis, Spade).

La impugnación de la neutralidad jurídica, uno de los principios axiomáticos de los feminismos, tiene como contracara la advertencia de la condición política del Derecho. Ruiz Resa adhiere a estas premisas de las corrientes críticas del Derecho al señalar que el saber jurídico se construye y transforma desde diversos enclaves, tanto en la investigación jurídica académica como en la interpretación del Derecho que llevan a cabo no solo magistrados sino también el profesorado y el estudiantado jurídico en las aulas. No obstante, la Prof. Ruiz Resa advierte que esos aspectos del hacer jurídico son escasamente reconocidos tanto por las organizaciones internacionales que direccionan el saber jurídico en la línea de la economía del aprendizaje y “las autoridades políticas y académicas que han realizado las últimas reformas de los planes de estudios jurídicos”<sup>30</sup>, como también por quienes constituyen las amplias comunidades profesionales (magistradas/os, empleadas/os de las instituciones de justicia, profesorado y estudiantado del Derecho, comunidad científica en general). Esa falta de reconocimiento, concluye Ruiz Resa, socava las posibilidades de cuestionar las modalidades en las que actualmente se moldea el saber jurídico y, en cambio, resguarda la obediencia a las demandas de la economía del aprendizaje.

Consideramos que es, precisamente, en esas praxis marginadas donde se articulan discursos que abren la posibilidad de transformar

<sup>30</sup> Ver punto V “Conclusiones” en Ruiz Resa, J., *op. cit.*

el orden político-social y donde puede palpase un punto de fuga al desasosiego abrumador que genera el panorama del capitalismo global contemporáneo. Desde el movimiento feminista -organizado en la concepción del conocimiento como praxis, es decir, en la virtuosa intersección de debates, ideas y acciones diversas- el campo jurídico es intervenido para formular nuevas maneras de pensar y relacionarse con el Derecho.

Gran parte de la creación y de la transformación del Derecho se pone en juego en la apropiación, disposición y en las demandas de los movimientos sociales, en las proclamas por la extensión de los derechos, en la exigencia de su cumplimentación, en la puesta en práctica de derechos no reconocidos por la legalidad estatal pero socialmente legitimados, en los posicionamientos respecto de las decisiones judiciales, en la formulación de novedosos principios y mecanismos y, desde ya, en la creación de modos de la enseñanza, puntos de encuentro y canales de circulación alternativos de los materiales desconocidos o rechazados por los cánones institucionales. En efecto, la historia del Derecho moderno se formula al menos desde dos derroteros posibles, aquel que acompaña a los cánones tradicionales, legitimados por los tribunales, la academia y la institucionalidad estatal. Y otro camino, marcado por las luchas de quienes forman parte de la comunidad política desde una “inclusión diferencial”<sup>31</sup>, es decir, desde la desposesión, la marginación o, simplemente, la disconformidad, y que bogan por transformar radicalmente los discursos de la regulación legal.

---

<sup>31</sup> Mezzadra, S. y Neilson, B., *La frontera como método*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2017.

## Bibliografía

- Costa Wegsman, M., “Introducción al dossier: Pensando El Derecho en Clave Pro-Fémica”, *Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, 19, 2017, pág. 2-11.
- Costa Wegsman, M., “Feminismos jurídicos en Argentina”, en Bergallo, P. y Moreno, A. (eds.), *Hacia políticas judiciales de género*, Buenos Aires, Jusbaire Editorial, 2017b, pág. 237-260.
- De Beauvoir, S., *El Segundo Sexo*, Buenos Aires, Sudamericana, 2007.
- Frug, M. J., “A postmodern legal manifesto”, en Olsen, F., *Feminist Legal Theory I: Foundations and Outlooks*, Nueva York, New York University Press, 1995, pág. 491-521.
- Grossman, N., “Sex on the Bench: Do Women Judges Matter to the Legitimacy of International Courts?”, *Chicago Journal of International Law*, 12(2), 2012, pág. 647-684.
- Heim, D., *Mujeres y acceso a la justicia*, Buenos Aires, Didot, 2016.
- League of European Research Universities (LERU), “Implicit bias in academia: A challenge to the meritocratic principle and to women’s careers- And what to do about it”, 23, 2018.
- Lamaitre Ripoll, J., “El feminismo en la enseñanza del Derecho en Estados Unidos. Estrategias para América Latina”, *Academia. Revista sobre la enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, 6, 2005, pág. 175-192.
- Lipszyc, C., “Ciudadanía”, en Gamba, S. (ed.), *Diccionario de estudios de género y feminismos*, Buenos Aires, Biblos, 2007, pág. 58-62.
- Marx, K., *Sobre la cuestión judía*, Buenos Aires, CS Ediciones, 1999.
- Mezzadra, S. y Neilson, B., *La frontera como método*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2017.
- Olsen, F., “Feminism and Critical Legal Theory: An American Perspective”, en Olsen, F. (ed.), *Feminist Legal Theory I: Foundations and Outlooks*, New York, New York University Press, 1995 pág. 473-485.
- Pateman, C., *El contrato sexual*, Barcelona, Anthropos, 1995.
- Ruiz Resa, J., “La enseñanza del derecho en la economía del aprendizaje”, *Revista Discusiones*, Bahía Blanca, UNS, XIX, 2017.

Smith, D. "Women's Perspective as Radical Critique of Sociology", en Fox Keller, E. y Longino, H. (eds.), *Feminism & Science*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pág. 27-38.

Scott, J. W., *Las mujeres y los derechos del hombre: feminismo y sufragio en Francia, 1789-1944*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2002.

## La enseñanza del derecho en la racionalidad sobredeterminada de la economía del aprendizaje

*Legal Teaching into the Overdetermined Rationality of the  
Learning Economy*

Mauro Benente\*

Recepción: 18/07/2017

Aceptación: 10/10/2017

Recepción y aceptación final: 31/05/2018

**Resumen:** Este trabajo es un comentario de *La enseñanza del derecho en la economía del aprendizaje* de Josefa Dolores Ruiz Reza. La autora analiza los impactos de la economía del aprendizaje en las profesiones jurídicas y en la enseñanza del derecho. Yo propongo algunos matices en el funcionamiento de esa economía del aprendizaje y de su impacto en las otras instancias estudiadas.

**Palabras clave:** Enseñanza del derecho, sobredeterminación, gubernamentalidad, capitalismo cognitivo.

**Abstract:** This piece of work is a comment on *Legal Teaching Into The Learning Economy* of Josefa Dolores Ruiz. The author analyzes the impacts of the learning economy on the legal professions and on the legal

\* Doctor en Derecho (UBA). Docente de teoría del Estado en la Facultad de Derecho de la UBA y de Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional de José C. Paz. Director del Instituto Interdisciplinario de Estudios Constitucionales de la Universidad Nacional de José C. Paz y Director de *Bordes*, Revista de política, derecho y sociedad. Coordinador del Grupo de Trabajo "Pensamiento Jurídico Crítico" del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Director del Proyecto Decyt "Gubernamentalidad, constitucionalismo y derechos humanos" en la Facultad de Derecho de la UBA y Director del Proyecto "Democracia y poder constituyente: perspectivas teóricas y aproximaciones históricas" en la Universidad Nacional de José C. Paz. Email: maurobenente@yahoo.com

teaching. I propose some nuances in the functioning of this learning economy, and its impact on the other instances studied.

**Keywords:** Legal teaching, overdetermination, governmentality, cognitive capitalism.

## I. Introducción

En términos generales, en las distintas oportunidades en que he ocupado el rol de comentarista de alguna ponencia, exposición, o artículo, me encontré frente a una tensión no tan sencilla de sortear. Por una parte, si nos tomamos el tiempo de realizar algún comentario es porque el trabajo del/la colega nos interesa, nos parece sugestivo, nos resulta estimulante, nos permite pensar y repensar los distintos temas y marcos conceptuales que se ponen en juego. Si esto no fuera así, no nos tomaríamos el tiempo de la lectura detenida, ni mucho menos una labor crítica. Por otra parte, los marcos conceptuales que suelo emplear para trabajar se asientan en tradiciones de izquierdas y posestructuralistas, bastante minoritarias en un campo jurídico en el que predominan las referencias liberales y liberal-conservadoras. Frente a este escenario, no resulta tan sencillo abordar y comentar trabajos anclados en perspectivas liberales o liberales conservadoras desde tradiciones de izquierdas y posestructuralistas, no solamente porque se corre el riesgo de entablar un diálogo con idiomas tan distintos que por momentos dificultan toda comunicación, sino porque algunas de las críticas dirigidas hacia las tradiciones liberales son tan medulares que sugieren que no queda nada o casi nada para rescatar de estos paradigmas. De esta manera, en muchos casos me encontré frente a trabajos que me resultaron interesantes, pero los paradigmas desde los cuales trabajo me sugirieron apartarme lo más lejos posible de esta tradición. Sugerencia que no fue aceptada por completo, pero aun así mi trabajo de comentarista nunca fue desarrollado con total soltura ni completa tranquilidad.

La lectura de *La enseñanza del derecho en la economía del aprendizaje* de Josefa Dolores Ruiz Reza representó una afortunada discontinuidad con lo anterior. En un texto previo titulado “El peculiar estatuto

de la dogmática jurídica”, Ruiz Reza ya nos advertía que la *sociedad del conocimiento* había dejado atrás la concepción ilustrada del conocimiento, algo que en parte se podía explicar por las “exigencias del capitalismo posindustrial.”<sup>1</sup> De todas maneras en el nuevo trabajo de Ruiz Reza, objeto de este comentario, la vinculación entre los cambios en el conocimiento, la profesión jurídica, y la enseñanza del derecho con respecto a las modulaciones del modo de producción capitalista se leen con mayor nitidez. Pero además, la mirada sobre el capitalismo no es aséptica sino que ya en el resumen del trabajo se expone que “nos empuja a un modelo de comunidad política desigualitario y tiránico.”

La concepción del capitalismo posindustrial y sus efectos –nunca lineales ni automáticos- en el plano del conocimiento y de la enseñanza del derecho, sin dudas se acercan a los marcos teóricos con los que suelo trabajar, por lo que las tensiones e incomodidades anteriormente mencionadas no se hicieron presentes. De todas maneras, la lectura del trabajo marcó importantes desafíos: ¿Cómo avanzar en el comentario de un trabajo que no solamente me parece sólido y solvente, sino que además se encuentra muy cercano a los marcos político-académicos con los que me siento más cómodo? ¿Qué decir de un trabajo sobre el que en términos generales estoy de acuerdo? Si a primera vista podría suponerse que la labor de comentarista se torna más sencilla cuando los marcos conceptuales son más afines, lo cierto es que sucede lo contrario. Analizar un trabajo con el que estoy sustancialmente de acuerdo me exigió desarrollar con mayor profundidad la temática y sus marcos conceptuales. Sin estos acuerdos creo que me hubiera quedado en una dimensión más superficial, así que los matices que aquí enuncio se hacen desde el agradecimiento hacia Josefa Dolores Ruiz Resa porque, en el algún sentido, me forzó a pensar distinto. Comentar un trabajo escrito con marcos teóricos y conceptualizaciones distintas y distantes, muchas veces nos permite descansar y reforzar los propios

---

<sup>1</sup> Ruiz Resa, J., “El peculiar estatuto de la dogmática jurídica”, en Ruiz Resa, J. (ed.), *Política, economía y método en la investigación y aprendizaje del derecho*, Madrid, Dykinson, 2014, pág. 234.

pero en este caso, y gracias al trabajo de Ruiz Resa, la tarea fue revisar y problematizar aquello que asumía como correcto.

## II. Economía del aprendizaje y educación jurídica

Josefa Dolores Ruiz Resa presenta de modo prolijo y detallado los contornos de la denominada *economía del aprendizaje*, formato que adopta el capitalismo contemporáneo motorizado por el poder de las grandes corporaciones y que tiene en su nómina de consecuencias el “retroceso de la legalidad estatal y de las instituciones públicas.” Luego analiza la inscripción de las profesiones jurídicas en esta *economía del aprendizaje* y finalmente da cuenta de las características que adquiere la institución universitaria y la enseñanza del derecho.

La *economía del aprendizaje* supone un momento del capitalismo en el cual el conocimiento es a la vez resultado de la transformación de la información (o de conocimientos previos) y objeto de mercantilización, paradigma que tiene un fuerte impacto en los distintos desempeños laborales y en las políticas educativas. En particular, el trabajo de los y las profesionales del derecho ya no se encuentra tan estrechamente vinculado a las agencias estatales, sino más bien a la provisión y creación de nuevos conocimientos jurídicos, y a la gestión de riesgos jurídicos. Para ello se vuelven necesarios/as profesionales que se perfeccionen de modo constante, que sean capaces de desarrollar distintas competencias, y fundamentalmente que estén en condiciones de multiplicar su creatividad. Del mismo modo, la *economía del aprendizaje* ha redefinido la enseñanza del derecho en distintos planos: a- alterando la relación profesorado/alumnado, enseñanza/aprendizaje, puesto que la transmisión acrítica del conocimiento fue desplazada por un protagonismo del/la estudiante, quien se inscribe en un marco de formación constante y desarrollo de competencias; b- volcando a las universidades hacia la transferencia de conocimiento que en muchas oportunidades se encuentra “dirigida a individuos y grupos como las empresas que usarán el conocimiento para la producción de beneficios”; c- mercantilizando a las universidades y estructurando su funcionamiento bajo una lógica empresarial; d- libe-

ralizando la educación jurídica en vistas de que la Universidad deje de monopolizar la formación de profesionales del derecho.

Si bien en términos generales estoy muy de acuerdo con los planteos de Ruiz Resa, luego de este esfuerzo por pensar distinto, por revisar y poner a prueba mis propios marcos conceptuales, en lo que sigue me interesa plantear tres matices. El primero de ellos supone realizar algunas precisiones conceptuales o vinculadas al marco teórico que creo que permiten leer de una manera parcialmente distinta la relación entre la denominada *economía del aprendizaje*, los y las profesionales del derecho, y la educación jurídica. Un matiz en esta relación, permite leer con mínimas diferencias esta *economía del aprendizaje*. En este punto y a la luz del concepto de *sobredeterminación*, intento sugerir que las profesiones jurídicas y fundamentalmente la educación jurídica no deberían leerse como simples resultantes de la *economía del aprendizaje*. El segundo de los matices supone situar al estudio de Ruiz Resa en el plano de las *racionalidades* de gobierno que no necesariamente se traducen en *tecnologías* y *programas* gubernamentales efectivamente llevados a la práctica. Finalmente, con la presentación del capitalismo *cognitivo* propongo un contrapunto con la descripción misma de la *economía del aprendizaje*.

### III. La (sobredeterminada) *economía del aprendizaje*

De la lectura del trabajo de Josefa Ruiz Resa parece surgir que la *economía del aprendizaje* impacta de modo directo en el desarrollo profesional y en las prácticas educativas. Parecería que las características del desempeño profesional y las lógicas de la enseñanza del derecho serían un simple reflejo, una mera resultante del funcionamiento de la *economía del aprendizaje*. Dicho con una gramática más cercana al marxismo, ciertos elementos *superestructurales*, en este caso las prácticas educativas, se presentan como simples reflejos y epifenómenos de la *estructura* económica.

Esta gramática se desprende de una posible lectura del famoso “Prefacio” a la *Contribución de la crítica de la economía política*, en donde Marx planteó que: “en la producción social de su existencia, los hombres establecen determinadas relaciones, necesarias e independientes de su

voluntad, relaciones de producción que corresponden a un determinado estadio evolutivo de las fuerzas productivas materiales. La totalidad de esas relaciones de producción constituye la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la cual se alza un edificio [*Überbau*] jurídico y político, y a la cual corresponden determinadas formas de la conciencia social. El modo de producción de la vida material determina [*bedingen*] el proceso social, político e intelectual de la vida en general”.<sup>2</sup>

Una interpretación economicista o mecanicista de este pasaje nos puede hacer suponer que todo proceso político, variable cultural, discurso simbólico, y cada forma jurídica y estatal son simples reflejos y epifenómenos de la estructura económica. En la misma línea, también nos puede llevar a creer que toda modificación en la estructura económica tiene su traducción directa y lineal en las distintas esferas de la superestructura.

A contrapelo de esta lectura economicista, el propio Engels se encargó de enunciar ciertos reparos, puesto que en una carta del 21 de septiembre de 1890 dirigida a Bloch descartó que el elemento económico fuera el único determinante de la historia, y si bien lo era en *última instancia*, las formas y las teorías políticas y jurídicas también

<sup>2</sup> Marx, K., *Contribución a la crítica de la economía política*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2000, pp. 4-5. Si bien esta representa la formulación canónica de lo que podríamos denominar –aunque Marx no lo haya hecho– materialismo histórico, y la metáfora arquitectónica que vincula la estructura y la superestructura se convirtió en una marca registrada de este “Prefacio”, un desarrollo conceptual bastante parecido ya se encontraba en *La ideología alemana*, donde Marx y Engels destacaban que “la vida material de los individuos, que en modo alguno depende de su simple ‘voluntad’, su modo de producción y la forma de intercambio, que se condicionan mutuamente, constituyen la base real del Estado y se mantienen como tales en todas las fases en que siguen siendo necesarias la división del trabajo y la propiedad privada, con absoluta independencia de la voluntad de los individuos. Y estas relaciones reales, lejos de ser creadas por el poder del Estado, son, por el contrario, el poder creador de él. Los individuos que dominan bajo estas relaciones tienen, independientemente de que su poder deba constituirse como Estado, que dar necesariamente a su voluntad, condicionada por dichas determinadas relaciones, una expresión general como voluntad del Estado, como ley (expresión cuyo contenido viene dado siempre por las relaciones de esta clase, como con la mayor claridad demuestran el derecho privado y el derecho penal)”. Marx, K., Engels, F., *La ideología alemana*, Madrid, Akal, 2014, pág. 286.

ejercían su influencia en el curso de las luchas históricas.<sup>3</sup> Por su parte, en una misiva del 27 de octubre de ese mismo año pero dirigida a Schmidt, Engels remarcó la existencia de una autonomía (muy) relativa del derecho y la política respecto de la base económica.<sup>4</sup>

Para desterrar definitivamente una lectura economicista del marxismo y para matizar ciertos aires economicistas que se leen –o podrían leerse– en el trabajo de Ruiz Resa, me parece interesante recuperar la noción de *sobredeterminación* que Freud utilizó en *La interpretación de los sueños* para dar cuenta del carácter múltiple y multicausal de las formaciones oníricas,<sup>5</sup> y que Louis Althusser retomó para subrayar la especificidad de la contradicción marxista.

*Contradicción y sobredeterminación* fue publicado en diciembre de 1962 en *La Pensée*, y luego fue incluido en *Pour Marx*, el célebre libro publicado en 1965. En términos generales, y continuando algo que ya había desarrollado parcialmente en *Sobre el joven Marx*, donde planteaba que la *inversión* de la filosofía especulativa continuaba siendo filosofía especulativa<sup>6</sup> –o dicho en los términos de la lectura que hace Heidegger de Nietzsche, que la *inversión* o *superación* de la metafísica se mantiene en el terreno de la metafísica<sup>7</sup>, Althusser se sumerge en el debate sobre la relación entre la dialéctica de Hegel y la de Marx. Su tesis es que no estamos en presencia de una *inversión* sino de una *ruptura*. La tesis de la *inversión* supone que Hegel y Marx emplearon un mismo método para analizar objetos diferentes –el mundo de la Idea Hegel, y el mundo real Marx– y la apuesta de Althusser es mostrar que en la medida en que existe una *ruptura*, no solamente hay una mutación en los objetos

<sup>3</sup> Engels, F., “Carta a J. Bloch”, en K. Marx, F. Engels, *Obras escogidas*, t. II, Moscú, Ediciones en lenguas extranjeras, 1962.

<sup>4</sup> Engels, F., “Carta a K. Schmidt”, en K. Marx, F. Engels, *Obras escogidas*, t. II, Moscú, Ediciones en lenguas extranjeras, 1962.

<sup>5</sup> Freud, S., *Obras completas. La interpretación de los sueños (primera parte, 1900)*, Buenos Aires, Amorrortu, 1991, pp. 299-315.

<sup>6</sup> Althusser, L., “«Sur le jeune Marx»”, en *Pour Marx*, Paris, La Découverte, 2005.

<sup>7</sup> Heidegger, M., “Superación de la metafísica”, en *Conferencias y artículos*, Barcelona, Ediciones del Serbal, 2001, pág. 75.

estudiados sino también una transformación radical de ese método.<sup>8</sup> Si para la tesis de la *inversión* Marx ha conservado aunque invertidos los términos de la dialéctica hegeliana, Althusser indica que “son a la vez los términos y su relación los que cambian de naturaleza y sentido”.<sup>9</sup> Para dar cuenta de esta *ruptura* y de todas las implicancias que ella supone, Althusser teoriza sobre la revolución bolchevique y retoma algunas líneas conceptualizadas por el propio Lenin.

Una gran pregunta que atraviesa a los marxismos y que pone en crisis cierta escatología que podría leerse en algún trabajo de Marx, es la siguiente: ¿Por qué la primera revolución socialista se produjo en un país tan atrasado como Rusia? ¿Por qué no se desarrolló en los Estados capitalistas más avanzados? Para Althusser esto se explica por una acumulación y aceleración de distintas contradicciones que existían en la Rusia zarista: las propias del régimen feudal en zonas rurales; las características del incipiente capitalismo en algunas ciudades; las de las guerras coloniales; las de zonas industriales en contraposición a zonas rurales; y las contradicciones no solamente entre explotados y explotadores, sino también al interior de las propias clases dominantes. La combinación y exasperación de estas contradicciones se fusionaron en una *unidad de ruptura*, que permitió que las mayorías populares derrocaran a las clases dirigentes. Ahora bien, cuando se produce esta acumulación de contradicciones “de las cuales algunas son radicalmente heterogéneas, y que no tienen todas el mismo origen, ni el mismo sentido, ni el mismo *nivel* y *lugar* de aplicación, pero sin embargo se ‘fundan’ en una unidad de ruptura, ya no se puede hablar más de la única virtud simple de la ‘contradicción’ general”.<sup>10</sup> Esta contradicción general o fundamental –esto es, el antagonismo entre capital y trabajo– se encuentra presente en cada una de las contradicciones y también en su fusión, pero a diferencia de las lecturas economicistas, no se puede afirmar “que esas ‘contradicciones’ y su ‘fusión’ sean solamente *puro*

<sup>8</sup> Althusser, L., “Contradiction et surdétermination”, en *Four Marx*, Paris, La Découverte, 2005, pp. 91-92.

<sup>9</sup> *Ibidem.*, pág. 108.

<sup>10</sup> *Ibidem.*, pp. 98-99.

*fenómeno*”.<sup>11</sup> No son únicamente *puro reflejo* de la contradicción principal, tienen lógicas de eficacia y funcionamiento que son propias, pero además – y esto es lo fundamental-, estas instancias *sobredeterminan* a la contradicción fundamental. Para Althusser “la ‘contradicción’ es inseparable de la estructura social en su totalidad, en la cual ella se ejerce, inseparable de sus *condiciones* formales de existencia, y de las *instancias* mismas que ella gobierna; ella es, ella misma, en su corazón, *afectada por ellas* [por las *instancias*], determinante pero también determinada en un mismo y único movimiento, y determinada por los diversos *niveles* y las diversas *instancias* de la formación social que ella anima: podríamos decir *sobredeterminada desde su principio*”.<sup>12</sup> Que la contradicción principal se encuentre *sobredeterminada* implica que su eficacia depende de las “circunstancias sociales en las cuales esa contradicción opera”.<sup>13</sup> De esta manera, no solamente las contradicciones secundarias no son un reflejo de la principal, sino que también son su condición de existencia, y viceversa.<sup>14</sup>

La contradicción hegeliana no se encuentra *sobredeterminada*, este es el dato característico de la contradicción marxista y es lo que permite mostrar la existencia de una *ruptura* y no una simple *inversión*. Afirmer que los elementos superestructurales no son un epifenómeno de la estructura económica sino que además la *sobredeterminan*, implica sostener algo más: poseen una autonomía relativa. Para analizar la relación entre estructura y superestructura, “Marx nos da los ‘dos

<sup>11</sup> *Ibidem.*, pág. 99.

<sup>12</sup> *Ibidem.*, pp. 99-100.

<sup>13</sup> Pereyra, C., “Los conceptos de inversión y sobredeterminación en Althusser”, en *Revista Dialéctica*, 3, 1977, pág. 61,

<sup>14</sup> De este modo, “las contradicciones «secundarias» no son el mero fenómeno de la contradicción «principal», la principal no es la esencia de la cual las secundarias serían unos de sus tantos fenómenos, fenómenos en forma tal que prácticamente la contradicción principal podría existir *sin* las secundarias, o sin tal o cuál de ellas, o *antes* o *después* de ellas [...] al contrario, las contradicciones secundarias son esenciales para la propia existencia de la contradicción principal, constituyen realmente la condición de existencia, tanto como la contradicción principal constituye las condiciones de existencia de ellas.” Althusser, L., “Sur la dialectique matérialiste”, en *Pour Marx*, Paris, La Découverte, 2005, pág. 211.

extremos de la cadena', y nos dice que entre ellos hay que buscar...: de una parte *la determinación en última instancia por el modo de producción (económica)*; por otra parte *la autonomía relativa de las superestructuras y su eficacia específica*".<sup>15</sup> Pero podemos dar un paso más, y en compañía de Poulantzas sostener que además de esta autonomía relativa y eficacia particular, los elementos superestructurales "presentan temporalidades de ritmos e intensidades [*scansions*] diferenciales".<sup>16</sup> Lo que tenemos es una pluralidad de contradicciones, con un desarrollo desigual, algunas "en un momento son principales y otras secundarias, pudiendo variar sus posiciones en el tiempo al igual que los aspectos que componen cada contradicción".<sup>17</sup>

Esta densa presentación de la noción de *sobredeterminación* creo que nos permite matizar el panorama trazado por Ruiz Resa en al menos dos sentidos que se encuentran vinculados. Por un lado, ya no podemos afirmar que la *economía del aprendizaje* se traduce de modo automático en la estructura universitaria y en la enseñanza del derecho. Las universidades y las prácticas discursivas y no discursivas que se desarrollan en los espacios universitarios, tienen ritmos y temporalidades distintos a la estructura económica y no son su simple reflejo o resultante. Por otro lado, el despliegue de la *economía del aprendizaje* se encuentra –o encontrará– *sobredeterminada* por otras instancias de la totalidad social que no están estructuradas con las mismas lógicas mercantiles. Dicho de otra manera, si la *economía del aprendizaje* tiende a hacer del conocimiento una mercancía, no podemos descartar la existencia de otras instancias en las que el conocimiento no es concebido (exclusivamente) de ese modo, y tampoco podemos olvidar que la tendencia a hacer del conocimiento una mercancía puede encontrarse *sobredeterminada* por otras racionalidades que no lo limitan a su dimensión mercantil(izable). El interrogante que se abre es si la universidad puede ser un

<sup>15</sup> Althusser, L., "Contradiction et surdétermination", *op. cit.*, pág. 111.

<sup>16</sup> Poulantzas, N., *Pouvoir politique et classes sociales I*, Paris, Maspero, 1968, pág. 36.

<sup>17</sup> Antón, A., "Exhumando la diferencia negada. Althusser y la *sobredeterminación* como especificidad de la dialéctica marxista", en Karczmarczyk, P. (coord.), *IncurSIONES althusserianas: Sobredeterminación, ideología e interpelación*, La Plata, Universidad Nacional de La Plata, pág. 26.

espacio de resistencia a estas lógicas mercantiles; y aún más si tiene la capacidad de convertirse en un ámbito de disputa para *sobredeterminar* la estructura económica de modo que se atenúen las racionalidades mercantiles sobre el conocimiento.

#### IV. La (*racionalidad*) de la *economía del aprendizaje*

A partir de los desarrollos de Althusser podemos observar con otras perspectivas la vinculación entre *economía del aprendizaje*, desempeño profesional de abogados y abogadas, y la enseñanza del derecho. También creo que si concebimos que la *economía del aprendizaje* se encontrará *sobredeterminada*, podemos hallar ciertos matices no solamente respecto de la vinculación de estas instancias, sino también en cómo se desarrollará la propia estructura económica. Ahora bien, si advertimos que el trabajo de Ruiz Resa es fundamentalmente documental, también estamos en condiciones de dar con otras tonalidades de esta vinculación y cada una de estas esferas.

Cuando afirmo que la autora realiza un trabajo documental –muy interesante, preciso y erudito–, me refiero a que buena parte de la caracterización de la *economía del aprendizaje* se realiza a la luz de instrumentos e informes de la United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y el Banco Mundial (BM). Si bien estos documentos muestran con nitidez los contornos de la *economía del aprendizaje*, es importante tener en cuenta que no se trasladan automáticamente a las *prácticas* gubernamentales, sino que son una reflexión, representan una *racionalidad* de esas políticas.

Luego de sus estudios sobre el poder disciplinario y la biopolítica, Michel Foucault acuñó el concepto de gubernamentalidad que intenta mostrar que las prácticas gubernamentales se encuentran guiadas por una *racionalidad* y una práctica reflexiva.<sup>18</sup> Cuando hablamos de *racio-*

---

<sup>18</sup> En este orden de ideas, ver Lemke, T., “Foucault, Governmentality, and Critique”, *Rethinking Marxism: A Journal of Economics, Culture & Society*, 14, 3, 2002, pág. 53;

*alidad* de gobierno nos referimos a “la manera en la cual el gobierno reflexiona su práctica”.<sup>19</sup> De este modo, Foucault indica que “es posible analizar la racionalidad política, así como se puede analizar cualquier racionalidad científica. [...] Ella se encarna siempre en instituciones y estrategias, y tiene su propia especificidad”.<sup>20</sup>

En este orden de ideas, es posible distinguir entre *racionalidades, programas y tecnologías* de gobierno. La *racionalidad* gubernamental es definida en un trabajo muy influyente de Colin Gordon como: “un modo o sistema de pensamiento sobre la naturaleza de la práctica de gobierno (quién puede gobernar; qué es gobernar; qué o quién es gobernado), capaz de hacer, de algún modo, esta actividad pensable y practicable, tanto por sus operadores como por sobre quienes es practicada”.<sup>21</sup> La *racionalidad* gubernamental, o *arte de gobernar*, alude a “la manera reflexiva de gobernar mejor y también, y al mismo tiempo, la reflexión sobre la mejor manera posible de gobernar”.<sup>22</sup> Según entiendo, aquello que leemos en los documentos de la UNESCO, la OCDE y el BM son fundamentalmente *racionalidades* de gobierno, son reflexiones sobre cómo alcanzar del modo más satisfactorio esta *economía del aprendizaje*. De todas maneras, las *racionalidades* no agotan al gobierno, sino que éste también se integra de *programas y tecnologías*. Los *programas*, asentándose sobre un conocimiento de los asuntos a ser abordados, funcionan como una traducción de las *racionalidades* políticas, y logran un ajuste entre lo que es deseable y lo que puede llegar a ser posible en

Hindess, B., *Discourses of power: From Hobbes to Foucault*, Oxford, Blackwell, 1996, pág. 106; Rose, N., *Powers of Freedom. Reframing political thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pág. 7.

<sup>19</sup> Gros, F., *Michel Foucault*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, pág. 85.

<sup>20</sup> Foucault, M., “La technologie politique des individus”, en *Dits et écrits II*, Paris, Gallimard, 2001, pág. 1646.

<sup>21</sup> Gordon, C., “Governmental Rationality: An Introduction”, en Burchell, G., Gordon, C., Miller, P. (Eds.), *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, Chicago, Chicago University Press, 1991, pág. 4.

<sup>22</sup> Foucault, M., *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, Paris, Gallimard- Le Seuil, 2004, pág. 4.

el marco de las luchas sociales.<sup>23</sup> Finalmente, las *tecnologías* gubernamentales son las encargadas de instrumentar, mediante diversos procedimientos y técnicas, las *racionalidades* y los *programas* de gobierno. Ellas aluden a los “mecanismos a través de los cuales diversos tipos de autoridades han tratado de dar forma, normalizar e instrumentalizar la conducta, el pensamiento, las decisiones y las aspiraciones de los otros, en vistas de alcanzar los objetivos que ellas consideran deseables”.<sup>24</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, y nuevamente a modo de matiz, me parece que las descripciones que realiza Josefa Dolores Ruiz Resa muestran la *racionalidad* de la *economía del aprendizaje*, lucen el modo en que la UNESCO, la OCDE y el BM pretenden delinear *programas* y *tecnologías* de gobierno, pero estas últimas nunca reproducen de modo automático y fiel aquellas *racionalidades*. Si bien me parece que este es un pequeño contrapunto conceptual, también podría dotarse de otras derivaciones puesto que uno de los aspectos a tener en cuenta para la traducción de las *racionalidades* en *programas* es la lucha social, o en un lenguaje más gramsciano, la relación de fuerzas.<sup>25</sup> Es decir que si hay mayorías política y socialmente organizadas, difícilmente esas *racionalidades* mercantiles se traduzcan de modo directo y cristalino en *programas* y *tecnologías* de gobierno. O incluso, y retomando algunos de los elementos enunciados a propósito de la lectura que hace Althusser de Marx, es posible que esas traducciones se logren en algunas esferas pero no en otras. Dicho de otro modo, quizás la relación de fuerzas en términos generales no logre resistir a la generalización de la *economía del aprendizaje*, pero incluso en ese escenario la Universidad pueda llegar a instituirse como un foco de resistencia parcial y sectorial. Por otro lado, si advertimos que la *economía del aprendizaje* se encontrará *sobredeterminada* y que la descripción realizada es más su *racionalidad* que

<sup>23</sup> Rose, N., Miller, P., “Political Power beyond the State: Problematics of Government”, en *The British Journal of Sociology*, 43, 2, 1992.

<sup>24</sup> Rose, N., Miller, P., “Governing economic life”, *Economy and Society*, 19, 1, 1990, pág. 8.

<sup>25</sup> Gramsci, A., *Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el Estado Moderno*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1980, pp. 56-60.

su puesta en práctica, es muy posible que la *economía* no se despliegue punto por punto de acuerdo a su *racionalidad*.

Hasta aquí, con el concepto de *sobredeterminación* y con la inscripción de la descripción que realiza Ruiz Resa en el plano de la *racionalidad* de gobierno, he sugerido que el funcionamiento de la *economía del aprendizaje* tal vez no se ajuste en su totalidad a los programas de la UNESCO, la OCDE y el BM y quizás no se traduzca de modo directo y automático en las instancias universitarias. En lo que sigue marco algunas diferencias ya no con la puesta en funcionamiento de esta *economía del aprendizaje*, sino respecto de sus dimensiones conceptuales.

## V. El capitalismo cognitivo

Josefa Dolores Ruiz Resa afirma que el capitalismo actual adopta la forma de una *economía del aprendizaje*. Si bien en lo sustancial estoy de acuerdo con sus descripciones, prefiero retomar el concepto de capitalismo *cognitivo* que creo que nos permite plantear algunos matices y nos habilita la posibilidad de pensar prácticas alternativas y resistencias.

Retomando y proyectado los desarrollos del “Fragmento sobre las máquinas” que se leen en los *Grundrisse*,<sup>26</sup> Antonio Negri sostiene que la jornada de trabajo ya no es solamente tiempo de trabajo, puesto que el aumento de la productividad ya no depende de un incremento de horas trabajadas sino que nace de la “expresión de actividades intelectuales, de la fuerza productiva de la invención científica y, sobre todo de la estrecha aplicación de la ciencia y la tecnología en la elaboración de la actividad de transformación de la materia”.<sup>27</sup> En la era del capitalismo *cognitivo* el trabajo material ha quedado en un segundo plano respecto del trabajo inmaterial,<sup>28</sup> que se caracteriza por crear bienes

<sup>26</sup> Marx, K., *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política (Grundrisse) 1857-1858 II*, México DF, Siglo XXI, 1999, pp. 216-225.

<sup>27</sup> Negri, A., “A propósito de la ontología social. Trabajo material, inmaterial y biopolítica”, en *Guías. Cinco lecciones en torno al Imperio*, Barcelona, Paidós, 2004, pág. 76.

<sup>28</sup> Hardt, M., Negri, A., *Imperio*, Buenos Aires, Paidós, 2002, pág. 43.

inmateriales,<sup>29</sup> y se define como el conjunto de “actividades intelectuales, comunicativas, relacionales y afectivas expresadas por los sujetos y los movimientos sociales”.<sup>30</sup> El proceso de trabajo ya no es una acumulación y sucesión de trabajos simples sino que debe entenderse como “una concatenación de actividades creativas, como una *cooperación* productiva”.<sup>31</sup> Esto repercute en la teoría del valor, que se construye en la producción social, pero además implica que “la *producción social* se presenta de modo *cada vez más común*, es decir, como multiplicidad de actividades progresivamente más cooperantes”.<sup>32</sup>

El trabajo inmaterial no es predominante en términos cuantitativos pero se ha transformado en hegemónico en el sentido de que ejerce un efecto centrípeto que va transformando las demás formas de trabajo.<sup>33</sup> Por su parte, a diferencia del modelo fordista en el cual la valorización dependía fundamentalmente de la actividad individual, lo característico del capitalismo *cognitivo* consiste en “*captar, dentro de una actividad social generalizada, los elementos innovadores que producen valor*”.<sup>34</sup> Es así que la explotación debe entenderse como una expropiación de la cooperación,<sup>35</sup> una destrucción de lo *común*,<sup>36</sup> y una transformación de esa cooperación en una organización jerárquica.<sup>37</sup> Los mecanismos de

<sup>29</sup> Estrictamente el trabajo sigue siendo material porque involucra cuerpos y mentes, pero su carácter inmaterial está dado por su producto. Hardt, M., Negri, A., *Multitud. Guerra y democracia en la era del imperio*, Buenos Aires, Debate, 2004, pág. 137.

<sup>30</sup> Negri, A., “A propósito de la ontología social. Trabajo material, inmaterial y biopolítica”, *op. cit.*, pág. 75.

<sup>31</sup> Hardt, M. Negri, A., “Huellas marxianas”, en *Guías. Cinco lecciones en torno al Imperio*, Barcelona, Paidós, 2004, pág. 203.

<sup>32</sup> *Ibidem.*, pág. 204

<sup>33</sup> Hardt, M., Negri, A., *Multitud. Guerra y democracia en la era del imperio*, *op. cit.*, pág. 134-135; Hardt, M., Negri, A., *Commonwealth. El proyecto de una revolución común*, Madrid, Akal, 2011, pp. 146-147.

<sup>34</sup> Negri, A., “A propósito de la ontología social. Trabajo material, inmaterial y biopolítica”, *op. cit.*, pág. 76.

<sup>35</sup> Negri, A., “Lógica y teoría de la investigación. La praxis militante como sujeto y como episteme”, en *Guías. Cinco lecciones en torno al Imperio*, Barcelona, Paidós, 2004, pág. 184; Negri, A., “El poder constituyente”, en AA. VV. *Imperio, multitud y sociedad abigarrada*, La Paz, Clacso- Muela del Diablo, 2008, pp. 110-111.

<sup>36</sup> Hardt, M. Negri, A., “Huellas marxianas”, *op. cit.*, pág. 201.

<sup>37</sup> *Ibidem.*, pp. 213-214.

captura operan a lo largo de toda la sociedad, puesto que es en toda su extensión “(y no sólo en las fábricas) donde el trabajo tiende redes de producción capaces de renovar el mundo de las mercancías”.<sup>38</sup> Es por esta situación que el capitalismo *cognitivo* no puede ser sino *parasitario*: interrumpe y se apropia de los flujos sociales de conocimiento y cooperación, y captura los flujos sociales de trabajo cognitivo. En la medida en que el valor se genera en todo el cuerpo social y el conocimiento puede surgir en cualquier momento, “vivir y producir llegan a ser lo mismo, y tiempo de vida y de producción se han hibridado cada vez más”.<sup>39</sup> Asimismo y en contraste con la *economía del aprendizaje*, es importante tener en cuenta que esta cooperación, esa producción de conocimiento, es anterior a su captura y apropiación, por lo que no necesita de la estructuración empresaria ni del propio capitalismo.<sup>40</sup>

Me parece que existen dos importantes y nítidos puntos de contacto entre la *economía del aprendizaje* y el capitalismo *cognitivo*: a- la mercancía principal del actual modo de producción es inmaterial, es el conocimiento, es la innovación; b- el conocimiento no es un producto individual, tampoco es una acumulación de acciones individuales, sino que es resultante de una práctica colectiva, *común*. Si revisamos la conceptualización de Ruiz Reza, la estructuración de la *economía del aprendizaje* es consecuencia de la institucionalización de un modo de producción “basado en el funcionamiento de industrias muy influyentes”. Es decir, tanto las prácticas *comunes* que dan lugar a la creación y recreación de conocimiento cuanto su mercantilización, se explican por la estructura del capitalismo contemporáneo. Sin embargo, desde la perspectiva del capitalismo *cognitivo* se asume que la cooperación y la producción *común* de conocimiento no se explican por la estructuración del capitalismo, sino que son preexistentes. El momento en el

<sup>38</sup> Negri, A., “¿Qué hacer hoy del «qué hacer»? O el cuerpo del General Intellect”, en *Guías. Cinco lecciones en torno al Imperio*, Barcelona, Paidós, 2004, pág. 170.

<sup>39</sup> Hardt, M. & Negri, A., “Huellas marxianas”, *op. cit.*, pág. 210. Estamos frente a una alteración en la relación entre la producción y la vida: “la vida ya no se produce en los ciclos de reproducción subordinados a la jornada laboral; por el contrario, la vida es la que afecta y domina toda la producción”. Hardt, M., Negri, A., *Imperio*, *op. cit.*, pág. 333.

<sup>40</sup> Lazzarato, M., *Políticas del acontecimiento*, Buenos Aires, Tinta Limón, 2006, pág. 124.

que se pone en funcionamiento el capitalismo *cognitivo* y *de rapiña* no es el de la producción *común* y cooperativa sino el de su cooptación y jerarquización. Desde el paradigma del capitalismo *cognitivo*, entonces, es posible rescatar esa dimensión *común* de la producción de conocimiento puesto que no está constituida por la lógica del capital, tal como la *economía del aprendizaje* parece asumir.

## VI. Notas y esperanzas finales

En su participación en el *IV Congreso de Partidos Europeos de Izquierda*, realizado en Madrid el 13 de diciembre de 2013, Álvaro García Linera planteaba que las izquierdas debían avanzar en la “reivindicación de lo universal, de los idearios universales, de los *comunes*. La política en común, la participación como una participación en la gestión de los *bienes comunes*, la recuperación de los *comunes* como derecho”.<sup>41</sup> Podríamos pensar que esta reivindicación de los *comunes* es realizada desde y para la(s) izquierda(s) porque supone una oposición a la matriz del capitalismo *cognitivo*, puesto que frente a su tendencia por cooptar y jerarquizar la producción de bienes comunes, la apelación es producir y gestionar en *común* aquello que es *común*.

Desde este punto de vista creo que es posible observar con otras tonalidades los cambios que advierte Josefa Dolores Ruiz Resa respecto de la enseñanza del derecho, y también se abre un sendero para concebir algunas alternativas a estos cambios. De acuerdo con nuestra autora, una de las mutaciones en la enseñanza del derecho se vincula con las alteraciones en la relación profesorado/alumnado, enseñanza/aprendizaje, ya que la transmisión acrítica del conocimiento resultó desplazada por un protagonismo del/la estudiante, quien debe formarse de modo constante y profundizar sus competencias. Ahora bien, el abandono de la transmisión acrítica de conocimiento no debe tenerse como algo necesariamente reprochable, sino que podría concebirse

<sup>41</sup> García Linera, A., “A la izquierda europea” en *Socialismo comunitario. Un horizonte de época*, La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2015, pág. 24. Itálicas agregadas.

como satisfactorio. Algo similar puede predicarse de la transferencia de conocimiento desarrollada por las universidades, siempre y cuando esta nueva relación entre profesorado/estudiante y la transferencia esté guiada por una racionalidad *común*. Por una racionalidad que mantenga la producción y reproducción de conocimiento horizontal y cooperativa y que apunte a una apropiación *común* de ese conocimiento producido en *común*. De la misma manera, el hecho de que las universidades ya no monopolicen la producción y reproducción del discurso jurídico, puede implicar una producción y reproducción bajo lógicas mercantiles, pero también al amparo de racionalidades *comunes*.

Al situar la producción de conocimiento como el punto nodal del capitalismo actual, Ruiz Resa nos interpela de modo muy especial a quienes trabajamos en el ámbito universitario y en particular a quienes lo hacemos desde perspectivas de izquierdas. Leyendo mi propio comentario, creo que la larga serie de matices que he planteado sobre la *economía del aprendizaje* y sus efectos en otras instancias, se explican por la necesidad de encontrar alguna grieta y con ello algún punto de resistencia. Creo que en última instancia, pensar que la *economía del aprendizaje* no se traducirá de modo directo en las prácticas universitarias, suponer que la universidad puede ser un espacio de *sobredeterminación* de la *economía del aprendizaje*, o incluso creer que hay una racionalidad *común* que es posible oponer al capitalismo *cognitivo* de *rapiña*, son matices que he realizado desde la esperanza de que la Universidad y la producción de conocimiento son espacios de disputa que pueden poner ciertos frenos a aquello que “nos empuja a un modelo de comunidad política desigualitario y tiránico”. Las recetas para hacer de la Universidad y de la enseñanza del derecho una instancia de resistencia deben ser una construcción *común*, de la que los textos de Josefa Dolores Ruiz Resa de seguro formarán parte.

## Bibliografía

- Althusser, L., “Sur le jeune Marx”, en *Pour Marx*, Paris, La Découverte, 2005, págs. 45-83.
- Althusser, L., “Contradiction et surdétermination”, en *Pour Marx*, Paris, La Découverte, 2005, págs. 85-128.
- Althusser, L., “Sur la dialectique matérialiste”, en *Pour Marx*, Paris, La Découverte, 2005, págs. 161-224.
- Antón, A., “Exhumando la diferencia negada. Althusser y la sobredeterminación como especificidad de la dialéctica marxista”, en Karczmarczyk, P. (coord.), *Incursiones althusserianas: Sobredeterminación, ideología e interpelación*, La Plata, Universidad Nacional de La Plata, págs. 13-30.
- Engels, F., “Carta a J. Bloch” en K. Marx, F. Engels, *Obras escogidas* t. II, Moscú, Ediciones en lenguas extranjeras, 1962, págs. 520-522.
- Engels, F., “Carta a K. Schmidt”, en K. Marx, F. Engels, *Obras escogidas* t. II, Moscú, Ediciones en lenguas extranjeras, 1962, págs. 523-529.
- Foucault, M., “La technologie politique des individus”, en *Dits et écrits* II, Paris, Gallimard, 2001, págs. 1632-1647.
- Foucault, M., *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, Paris, Gallimard- Le Seuil, 2004.
- Freud, S., *Obras completas. La interpretación de los sueños (primera parte, 1900)*, Buenos Aires, Amorrortu, 1991.
- García Linera, A., “A la izquierda europea.” En *Socialismo comunitario. Un horizonte de época*, La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2015, págs. 18-27.
- Gordon, C., “Governmental Rationality: An Introduction”, en Burchell, G., Gordon, C., Miller, P. (Eds.), *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, Chicago, Chicago University Press, 1991, págs. 1-51.
- Gramsci, A., *Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el Estado Moderno*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1980.
- Gros, F., *Michel Foucault*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996.
- Hardt, M., Negri, A., *Imperio*, Buenos Aires, Paidós, 2002.

- Hardt, M., Negri, A., *Multitud. Guerra y democracia en la era del imperio*, Buenos Aires, Debate, 2004.
- Hardt, M., Negri, A., “Huellas marxianas”, en *Guías. Cinco lecciones en torno al Imperio*, Barcelona, Paidós, 2004, págs. 193-217.
- Hardt, M., Negri, A., *Commonwealth. El proyecto de una revolución común*, Madrid, Akal, 2011.
- Heidegger, M., “Superación de la metafísica”, en *Conferencias y artículos*, Barcelona, Ediciones del Serbal, 2001, págs. 51-73.
- Hindess, B., *Discourses of power: From Hobbes to Foucault*, Oxford, Blackwell, 1996.
- Lazzarato, M., *Políticas del acontecimiento*, Buenos Aires, Tinta Limón, 2006.
- Lemke, T., “Foucault, Governmentality, and Critique”, *Rethinking Marxism: A Journal of Economics, Culture & Society*, 14, 3, 2002, págs. 49-64.
- Marx, K., *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política (Grundrisse) 1857-1858 II*, México DF, Siglo XXI, 1999.
- Marx, K., *Contribución a la crítica de la economía política*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2000.
- Marx, K., Engels, F., *La ideología alemana*, Madrid, Akal, 2014.
- Negri, A., “A propósito de la ontología social. Trabajo material, inmaterial y biopolítica”, en *Guías. Cinco lecciones en torno al Imperio*, Barcelona, Paidós, 2004, págs. 73-92.
- Negri, A., “Lógica y teoría de la investigación. La praxis militante como sujeto y como episteme”, en *Guías. Cinco lecciones en torno al Imperio*, Barcelona, Paidós, 2004.
- Negri, A., “¿Qué hacer hoy del «qué hacer»? O el cuerpo del *General Intellect*”, en *Guías. Cinco lecciones en torno al Imperio*, Barcelona, Paidós, 2004, pág. 167-177.
- Negri, A., “El poder constituyente”, en AA. VV. *Imperio, multitud y sociedad abigarrada*, La Paz, Clacso- Muela del Diablo, 2008, págs. 103-111.
- Pereyra, C., “Los conceptos de inversión y sobredeterminación en Althusser”, en *Revista Dialéctica*, 3, 1977, págs. 55-68.

- Poulantzas, N., *Pouvoir politique et classes sociales I*, Paris, Maspero, 1968.
- Rose, N., *Powers of Freedom. Reframing political thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- Rose, N., Miller, P., “Governing economic life”, *Economy and Society*, 19, 1, 1990, págs. 1-31.
- Rose, N., Miller, P., “Political Power beyond the State: Problematics of Government”, en *The British Journal of Sociology*, 43, 2, 1992, págs. 172-205.
- Ruiz Resa, J., “El peculiar estatuto de la dogmática jurídica”, en Ruiz Resa, J. (ed.), *Política, economía y método en la investigación y aprendizaje del derecho*, Madrid, Dykinson, 2014, págs. 233-260.



## La enseñanza del derecho y la economía del aprendizaje como prácticas situadas y encarnadas

*The teaching of law and the learning economy as located and embodied practices*

Josefa Dolores Ruiz Resa\*

Recepción: 15/02/2018

Aceptación: 10/04/2017

Recepción y aceptación final: 31/05/2018

**Resumen:** En las siguientes páginas se recoge la respuesta a los comentarios de Mauro Benente y Malena Costa Wegsman sobre mi texto “La enseñanza del derecho en la economía del aprendizaje”. En esta respuesta se explicita el marco teórico que lo sustenta, el cual se basa en la crítica al paradigma atomista mecanicista. También asume tanto la crítica al androcentrismo que siempre ha estado presente en la enseñanza o transmisión del conocimiento jurídico y en su producción (aspecto subrayado por Costa), como la aceptación de que la formación jurídica no es un mero reflejo o epifenómeno de la estructura económica (aspecto señalado por Benente). Este marco teórico implícito, que trataré de desenvolver en mi respuesta, me permitirá: 1) justificar por qué yo tampoco considero que esta economía sea un mero reflejo de la estructura económica; 2) explicitar la dimensión androcéntrica de la enseñanza del Derecho y de las profesiones jurídicas, que yo

\* Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, España. Actividad investigadora en derechos humanos, participación y educación política, pensamiento jurídico-político y epistemología jurídica. Entre sus publicaciones recientes se encuentran los libros *Los derechos de los trabajadores en el franquismo (2014-2015)*, *Derecho y valores en las democracias constitucionales (2015)*, *Teoría del Derecho (2016)*, *Innovación docente y nuevas tecnologías (2017)*. Ciudad de Granada, España. Email: jruiizr@ugr.es

también asumo y que considero sigue estando presente en esta etapa de la economía del aprendizaje; y 3) profundizar, apelando al propio Derecho, en las posibilidades de resistencia o fuga propuestas por Benente y Costa, ante el escenario desasosegante que parece configurar la economía del aprendizaje.

**Palabras clave:** Paradigma sistémico o ecológico, cognición situada, mente encarnada, teoría crítica, ginopia.

**Abstract:** The following pages include the answer to the comments of Mauro Benente and Malena Costa Wegsman on my text “Teaching law in the economics of learning”. This answer explains the theoretical framework underpinning it. This theoretical framework is based on the critique of the mechanistic atomist paradigm and also assumes, both the critique of the androcentrism that have always been presented in the teaching or transmission of legal knowledge and in its production (aspect emphasized by Costa), and the acceptance that the legal training is not a mere reflection or epiphenomenon of the economic structure (aspect pointed out by Benente). This implicit theoretical framework, which I will try to develop in my response, allows me: 1) to justify why I do not consider this to be a mere reflection of the economical structure; 2) to explain the androcentric dimension of the teaching of law and the legal professions that I also assume, and that I believe is still present at this stage of the learning economy; 3) to deepen, appealing to Law itself, the possibilities of resistance or leakage, proposed by Benente and Costa, due to the restlessness that the economy of learning seems to configure.

**Key words:** Systemic or ecological paradigm, situated cognition, embodied mind, critical theory, ginopia.

## I. Introducción

En las siguientes páginas se recoge la respuesta a los comentarios de Mauro Benente y Malena Costa Wegsman sobre mi texto “La enseñanza del derecho en la economía del aprendizaje”. En esta respuesta se asumen, en realidad, muchos de los postulados de las posiciones teóricas que sostienen uno y otra, y se asumen desde un marco teórico

integrador que está implícito en ese primer texto y que, como Benente y Costa detectan, se basa en la teoría crítica aplicada al Derecho. Más concretamente, se trata de una posición teórica que permite reconsiderar las posibilidades de la acción humana, más allá de la racionalidad cartesiana/parsoniana/utilitarista (en cuanto manifestaciones típicas del paradigma atomista mecanicista androcentrista, que llevaría a una compartimentalización de las relaciones humanas en económicas, sociales, políticas, jurídicas, públicas o privadas, estableciendo entre ellas relaciones unidireccionales y jerarquizadas de causa-efecto donde la primera es más importante que el segundo). Tal posición está basada en una concepción de la mente o cognición humana como: 1) situada, es decir, ubicada en un entorno o ambiente institucional complejo, donde los niveles social, económico, político y jurídico, antaño separados y percibidos desde diversas relaciones de jerarquía o competencia, constituyen una interrelación cambiante y compleja que afecta de manera continua a sus elementos y a las relaciones de todos ellos con el medio o ambiente; y 2) encarnada, es decir, inextricablemente unida a (porque accionada desde) un cuerpo que: a) actualmente puede extenderse mediante dispositivos como las TIC; y que b) se delimita autónoma y heterónomamente así como histórica o diacrónicamente, desde narrativas sobre el sexo, la etnia o la clase social, las cuales son formas cambiantes (porque responden a sucesivas luchas y negociaciones por el poder) de reducir la complejidad del medio en que habitamos, como mentes encarnadas<sup>1</sup>. Estas narrativas engloban también los discursos científicos que, al igual que tales narrativas, se consideran prácticas socioculturales, las cuales se desarrollan y transforman para responder a los retos que el medio o entorno impone a los seres humanos<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Lave, J., *Cognition in practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988; Lakoff, G. y Johnson, M., *Philosophy in the Flesh: The embodied Mind and its Challenge to Western Thought*, Nueva York, Basis Books, 1993; Clark, A., *Estar ahí. Cerebro, cuerpo y mundo en la nueva ciencia cognitiva*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 1999.

<sup>2</sup> Tomo esta percepción de la ciencia (y del conocimiento en general) como una práctica social, de los trabajos de algunos de los integrantes de la etnometodología, principalmente de Aaron Cicourel, y sobre todo de la corriente Science, Technology and Society (STS), en español, Ciencia, Tecnología y Sociedad (CTS).

Por otra parte, el enfoque sociocrítico me lleva a aceptar que quien investiga forma parte del objeto de estudio, pudiendo al mismo tiempo involucrarse en la emancipación de los sujetos, mediante la comprensión del potencial de cambio de los procesos y organizaciones en que se integra<sup>3</sup>.

Este marco teórico que inspiró mi reflexión sobre la enseñanza del derecho en la economía del aprendizaje, me permitirá explicar mejor aquellos aspectos de mi primer texto que han abordado Benente y Costa, así como integrar sus comentarios y matices; más concretamente, me permitirá 1) justificar por qué no se inferiría de mi argumentación que la formación jurídica en la economía del aprendizaje “es un mero reflejo de la estructura económica” (Benente, 3. La (sobredeterminada) *economía del aprendizaje*) ni que “se traduce de modo automático en la estructura universitaria y en la enseñanza del derecho”, y sí, más bien, que esta economía “se encuentra –o encontrará– sobredeterminada por otras instancias de la totalidad social, que no están estructuradas con las mismas lógicas mercantiles» (según plantea Benente, 3. La (sobredeterminada) *economía del aprendizaje*); 2) explicitar la dimensión androcéntrica de la enseñanza del Derecho y de las profesiones jurídicas (Costa, 1. Introducción) que también asumo, y que considero que sigue dándose en esta etapa de la economía del aprendizaje; y 3) profundizar, apelando al propio Derecho, en las posibilidades de resistencia o fuga, propuestas por Benente y Costa, ante el escenario desasosegante que parece configurar la economía del aprendizaje. Esto se hará, a modo de conclusión prudente de esta contrarréplica, desde un pesimismo situado y encarnado que se sustenta sobre una comprensión de la objetividad y la neutralidad del conocimiento en el sentido dado por Donna Haraway, también defensora de un conocimiento situado<sup>4</sup>; es decir, sobre la asunción de la parcialidad inevitable

<sup>3</sup> Elgueta, M.F., Palma, E. E., *La investigación en Ciencias Sociales y Jurídicas*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, s.f., pág. 144.

<sup>4</sup> Sobre este particular, véase Haraway, D., *Ciencia, cyborgs y mujeres: la reinención de la naturaleza*, Madrid, Cátedra, 1991.

de todas las perspectivas, que es en lo que a juicio de Haraway consiste la objetividad radical.

Estos tres objetivos son los que determinan la división de las siguientes páginas en tres partes en las que se abordan cada uno de ellos, en el mismo orden en que se han presentado. Como se infiere de las alusiones a los textos de Benente y Costa, recogidas en el párrafo anterior, la primera parte se desarrolla en diálogo con Mauro Benente, la segunda en diálogo con Malena Costa, y la tercera parte se desenvuelve en diálogo con las propuestas que Costa y Benente hacen para generar espacios y procesos de resistencia a las dinámicas esclavizadoras y excluyentes –en fin, desasosegantes–, que genera la economía del aprendizaje.

No puedo sino darles las gracias por sus comentarios, al servirme de estímulo para una reconsideración de mis planteamientos y para una profundización en otras dimensiones de este asunto, agradecimiento que quisiera extender a la editora de este número de *Discusiones*, Romina Lerussi, por haber tendido los puentes que permitieron este encuentro.

## **II. La formación jurídica en la economía del aprendizaje no es un reflejo de la economía sino una forma de apropiación del paradigma ecológico o sistémico**

Abordo aquí la respuesta a los comentarios de Benente, muy sugerentes y basados en unas premisas teóricas muy potentes, en cuanto que fundamentadas en algunas obras de Gramsci, Althusser, Freud, Foucault o Negri, las cuales superan los reduccionismos teóricos dominantes en el tratamiento de las relaciones entre superestructura e infraestructura. Sus comentarios plantean tres matices (Benente, 2. Economía del aprendizaje y educación jurídica), que permitirían señalar algunas vías de evasión de la determinación de la estructura económica sobre la enseñanza del derecho, determinación que podría deducirse, según sugiere Benente, de la lectura de mi texto. Tales vías podrían ponerse en marcha si aceptamos (matiz 1) que esta economía está también sobredeterminada o condicionada por la superestructura, como por

ejemplo por las políticas de ciertos organismos internacionales, y si aceptamos que estas políticas (matiz 2), no conducen ineluctablemente a que la economía del aprendizaje vaya a desplegar todos sus efectos, ya que las racionalidades gubernamentales “no necesariamente se traducen en tecnologías y programas gubernamentales efectivamente llevados a la práctica” (Benente, 4. La (*racionalidad*) de la *economía del aprendizaje*). Finalmente Benente propone, como matiz 3, una denominación diferente para el fenómeno al que yo aludo con la expresión “economía del aprendizaje”. Se trata de la denominación “capitalismo cognitivo”, la cual permitiría “encontrar una grieta, y con ello algún punto de resistencia” (Benente, 6. Notas y esperanzas finales) al escenario que parece implicar la “economía del aprendizaje”.

Con estos matices que introduce, me invita a releer de nuevo mi texto para considerar, en primer lugar, aquellos elementos en él recogidos que pudieran desembocar o permitir extraer de “ciertos aires economicistas que se leen –o podrían leerse- (...)” en él (Benente, 2. Economía del aprendizaje y educación jurídica), que la formación del derecho y el desempeño de las profesiones jurídicas vendrían determinados automáticamente por o serían un reflejo o epifenómeno de la estructura económica en la cual consista esta economía del aprendizaje.

Ciertamente, en la hipótesis que incluyo en el texto se indica que la etapa actual del capitalismo, que puede denominarse de la economía del aprendizaje, nos *empuja* a un modelo de comunidad política desigualitario (Ruiz Resa, 1. Introducción. La cursiva la añado ahora porque voy a referirme a ella). La utilización del verbo *empujar* podría significar que considero que lo económico va antes o es la fuerza que mueve lo político, dándole por consiguiente esos aires economicistas. Pero esta interpretación cede si ponemos ese pasaje en relación con el resto de la descripción que recojo de la economía del aprendizaje. Como indico en el tercer párrafo de la Introducción, con esta expresión se alude a “un proceso de mercantilización y computarización del conocimiento, en este caso el jurídico, que ha sido institucionalizado por importantes e influyentes organizaciones internacionales como la OCDE, el BM, la UE, y otras organizaciones regionales de Estados, y

a la que no es ajena la propia UNESCO” (Ruiz Resa, 1. Introducción). Consiste, fundamentalmente en “percepciones” que “han sido institucionalizadas”, y que se presentan como “una nueva fase de las relaciones humanas, caracterizada por una extensa significación economicista y tecnológica” (Ruiz Resa, 1. Introducción). Así pues, lo economicista aquí es no mi planteamiento, sino la significación otorgada a las relaciones humanas en esta nueva fase por la que atraviesan. Por lo tanto, estoy considerando desde el inicio que la economía del aprendizaje es más una práctica discursiva acerca de las relaciones humanas, apoyada y fomentada por determinadas instituciones políticas, que una estructura económica consolidada que inspire o imponga su propia percepción e institucionalización en la superestructura; es decir, que asumo que la economía del conocimiento “se encuentra sobredeterminada”, por utilizar la expresión que propone Benente, tomándola de Freud y Althusser (3. La (sobredeterminada) *economía del aprendizaje*).

La economía del aprendizaje consiste más bien (al menos por el momento) en un proyecto político más que en una realidad tangible, a la que por otra parte pocos países llegan, a tenor de las declaraciones de la OCDE o la UE instando a los Estados miembros con numerosas declaraciones e incluso con organismos e instrumentos consultivos, a desarrollar las políticas económicas y educativas adecuadas para que lo implementen (Ruiz Resa, 2. Las profesiones jurídicas en la economía del aprendizaje).

A este respecto, parto de la consideración de que la política consiste en acciones humanas sometidas a algún tipo de convencionalidad y deliberación (algo que las tradiciones clásica e ilustrada llamaron racionalidad práctica, relativa a lo que podía ser de otro modo, frente a la realidad teórica o especulativa, relativa a lo que necesariamente es); aunque acepto que su diseño y ejecución estén acotados por un complejo entorno institucional-discursivo, que sin embargo, excede de o no se reduce a la primacía de lo económico.

Por esta razón, y en total acuerdo con Benente (3. La (sobredeterminada) *economía del aprendizaje*), una política como la que se dirige a fomentar la actual formación jurídica, aunque se dirija a la mercantilización y computarización del conocimiento concebido como apren-

dizaje, no constituye el mero reflejo o epifenómeno de una economía del aprendizaje, como podría derivarse de una interpretación economista (y por lo tanto mecanicista y determinista) de las relaciones entre infraestructura y superestructura. Por el contrario, es la producción e intercambio de conocimiento como mercancía la que se nos presenta más bien como un diseño institucional deliberado, fruto de negociaciones más o menos igualitarias entre diversos grupos humanos, con intereses variados, donde lo económico no es originario o primario sino una dimensión más, narrativamente acotada (y por lo tanto, convencional, en la tradición nominalista de los conceptos) de un nuevo reparto de poder. Este nuevo reparto de poder se justifica ahora desde un nuevo paradigma de conocimiento, el sistémico o ecológico, el cual es remodelado, a su vez, desde una lógica discursiva, también convencional (teorías, conceptos, publicaciones, titulaciones o incluso nombrando a sus cultivadores más conspicuos al frente de institutos auspiciados por estas mismas organizaciones, para implementar este paradigma)<sup>5</sup>. Se trata de la lógica de las disciplinas e instituciones del saber económico (por ejemplo, ciencias que estudian la organización empresarial y laboral), una vez que estas se apropian de y adaptan el paradigma sistémico a sus marcos teóricos dominantes; concretamente, a las concepciones de la economía que nutren el universo teórico conocido como neoliberalismo.

Por otra parte, (y también como consecuencia de la crítica -que asumo-, a la compartimentalización de las relaciones humanas en niveles o sectores, típica del paradigma mecanicista atomista), cuando hablo de mercantilización no estoy entendiendo por tal cosa un proceso única o prioritariamente económico, ya que considero que el mercado es una institución social compleja, no determinada única ni prioritariamente por la lógica de la estructura económica.

<sup>5</sup> Es el caso, por ejemplo, de Lundvall, economista estudioso de las organizaciones que estuvo al frente de la Dirección General de Ciencia, Tecnología e Innovación de la OCDE, y que también participó activamente en la Estrategia de Lisboa de 2000 por medio de la cual se puso en marcha la reforma de las universidades en Europa.

Este es, por tanto, el tipo de relación que asumo en mi trabajo, según he intentado poner de manifiesto en los epígrafes 1.1 y 1.2., dedicados a la institucionalización de la economía del aprendizaje, donde se muestra el trasvase de conceptos provenientes del paradigma sistémico, y en especial, su conversión en un paradigma tecno-económico (en todo momento estoy entendiendo la expresión *paradigma* en el sentido que le dio Kuhn, esto es, como un marco convencional que dirige o actúa como norma del conocimiento, hasta que una revolución científica lo sustituya, y que está constituido por el conjunto de supuestos teóricos generales, leyes y teorías para su aplicación)<sup>6</sup>. Esta modulación tecno-económica termina afectando a otras posibles aplicaciones y utilidades del paradigma sistémico y, en especial, del desarrollo de ciencias cognitivas como la IA: por ejemplo, las posibilidades de extensión de la inteligencia colectiva al facilitar el cuestionamiento de los dominios y de las instituciones del saber, y con ella, la garantía de democratización del conocimiento; así, la ampliación de la participación de sectores tradicionalmente excluidos o invisibilizados. Sin embargo, a lo que estamos asistiendo es a un incremento de la vigilancia, el control y la manipulación de los individuos, mediante el uso que hacen de las TIC que, al calor de ese cuestionamiento de la primacía del tradicional saber científico que ha traído el paradigma sistémico emergente, está permitiendo la aparición de verdades alternativas.

En este punto quisiera añadir (al pensar en fenómenos como la llamada “verdad alternativa”, defendida desde sectores que precisamente rechazan el pluralismo y la diversidad), que la crítica al paradigma mecanicista atomista no implica para mí la aceptación de un relativismo epistémico o cognitivo. Sino, más bien, la aceptación de que la objetividad requiere desvelar o explicitar los condicionamientos situacionales y corporales en que vivimos y conocemos, sin que eso signifique renunciar a exigencias básicas para la aceptación de los resultados del conocimiento, como por ejemplo la utilización de ciertos métodos que nos permitan desarrollar la carga de la prueba a la que nos obligamos cuando afirmamos algo. Así, los métodos cientí-

---

<sup>6</sup> Kuhn, T., *La estructura de las revoluciones científicas*, Madrid, FCE, 1978.

ficos y del saber teórico en general siguen siendo útiles para validar nuestras hipótesis, aunque también se asuma el carácter sociocultural de aquellos y aunque confluyan con métodos provenientes de otros saberes. Lo que no puede pretenderse, bajo el paraguas del paradigma sistémico, es eliminarlos completamente, ya que la objetividad consiste (al menos en la manera en que aquí se sostiene), en el contraste entre varios métodos, ninguno de los cuales debería obviar, en su tarea de validación de hipótesis, alguna forma de relación entre criterios como la probabilidad, la plausibilidad y la verosimilitud.

Estos presupuestos me llevan a admitir el segundo matiz que plantea Benente de acuerdo al cual si aceptamos que la economía del aprendizaje está sobredeterminada, puede que “la economía no se despliegue punto por punto de acuerdo a su racionalidad”, y que aunque así ocurriera, quizás “la Universidad pueda llegar a instituirse como un foco de resistencia parcial o sectorial” [Benente, 4. La (*racionalidad*) de la *economía del aprendizaje*].

Ahora bien, Benente sugiere a través de la distinción entre racionalidades, programas y tecnologías de gobierno, que las políticas educativas que tratan de transformar la enseñanza del derecho se encuentran en el nivel de las racionalidades o como mucho, de los programas, según pueden inferirse de los documentos de las organizaciones internacionales a los que yo aludí para caracterizar la economía del aprendizaje. Sin embargo, me temo que hemos pasado ya al nivel de las tecnologías de gobierno. Se alcancen o no sus objetivos, esas tecnologías ya están aquí: son las nuevas titulaciones y los nuevos planes de estudio en derecho, las nuevas formas de evaluación que contemplan las competencias, las nuevas reglas de acceso a la abogacía, los nuevos sistemas de acreditación del profesorado, los nuevos tipos de contratos en despachos dedicados a la abogacía, las nuevas agencias para evaluar la calidad de las titulaciones o de la investigación y docencia que lleva a cabo el profesorado, etcétera. Todo eso son ya las tecnologías que se dirigen a “instrumentar, mediante diversos procedimientos y técnicas, las *racionalidades* y los *programas* de gobierno” (Benente, 5. El capitalismo cognitivo. Las cursivas son suyas).

Finalmente, y en relación al matiz 3 que plantea Benente a mi texto sobre la oportunidad de utilizar la expresión “capitalismo cognitivo” para referirse a esta etapa de las relaciones humanas que yo he llamado “economía del aprendizaje”, quisiera decir ante todo que se trata de una propuesta tan sugerente como bien justificada. Evidentemente, es una propuesta muy válida, desde un marco teórico específico, muy potente como ya dije al principio, y esperanzadora porque, como apunta Benente, “nos habilita la posibilidad de pensar practicas alternativas y resistencias” (5. El capitalismo cognitivo), frente al modelo de comunidad política desigualitario que se está instalando de la mano de la economía del aprendizaje. Y en esa resistencia, la universidad podría encontrar, según sugiere Benente, un papel destacado como espacio de producción de pensamiento (Benente, 7. Notas y esperanzas finales).

Si yo he optado por la denominación de economía del aprendizaje ha sido simplemente porque es la denominación que se le da en los documentos que inspiran su institucionalización, los cuales han ido virando desde expresiones como “sociedad de la información” y “sociedad del conocimiento”, hasta pasar a “economía del conocimiento” y, últimamente a “economía del aprendizaje (Learning Economy)”. Con esta última expresión, sus proponentes buscan enfatizar la dimensión de la innovación como verdadero conocimiento, frente a la información o conocimiento explícito o ya conocido. Aprendizaje es, según la definición que se le da desde la psicología y otras ciencias cognitivas y desde la asunción más o menos explícita del paradigma ecológico o sistémico, el proceso que transforma la información en nuevo conocimiento; es decir, lo que ocurre cuando aquella interactúa con el conocimiento personal o implícito de los seres humanos (mientras se enseña a la inteligencia artificial a hacer esto, es decir, a *aprender*), a fin de resolver los restos que les impone su medio o entorno. Es este proceso de aprendizaje lo que las políticas aludidas han situado en la centralidad del sistema de relaciones humanas, políticas, económicas o de cualquier tipo, con la intención de hacer manifiestos los mecanismos implícitos o tácitos, adheridos (pegados) a los seres humanos, que les permiten transformar la información en conocimiento nuevo. El problema radica en esclarecer a quién pertenecen, más que los nue-

vos conocimientos resultantes, los mecanismos que los producen. La propuesta de quienes defienden esta economía del conocimiento como aprendizaje es que se decida según las reglas de una economía capitalista situada al margen de los contrapesos y controles que trataban de garantizar un reparto más igualitario de los recursos y del poder derivado de la apropiación de esos recursos.

### III. El conocimiento jurídico tiene cuerpo y sexo

Abordo a continuación la respuesta a los comentarios de Costa. En ellos, se plantea una discusión que se considera “insoslayable” pero que está “ausente” en mi texto, sobre el “androcentrismo constitutivo del campo jurídico” (Costa, 1. Introducción). También se recogen algunas reflexiones más específicas sobre una formación jurídica basada en el humanismo ilustrado y su concepción de la igualdad, enmarcadas en esta reflexión más general sobre el androcentrismo del Derecho. Sin duda, sus comentarios vienen a superar posibles interpretaciones, llamémoslas “ginopes” en el sentido dado por Alda Facio (esto es “invisibilización de la experiencia femenina”)<sup>7</sup>, que podrían inferirse de mi texto.

Desde la consideración situada y encarnada del conocimiento humano que defiendo, estoy por completo de acuerdo con Costa acerca del carácter androcéntrico del Derecho y del conocimiento jurídico, y con su crítica al respecto. Aunque no haya hecho mención en el texto a esta dimensión androcéntrica, asumo completamente la existencia del “androcentrismo jurídico” (Costa, 4. Humano, demasiado humano), que he tratado de demostrar en otros trabajos<sup>8</sup>, algunos de los cuales se

<sup>7</sup> Facio, A., *Cuando el género sueña, cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*, San José, ILANUD, 1992, pág. 78.

<sup>8</sup> Ruiz Resa, J. D., “Resistematizando la Ley de Igualdad desde una concepción compleja del Derecho”, *Anuario de la Facultad Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares*, Nº 19, 2016, pp. 1-22; “Derecho antidiscriminatorio y defensa. El impacto de la legislación de igualdad entre mujeres y hombres en las FFAA”, en S. Olarte Encabo (dir.) y R. M. Orza Linares (coord.), *Derecho militar. Análisis multidisciplinar en un contexto de cambios normativos*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2015; “Excedencia por cuidado

referían específicamente al acceso de las mujeres a los estudios y a las profesiones jurídicas<sup>9</sup>. También comparto las claves que Costa plantea para entender “la persistente recurrencia de la lógica androcéntrica en el escenario sociopolítico-económico actual, respecto del Derecho y las profesiones jurídicas” (Costa. 1. Introducción). Se trata, en fin, de la aceptación de que la producción, transmisión y transferencia del conocimiento tienen cuerpo, ya que se lleva a cabo por seres humanos, algo que queda oculto en las palabras que usamos para referirnos a estos procesos –la universidad, la ciencia, el Derecho–, como si fueran entes inmateriales o abstracciones descarnadas, sin sexo, raza o clase social. Pero los tienen y vienen a ser los que corresponden al de un varón blanco europeo, como subraya Costa (7. Consideraciones finales).

La ausencia en mi texto de un análisis o referencia específica al androcentrismo constitutivo del campo jurídico se debió a la decisión de ocuparme de las características de la economía del aprendizaje, sin considerar para este trabajo, y por cuestiones de espacio, su diferente impacto en los grupos por razón del género, raza, clase social o diversofuncionalidad. Sin embargo, esta nueva economía impacta de manera especialmente negativa en las clases bajas, que además suelen reunir a la mayor parte de individuos de raza no blanca, sexo no masculino y que presentan algún tipo de diversofuncionalidad. Aunque,

de hijos e hijas y familiares”, en AA.VV., *Valoración de las medidas de conciliación de la vida familiar, personal y la vida laboral según la regulación de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Consejo General del Poder Judicial, 2014, pp. 145-177; “Un análisis en torno a la educación para la ciudadanía y la ideología de género”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 91, 2011, pp. 193-229. Y en este documento científico por encargo del Consejo General del Poder Judicial español: Rubio Castro, A., Bodelón González, E., Ruiz Resa, J. D., Gil Ruiz, J. M., Gala Durán, C., Igareda González, N., Daza Bonachela, M. M., Rius Díaz, F., Cano, A., *Lenguaje jurídico y género: sobre el sexismo en el lenguaje jurídico*, Consejo general del Poder Judicial, 2013.

<sup>9</sup> Ruiz Resa, J. D., “María Telo y la mujer como sujeto de derecho”, en E. Bea y E. Fernández Ruiz-Gálvez (eds.), *Cien años de discurso femenino sobre la guerra y la paz*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 231-265; “Las mujeres en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada: los primeros años de la transición”, en A. Martínez-Dhier y C. Prados (eds.), *Las universidades durante el proceso de democratización española (1968-1983): Una perspectiva jurídica*, ed. Dykinson, Madrid, 2017, pp. 219-242.

vale decir, hay bastantes individuos de raza blanca, sexo masculino y sin diversofuncionalidad que también las integran; me refiero a los individuos que constituyen lo que se ha llamado basura blanca o *white trash*, y cuya situación también conviene tener en cuenta desde una exigencia de justicia fundada tanto en la redistribución económica como en el reconocimiento de identidades socioculturales tradicionalmente excluidas; es decir, una concepción de justicia que no olvide la identidad de clase social.

Ciertamente, la economía del aprendizaje y su proyección en la formación y las profesiones jurídicas afecta negativamente sobre las mujeres, debido a varias razones. Una de ellas es porque la computarización y mercantilización de las profesiones y el conocimiento jurídicos suponen el cruce de ámbitos profesionales y cognitivos tradicionalmente discriminatorios con las mujeres, como el del derecho y el mundo empresarial<sup>10</sup>, con ámbitos como el de la Inteligencia Artificial y las TIC, donde su novedad no ha impedido una intensa presencia de estereotipos sexistas que hacen de ellos espacios igualmente androcéntricos.

A los datos que Costa aporta sobre la escasa presencia de las mujeres en los puestos más altos de las instancias académicas (Costa, 6. La neutralidad androcéntrica) podríamos añadir más datos sobre el acceso y la promoción de las mujeres a las profesiones jurídicas, liberales o funcionarizadas, donde si bien se garantiza su acceso, hasta el

<sup>10</sup> En relación a España, Fernández, V., *500 años de Abogacía en Granada*, Granada, 2005 ; Vázquez Osuna, F., “Las primeras mujeres juezas y fiscales españolas (1931-1939): Las juristas pioneras”, *Arenal*, 16: 1, enero-junio, 2009 ; Telo, M., *Mi lucha por la Igualdad Jurídica de la Mujer*, con prólogo de Luis Martí Mingarro, Aranzadi, Thomson Reuters, Madrid, 2009 ; Cuenca Gómez, P., “Mujer y constitución: los derechos de la mujer antes y después de la constitución española de 1978”, *Universitas. Revista de Filosofía, derechos y Política*, Nº 8, julio 2008; Ruiz Resa, J. D., “Las mujeres en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada: los primeros años de la transición”, *op. cit.*; Escribano Gutiérrez, J., “La mujer trabajadora en el franquismo: análisis jurídico laboral”, en F. Fernández-Crehuet López y D. J. García López (eds.), *Derecho, memoria histórica y dictaduras*, Comares, Granada, 2009. Castaño Collado, C., De Fuentes Ruiz, P. y Laffage Briones, J., “Diversidad de género y puestos de responsabilidad: el caso del IBEX-35”, *Partida doble*, número 207, 2009, pp. 92-100.

punto de que en algunos sectores profesionales puede hablarse de su feminización dado el mayor porcentaje de mujeres que los integran, encontramos en cambio datos desalentadores sobre su promoción en los puestos de dirección<sup>11</sup>. Peores augurios emanan, si cabe, del análisis del acceso y la promoción de las mujeres en carreras y empresas vinculadas a la IA y a las TIC, donde los estereotipos sexistas y clasistas circulan y persisten de manera particularmente notoria. Esto, vale decir, a pesar de que inicialmente se presentaban como una oportunidad para impulsar la posición de las mujeres en el mercado laboral y en la carrera investigadora, como consecuencia de la juventud de sus integrantes (juventud que parecía sinónimo de que ya no aceptaban los tradicionales estereotipos sexistas). Y, a pesar también, de su carácter aparentemente plural, de su apuesta por una inteligencia colectiva y por formas de conocimiento tradicionalmente repudiados como la intuición (atribuida a las mujeres, frente a los hombres, que son los auténticos seres racionales) o la creatividad (atribuida a artistas y artesanos, reunidos en las clases bajas porque se limitan a hacer cosas con las manos). La desigualdad presente también aquí nos está llevando a una segunda brecha digital, o brecha de género, que interacciona con la primera brecha digital o brecha de clase<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Galligan, Y., Hauptfleisch, R., Irvine, L., Korolkova, K., Natter, M., Schultz, U., Wheeler, S., *Mapping the Representation of Women and Men in Legal Professions Across the EU*, Bruselas, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs-Directorate General for Internal Policies of the Union, 2017. (Disponible en [https://legalnews.be/wp-content/uploads/2017/08/IPOL\\_STU2017596804\\_EN.pdf](https://legalnews.be/wp-content/uploads/2017/08/IPOL_STU2017596804_EN.pdf). Última visita 23/05/2018). Sobre la feminización de las profesiones jurídicas que contrasta con la dificultad de acceso los puestos de dirección, véase el número monográfico de la revista *The Practice-Law Harvard Review*, vol. 1, número 4, 2015, dedicado a las mujeres como juristas y como líderes, disponible en <https://thepractice.law.harvard.edu/issue/volume-1-issue-4/> (Última visita 23/05/2018). En relación a España, véase Gómez Bahillo, C, Elboj-Saso, C., Marcén-Muñío, C., "Feminización de la judicatura española", *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, número 70, 2016, Universidad Autónoma del Estado de México, N° 70, enero-abril 2016, pp. 199-226.

<sup>12</sup> Martínez Cantos, J. L., Castaño Collado, C., "La brecha digital de género y la escasez de mujeres en las TIC", *Panorama Social*, número 25, 2017, pp. 49-65; Castaño Collado, C., "La brecha de género en la 4a revolución industrial", *Gaceta Sindical: reflexión y debate*, número 27, 2016, pp. 97-106; *Género y TIC. Presencia, posición y*

En segundo lugar, la continuidad del androcentrismo está asegurada -me temo- en el campo jurídico, desde el momento en que no existe formación en género dentro de los estudios jurídicos, más allá de algunos títulos específicos de posgrado, pero no en la formación general de grado o en la preparación específica que deben tener quienes se dedican a las profesiones jurídicas. Formación que, sin embargo, está prevista en algunas leyes, como la ley española de igualdad<sup>13</sup>, tanto en lo que se refiere a la fase de su formación universitaria como al acceso a las profesiones jurídicas funcionarizadas o que se integran en la administración pública (por ejemplo, judicatura, fiscalía, abogacía del Estado, etcétera).

Finalmente quisiera aludir a algunas referencias específicas que hago en mi texto a otros modelos de formación jurídica frente al que se quiere imponer con la economía del aprendizaje. En especial, al modelo de formación humanística e ilustrada, como era al que aspiraba el tipo de universidad que defendieron Von Humboldt o Kant (Ruiz Resa, 3. La enseñanza del Derecho: hacia la formación de profesionales competentes; y 4. Conclusiones). Pareciera que estas referencias incorporan una significación nostálgica ante la pérdida de una formación que ya no existiría actualmente, sobre la que Costa recuerda su dimensión profundamente androcéntrica, presente por lo demás en todos los modelos de formación jurídica conocidos (7. Consideraciones finales). A este respecto, y en relación a los presupuestos que sustentaron la tradición humanística ilustrada, Costa nos recuerda las paradojas y contradicciones de su ideario, donde el logro de la igualdad formal o ante la ley se hizo sobre la abstracción de las desigualdades materiales (3. La ambigüedad totalitaria). Se trata de una etapa cuyas contradicciones, que afectaron tan negativamente a las mujeres, asumo completamente. En realidad, de lo que estoy nostálgica es del ideal de emancipación a través de la razón, que quisiera seguir reivindicando, si

*políticas*, (libro electrónico), ed. UOC, 2010 ; Castaño Collado, C. (dir.), *La segunda brecha digital*, Madrid, Cátedra, 2008.

<sup>13</sup> Por ejemplo, así está previsto en los artículos 25 y 61 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, sobre igualdad efectiva de mujeres y hombres, BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007, pp. 12611-12645 (referencia: BOE-A-2007-6115).

bien marcando su carácter situado y encarnado, esto es, su dimensión institucional socio-cultural y la diversidad de cuerpos e identidades sexuales, de clase, étnicas o diversofuncionales en que se encarna. Solo el reconocimiento y la explicitación de esta variedad de experiencias encarnadas y situadas pueden asegurar la objetividad en la producción de las teorías, los conceptos y las prácticas jurídicas que desde aquellas perspectivas se producen, así como su transmisión o enseñanza y su crítica. Se trata, pues, de que esta formación jurídica se sustente sobre la asunción de la inevitable pluralidad y parcialidad de perspectivas acerca del Derecho como garantía de su objetividad fiable.

#### **IV. Esa peculiar tecnología social que es el Derecho (a modo de conclusión)**

Que el escenario al que se aboca la economía del aprendizaje me parezca desasosegante es algo que no han pasado por alto ni Benente ni Costa, quienes comparten este diagnóstico. Para enfrentarlo, en sus textos apuntan formas de resistencia mediante una reevaluación de los procesos de esta economía, proponiendo adoptar el concepto de capitalismo cognitivo, lo que permitiría recuperar la dimensión cooperativa o lo común del conocimiento (Benente, 5. El capitalismo cognitivo); o un punto de fuga desde las praxis marginadas, cuya experiencia genera discursos transformadores del orden existente (Costa, 7. Consideraciones finales).

Tampoco para mí la situación es irreversible; incluso hubo un tiempo en el que la institucionalización de esta forma de entender el conocimiento que trajo nuevos programas de estudios jurídicos, me suscitó una cierta esperanza para el progreso social y la solución de los déficits de las democracias<sup>14</sup>, al creer que precisamente, permitía activar una resistencia a los discursos tradicionales del saber, como

<sup>14</sup> Así lo recogí en Ruiz Resa, J. D., “Democratizar la ciencia jurídica (cómo se puede conjugar un saber dogmático con las exigencias de la inteligencia colectiva)”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° 23, 2011, pp. 536-565.

el jurídico. Y por lo tanto, un cambio en las relaciones de poder que podría a su vez desembocar en una mejora de los sistemas democráticos (que, con todos sus defectos, me parece el menos malo de los sistemas de gobierno inventado por los seres humanos). Entonces pensaba que se producirían una serie de cambios en ese humanismo demasiado humano (retomando ahora la crítica de Costa, 4. Humano, demasiado humano), que no tuvo en cuenta la diversidad que empezaba a visibilizarse a través de las TIC y a través de una concepción del conocimiento como inteligencia colectiva. Y tales cambios parecían estar produciéndose, aprovechando la perplejidad y la parálisis que generan entre los grupos dominantes las grietas (utilizando aquí el término usado por Benente, 7. Notas y esperanzas finales) en las formas tradicionales de relaciones humanas.

Actualmente me inclino más hacia el pesimismo (y que conste que estoy resistiéndome a usar citas que pongan en una misma frase pesimista, optimista y experiencia), porque muchos de los individuos peor posicionados no están mejorando sus expectativas, sino que han visto empeorar su situación, y porque los canales o vías de expresión del pluralismo y de democracia que se suponía que iban a ser las TIC se están transformando en nuevos dispositivos de control y disciplina. Incluso asistimos a un retroceso en las costumbres sociales, pues evidencian cada vez más un rechazo hacia la cultura de los derechos humanos y las formas de participación política igualitaria, como las que recoge el ideal de la democracia. Pareciera que las grietas usadas para la resistencia han terminado sirviendo para abrir nuevas brechas de desigualdad y nuevas formas de servidumbre.

Pero al igual que se renuevan las injusticias, también se renuevan las oportunidades para superarlas, y la oportunidad (o la grieta) que se abre ahora tiene que ver con las nuevas perplejidades que está generando el devenir de la economía del conocimiento como aprendizaje, incluso para quienes la diseñaron; seguramente porque, como se suele decir, una cosa es el deseo y otra la realidad. Estaríamos, pues, ante una nueva ocasión para la resistencia que surgiría como consecuencia casual (azarosa) de la incertidumbre que está generando el alcance de las políticas que se han puesto en marcha para desarrollar esta eco-

nomía del conocimiento/aprendizaje. Por lo que se refiere específicamente al programa de reforma de estudios jurídicos, su alcance es incierto porque se ha desarrollado a imagen y semejanza de las llamadas “industrias intensivas del conocimiento”, como la tecnología, las finanzas, las comunicaciones, la educación, la salud y los servicios, sin tener en cuenta las especificidades del saber jurídico (Ruiz Resa, 1. Introducción y 4. Conclusiones). Más concretamente, no se ha prestado demasiada atención a las características específicas de la producción de las normas jurídicas, incluidas entre las tecnologías sociales, ni a cómo interactuaran con las TIC en cuanto que tecnologías físicas<sup>15</sup>; ni qué papel juegan aquí las facultades de derecho, por ser uno de los ámbitos más importantes de generación o producción y transmisión del conocimiento jurídico. Tampoco, en cómo estas cuestiones son diferentes según cuál sea la cultura jurídica (tradicionalmente –y puede que etnocéntricamente- dividida en dos grupos: sistemas del *common law* y sistemas de derecho continental codificados) en que nos movamos o según la forma de la comunidad política.

A este respecto, quisiera retener el carácter de tecnología que tiene el Derecho, cuyo uso no está determinado a priori por ninguna estructura, y aunque a menudo los grupos dominantes se lo apropien y aprovechen para obstaculizar su utilización por otros grupos, no agotan todos sus rendimientos ni potencialidades. A pesar de que el Derecho, como práctica normativa, institucional y sociocultural, ha venido suscitando la desconfianza (sobre todo desde que en la época de las codificaciones europeas se presentó nada menos que como producto de una razón inapelable) como consecuencia de los servicios que presta a las estructuras de poder y dominación, sería caer también en

<sup>15</sup> Esta distinción entre tecnologías físicas y tecnologías sociales se encuentra, por ejemplo, en NELSON, R., *Physical and Social Technologies, and Their Evolution*, LEM Working Paper, Series número 9, junio, Laboratory of Economics and Management, Sant’Anna School of Advanced Studies, Pisa, Italia, 2003, pp. 6-10. Las tecnologías son formas de hacer cosas; las físicas se basarían en las ciencias robustas, y las tecnologías sociales (entre las que se incluyen las leyes y en general las instituciones), se basan en las ciencias sociales. Las tecnologías sociales resultan, a su juicio, más difíciles de detectar, mantener, probar o reproducir que las tecnologías físicas.

el determinismo no considerar que a través de las prácticas jurídicas se han conseguido reseñables avances en la emancipación de los seres humanos y que podrían seguir consiguiéndose.

Algunos ejemplos recientes ponen de manifiesto cómo el propio Derecho ha servido de grieta o punto de fuga desde donde las identidades disidentes y tradicionalmente excluidas han obtenido el reconocimiento a sus reivindicaciones y demandas. Pienso sobre todo en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra las violaciones al derecho a la vivienda de individuos especialmente vulnerables como mujeres, migrantes o minorías étnicas, llevadas a cabo por diversos estados europeos, entre ellos España. Pienso también en las sentencias con perspectiva de género emanadas de la Corte Interamericana que consolidaron la institucionalización jurídica del concepto de feminicidio. Todos ellos son casos conocidos por la importancia de los documentos y de los tribunales que los produjeron, y porque elevaron a regla general la solución de aquellos conflictos (aunque también se encuentran experiencias semejantes y menos conocidas, en instancias jurisdiccionales inferiores y en otras negociaciones jurídicas no jurisdiccionales). Tanto es así que se está desarrollando una nueva forma de litigar conocida como litigio estratégico, por medio de la cual se consigue que así se regulen situaciones que afectan a los derechos de los grupos desfavorecidos, ante la inacción de los poderes legislativos. Se trata de aprovechar la diversidad o pluralidad que puede darse en otros poderes públicos o en otras instancias jurídicas no estatales, donde tal vez se encuentren individuos con una experiencia situada y encarnada más sensible a sus demandas.

Por lo tanto, el Derecho puede ser también una herramienta para seguir trabajando por formas de vida menos crueles y más empáticas, y por repartos de poder más equilibrados, para hacerlo desde un humanismo más modesto y plural. Por esa razón es tan importante reflexionar sobre su enseñanza, para no perder de vista qué usos se incentivan del Derecho, y a qué grupos se beneficia, desde las prácticas que han inspirado este último reajuste de los estudios jurídicos.

## Bibliografía

- Castaño Collado, C., “La brecha de género en la 4a revolución industrial”, *Gaceta Sindical: reflexión y debate*, número 27, 2016, pág. 97-106.
- Castaño Collado, C., Género y TIC. Presencia, posición y políticas, (libro electrónico), ed. UOC, 2010.
- Castaño Collado, C., (dir.) *La segunda brecha digital*, Madrid, Cátedra, 2008.
- Clark, A., *Estar ahí. Cerebro, cuerpo y mundo en la nueva ciencia cognitiva*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 1999.
- Castaño Collado, C., De Fuentes Ruiz, P. y Laffage Briones, J., “Diversidad de género y puestos de responsabilidad: el caso del IBEX-35”, *Partida doble*, número 207, 2009, pág. 92-100.
- Cuenca Gómez, P., “Mujer y constitución: los derechos de la mujer antes y después de la constitución española de 1978”, *Universitas. Revista de Filosofía, derechos y Política*, N° 8, julio 2008.
- Elgueta, M.F., Palma, E. E., *La investigación en Ciencias Sociales y Jurídicas*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, s.f., pág. 144.
- Escribano Gutiérrez, J., “La mujer trabajadora en el franquismo: análisis jurídico laboral”, en F. Fernández-Crehuet López y D. J. García López (eds.), *Derecho, memoria histórica y dictaduras*, Comares, Granada, 2009.
- Facio, A., *Cuando el género suena, cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*, San José, ILANUD, 1992, pág. 78.
- Fernández, V., *500 años de Abogacía en Granada*, Granada, 2005.
- Galligan, Y., Haupfleisch, R., Irvine, L., Korolkova, K., Natter, M., Schultz, U., Wheeler, S., *Mapping the Representation of Women and Men in Legal Professions Across the EU*, Bruselas, Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs-Directorate General for Internal Policies of the Union, 2017. (Disponible en [https://legalnews.be/wp-content/uploads/2017/08/IPOL\\_STU2017596804\\_EN.pdf](https://legalnews.be/wp-content/uploads/2017/08/IPOL_STU2017596804_EN.pdf). Última visita 23/05/2018).
- Gómez Bahillo, C, Elboj-Saso, C., Marcén-Muñio, C., “Feminización de la judicatura española”, *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*,

- número 70, 2016, Universidad Autónoma del Estado de México, N° 70, enero-abril 2016, pág. 199-226.
- Haraway, D., *Ciencia, cyborgs y mujeres: la reinención de la naturaleza*, Madrid, Cátedra, 1991.
- Kuhn, T., *La estructura de las revoluciones científicas*, Madrid, FCE, 1978.
- Lakoff, G., Johnson, M., *Philosophy in the Flesh: The embodied Mind and its Challenge to Western Thought*, Nueva York, Basis Books, 1993.
- Lave, J., *Cognition in practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.
- Martínez Cantos, J. L., Castaño Collado, C., “La brecha digital de género y la escasez de mujeres en las TIC”, *Panorama Social*, número 25, 2017, pág. 49-65.
- Rubio Castro, A., Bodelón González, E., Ruiz Resa, J. D., Gil Ruiz, J. M., Gala Durán, C., Igareda González, N., Daza Bonachela, M. M., Ríos Díaz, F., Cano, A., *Lenguaje jurídico y género: sobre el sexismo en el lenguaje jurídico*, Consejo general del Poder Judicial, 2013.
- Ruiz Resa, J. D., “María Telo y la mujer como sujeto de derecho”, en E. Bea y E. Fernández Ruiz-Gálvez (eds.), *Cien años de discurso femenino sobre la guerra y la paz*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 231-265.
- Ruiz Resa, J. D., “Las mujeres en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada: los primeros años de la transición”, en A. Martínez-Dhier y C. Prados (eds.), *Las universidades durante el proceso de democratización española (1968-1983): Una perspectiva jurídica*, ed. Dykinson, Madrid, 2017, pág. 219-242.
- Ruiz Resa, J. D., “Resistematizando la Ley de Igualdad desde una concepción compleja del Derecho”, *Anuario de la Facultad Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares*, N° 19, 2016, pág. 1-22.
- Ruiz Resa, J. D., “Derecho antidiscriminatorio y defensa. El impacto de la legislación de igualdad entre mujeres y hombres en las FF.AA”, en S. Olarte Encabo (dir.) y R. M. Orza Linares (coord.), *Derecho militar. Análisis multidisciplinar en un contexto de cambios normativos*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pág. 77-104.

- Ruiz Resa, J. D., “Excedencia por cuidado de hijos e hijas y familiares”, en AA.VV., *Valoración de las medidas de conciliación de la vida familiar, personal y la vida laboral según la regulación de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Consejo General del Poder Judicial, 2014, pág. 145-177.
- Ruiz Resa, J. D., “Un análisis en torno a la educación para la ciudadanía y la ideología de género”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, Nº 91, 2011, pág. 193-229.
- Ruiz Resa, J. D., “Democratizar la ciencia jurídica (cómo se puede conjugar un saber dogmático con las exigencias de la inteligencia colectiva)”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Nº 23, 2011, pág. 536-565.
- Telo, M., *Mi lucha por la Igualdad Jurídica de la Mujer*, con prólogo de Luis Martí Mingarro, Aranzadi, Thomson Reuters, Madrid, 2009.
- The Practice-Law Harvard Review*, vol. 1, número 4, 2015, dedicado a las mujeres como juristas y como líderes. Disponible en <https://thepractice.law.harvard.edu/issue/volume-1-issue-4/> Última visita 23/05/2018.
- Vázquez Osuna, F., “Las primeras mujeres juezas y fiscales españolas (1931-1939): Las juristas pioneras”, *Arenal*, 16, 1, enero-junio 2009.



*Sección II*

Discusiones: Cortes



## Moralidad pública y efectos secundarios en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de los Estados Unidos

*Public morality and side effects in recent U.S. Supreme Court case laws*

Santiago Legarre\*

Recepción: 8/6/2016

Evaluación: 18/11/2016

Aceptación final: 12/7/2017

**Resumen:** El texto analiza la utilización de los argumentos de “moralidad pública” y “efectos secundarios” como justificación de la restricción de derechos constitucionales en la historia de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos.

**Palabras clave:** moralidad pública, efectos secundarios, derechos fundamentales

**Abstract:** This article analyzes the use of “public morality” and “side effects” arguments as justification for the restriction of constitutional rights in the history of U.S. Supreme Court case laws.

**Keywords:** public morality, side effects, fundamental rights

\* Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad Católica Argentina. Investigador independiente del CONICET. Agradezco a Ricardo Guibourg, Greg Mitchell, Julieta Monteroni, Florencia Ratti e Iván Tolnay sus comentarios críticos. E-mail: santiagolegarre@uca.edu.ar

## I. Introducción

Para que en Estados Unidos la restricción de un derecho constitucional sea válida, debe estar fundada, al menos, en una base racional<sup>1</sup>; pero en algunos casos, debe existir, más aún, un interés estatal impostergable<sup>2</sup>. En línea afín de simplificación, la mera racionalidad de la restricción es requerida cuando el derecho en cuestión es una libertad constitucionalmente protegida; y, en cambio, el interés estatal impostergable se demanda cuando se trata de una libertad catalogada como “derecho fundamental”<sup>3</sup>. Este es el abecé —o, más bien, una versión simplificada— de la sabiduría convencional.

Durante décadas sinnúmero, la moralidad pública fue considerada como una justificación válida de la restricción de derechos constitucionales (sin distinción entre libertades y derechos fundamentales). Cuando, durante la llamada “Era Lochner” (1905-1934)<sup>4</sup>, se pusieron exitosamente en tela de juicio otras justificaciones de la restricción de derechos constitucionales (como, por ejemplo, el bienestar económico)<sup>5</sup>, la moralidad pública salió, en cambio, siempre airosa<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Cuando basta una base racional, es el sujeto que ataca la norma quien tiene la carga de probar que la relación entre medios y fines no existe. Véase, por ejemplo, la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos registrada paradigmáticamente en 291 U.S. 502 (1934) y 300 U.S. 379 (1937).

<sup>2</sup> En estos casos, es el gobierno quien debe demostrar que la restricción del derecho fundamental está estrechamente ajustada a la promoción de un interés social impostergable [*narrowly tailored to promote a compelling state interest*]. Véase, por ejemplo, la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos registrada paradigmáticamente en 410 U.S. 113 (1973).

<sup>3</sup> Para la distinción entre libertad constitucional y derecho fundamental, véase, por ejemplo, Nowak, J.E. y Rotunda, R.D., *Constitutional Law*, Octava edición, West Group, St. Paul, Minnesota, 2010, ps. 489-492.

<sup>4</sup> Así llamada por el caso registrado en 198 U.S. 45 (1905).

<sup>5</sup> Véase, por ejemplo, Tribe, L. H., *American Constitutional Law*, Tercera edición, Foundation Press, New York, 2000, Vol. I, pp. 1348-1350.

<sup>6</sup> La “Era Lochner” supuso una revolución judicial de cara a los derechos económicos, pero no afectó la deferencia de la Corte hacia las llamadas *moral laws*. Como afirma Wolfe, “el poder de regular la moralidad permaneció como una parte firmemente establecida del derecho americano hasta bien entrado el siglo veinte”. Wolfe, C., “Public Morality and the Modern Supreme Court”, 45 *American Journal of Jurisprudence* 65, 2000, pág. 71.

A partir de los años sesenta, con la llamada “Era Moderna” y el advenimiento de Earl Warren a la presidencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos<sup>7</sup>, el reinado de la moralidad pública como causal de justificación válida de derechos entró en crisis<sup>8</sup>, de la mano del afinamiento del doble estándar de revisión judicial de los actos restrictivos de derechos que recordé anteriormente: si una libertad era reconocida por la Corte como “derecho fundamental”, entonces era harto probable que la moralidad pública no calificara como interés estatal impostergable<sup>9</sup>. Sin embargo, cuando, por tratarse de una simple libertad constitucionalmente protegida, la exigencia fuera meramente la de una base racional para la legislación restrictiva<sup>10</sup>, la moralidad pública sobreviviría los embates, inclusive durante la “Era Moderna”<sup>11</sup>. O al menos esto era así hasta cierta línea jurisprudencial que examinaré en esta nota<sup>12</sup>, después de la cual, la afirmación precedente resulta menos clara...

<sup>7</sup> Por eso, a veces se habla de la “Corte Warren”, que debe su apelativo a Earl Warren, quien fuera su Chief Justice entre 1953 y 1969.

<sup>8</sup> Cito nuevamente a Wolfe, quien afirma que en los años de la “Corte Warren” (la “Era Moderna”) se dio “una oposición sistemática y extendida, no tanto a este o aquel ejercicio del poder de regular la moralidad en particular sino al principio fundamental de la regulación legal de la moralidad”. Wolfe, *op. cit.*, pág. 71.

<sup>9</sup> Un ejemplo claro de esto es el famoso fallo *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

<sup>10</sup> Por supuesto, cuando una determinada conducta no solamente es desconocida como un derecho fundamental sino que ni siquiera califica como libertad constitucionalmente protegida —en otras palabras, es conducta no protegida constitucionalmente— puede a fortiori ser válidamente restringida por razones de moralidad pública. Véase, por ejemplo, el voto del juez Easterbrook en el fallo de Cámara correspondiente al caso de Corte Barnes, al que se refiere la sección siguiente. *Miller v. Civil City of South Bend* 904 F.2d 1081, 1131 (1990, voto del juez Easterbrook). Véase también el voto del juez Scalia en el caso Barnes, infra, plenamente en sintonía con el de Easterbrook en la instancia anterior.

<sup>11</sup> En autorizadas palabras del Justice Thurgood Marshall, “[...] las meras preferencias o creencias legislativas respecto de cuestiones de conveniencia pública pueden perfectamente fundamentar regulaciones destinadas a otras actividades personales [que no constituyan un derecho fundamental]”. *California v. LaRue*, 409 U.S. 109, 131 (1972), voto en disidencia de Marshall, con cita de *Schneider v. State*, 308 U.S. 147, 161 (1939).

<sup>12</sup> Los tres fallos que analizaré a continuación se dictaron entre 1991 y 2002. Si bien no son en modo alguno antiguos, podría considerárselos no recientes. Cabe hacer notar

## II. La aparente sustitución del estándar de la moralidad pública por el de los efectos secundarios

### II.1 El caso *Barnes v. Glen Theater* (1991)

En 1991, en plena “Era Moderna”, la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió un caso capital para la determinación de la suerte y el alcance de la moralidad pública como causa de restricción válida de derechos constitucionales. Los hechos sucedieron en la década de los ochenta, en un pueblo del estado de Indiana llamado South Bend, donde queda la University of Notre Dame, dicho sea de paso, a título anecdótico. Sintéticamente, esto fue lo sucedido, tal como lo relata la propia Corte:

“El [establecimiento] ‘Kitty Kat’ está ubicado en la ciudad de South Bend. Expende bebidas alcohólicas y exhibe baile ‘a go-go’. Su propietario desea exhibir ‘baile totalmente desnudo’ pero una ley aplicable de Indiana que regula la desnudez pública exige que las bailarinas usen ‘tapitas’ [pasties] y una ‘tanga’ [G-string] cuando bailan. [...] Darlene Miller, una de las apeladas en la acción, había trabajado en el ‘Kitty Kat’ por casi dos años al tiempo en que se presentó esta acción. Miller desea bailar desnuda [...].

La apelada ‘Glen Theatre’ es una empresa de Indiana con un local en South Bend. Su principal cometido es suministrar entretenimientos para adultos mediante material escrito e impreso, exhibiciones de películas y entretenimiento en vivo en una ‘librería’ aleadaña. Este último consiste en actuaciones desnudas y semidesnudas y exhibiciones del cuerpo desnudo a través de paneles de vidrio”<sup>13</sup>.

que las sentencias sobre este tema dictadas por la Corte Suprema de Estados Unidos con posterioridad a 2002 son escasas y carecen de aportes doctrinales relevantes.

<sup>13</sup> *Barnes v. Glen Theater*, 501 U.S. 560, 563 (1991). El caso está publicado en español en la revista *El Derecho*, 1992, 148-594, con notas de G. J. Bidart Campos y W. F. Carnota. En Estados Unidos, el comentario más exhaustivo de este fallo es el del profesor de la Universidad de Columbia, Vincent Blasi. Ver: Blasi, V., “Six Conser-

El establecimiento Kitty Kat, el teatro Glen y la bailarina Miller iniciaron una demanda contra el estado de Indiana, con la finalidad de impedir que se les aplicara la ley estatal de indecencia pública. Luego de un procedimiento largo y varias sentencias de primera y segunda instancia, la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió la cuestión por cinco votos contra cuatro en una causa que en la instancia máxima fue caratulada como *Barnes v. Glen Theatre*<sup>14</sup>.

La mayoría resolvió que la aludida ley de Indiana de indecencia pública, en cuanto establecía limitaciones para el baile desnudo en establecimientos eróticos, no violaba la Constitución, a pesar de reconocer que ese tipo de baile gozaba de cierta protección constitucional a la luz de la Enmienda Primera; o, en otras palabras, a pesar de reconocer que se trataba de una libertad constitucionalmente protegida (sin llegar a constituir un “derecho fundamental”).

Sin embargo, los jueces que formaron la mayoría no votaron todos juntos: el presidente, Rehnquist, escribió un voto (“opinion”, se dice en inglés) para la Corte, al que adhirieron los Justices O’Connor y Kennedy —y ninguno más—. Los jueces Scalia y Souter escribieron votos (“opinions”) concurriendo en el judgment (el segmento resolutivo de la sentencia) propuesto por el Chief Justice Rehnquist, pero por sus propios argumentos. El resultado de esto fue que el voto del presidente se convirtió, tan solo, en una “plurality opinion”<sup>15</sup>: el voto concurrente de una pluralidad. En otras palabras, no fue el voto de una mayoría.

Justice White escribió un voto disidente: una “dissenting opinion”. Es decir, no estuvo de acuerdo ni con la opinion for the Court ni con

vatives in Search of the First Amendment: the Revealing Case of Nude Dancing”, 33 William and Mary Law Review 611, 1992. Este trabajo incluye interesantes datos biográficos de los jueces Posner y Easterbrook —quienes intervinieron en la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones para el Séptimo Circuito en esta causa— y de los cuatro Justices de la Corte Suprema que escribieron votos en *Barnes* (Rehnquist, Scalia, Souter y White).

<sup>14</sup> 501 U.S. 560 (1991). En segunda instancia, el caso se había llamado *Miller v. Civil City of South Bend*, por el nombre de una de las bailarinas demandantes.

<sup>15</sup> Las plurality opinions, si bien no constituyen un precedente stricto sensu —y por tanto no obligan a los tribunales a stare decisis—, pueden llegar a tener una fuerza persuasiva importante.

el judgment of the Court. Adhirieron al voto de White los jueces Marshall, Blackmun y Stevens. Para ellos, “el baile desnudo no-obsceno llevado a cabo como entretenimiento público es conducta expresiva protegida por la Primera Enmienda”<sup>16</sup>; y, frente a este “derecho fundamental”, la moralidad pública no es justificación suficiente: “la simple referencia al interés general del Estado en promover el orden social y la moralidad no es justificación suficiente para una ley que, según se ha concedido, impacta sobre una cantidad significativa de actividad expresiva protegida”<sup>17</sup>.

De regreso con la mayoría, la pluralidad de Justices que votó en primer término consideró, entre otras cosas, que “la finalidad de la ley de proteger el orden social y la moralidad resulta clara a partir de su texto y de su historia”<sup>18</sup>, y que esta ley, al igual que otras semejantes, “fue diseñada para proteger la moral [morals] y el orden público [public order]”<sup>19</sup>. A continuación, con palabras que ratificaban la vigencia en la “Era Moderna” del rationale de la moralidad pública (en ausencia de un “derecho fundamental”), la pluralidad expresó que “el tradicional poder de policía de los estados es definido como la autoridad para proveer lo conducente a la salud, la seguridad y la moral públicas, y hemos sostenido tal fundamento para la legislación”<sup>20</sup>.

El cuarto juez que integró la mayoría, Scalia, votó por separado pues el baile en cuestión carece de protección constitucional, según su criterio. Para Justice Scalia, en este caso no se encuentra en juego la libertad de expresión porque la ley cuestionada es “una ley general reguladora de conducta y no específicamente dirigida contra expresión”<sup>21</sup>; por tanto, “no está sujeta en absoluto a escrutinio a la luz de la Primera Enmienda [First-Amendment scrutiny]”<sup>22</sup>. Insiste este juez:

<sup>16</sup> Barnes, 587, voto en disidencia del juez White.

<sup>17</sup> Barnes, 590, voto en disidencia del juez White.

<sup>18</sup> Barnes, 568.

<sup>19</sup> Barnes, 569.

<sup>20</sup> Barnes, 569, con cita de *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49, 61 (1973), entre otros.

<sup>21</sup> Barnes, 572, voto concurrente de Scalia.

<sup>22</sup> Barnes, 572. Lo reitera Scalia con claridad más adelante: “Dado que la reglamentación de Indiana es una ley general que no apunta específicamente contra conducta

“La ley de Indiana se halla en la misma línea de una larga tradición de leyes contra la desnudez pública de las cuales nunca se pensó que fueran contrarias al entendimiento tradicional de la ‘libertad de palabra’ [‘freedom of speech’]”<sup>23</sup>. Es una ley general, que tiene por fin proteger la moralidad pública<sup>24</sup> —ofendida por la desnudez pública, a criterio de la ley— y no, en cambio, excluir el mensaje erótico de las bailarinas desnudas, exclusión que constituye un efecto incidental del medio elegido. Dado que la moralidad pública había sido sostenida reiteradamente por la Corte como “base racional” [rational basis] para la prohibición de conducta que no constituyera un derecho fundamental, Justice Scalia arriba a la misma conclusión que la pluralidad: la ley de Indiana no ofrece reparos constitucionales. Y lo hace, por lo visto, por un camino no muy distinto, en cierto aspecto, al de la pluralidad.

El juez que aportó el quinto voto, Souter, estuvo, en cierto sentido, más cerca de la pluralidad que Scalia; y en cierto sentido estuvo más lejos. Digo lo primero, porque al igual que para la pluralidad, para Souter el baile desnudo tiene cierta protección constitucional, aunque no sea un “derecho fundamental”<sup>25</sup>. Digo lo segundo, porque para Souter el método de la pluralidad de justificar la restricción de esa “libertad constitucionalmente protegida que no llega a ser un derecho fundamental” —el método de usar el rationale de la moralidad pública— debía ser sustituido por otro método (que lo aleja aparentemente, también, del criterio de Scalia, como veremos): el método de los “efectos secundarios” (a los que se refiere el título de mi trabajo).

En sus propias palabras, Souter escribe separadamente:

para apoyar mi concurrencia en el resultado [concurrency in the judgment], no en la posible suficiencia de los pareceres

expresiva, su aplicación a ese tipo de conducta no trae a colación, en mi opinión, la aplicación de la Primera Enmienda” (id., 576).

<sup>23</sup> Barnes, 573, concurrencia de Scalia.

<sup>24</sup> “El propósito de la ley de Indiana, como queda demostrado tanto por su texto como por la manera en que se la aplica, es asegurar la vigencia de la creencia moral tradicional de que la gente no debe exponer sus partes privadas indiscriminadamente [...]”. Barnes, 575, concurrencia de Scalia.

<sup>25</sup> Barnes, 581, concurrencia de Souter.

morales de la sociedad para justificar las restricciones aquí en debate, sino en el interés sustancial del Estado en combatir los efectos secundarios de los establecimientos de entretenimiento para adultos como los tipificados por los establecimientos de las partes apeladas<sup>26</sup>.

Este “interés” había sido articulado por el estado apelante, cuando afirmó que la ley se aplicaba al baile desnudo porque dicho baile “favorece la prostitución, incrementa las ofensas sexuales y atrae otras actividades criminales”<sup>27</sup>. Según Justice Souter, el interés en prevenir todas estas actividades era suficiente para justificar la aplicación de la ley de indecencia pública contra este tipo de entretenimiento para adultos<sup>28</sup>.

Justice Souter, en suma, no está dispuesto a acompañar a la pluralidad con el rationale de la moralidad pública y prefiere transitar el camino de los efectos secundarios, aprovechando el hecho de que el estado de Indiana había articulado en esos términos el aludido interés. Sus palabras, transcriptas, no niegan que la moralidad pública pueda jugar un rol más allá de proveer una base racional en casos que no comprometen derechos fundamentales; su silencio, sin embargo, ha invitado a aventurar que existe una negativa de su parte.

El profesor Blasi, por ejemplo, interpreta que en Barnes Souter no acepta que la protección de la moralidad pública sea un interés “sustancial o importante”. En efecto, Blasi considera que para este juez “posiblemente la exclusiva” base para restringir derechos de expresión protegidos por la Primera Enmienda sea la consideración de daños materiales<sup>29</sup>. También el profesor Cicchino pondera los alcances de la consideración distintiva del tema de los efectos secundarios en el voto de Justice Souter en Barnes, para contrastarla con los argumentos basados

<sup>26</sup> Barnes, 582, voto concurrente de Souter. Como remarcaré seguidamente en el texto, Justice Souter no dijo si la “posible suficiencia” del rationale de la moralidad pública era también suficiencia actual y efectiva; se contentó, en cambio, con transitar el camino de los “efectos secundarios”.

<sup>27</sup> Barnes, 582, voto concurrente de Souter, con cita del Brief for Petitioners, un escrito presentado ante la Corte por el peticionante del certiorari (en este caso, el estado de Indiana).

<sup>28</sup> Barnes, 583, voto concurrente de Souter.

<sup>29</sup> Blasi, *op. cit.*, pág. 652.

en consideraciones de moral pública, como los usados por la pluralidad (y por Scalia). A este autor, abiertamente crítico de la moralidad pública en este contexto, no le pasó inadvertido el diferente carril transitado por Justice Souter: “Los ‘efectos secundarios’ de Justice Souter [...] son precisamente los tipos de efectos empíricos sobre el bienestar público respecto de los cuales los argumentos de moralidad pública [...] están desconectados”<sup>30</sup>. Desde una perspectiva antitética, Wolfe, que simpatiza con la moralidad pública como *rationale* legislativo, también notó —en este caso, con preocupación— la particularidad del voto de Justice Souter en *Barnes*, al que llama el “quinto voto clave”<sup>31</sup>.

En suma, en *Barnes v. Glen Theatre*, se dio en la Corte Suprema una discusión que iba más allá de cabarés y bailarinas desnudas. Estaba en juego, sobre todo, la medida en que la moralidad pública justificaba la limitación de una actividad a la que se le había reconocido cierta tutela constitucional<sup>32</sup>. El presidente de la Corte invitó a sus colegas a responder con una medida generosa<sup>33</sup>; solo dos de ellos aceptaron su propuesta (O'Connor y Kennedy). Un tercero, Justice Scalia, no tuvo inconveniente en abrazar con amplitud el *rationale* de la moralidad pública, pero los alcances de su criterio son difíciles de medir ya que trató al caso como si la Primera Enmienda no hubiera estado involucrada —como si se tratara de conducta sin protección constitucional específica alguna—. Justice Souter, el quinto en apoyar el *judgment* de la mayoría, no quiso pronunciarse sobre la efectiva suficiencia del *rationale* en cuestión. La disidencia, por su parte, lo cuestionó abiertamente como justificación para restringir expresión constitucionalmente protegida —o sea, un “derecho fundamental”—.

<sup>30</sup> Cicchino, P. M., “Reason and the Rule of Law: Should Bare Assertions of ‘Public Morality’ Qualify as Legitimate Government Interests for the Purposes of Equal Protection Review?” 87 *Georgetown Law Journal* 139, 1998, p. 170.

<sup>31</sup> Wolfe, *op. cit.*, p. 74.

<sup>32</sup> Blasi lo ve con claridad en la obra citada, p. 612.

<sup>33</sup> Vuelvo a Blasi: “[...] Rehnquist trató de tomar ventaja de la ocasión para lograr que ganara aceptación la proposición de que la puesta en vigencia [enforcement] de la moral es una base apropiada para limitar la libertad de expresión. Su esfuerzo fue solo parcialmente exitoso: solamente los Justices Kennedy y O'Connor se unieron a la opinión de Rehnquist”. Blasi, pág. 639.

En suma, el estatus de la moralidad pública en casos difíciles, como este, no quedó totalmente definido. El fallo siguiente de esta saga arroja algo más de luz (y, según se vea, algo más de sombra).

## II.2 El caso *City of Erie v. Pap's* (2000)

En septiembre de 1994, tres años después del caso Barnes, la ciudad de Erie, en el estado de Pennsylvania, sancionó una ordenanza mediante la cual se prohibía aparecer en público en un “estado de desnudez”<sup>34</sup>. Pap’s era una empresa de Pennsylvania que operaba en Erie un local conocido como “Kandyland”, el cual ofrecía espectáculos de baile femenino totalmente desnudo. Para cumplir con la nueva ordenanza, las bailarinas deberían usar, como mínimo, “tapitas” y “una tanga”: en otras palabras, lo mismo que en Indiana a partir de la sanción de la ley que dio lugar al caso Barnes, analizado en la sección precedente. Pap’s inició un juicio para evitar que la ordenanza se llegara a aplicar a Kandyland —una especie de amparo preventivo—, invocando una inminente violación de derechos fundados en la Primera Enmienda.

Luego de un litigio ante los tribunales inferiores, el caso llegó a la Corte Suprema de los Estados Unidos. Justice O’Connor, que llevó esta vez la voz cantante, comenzó por reconocer que “[s]i bien en Barnes analizamos una ley prácticamente idéntica [a la ordenanza de Erie], y sostuvimos que la prohibición de la desnudez pública impuesta por Indiana no violaba la Primera Enmienda, no existió acuerdo de cinco miembros de la Corte sobre un único rationale para esa conclusión”<sup>35</sup>. Con la finalidad de subsanar esta deficiencia de Barnes, Justice O’Connor invitó a sus colegas a evaluar nuevamente “las restricciones de la desnudez pública del tipo de la regulada por la ordenanza aquí en cuestión”<sup>36</sup>. Sin embargo, veremos que el encomiable esfuerzo en

<sup>34</sup> Los hechos están tomados del relato llevado a cabo por Justice O’Connor en *City of Erie v. Pap’s A.M.*, 529 U.S. 277, 283-284 (2000).

<sup>35</sup> Erie, 278, opinion de la pluralidad, per Justice O’Connor.

<sup>36</sup> Erie, 289, opinion de la pluralidad.

acercar posiciones llevado adelante en Erie por quienes habían integrado la pluralidad de Barnes pudo haber arrastrado la debilitación de la moralidad pública como justificación de restricciones gubernamentales del tipo en cuestión.

En primer lugar, en sentido estricto Erie nos presenta una vez más una plurality opinion (y no el voto de una mayoría que califica como precedente), solo que esta vez en lugar de ser una pluralidad de tres, es una pluralidad de cuatro. Así, la opinion escrita por Justice O'Connor fue suscripta por Rehnquist y Kennedy (que también integraban la pluralidad de Barnes) y también por Breyer (que se sumó a la Corte luego de Barnes). Justice Souter no solamente se negó a firmar la opinion de la pluralidad sino que además disintió del judgment de la Corte, favorable a la constitucionalidad de la ordenanza de Erie. Su voto fue, por tanto, una concurrencia parcial y una disidencia parcial —aunque adelante ya que Souter reitera aquí su adhesión al test de los efectos secundarios—<sup>37</sup>. Fueron los votos de los Justices Scalia y Thomas los que se sumaron a la pluralidad para definir el resultado del caso, aportando dos adhesiones al judgment (aunque por sus propias razones), que concitó, así, seis adhesiones<sup>38</sup>. Los Justices Stevens y Ginsburg, resta decir, votaron en disidencia total<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Erie, 310, voto de Souter, concurriendo en parte y disintiendo en parte. La reiteración en Erie del test de los efectos secundarios que Souter había anunciado en Barnes viene con algunos matices diferenciadores relevantes desde el punto de vista práctico, pero no para mi argumento aquí.

<sup>38</sup> Erie, 302, voto de Scalia, concurriendo en el judgment. Scalia (a cuyo voto adhirió Justice Thomas) abordó la ordenanza de Erie como una típica norma de policía en materias morales: tal como lo habían hecho tanto la pluralidad como el propio Justice Scalia en Barnes.

<sup>39</sup> Erie, 317, voto en disidencia de Stevens, al que adhirió Ginsburg.

La circunstancia de que Justice Souter hubiera disentido del judgment de la Corte invita a pensar en la debilidad del logro de Justice O'Connor en *Erie*<sup>40</sup>. Veamos por qué<sup>41</sup>.

Tal vez en su afán por atraer la firma de Justice Souter y lograr una opinión sólida en *Erie*, Justice O'Connor —encargada, como vimos, de escribir la *opinion for the Court*— se reclinó expresamente en el voto de aquel en *Barnes*. En efecto, O'Connor “compró” el rationale de los efectos secundarios, que había usado Souter cuando en *Barnes* decidió escribir por separado, recordemos con sus palabras, para apoyar su voto “no en la posible suficiencia de los pareceres morales de la sociedad [...], sino en el interés sustancial del Estado en combatir los efectos secundarios”<sup>42</sup>.

¿Acaso no es esto revelador? La pluralidad de *Barnes* se apoyaba en la moralidad pública: este era el “interés importante o sustancial” que justificaba la restricción de conducta protegida por la Primera Enmienda<sup>43</sup>. En cambio, una pluralidad casi idéntica, al votar ahora

<sup>40</sup> El caso *City of Los Angeles v. Alameda Books*, 535 U.S. 425 (2002), al que me referiré más abajo (en 2.3), podría servir para confirmar la endeblez de lo logrado en *Erie v. Pap's*, en la medida en que en *Alameda* (un caso con cierta analogía relevante, como veremos), el propio Souter aglutinó en disidencia a Justices Stevens, Breyer y Ginsburg.

<sup>41</sup> Más allá de lo que explico en el texto, es revelador de la debilidad de este precedente el hecho de que cuando el caso volvió al tribunal de la instancia anterior (la Suprema Corte de Pennsylvania), este no se sintió obligado por los argumentos de la pluralidad de *Erie v Pap's*, como surge del caso conocido como *Pap's II*, en el cual el a quo insistió en la invalidez de la ordenanza. Véase *Pap's vs Erie*, del 19 de diciembre de 2002, disponible en <http://caselaw.findlaw.com/pa-supreme-court/1461637.htm> [l#footnote\\_ref\\_11](#), visitado por última vez el 7 de junio de 2016.

<sup>42</sup> *Barnes*, 582, voto concurrente de Souter. En *Erie*, 291, la pluralidad recordó estas palabras de Justice Souter en *Barnes*: “prima facie el interés gubernamental en combatir la prostitución y otras actividades criminales no está en absoluto relacionado inherentemente con la [libertad de] expresión” (con cita de *Barnes*, 585, voto concurrente de Souter).

<sup>43</sup> *Barnes*, 569 y sus citas. Contra, Cicchino, quien considera que en *Barnes* solo Justice Scalia apela a argumentos de moralidad pública en sentido estricto. La pluralidad, en cambio, “menciona en diversas ocasiones el interés del estado en promover la moral pública pero siempre en conjunción con el interés de bienestar público relacionado con el orden social o público”. Cicchino, ps. 169-170. La consideración de este autor naufraga porque la tajante distinción entre argumentos de moralidad pública y de bienestar público, ensayada por Cicchino, es una distinción que la pluralidad de Bar-

en Erie no menciona en momento alguno la moralidad pública. En vez, la nueva pluralidad afirma, en línea “Souterística”, que

la ordenanza prohibitiva de la desnudez pública apunta a combatir el crimen y otros efectos secundarios negativos causados por la presencia de establecimientos de entretenimiento para adultos como Kandyland y no a suprimir el mensaje erótico transmitido por este tipo de baile desnudo. Dicho de otro modo, la ordenanza no intenta regular los efectos primarios de la expresión, i.e. el efecto que mirar baile desnudo erótico causa en la audiencia que lo mira, sino más bien los efectos secundarios, como los impactos en la salud, la seguridad y el bienestar [welfare] públicos [...] <sup>44</sup>.

Compárese, por cierto, esta línea “Souterística” con el approach de Scalia en el propio Erie, donde dicho juez no siente la necesidad

que siente la Corte [i.e. la pluralidad, por su lado, y Justice Souter, por el suyo], de identificar ciertos ‘efectos secundarios’ asociados con el baile desnudo, cuya eliminación la ciudad estaría autorizada a buscar. [...] El tradicional poder del gobierno de promover las buenas costumbres [good morals] y la aceptabilidad del juicio tradicional (si Erie decide adoptarlo) de que el baile público desnudo es en sí mismo inmoral, no han sido derogados por la Primera Enmienda <sup>45</sup>.

Podría pensarse que Justice Souter logró por fin que prevaleciera la posición que había sostenido en Barnes, pues fue adoptada en Erie por una pluralidad de cuatro Justices que, con la suma de su parecer

nes no adopta en momento alguno —además de ser artificial si no arbitraria, como explicaré en la Conclusión—.

<sup>44</sup> Erie, 291, voto de la pluralidad.

<sup>45</sup> Erie, 310, concurrencia de Scalia, énfasis en el original. Justice Scalia reiteró esta posición en *City of Los Angeles v. Alameda Books*, 535 U.S. 425, 443-444 (2002). Véase la sección 2.3 infra.

concorde, constituyen una especie de mayoría<sup>46</sup>, siquiera exigua, en torno del rationale de los efectos secundarios. Cuadra evaluar, para determinar el acierto de esta afirmación, la importancia de la mencionada omisión de la pluralidad de Erie respecto de la moralidad pública: ¿cómo ha de leerse la opinión de Justice O'Connor?; ¿supone una simultánea voluntad, semejante a la expresada por Justice Souter en Barnes, de no apoyarse en los “pareceres morales de la sociedad”?; ¿implica Erie el abandono de la doctrina recordada por la pluralidad en Barnes —y compartida, en su voto en esta última causa, por Justice Scalia— en el sentido de que la moralidad pública cumple un rol importante en la justificación de restricciones a ciertos tipos de expresión constitucionalmente protegidos?

### II.3 El caso *Alameda* (2002)

El caso Erie admite dos lecturas. En un extremo de mayor importancia, puede sostenerse que Justice O'Connor dio un golpe de timón consistente en el efectivo abandono del rationale de la moralidad pública en el ámbito de la Primera Enmienda. También existe una lectura alternativa de Erie, según la cual el cambio que este fallo supuso respecto de Barnes es de una importancia menor: el cambio tendría que ver más bien con circunstancias coyunturales, relacionadas con el procedimiento y las alegaciones de las partes en Erie. Ergo, el supuesto “golpe de timón” no habría existido y el rationale de la moralidad pública habría sobrevivido la prueba. No es esta la ocasión de detenernos en estas dos posibles lecturas de la relación entre el fallo posterior y el anterior<sup>47</sup>. Más importante para mis finalidades hoy es, por un lado, constatar cuál fue el curso de la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos luego del año 2000; y, por otro, comparar tentativamente

<sup>46</sup> No es una mayoría en sentido estricto porque, como ya se dijo, Justice Souter no suscribió la opinión de Justice O'Connor sino que votó por separado.

<sup>47</sup> Me he ocupado de esta lectura comparativa detallada en mi libro Poder de policía y moralidad pública, Ábaco, Buenos Aires, 2004, capítulo V.

los dos racionales para determinar cuál es superior, si es que acaso son incompatibles.

En cuanto a lo primero, de una búsqueda de jurisprudencia resulta que solamente en una ocasión la Corte volvió a ocuparse de un asunto análogo al abordado en *Barnes* y en *Erie*. Ello ocurrió en el año 2002, en el caso *City of Los Angeles v. Alameda Books*, en el que se encontraba en discusión la validez de una ordenanza prohibitiva de la existencia de más de un negocio de “entretenimiento para adultos” en un mismo edificio<sup>48</sup>.

Una pluralidad, liderada nuevamente por Justice O’Connor, a quien se sumaron Rehnquist, Scalia y Thomas, sostuvo que la ordenanza era *prima facie* válida a la luz del test de los efectos secundarios. Esta nueva (y extraña) pluralidad citó como autoridad, en refuerzo de la tesis de que atender los efectos secundarios constituye un interés “sustancial o importante”, el voto de la pluralidad en *Erie v. Pap’s*.

Justice Scalia, además de firmar el voto de la pluralidad —cosa que no había hecho en *Erie*— agregó una brevísima concurrencia separada para aclarar —como sí lo había hecho en *Erie*— que “en un caso como este nuestras tradiciones relacionadas con la Primera Enmienda tornan bastante innecesario el análisis de los efectos secundarios. La Constitución no impide a aquellas comunidades que deseen hacerlo, regular o, más aún, suprimir enteramente, el negocio de ofrecer sexo [the business of pandering sex]”<sup>49</sup>.

Cabe agregar que Justice Kennedy, a pesar de no compartir la opinión de la pluralidad en *Alameda Books* adhirió al judgment propuesto por Justice O’Connor y aportó así el quinto voto decisivo.

Votaron en disidencia Stevens, Ginsburg y Breyer, liderados por... Justice Souter. Pienso que este liderazgo, así como los hechos de que Justice Kennedy —que había integrado las pluralidades de *Barnes* y *Erie*— no haya aceptado unirse en *Alameda Books* a la opinión de la

<sup>48</sup> 535 U.S. 425 (2002). Los hechos no son tan análogos respecto de los de *Barnes* y *Erie*, como lo son los hechos de estos dos entre sí; pero son suficientemente análogos, me parece, bien leídos.

<sup>49</sup> *Alameda*, 443-444, del voto concurrente de Scalia.

pluralidad, y de que Justice Breyer haya integrado el bando disidente, señalan una tendencia no muy favorable al mantenimiento del rati-  
onale de la moralidad pública, y otra bastante favorable a la aceptación  
del test de los efectos secundarios —al menos en esta área del Derecho  
Constitucional estadounidense—. Veamos ahora cómo se relacionan  
estos dos racionales entre sí.

### III. ¿Moralidad pública vs efectos secundarios?

#### III.1 Moralidad pública

Para poder abordar la relación entre “moralidad pública” y “efectos  
secundarios” necesitamos primero una definición tentativa de ambos —  
lo que a veces se llama, didácticamente, “a working definition”—. Con  
tal definición en mano, debería resultar más claro qué se quiere decir  
cuando se afirma que una ley restrictiva de libertades o derechos consti-  
tucionales es válida (o inválida) cuando promueve la moralidad pública.

Si bien la veracidad de la definición que daré es contingente al  
Derecho Constitucional estadounidense, también es cierto que térmi-  
nos y conceptos de índole transversal, como “moralidad pública”, son  
también usados en muchos otros sistemas de Derecho Constitucional  
modernos. Ergo, tanto las definiciones como las conclusiones a las que  
arribe también pueden ser ciertas, *mutatis mutandis*, para esos otros  
sistemas, y no solo para el estadounidense.

De la moral pública, cabe decir lo mismo que del poder de policía:  
“a pesar de estar en uso constante y ser indispensable en el vocabula-  
rio del Derecho Constitucional estadounidense, ha permanecido sin  
una definición autorizada o generalmente aceptada”<sup>50</sup>. La referencia al  
poder de policía no es aleatoria ya que la aparición de la moral pública

<sup>50</sup> Freund, E., *The Police Power. Public Policy and Constitutional Rights*, Callaghan & Com-  
pany, Chicago, 1904; reimpresión, Arno Press, New York, 1976, p. iii. La doctrina  
constitucional tampoco suele definir la moral pública. A lo sumo, se generan catálogos  
de los distintos problemas que suelen agruparse bajo el título “moralidad pública”.

en el Derecho Constitucional estadounidense (al igual que en otros) suele ir de la mano de aquel: la moralidad pública es como una especie del género poder de policía<sup>51</sup>.

Cabe hacer una digresión preliminar de índole terminológica. Tanto las leyes de policía en materia de moralidad pública (las “morals laws”, así llamadas<sup>52</sup>) como la jurisprudencia pertinente se refieren indistintamente a public morals, public morality, morals, y morality. En efecto, el estudio de los materiales norteamericanos tempranos lleva a concluir que las diversas “autoridades” (leyes, jurisprudencia, doctrina) usan indistinta e intercambiamente los cuatro términos mencionados precedentemente<sup>53</sup>. Lo que sí parece haber siempre, aun cuando no siempre se refleje en la terminología, es un contraste con la “moral privada”. En otras palabras —y esto es sustancialmente válido también respecto de las fuentes vigentes hoy en día— no se asigna importancia en el discurso jurídico ordinario al calificativo public (en las expresiones public morals y public morality), aunque esta indulgencia terminológica, insisto, no se traduzca en un desprecio de la distinción “público-privado”<sup>54</sup>.

La salvedad es acertada pues, más allá de cuestiones terminológicas, la equiparación total de “moral” y “moral pública” en cuanto realidades constituiría un error. Como expresa Wolfe, “[m]oralidad pública, tal como se usa convencionalmente ese término, no puede ser igualada a moralidad per se, porque ello incluiría demasiado. Moralidad ‘pública’ es normalmente usada como un término delimitador”<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> He explicado esto con más detenimiento en: Legarre, S., “The Historical Background of the Police Power” 9 University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law 745, 2007, sección VI.

<sup>52</sup> El ya citado Freund consideraba que las prácticas reguladas por las morals laws podían agruparse en tres grandes títulos o rubros: el juego, las bebidas alcohólicas y la inmoralidad sexual. Freund, *op. cit.*, nn. 187 ss., pp. 172 ss.

<sup>53</sup> Materiales comparados permiten arribar a pareja conclusión. Véase, por ejemplo, el lenguaje de los artículos 8 a 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

<sup>54</sup> Henkin, L., “Morals and the Constitution: the Sin of Obscenity”, 63 Columbia Law Review 391, 1963, p. 403: “Los casos hablan de ‘moral’ [morals] y de ‘moral pública’ [public morality] intercambiamente”.

<sup>55</sup> Wolfe, *op. cit.*, pág. 65.

Otra salvedad me parece necesaria: hay que distinguir entre una dimensión “subjetiva” y otra “objetiva” de la moral pública. Las dos existen en el Derecho Constitucional, aunque en el Derecho Constitucional estadounidense durante años se le dio preeminencia a la primera sobre la segunda, lo que constituye, a mi juicio, algo problemático.

Resumidamente, según el concepto que reduce la moral pública a su dimensión subjetiva, es contrario a la moral pública lo que una mayoría (típicamente de una legislatura) dice que es contrario a la moral pública. Razonamientos como el infaustamente estampado en el caso *Bowers v. Hardwick*, constituyen un buen ejemplo. Allí, el Tribunal consideró suficiente para sostener la validez de una ley que prohibía la sodomía, “la presunta creencia de una mayoría del electorado de Georgia de que la sodomía [...] es inmoral e inaceptable”<sup>56</sup>. Ello sería tanto como afirmar: “Basta, en el plano público, que una mayoría diga que algo es inmoral para que sea ipso facto inmoral”. No comparto.

Para que la moralidad pública esté realmente comprometida debe existir, en primer lugar, una conducta verdaderamente inmoral. Se trata de un parámetro objetivo, fruto de una argumentación racional: por tales y cuales razones tal conducta es inmoral. Como toda argumentación, a veces podrá fracasar —llevar a un juicio equivocado—; pero esa es otra historia, que supone la existencia de la verdad en el plano práctico.

Que la acción sea tradicionalmente tenida por inmoral o que sea reprobada por una mayoría legislativa, son pautas subjetivas que, de cara a una correcta definición de la moral pública, solo son relevantes cuando constituyen una consecuencia del hecho objetivo de la inmoralidad en cuestión: porque la conducta es inmoral, fue tradicionalmente tenida por inmoral o reprobada por una mayoría legislativa. Si, en cambio, la reprobación moral no se correspondiera con una verdadera inmoralidad, constituiría un error afirmar que la legislación que

---

<sup>56</sup> 478 U.S. 186, 196 (1986). Este fallo fue dejado sin efecto en 2003 por el caso *Lawrence v. Texas* 539 U.S. 558.

incorporase dicha reprobación promovería la moralidad pública<sup>57</sup>. Lo que promovería, en todo caso, sería una cierta tradición o la voluntad de una determinada mayoría que, despegada de verdaderas razones, puede consistir en un verdadero capricho.

Tanto las tradiciones como las mayorías pueden estar equivocadas y, como atestigua la historia, a veces gravemente equivocadas. Por ello, cuando se trata de evaluar la validez (moral y constitucional) de la legislación en materia de moralidad pública no hay que frenarse en la dimensión subjetiva: el mero hecho de que una tradición o una mayoría legislativa hayan considerado inmoral cierta conducta. Esto constituye un indicio de validez y puede ser el primer paso del análisis. Pero hay que inquirir más allá y discernir si el juicio tradicional o mayoritario se basa en razones o en caprichos. De lo contrario no habría manera de distinguir entre normas que promueven la moral pública y normas que, so capa de moral pública, imponen verdaderas inmoralidades. Un ejemplo de lo segundo es el derecho nazi, que incorporó la reprobación de una raza por parte de una mayoría legislativa. Lo que promovía la legislación racista no era la moralidad pública —aunque pudiera alegarse ello falazmente— sino precisamente lo contrario: la inmoralidad pública.

Otra reflexión que se impone a esta altura del discurso es que de la afirmación de que una conducta ofende la moralidad pública no se sigue ineludiblemente que aquella deba ser prohibida por el gobierno del estado. La genuina inmoralidad del acto prohibido es condición necesaria pero no suficiente de la legitimidad de su prohibición<sup>58</sup>. Pues como ya lo sostenía Tomás de Aquino en el medioevo, la ley no debe

<sup>57</sup> En sentido semejante: George, R. P., Para hacer mejores a los hombres: Libertades civiles y moralidad pública, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2002; traducción de Making Men Moral: Civic Liberties and Public Morality, Clarendon Press, Oxford y New York, 1993, Capítulo 2. Lo que he llamado exigencias objetivas de la moralidad pública lleva a este autor a rechazar —con razón, a mi juicio— la justificación conservadora de la legislación en materias morales defendida por Lord Devlin en su célebre debate con el Profesor Hart: “En contra de Devlin, mantengo que si un acto moralmente controvertido no es, de hecho, inmoral entonces no puede justificarse su prohibición legal”. George, *op. cit.*, pág. 13.

<sup>58</sup> Nuevamente remito a George, *op. cit.*, p. 14.

prohibir todos los vicios sino solamente los más graves<sup>59</sup>. Razones de prudencia exigen (moralmente) que algunas inmoralidades públicas deban ser toleradas. Es una delicada tarea del legislador discernir cuándo la prohibición de una determinada conducta que afecta la moral pública traerá consecuencias peores que su tolerancia.

En resumen, lo que se debe querer decir cuando se afirma que una ley restrictiva de libertades o derechos constitucionales es válida “cuando promueve la moralidad pública” es que constituye un fin constitucionalmente legítimo de la ley promover aquello que un legislador razonable considera conducente al verdadero bien de la comunidad en su dimensión moral —y no cualquier decisión de cualquier mayoría—. Por extensión, se dicen válidas las manifestaciones legislativas que tienden a excluir o limitar las manifestaciones públicas de aquello que un legislador razonable considera verdaderamente inmoral.

En un sistema constitucional dado, lo precedente será cierto en la medida en que las restricciones y arreglos institucionales en concreto permitan legislar en pro de la moral pública (pues, por hipótesis, el constituyente podría decidir excluir esta posibilidad —dicho esto con independencia del juicio que tal exclusión merecería—). Así, en el derecho constitucional estadounidense tradicional, entendido a la luz de la teoría desarrollada en este trabajo, la promoción de la verdadera moralidad pública constituía tanto un interés sustancial e importante, que brindaba al gobierno del estado autoridad constitucional para legislar, como también, a fortiori, una base racional suficiente para ese tipo de legislación. En la “Era Moderna”, en cambio, la promoción de la verdadera moralidad pública, si bien otorga una base racional suficiente para la “morals legislation”, no sobrevive, en principio, el escrutinio estricto requerido por los derechos fundamentales, por no considerársela, en ese contexto, un interés estatal impostergable.

<sup>59</sup> Suma Teológica, I-II q. 96 a. 2c: “[...] por la ley humana no se prohíben todos los vicios, de que se abstienen los virtuosos, sino solo los más graves, de los que es posible que se abstenga la mayor parte de la multitud [...]”.

### III.2 Efectos secundarios

Munidos de esta caracterización aproximada de la “moral pública” veamos ahora qué son los “efectos secundarios”<sup>60</sup>, a fin de juzgar acerca de la relación entre ambos, incluida la posible superioridad de uno de esos estándares sobre el otro. La caracterización que necesitamos de los “efectos secundarios” se ceñirá al uso de este concepto en el campo del derecho constitucional bajo estudio —las restricciones al baile desnudo—, aun cuando el tema de estos efectos lo excede ampliamente y tiene una importancia capital en la ética.

En el contexto estudiado, se distingue entre los efectos primarios de una determinada “expresión” (incluida la “conducta expresiva”<sup>61</sup>, como el baile desnudo) y sus efectos secundarios. El efecto primario de dicho baile es, en palabras de la pluralidad de Erie, “el efecto que mirar baile desnudo erótico causa en la audiencia que lo mira”<sup>62</sup>. La misma pluralidad de Erie contrasta este efecto primario de la expresión con “efectos secundarios, como los impactos en la salud, la seguridad y el bienestar [welfare] públicos”<sup>63</sup>.

En el voto de Justice Souter en *Barnes*, ya se nos ofrecía una concreción de la idea general. Souter recordaba en *Barnes* que Indiana había defendido el “interés sustancial del Estado en combatir los efectos

<sup>60</sup> Cabe adelantar que no son pocos los autores estadounidenses que, por distintas razones (y casi siempre sin que esto implique una aceptación de la moralidad pública como alternativa), resisten la doctrina de los efectos secundarios en el Derecho Constitucional. Véase, por ejemplo, Fee, J., “The Pornographic Secondary Effects Doctrine”, *Alabama Law Review*, 60, 2009, pp. 291-293; Chemerinsky, E., “Content Neutrality as a Central Problem of Freedom of Speech: Problems in the Supreme Court’s Application”, *Southern California Law Review*, 49, 2000, pp. 59-61; Kagan, E., “Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine”, *University of Chicago Law Review*, 63, 1996, pp. 413-490; Stone, G. R., “Content-Neutral Restrictions”, *University of Chicago Law Review*, 54, 46, 1987, pp. 115-17.

<sup>61</sup> La “conducta expresiva” es considerada “expresión” (speech) por la Corte Suprema de los Estados Unidos, si se dan ciertas circunstancias. Véase *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 404 (1989).

<sup>62</sup> Erie, 291, opinion de la pluralidad.

<sup>63</sup> Erie, 291, opinion de la pluralidad.

secundarios de los establecimientos de entretenimiento para adultos”<sup>64</sup>. Según el Estado, el salón Kitty-Kat “favorece la prostitución, incrementa las ofensas sexuales y atrae otras actividades criminales”<sup>65</sup>. La pluralidad de Erie mencionó consecuencias parecidas en su lista de los efectos que, según el Estado de Pennsylvania, pueden causar establecimientos de shows de desnudo en vivo, “en la medida en que proveen una atmósfera que favorece la violencia, el acoso sexual, la embriaguez pública, la prostitución, la difusión de enfermedades venéreas”<sup>66</sup>.

Noto que no parece casual que estos efectos secundarios ocurran como resultado de la realización del efecto primario (a saber, erotizar a la audiencia). Parece cierto lo que sin duda lo es de otros efectos secundarios: que estos efectos son previsibles y no del todo sorprendentes, una vez que se intenta buscar el efecto primario. Lo que me lleva al siguiente paso en el discurso: en el razonamiento de Justice Souter en Barnes se encuentra implícito, y en el de la pluralidad en Erie explícito, que estos efectos secundarios son “deletéreos” y “adversos”, términos, ambos, con una connotación negativa. A tal punto que “deletéreo” significa “mortífero”, “venenoso”<sup>67</sup>.

A mi modo de ver, los efectos secundarios mencionados en las dos listas (la de Justice Souter y la de la pluralidad) se entienden mejor como dañosos<sup>68</sup> y, sobre todo, como mortíferos o venenosos, solamente si se adopta una perspectiva moral. De lo contrario (y más allá de su eventual ilegalidad, que es contingente) resulta difícil calificar así a la prostitución, por ejemplo. Y ello nos reconduce al rationale de la moralidad pública. Y al recuerdo de que la afirmación de la inmoralidad de la conducta de

<sup>64</sup> Barnes, 582, voto concurrente de Souter.

<sup>65</sup> Barnes, 582, voto concurrente de Souter, con cita del Brief for Petitioners.

<sup>66</sup> Erie, 290, opinion de la pluralidad, con cita del preámbulo de la ordenanza de Erie. La cita completa, con uso de las expresiones “efectos adversos” y “efectos deletéreos”, es: “La ordenanza de Erie se dictó para limitar el reciente incremento en la ciudad de shows de desnudo en vivo, en razón de sus efectos adversos sobre la salud, la seguridad y el bienestar [welfare] públicos en la medida en que proveen una atmósfera que favorece la violencia, el acoso sexual, la embriaguez pública, la prostitución, la difusión de enfermedades venéreas y otros efectos deletéreos”.

<sup>67</sup> Cfr. el Diccionario de la Lengua Española, disponible en [www.rae.es](http://www.rae.es).

<sup>68</sup> La palabra usada en inglés en este caso es “deleterious”, que significa “dañoso”.

cuyos efectos se trata no va necesariamente de la mano de su prohibición (como lo ilustra el supuesto del baile desnudo, al cual cabría acaso aplicarle la ya estampada sentencia de Tomás de Aquino: la ley no debe prohibir todos los vicios sino solamente los más graves<sup>69</sup>).

De hecho, el rationale de la moralidad pública es totalmente compatible con el de los efectos secundarios y justifica mejor el uso de un argumento basado en este tipo de efectos. Pues esa “no casualidad” antes aludida (con referencia a la relación entre tales efectos y el baile desnudo) se debe precisamente a que de una conducta alegadamente inmoral en el plano público pueden esperarse efectos alegadamente inmorales en el plano público. Por ello, para seguir con nuestro ejemplo, la argumentación de los estados de Indiana y Pennsylvania de que el baile desnudo irrestricto afecta la moralidad pública no se ve perjudicada sino reforzada por el argumento de que ese tipo de baile irrestricto acarrea efectos secundarios nocivos<sup>70</sup>.

¿Por qué, entonces, se insiste tanto en los efectos secundarios y menos (al parecer, cada vez menos) en la moralidad pública? ¿Por qué este eclipse —esta aparente sustitución de la moralidad pública por los efectos secundarios— en el voto de Souter en *Barnes* y en el de la pluralidad en *Erie* y *Alameda*<sup>71</sup>? Y, en línea afin, ¿por qué la adversidad a la moralidad pública (a favor de los efectos secundarios), presente en la literatura académica predominante<sup>72</sup>?

<sup>69</sup> Suma Teológica, I-II q. 96 a. 2c, *op. cit.*

<sup>70</sup> Algunos críticos del rationale de la moralidad pública ven esto claro y por eso se resisten también al rationale de los efectos secundarios. Véase, Goldberg, S., “Morals-Based Justifications for Lawmaking: Before and After *Lawrence v. Texas*”, *Minnesota Law Review*, 88, 2004, pp. 1233-1307

<sup>71</sup> En *Alameda* el juez Souter dice con claridad: “Al examinar pretensiones de que existen relaciones causales entre negocios de entretenimiento para adultos y un aumento de efectos secundarios (distintos del mero desacuerdo [con la existencia de dichos negocios]) [...] es necesario enfatizar el carácter empírico de la demostración disponible [...]. Y precisamente porque este tipo de prueba está al alcance de la mano, los tribunales en ejercicio del control de constitucionalidad deben ser cautos cuando el gobierno apela, no a pruebas, sino a un sentido común acrítico [...]”. *City of Los Angeles v. Alameda Books*, 535 U.S. 425, 458-459 (2002), disidencia de Souter, énfasis agregado.

<sup>72</sup> A mero título de ejemplo, Henkin sostiene que solo deben aceptarse en el discurso constitucional argumentos que estén “[...] sujetos a la lógica y a la comprobación

Acaso se deba a la sensación de que los efectos secundarios son de naturaleza empírica (sujetos, por tanto, a comprobación) mientras que la moralidad pública es de naturaleza metafísica<sup>73</sup> o, incluso se sostiene<sup>74</sup>, teológica. Esta es una sensación en parte verdadera y en parte falsa. Es verdadera en cuanto que los efectos secundarios se pueden medir: pueden ser, y son, objeto de estudios, encuestas y estadísticas, como lo muestran especialmente los casos Erie y Alameda. En ellos (así como en el voto de Souter en Barnes) los entes reguladores intentan demostrar, por ejemplo, que como consecuencia de la instalación de un establecimiento para adultos en un barrio, cayeron los precios de las propiedades vecinas; o que en las inmediaciones de un establecimiento se registran más delitos que en otras zonas de la ciudad.

Este tipo de demostración no es posible, al parecer, con la moralidad pública, salvo que se la reduzca a su elemento subjetivo. Si se tratara de medir preferencias mayoritarias y la inmoralidad pública fuera sinónimo de desaprobación popular, en esa medida la “moralidad pública” también sería medible (mediante encuestas y estudios de opinión). Pero ya hemos visto en este trabajo que reducir la moralidad pública a su elemento subjetivo constituye un error y peca de insuficiencia; y el elemento objetivo es, efectivamente, de naturaleza “metafísica” (solo en el sentido de “no medible”): la argumentación de que tal conducta es mala para una comunidad es un tipo de argumentación que no se conduce eficazmente con las herramientas de un laboratorio.

inherentes a la razonabilidad y a la racionalidad” y define a las morals laws como aquéllas “que reflejan alguna moral tradicional que carece de una auténtica finalidad social de proteger las personas o propiedades de otros”. Henkin, *cit.*, ps. 406 y 402 respectivamente; énfasis en el original. En línea parecida, según Cicchino serían ejemplo de leyes “racionales” las basadas en argumentos que favorecen la restricción de una actividad en razón de sus efectos secundarios dañosos (y no en razón de una supuesta violación de la moral pública, pues esto llevaría a afirmaciones dogmáticas, inmunizadas de toda refutación experimental). Cicchino, *op. cit.*, pág. 149 y 162.

<sup>73</sup> Véase, Gey, S.G., “Is Moral Relativism A Constitutional Command?”, *Indiana Law Review*, 70, 195, pág. 331.

<sup>74</sup> Cicchino, *op. cit.*, pp. 173-178. “El efecto de las meras aserciones de moralidad pública en el discurso cívico es idéntico al de las aserciones sectarias o teológicas: frenan el diálogo racional” (pág. 176).

Mas la sensación de que con los efectos secundarios uno se encuentra al abrigo de toda argumentación que no sea empíricamente verificable es sobre todo falsa porque, como ya insinué, el argumento de los efectos secundarios solo selecciona algunos efectos secundarios y estos son los que califica de dañosos, venenosos o mortíferos. Es decir que, en definitiva, el camino empírico mantiene la necesidad del camino “metafísico” (que yo llamaría más propiamente “filosófico” y, dentro de la filosofía, “moral” o “ético”).

#### IV. Conclusión

No es cierto, como lo sostiene el profesor Cicchino, que los efectos secundarios “son precisamente los tipos de efectos empíricos sobre el bienestar público respecto de los cuales los argumentos de moralidad pública [...] están desconectados”<sup>75</sup>. Más bien es exactamente al revés: el argumento que apela a los efectos secundarios de una determinada conducta, para justificar su restricción, está plenamente conectado con el argumento en torno de la moralidad (pública) de dicha conducta (y de sus efectos).

Por ello, es artificial si no incluso arbitraria la presentación que hace Cicchino de los argumentos de moralidad pública, como si se los pudiera separar de modo tajante. Y al no existir una diferencia tajante entre ellos (al ser más bien, conceptos complementarios y compatibles) tampoco tiene sentido enfrentarlos o contraponerlos.

Por la misma razón, tampoco tiene sentido adjudicar una excesiva relevancia al hecho de que en algún caso (Souter en Barnes) o en otro (la pluralidad en Erie y Alameda) los jueces pongan el énfasis en los

<sup>75</sup> *Ibidem*, pág. 170. Tampoco es cierto, por tanto, que los argumentos de moralidad pública “defienden una ley mediante la afirmación de un interés gubernamental legítimo en la prohibición o el favorecimiento de cierta conducta humana, sin ninguna conexión empírica con bienes distintos del alegado bien de eliminar o incrementar, según sea el caso, la conducta en cuestión”. Cicchino, *op.cit.*, pp. 140-141. Pues, como se explica en el texto, la conexión existe.

efectos secundarios antes que en la moralidad pública<sup>76</sup>. Si se quiere entender bien estos efectos, cualquier énfasis de ese tipo dejará intacta la centralidad de la moralidad pública.

## Bibliografía

- Chemerinsky, E., “Content Neutrality as a Central Problem of Freedom of Speech: Problems in the Supreme Court’s Application”, *Southern California Law Review* 49, 2000, pp. 59-61.
- Cicchino, P. M., “Reason and the Rule of Law: Should Bare Assertions of ‘Public Morality’ Qualify as Legitimate Government Interests for the Purposes of Equal Protection Review?”, *Georgetown Law Journal* 87, 139, 1998, p. 170.
- Fee, J., “The Pornographic Secondary Effects Doctrine”, *Alabama Law Review*, 60, 2009, pp. 291-293.
- Freund, E., *The Police Power. Public Policy and Constitutional Rights*, Callaghan & Company, Chicago, 1904; [reimpresión, Arno Press, New York, 1976].
- George, R. P., *Para hacer mejores a los hombres: Libertades civiles y moralidad pública*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2002.
- Goldberg, S., “Morals-Based Justifications for Lawmaking: Before and After Lawrence v. Texas”, *Minnesota Law Review*, 88, 2004, pp. 1233-1307.
- Henkin, L., “Morals and the Constitution: the Sin of Obscenity”, 63 *Columbia Law Review* 391, 1963.
- Kagan, E., “Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine”, *University of Chicago Law Review*, 63, 1996 413-490
- Legarre, S., “The Historical Background of the Police Power” 9 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 745, 2007.

Legarre, S., *Poder de policía y moralidad pública*, Ábaco, Buenos Aires, 2004.

Stone, G. R., “Content-Neutral Restrictions”, *University of Chicago Law Review* 54, 46, 1987, pp. 115-17.

Wolfe, C., “Public Morality and the Modern Supreme Court”, 45 *American Journal of Jurisprudence* 65, 2000, pág. 71.



*Sección III*

Discusiones: Libros



**Reseña de Enrico Pattaro y Corrado Roversi (eds.), *Legal philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World*, Tome 1 “Language Areas” and Tome 2 “Main Orientations and Topics”, Volume 12 of *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Springer, Dordrecht, 2017**

*Review of Enrico Pattaro y Corrado Roversi (eds.), Legal philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World, Tome 1 “Language Areas” and Tome 2 “Main Orientations and Topics”, Volume 12 of A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Springer, Dordrecht, 2017*

Federico José Arena\*

Recepción: 19/02/2018

Evaluación: 26/02/2018

Recepción y aceptación final: 19/03/2018

**Resumen:** El texto reseña brevemente los dos tomos que conforman el último Volumen del *Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, inicialmente editado por Enrico Pattaro y actualmente acompañado por Corrado Roversi. En la primera sección se reconstruye la estructura de la obra para luego, en las dos secciones siguientes, presentar sintéticamente el contenido de los diferentes capítulos que conforman el Tomo 1 y el Tomo 2, respectivamente. En cada caso se comenta con algo más de detenimiento las referencias a la filosofía del derecho en Latinoamérica, especialmente en Argentina.

**Palabras clave:** Filosofía del derecho, Civil Law, siglo 20, áreas lingüísticas, orientaciones, temas.

\* Investigador Adjunto, CONICET (UNC) – Universidad Blas Pascal. Córdoba, Argentina. Email: fjarena@conicet.gov.ar

**Abstract:** The text reviews briefly the two tomes belonging to the last Volume of the *Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, initially edited by Enrico Pattaro and now with the participation of Corrado Roversi. In the first section, the text introduces the structure of both tomes and in the two following sections it offers an overview of Tome 1 and Tome 2, respectively. In each case the comments are focused on the references to legal philosophy in Latin America, primarily in Argentina.

**Keywords:** Legal Philosophy, Civil Law, 20th century, language areas, orientations, topics.

## I. Introducción

La obra que es objeto de esta recensión forma parte de un proyecto hercúleo que, si bien ambicioso, llega con éxito a su conclusión con este Volumen número 12, dedicado al mundo del *civil law* y dividido en dos tomos. Efectivamente, el Volumen 12 cierra el proyecto iniciado hace ya más de una década por Enrico Pattaro y titulado *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*. Los volúmenes del *Treatise* fueron divididos en una primera parte teórica (que incluyó los primeros cinco volúmenes) y una segunda parte histórica (volúmenes seis a doce). Además, los editores señalan que se publicará un último volumen que contendrá un índice general. La envergadura de esta obra explica el epígrafe que abre el primer tomo aquí reseñado: “Nada está hecho mientras que no todo esté hecho” (cita de Pietro Nenni, *Dari*, 25 de julio de 1944).

Los doce volúmenes son ciertamente heterogéneos. Por un lado, algunos han sido completamente escritos por un único autor, mientras que otros han sido elaborados mediante el mecanismo de edición y colaboración de varios autores. Esto último es particularmente sobresaliente en el volumen doce, donde participan sesenta y tres autores. Por otro lado, la libertad concedida a los realizadores de cada volumen ha provocado cierta disparidad en la estructura y el lenguaje utilizado, como así también cierta incomunicación entre los volúmenes. Este problema ha sido resuelto en los últimos volúmenes y, sobre todo, en el

volumen objeto de la presente reseña, ya que con bastante frecuencia se incluyen referencias al resto de los volúmenes. De todos modos, luego de leer el volumen objeto de la presente reseña, se advierte que esta pluralidad de puntos de vistas y de formas de abordar eventos históricos y problemas teóricos termina enriqueciendo la obra, ofreciendo distintas perspectivas.

Finalmente, también es necesario señalar que este último volumen es editado no sólo por Enrico Pattaro sino también por Corrado Roversi, quien fuera asistente de edición en el primer volumen. Ambos son académicos de la Universidad de Bologna, Italia.

## II. Estructura de la obra

Este Volumen 12, junto al Volumen 11, están dedicados a la filosofía del derecho en el siglo 20. Mientras que el Volumen 11, obra de un único autor, a saber, Gerald Postema, se refiere al mundo del *common law*, el Volumen 12, obra colectiva, se ocupa, como señalé antes, del mundo del *civil law*. A diferencia del Volumen 11, el Volumen 12 está dividido en dos voluminosos tomos. Los editores explican esta decisión a partir del hecho que el mundo del *civil law* es en realidad una constelación de diferentes galaxias de autores e ideas, desparramados a lo largo y ancho del mundo. Por ello, intentando dar cuenta de esta variedad, se dividió el abordaje en dos partes. En el Tomo 1 la discusión está organizada por áreas lingüísticas. Este es el tomo más extenso, de 1062 páginas, y alberga contribuciones relativas a los países de habla germana (parte uno), a los países de Europa del sur y Francia (parte dos), a los países de Europa del este (parte tres), a los Países Bajos y al norte de Europa (parte cuatro) y a Latinoamérica (parte cinco). En este tomo cada una de las secciones fueron encargadas a autores que, o bien son nativos del idioma hablado en el país objeto de estudio, o bien son lo suficientemente hábiles en su manejo. El Tomo 2, en cambio, está organizado por orientaciones (partes una a tres) y temas (parte cuatro). Así, la primera parte, que contiene los primeros siete capítulos, está dedicada a la Teoría del Derecho natural. La segunda parte, capítulos

ocho a once, al Positivismo jurídico. La tercera parte, que incluye del capítulo doce al capítulo veinte, está dedicada al Realismo jurídico. Finalmente, la parte cuatro se refiere al amplio tema del razonamiento jurídico. Entre ambos tomos, los países abordados son treinta y uno. En orden alfabético: Alemania, Argentina, Austria, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Chile, Colombia, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Italia, México, Noriega, Perú, Polonia, Portugal, República Checa, Rumania, Rusia, Serbia, Suecia, Uruguay y Venezuela.

De la breve descripción apenas hecha es posible advertir que la recensión de tamaña obra no resulta fácil. No sería posible comentar críticamente cada uno de los capítulos que constituyen los dos tomos de este último volumen del *Treatise*. No sólo por la extensión que tendría una reseña con esas ambiciones, sino, sobre todo, porque en virtud de la pluralidad y variedad de temas tratados es difícil hacer justicia al excelente trabajo de cada colaborador en una breve recensión. Por supuesto, todo ello, además, supera las capacidades del autor de esta reseña. En este sentido, las exigencias que los editores impusieron a los colaboradores, relativas al conocimiento de la lengua del país sobre el que escribían, se extienden indudablemente a la posibilidad de reseñar con mayor profundidad esos mismos capítulos. Por ello me limitaré aquí a agregar algunos comentarios adicionales relativos al tratamiento que, de la filosofía del derecho en Latinoamérica, se realiza en diferentes capítulos de ambos tomos. De este modo, respecto de cada tomo realizaré una breve presentación general y luego me referiré en particular sólo a algunos capítulos, concentrándome en aquellos referidos a Latinoamérica y, en especial, a Argentina. Esa elección no tiene, por supuesto, ninguna pretensión evaluativa acerca de la calidad del resto de los capítulos, sino que se debe a una selección arbitraria impulsada más que nada por la exigencia de brevedad y las limitaciones de quien escribe.

### III. Tomo 1: Áreas lingüísticas

Este tomo constituye una contribución fundamental para el estudio de la filosofía del derecho en los países del *civil law*. Así, los datos ofrecidos acerca de autores y corrientes teóricas son fundamentales para quien desee iniciar el análisis de la iusfilosofía en los países abordados. Pero además, y sobre todo, los autores de cada sección realizan un esfuerzo por combinar detalle y brevedad, de manera tal que es posible también identificar las tesis centrales y los respectivos desarrollos argumentales de las corrientes, movimientos o escuelas abordadas. Cabe señalar que, de manera poco común para obras en idioma inglés, la obra incluye también una detallada presentación de ideas y filósofos pertenecientes a países que no suelen formar parte de trabajos de este tipo. Así, además de los países europeos centrales, el tomo se refiere, no sólo a países de Latinoamérica, sino también de Europa del Este y a Rusia.

La primera parte del tomo está dedicada, como adelanté, a los países de lengua alemana. Se propone dividir el recorrido de esta área en dos eras, tomando como bisagra el año 1945. En efecto, los autores ven en este año un mojón para distinguir una primera era, “de las ideologías”, que cubre las teorías y los autores de la primera mitad del siglo 20 y una segunda era, “del desencanto”, que cubre la segunda mitad del siglo 20 y llega hasta nuestros días. Así, los capítulos 1 a 9, elaborados principalmente por Agostino Carrino, con la colaboración Giuliana Stella (sección 2.2 del capítulo 2 y capítulo 4) está dedicada a la era de las ideologías. En ella se analizan, primero, el resurgimiento del positivismo jurídico y el neo-kantismo. Luego el normativismo logicista, surgido alrededor de la teoría pura del derecho kelseniana. Por ello, además de la obra de Kelsen se analizan sus precursores: Frantisek Weyr y Hugo Krabbe, la escuela de Viena (Merkel y Verdross) y, por supuesto, los críticos de la teoría pura. En el capítulo 3 se aborda una de las alternativas al normativismo, a saber, la Filosofía del derecho sociológica. El capítulo 4 está dedicado a la Fenomenología del derecho. A continuación, en el capítulo 5 se aborda la crisis del neo-kantismo y el surgimiento del neo-hegelianismo, con especial detenimiento en su fundador Julius Binder. Este tratamiento de la filo-

sofía del derecho alemana en la primera mitad del siglo es fundamental para leer luego los capítulos dedicados al positivismo jurídico incluidos en el Tomo 2, en particular el capítulo 8, dedicado al positivismo jurídico de la primera mitad del siglo 20. Volviendo al Tomo 1, en los capítulos sucesivos (6 a 9) se presentan diferentes líneas de pensamiento: la revolución conservadora, el marxismo, el decisionismo y la filosofía del derecho del nacionalsocialismo. Tal como señalan los autores, estos primeros nueve capítulos dan cuenta de la riqueza (en el sentido de variedad) ideológica de la primera mitad del siglo 20 en los países de lengua alemana. El capítulo 10, último de esta primera parte y elaborado por Hasso Hofmann, está dedicado a la era “del desencanto” y toma como punto de partida lo que denomina “el shock de la injusticia de masas perpetrada por el derecho”, para analizar las líneas de la filosofía del derecho alemana luego de 1945. Estas se caracterizan, de una parte, por el renacimiento de la escuela del derecho natural y el surgimiento de la filosofía del derecho de los valores de Radbruch. En igual sentido, en el Tomo 2, Francesco Viola se referirá a este fenómeno como al segundo *revival* del iusnaturalismo. De otra parte, la filosofía del derecho alemana luego de 1945 se caracteriza por la modernización de la teoría científica del derecho. Según Hofmann, esto se refleja en los trabajos de la teoría analítica del derecho y de la argumentación jurídica. Más adelante, el autor continúa con el análisis del efecto que tuvo la crisis del Estado de bienestar, produciendo un fenómeno de vuelta a la filosofía práctica y a la discusión de la idea de justicia. El capítulo se cierra con referencias a la globalización (la internacionalización del derecho constitucional y el universalismo de los derechos humanos) y con una retrospectiva de las teorías de la primera mitad del siglo 20.

La segunda parte del Tomo 1 está dedicada a los países de Europa del sur y Francia. Así, el capítulo 11, autoría de Carla Faralli, aborda la filosofía del derecho en Italia y sigue una estructura histórica similar a la de la primera parte. Ello en cuanto comienza por describir el positivismo filosófico de fines del siglo 20 y su crisis, para luego analizar la reacción antipositivista que caracterizó al neo-kantismo y el neo-hegelianismo. A continuación, la autora se refiere a la caída del idealismo

y a la situación de la postguerra, indicando las relaciones entre positivismo jurídico y filosofía analítica, la crisis del positivismo jurídico y las variantes post-positivistas más recientes. Esta estructura se refleja también en el tratamiento que del positivismo jurídico harán Mauro Barberis y Giorgio Bongiovanni en el Tomo 2. Para comprender la historia de la filosofía del derecho en Latinoamérica son fundamentales las páginas que Faralli dedica aquí a Norberto Bobbio, uno de los filósofos europeos más influyentes entre los autores latinoamericanos. En particular, tal como señala Faralli, su libro *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* puede ser considerado como un programa de investigación que posteriormente atrajo a un gran número de filósofos. Demostrando la relevancia de Bobbio en el ámbito del *civil law*, a estas páginas de Faralli se suman varias referencias más al trabajo de ese autor, entre ellas, la de Barberis y Bongiovanni, en el capítulo 9 del Tomo 2, sobre la contribución metodológica de Bobbio al debate iusfilosófico de postguerra y la de Pierluigi Chiassoni, en el capítulo 24 del mismo tomo, sobre el giro lingüístico propiciado por Bobbio.

El capítulo 12 está dedicado a Francia y, a diferencia del anterior, es obra de varios autores: André Jean Arnaud, Pierre Brunet, Vernique Champeil-Desplats, Jean Louis Halperin, Carlos Miguel Herrera y Eric Millard. Este capítulo también se diferencia estructuralmente de los capítulos dedicados al área alemana y a Italia, ya que en lugar de estar dividido por periodos históricos, está organizado por autores: Maurice Hauriou y su hipótesis institucional, Léon Duguit y la epistemología realista, Raymond Carré de Malberg y la teoría de las fuentes, las versiones de la escuela del derecho natural de François Gény y Michel Villey, y, finalmente, la teoría realista radical de la interpretación y del Estado de Michel Troper.

A España está dedicado el capítulo 13, escrito por Benjamín Rivaya. Si bien, al igual que los capítulos sobre el área alemana e Italia, Rivaya reconstruye la historia de la filosofía del derecho a partir de hitos históricos, en este caso se apoya en las vicisitudes de la sociedad española. Así, comienza por el monopolio del neotomismo en las primeras décadas del siglo 20, para abordar luego el pluralismo jurídico filosófico de los años de la República. A continuación, analiza

la incidencia, primero, de la Guerra civil y, segundo, del franquismo en la filosofía del derecho española. Estas secciones terminan con un apartado dedicado a la caída de la filosofía del derecho franquista hacia mediados de los años setenta. El capítulo concluye con el recorrido de la filosofía del derecho durante la llamada transición hacia la democracia y la estabilización de esta última.

Portugal y Grecia, en los capítulos 14 y 15 respectivamente, cierran esta segunda parte dedicada a Europa del sur y Francia. El capítulo portugués está organizado asociando cada uno de los autores más importantes de la filosofía del derecho portuguesa a una línea filosófica y es obra de un grupo de autores: José Manuel Aroso Linhares, Luís Meneses do Vale, Alessandro Serpe y Ana Margarida Simões Gaudêncio y José de Sousa e Brito. El capítulo griego, en cambio, ha sido escrito por Constantinos Stamatis y retoma la organización de la primera parte, es decir, la bipartición en dos períodos: pre y post guerra, refiriéndose más extensamente al primero.

La tercera parte se ocupa de los países de Europa del Este. Quizás esta sea una de las contribuciones más novedosas de este volumen, ya que las historias de la filosofía del derecho suelen concentrarse en los países hasta ahora reseñados. Así, se presentan los recorridos de la filosofía del derecho en Polonia (capítulo 16), Rusia (capítulo 17), Checoslovaquia, primero y República Checa y Eslovaquia, después (capítulo 18, texto de Alexander Brössl), Hungría (capítulo 19, texto de Csaba Varga) y, en el capítulo 20: Serbia (texto de Jasminka Hasanbegović), Croacia (texto de Ivan Padjen), Eslovenia (texto de Marijan Pavčnik), Bulgaria (texto de Vihren Bouzov) y Rumania (texto de Adrian-Paul Iliescu y Simina Tănăsescu).

El capítulo dedicado a Polonia (escrito por Tomasz Gizbert-Studnicki, Krzysztof Pleszka y Jan Woleński) está igualmente estructurado usando como eje la segunda guerra mundial, aunque en este caso se indaga con más detalle en el período de postguerra. El capítulo ruso (texto de Mikhail Antonov) está dividido en dos partes, el período prerrevolucionario y el período soviético y postsoviético. Si bien ambos capítulos, sobre todo el dedicado a Rusia, pueden parecer algo breves, ello queda compensado en el segundo tomo donde autores rusos y

polacos son abordados en detalle, en especial, León Petrażycki y Jerzi Lande, maestro y discípulo, ambos nacidos en Polonia y profesores en la Universidad de San Petersburgo.

Llegamos así a la parte cuatro, dedicada a los países nórdicos y a los Países Bajos. El capítulo 20 se refiere a la filosofía del derecho sueca. El texto de Uta Bindreiter posee una estructura original, ya que propone identificar dos períodos luego de los años cuarenta: 1940-1960 y 1960-2000, según la influencia que ciertos filósofos o escuelas de pensamiento foráneos tuvieron en la filosofía del derecho sueca, distinguiendo a su vez, entre influencias fuertes y transitorias. Incluye además una interesante sección sobre el modo en que el trabajo de tres filósofos sentó las bases para el desarrollo de la filosofía del derecho como una disciplina académica autónoma en las Facultades de derecho suecas. Como puede advertirse, Bindreiter se concentra en el período de postguerra, a partir de los años cuarenta del siglo 20. Ello se debe, como se señala en la introducción del capítulo, a que toda la tercera parte del Tomo 2 está dedicada al Realismo jurídico, cuyos capítulos centrales se refieren a la Escuela de Uppsala, especialmente Axel Hägerström, Karl Olivecrona y Anders Vilhelm Lundstedt (escrito también por Bindreiter), entre otros.

Sigue luego el capítulo 22 donde se recorre la filosofía del derecho dinamarquesa. El lector debe complementar este capítulo con el dedicado a Alf Ross en el segundo volumen (capítulo 16). En efecto, Henrik Palmer Olsen, autor de este capítulo dedicado a Dinamarca, se refiere a la filosofía del derecho danesa antes y después de Ross, sin detenerse sobre este autor. Así, analiza en las primeras secciones las posiciones de Viggo Bentzon y Frederik Vinding Kruse, ambos maestros de Ross y también miembros, junto a Knud Berlin, del polémico tribunal de la Universidad de Copenhague que rechazó la tesis doctoral de Ross en 1927<sup>1</sup>. El capítulo se cierra con una sección en la que se analizan las propuestas críticas que, a partir de la hermenéutica, se ofrecieron como alternativa a la teoría de Ross.

<sup>1</sup> Para los detalles de estos eventos véase la bien documentada biografía de Alf Ross escrita por Jens Ewald en Ewald, J., *Alf Ross - a life*, Tilst, DJOF, 2014, pág. 81 y ss.

El capítulo 23 sobre Noruega y escrito por Svein Eng, el capítulo 24 sobre Finlandia y escrito por Susanna Lindroos-Hovinheimo, y el capítulo 25 sobre los Países Bajos (especialmente Holanda y la parte flamenca de Bélgica) y escrito a cuatro manos por Mark Van Hoecke y Arend Soeteman, siguen a grandes rasgos el esquema de la mayoría de los capítulos, dividiendo la periodización histórica en dos etapas, pre y postguerra, con el análisis de las distintas escuelas y/o tendencias surgidas durante esas épocas en cada uno de los países analizados.

Por último, la quinta parte está dedicada a la filosofía del derecho latinoamericana. En el capítulo 26, escrito por Manuel Atienza, se aborda el caso de la Argentina. Si bien es indudable que Atienza conoce con detalle la historia de la filosofía del derecho en Argentina, pues ha dedicado los primeros años de su investigación a su estudio<sup>2</sup>, se extraña la colaboración de un autor local para elaborar este capítulo, tal como sucede en la mayoría de los capítulos dedicados a áreas geográficas donde la filosofía del derecho ha tenido un desarrollo considerable. El autor se concentra en la segunda mitad del siglo 20 y distingue dos períodos tomando como punto de separación el año 1976, en que se produjo el golpe militar que inauguró la sangrienta dictadura argentina terminada recién con las elecciones de 1983. Esta estructura es común a varios otros capítulos sobre Latinoamérica. Es decir, a diferencia de los capítulos dedicados a países europeos, donde la Segunda guerra mundial produjo ciertamente efectos en el desarrollo de la filosofía del derecho, en Latinoamérica han sido los gobiernos dictatoriales los que han marcado, tanto en cuanto a contenidos como a los efectos en la vida de los académicos, el desarrollo de la filosofía del derecho. Ello es así en los casos de Brasil (dictadura 1964-1985) y Chile (dictadura pinochetista 1973-1990), por ejemplo. En el caso de Argentina, ello se evidencia, por un lado, en la persecución sufrida por numerosos filósofos que tuvieron que optar por el exilio, como Garzón Valdés y, por otro lado, en la incidencia que los juicios contra las juntas militares tuvieron en el desarrollo del neoconstitucionalismo. Tal es así que Atienza propone, con acierto,

<sup>2</sup> Atienza, M., *La filosofía del derecho argentina actual*, Buenos Aires, Depalma, 1984.

distinguir entre la filosofía del derecho producida en Argentina y la filosofía del derecho producida por argentinos.

El tratamiento de la filosofía del derecho en Argentina permite advertir lo que creo una virtud de este Volumen 12 del *Treatise*, aun cuando también conlleve ciertos riesgos. En efecto, ciertos temas se encuentran abordados en más de un capítulo o sección de ambos tomos del volumen. Si bien esto puede, a veces, producir cierta dispersión en la información, en realidad, creo, la pluralidad de perspectivas evita la mera repetición y, además, produce un efecto de entrelazamiento que termina por construir una trama de comprensión. Por ejemplo, y limitándonos sólo al tratamiento explícito, para apreciar la contribución que este volumen realiza al estudio de la filosofía del derecho en Argentina, es necesario combinar el capítulo escrito por Atienza con diferentes secciones del Tomo 2. Así, mientras Atienza hace un recorrido histórico de las distintas escuelas o corrientes de la filosofía del derecho rioplatense, en el Tomo 2 pueden encontrarse referencias a la misma zona geográfica y sus autores en numerosos puntos. En el capítulo 7, se hace referencia a la escuela del derecho natural en Argentina; en el capítulo 9, se aborda la contribución argentina al positivismo de postguerra; en los capítulos 1 (sección 1.4.5.2.) y 10, se presentan los desafíos al positivismo jurídico provenientes de las propuestas neoconstitucionalistas de Ernesto Garzón Valdés y Carlos Nino; en el capítulo 11, a su vez, se analizan las respuestas de Eugenio Bulygin y Jorge Rodríguez a ese mismo desafío neoconstitucionalista; en el capítulo 24, Chiassoni discute la teoría de la interpretación de Bulygin, entre otras referencias.

El capítulo 27, dedicado a la filosofía del derecho brasileña, es quizás uno de los más interesantes. Ya que, en razón del particular modo en que se desarrolló la filosofía del derecho en ese país, los autores hacen explícita una cuestión apremiante: qué cuenta como filosofía del derecho. Según los autores, en el contexto brasilero esa pregunta es relevante pues la historia de los estudios filosóficos en ese país tiene características que la distinguen de la mayoría de los países latinoamericanos, de habla hispana. Esos rasgos tienen que ver, sobre todo, con el rol que la denominada “misión francesa” tuvo en el desarrollo de la filosofía brasilera. Misión francesa es la expresión que los auto-

res usan para referirse a un conjunto de intelectuales franceses que, a partir de la mitad de la década del treinta y en virtud de una política del Estado brasileiro, llegaron a la Universidad de San Pablo e impusieron ciertas líneas y métodos de investigación ligados, sobre todo, al estructuralismo. Pero también, la historia de la filosofía del derecho en Brasil se caracteriza por una duradera falta de interés de los filósofos en el trabajo de los juristas (filósofos) y viceversa. Quizás consecuencia de ello sea que, salvo en los últimos años, la filosofía del derecho fue desarrollada por juristas dentro de ciertas disciplinas dogmáticas como el derecho administrativo y el derecho tributario. En definitiva, y a pesar de la existencia de algunos ejemplos de filósofos del derecho que se destacaron, como Miguel Reale, los autores se preocupan por la falta de una filosofía del derecho propiamente brasileira en un contexto donde la globalización de la cultura académica tiende a diluir estas construcciones. Este capítulo, en el entramado del volumen 12, debe ser completado con la breve referencia a la teoría del derecho natural en Brasil, que propone Carlos Massini Correias en la sección 3 del capítulo 7 del Tomo 2.

Cierra el tomo el capítulo 28, autoría de Rodolfo Vázquez, y en el que se abordan los desarrollos de la filosofía del derecho en Colombia, Chile, Costa Rica, México, Perú, Uruguay y Venezuela. Respecto de Chile, se señala algo que es efectivamente admitido por los mismos miembros de la comunidad iusfilosófica de ese país, es decir, la dependencia del pensamiento jurídico de las contribuciones europeas y anglosajonas<sup>3</sup>. De todos modos, cabría agregar a la reseña de Vázquez una referencia al papel que tuvo y tiene la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. El Anuario de la Sociedad, publicado desde 1983, ha contribuido al surgimiento en ese país de una comunidad iusfilosófica dispuesta al diálogo y con potencialidades para desarrollar autónomamente distintas líneas de pensamiento. Creo que también es dable señalar la influencia que las políticas gubernamentales de los últimos años, dirigidas a fomentar la investigación, han tenido en la

---

<sup>3</sup> Véase Benavente, J.W., “La filosofía del derecho en Chile”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 1, 1983, pp. 21-39.

reciente expansión de la filosofía del derecho en Chile. Así, los programas de becas para estudios de doctorados en el extranjero, más los incentivos para atraer académicos hacia las Universidades no metropolitanas, es decir Universidades de regiones fuera de Santiago, como la Universidad Austral, la Universidad de Temuco o la misma de Valparaíso, han contribuido a la formación y llegada de nuevos académicos y ha producido un aumento en los intercambios, tales como congresos internacionales y publicaciones periódicas.

Este último comentario me permite introducir una observación crítica referida a una omisión en las reconstrucciones históricas de la filosofía del derecho en Latinoamérica (aunque también está ausente en el tratamiento del resto de las áreas lingüísticas), a saber, la mención de un tipo de intercambio entre filósofos que ha adquirido gran relevancia en los últimos años: los congresos y reuniones científicas. Algunas de ellas han contribuido de manera decisiva a la circulación de las ideas en el ámbito continental. En Europa me parece fundamental el Seminario ítalo-español de Teoría del derecho, realizado por primera vez en la ciudad italiana de Imperia a mediados de los años noventa y que luego sumó, primero, a universidades francesas y, en los últimos años, a universidades portuguesas. Este seminario contribuyó, sin lugar a dudas, al intercambio entre académicos de Latinoamérica y Europa continental. De igual modo, en Latinoamérica parece decisivo el Seminario Internacional de Filosofía del derecho, conocido como Vaquerías, dirigido por Ricardo Caracciolo desde hace más de dos décadas. Este seminario, además de proponer a Córdoba como centro de reuniones científicas en filosofía del derecho, resultó un punto de intercambio similar al Seminario ítalo-español. En las últimas décadas este tipo de encuentros ha visto aumentar su número y desempeñan un papel central en el modo actual de hacer filosofía del derecho.

#### **IV. Tomo dos: principales orientaciones y temas**

Este segundo tomo, como señalé más arriba, está organizado por orientaciones (partes una a tres) y temas (parte cuatro). Así, la primera parte,

que contiene los primeros siete capítulos, está dedicada a la Teoría del Derecho natural. En la segunda parte, capítulos 8 a 11, se analiza el Positivismo jurídico. La tercera parte, que incluye del capítulo 12 al capítulo 20, aborda el Realismo jurídico. Finalmente, la cuarta parte está dedicada al amplio tema del razonamiento jurídico. Una virtud de este segundo tomo es que las ideas iusfilosóficas se conectan con sus bases o puntos de partida más filosóficos en general.

Esta diferencia en la estructura, respecto del Tomo 1, enriquece la contribución que el volumen hace al estudio de la cultura jurídica del *civil law*. Ello en cuanto el lector puede complementar el abordaje, mayoritariamente histórico-geográfico, del Tomo 1, con el abordaje mayormente por orientaciones y temas del Tomo 2, y construir así una suerte de trama de comprensión que permite capturar mejor la contribución de la cultura del *civil law* a la filosofía del derecho durante el siglo 20. Por ejemplo, los capítulos dedicados a la filosofía del derecho en países de lengua alemana se entrelazan con numerosos capítulos del Tomo 2. El capítulo 1 dedicado a la escuela del derecho natural, el capítulo 2 dedicado, particularmente, al desarrollo de la escuela de derecho natural en Alemania, los capítulos dedicados al positivismo jurídico (especialmente los capítulos 7 y 8) y el capítulo 25 sobre razonamiento jurídico que, entre otros, se refiere a la teoría de Jürgen Habermas y Robert Alexy. Entrelazando de este modo las contribuciones de ambos tomos es posible, como decía, construir una trama histórico-analítica para comprender la cultura filosófico jurídica del *civil law*. De todos modos, cabe señalar que algunos de los capítulos de este segundo tomo están contruidos de manera demasiado análoga a los capítulos del primero; retomando, en algunos casos, la presentación histórico-cronológica, por área geográfica, en lugar de una presentación por orientaciones y temas. Creo que ello es lo que sucede con el capítulo 4 dedicado a la Escuela del derecho natural en Portugal y España y con el capítulo 7 dedicado a la Escuela del derecho natural en Latinoamérica. Algo parecido sucede con algunos capítulos de la sección dedicada al realismo jurídico, donde se retoma la clasificación por área geográfica.

La primera parte del Tomo 2 está entonces dedicada a la Teoría del derecho natural. Comienza con un capítulo general, escrito por Francesco Viola, estructurado siguiendo lo que el autor considera los tres *revivals* del iusnaturalismo (intercalando, además, una mención a las relaciones entre iusnaturalismo y totalitarismo). Según el autor, el primer *revival* se produjo al iniciar el siglo 20, provocado por una insatisfacción con el positivismo jurídico decimonónico, reo de separar de manera demasiado estricta la esfera legal de las ideas morales y las bases sociales del derecho. El segundo, tuvo lugar luego de la Segunda guerra mundial, y fue originado por las violaciones a la dignidad humana durante esa conflagración, frente a las cuales el derecho positivo no pareció constituir un muro de contención. Y el tercero, que se desarrolla hacia el final del siglo 20, fue provocado por la relevancia adquirida por los derechos humanos y la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, todo lo cual produjo una modificación en el modo de concebir el derecho positivo. Cabe señalar que *revival* no significa en todos los casos que se produjera un regreso a o resurgimiento de la Teoría del derecho natural como un todo, sino que en algunos casos se trata más bien, tal como lo indica Viola, de la incidencia que, en la discusión iusfilosófica, tuvieron tesis o inclinaciones que pueden ser asociadas con el iusnaturalismo.

Luego le siguen seis capítulos que analizan la evolución del iusnaturalismo en distintas áreas geográficas: Alemania en el capítulo 2, escrito por Stephan Kirste; Francia en el capítulo 3, autoría de Stamatios Tzitzis y Guillaume Bernard; España y Portugal en el capítulo 4, texto de Antonio-Enrique Pérez Luño; Italia en el capítulo 5, autoría también de Francesco Viola; Hungría en el capítulo 6, texto de Máté Paksy y Csaba Varga y América Latina en el capítulo 7, escrito por Carlos I. Massini Correas.

En estos capítulos, pero también en aquellos referidos al iuspositivismo y al iusrealismo, se evidencia la dificultad de separar el tratamiento de la discusión teórica en el ámbito del *civil law* de aquella llevada a cabo en el ámbito del *common law*. Efectivamente, a nivel de filosofía del derecho, la comunicación entre ambas áreas y, además, la influencia de autores continentales entre filósofos anglosajones,

sobre todo en la primera mitad del siglo, y viceversa, sobre todo en la segunda mitad del siglo, exige introducir referencias cruzadas respecto de las tres orientaciones analizadas. Así, es inevitable mencionar en estos tomos también, por ejemplo, a John Finnis en el caso de la teoría del derecho natural, a Herbert Hart en el caso del iuspositivismo, o Ronald Dworkin para el anti-positivismo o neoconstitucionalismo, entre otros. De todos modos, los autores de los diferentes capítulos logran construir un análisis autónomo respecto del trabajo realizado por Gerald Postema en el volumen precedente, dedicado, como ya se dijo, a la filosofía del derecho del *common law*.

La segunda parte está dedicada al positivismo jurídico y, si bien presenta la evolución de esta corriente teórica siguiendo un recorrido histórico, creo que tiene el mérito de diferenciarse del Tomo 1 en cuanto no está estructurada en virtud de áreas geográficas, evitando el riesgo de solapamiento y agregando nuevas perspectivas y mayor densidad a la trama global del volumen. Los autores de esta segunda parte, Mauro Barberis (introducción y capítulos 9, 10 y 11) y Giorgio Bongiovanni (capítulos 8, 9 y 10), dividen el tratamiento del positivismo jurídico en distintas etapas. Comienzan por el positivismo jurídico de la primera mitad del siglo 20, indagando principalmente en las influencias neo-kantianas, presentando la teoría pura de Kelsen y la influencia de la Escuela de Viena. Los autores extienden el análisis llevado adelante en estos primeros capítulos a la teoría del derecho y del Estado desarrolladas en Francia, al debate entre derecho y política en Alemania, incluyendo el institucionalismo de Santi Romano y la deriva totalitaria de la filosofía del derecho en el corporativismo italiano. Siguen luego con el papel del positivismo jurídico en el debate de postguerra. Se detienen en especial en el argumento de Radbruch y las tesis del último Kelsen. Abordando también las contribuciones italianas, francesas, argentinas y españolas a ese debate.

Continúan luego con el desafío neoconstitucionalista y analizan la forma que a ese desafío han dado diferentes autores, entre ellos Ernesto Garzón Valdés, Carlos Nino, Robert Alexy y Luigi Ferrajoli, entre otros. Concluyen esta parte con una referencia a las respuestas que el positivismo jurídico ha ofrecido al desafío neo constitucionalista, en

particular los intentos de Eugenio Bulygin, José Juan Moreso, Juan Carlos Bayón y Jorge Rodríguez, entre otros.

La tercera parte está dedicada al realismo jurídico, teoría que recibe el tratamiento más extenso dentro del tomo. Esta parte comienza con un capítulo introductorio de Edoardo Fittipaldi titulado “El realismo jurídico continental” que busca echar luz sobre el término “realismo” y las principales tesis que pueden ser atribuidas a esa escuela o movimiento. Los capítulos siguientes están organizados a partir de la obra de los autores principales dentro de este movimiento. Así el capítulo 13, escrito por Enrico Pattaro, analiza la obra de Axel Hägerstrom; el capítulo 14, autoría de Torben Spaak, se refiere a Karl Olivecrona; el capítulo 15 está dedicado a Anders Vilhelm Lundstedt y ha sido elaborado por Uta Bindreiter; el capítulo 16 analiza la obra de Alf Ross, y es autoría del Mauro Zamboni; y el capítulo 17 rescata otros realistas jurídicos escandinavos, por lo común poco mencionados en los debates contemporáneos, y es autoría de Uta Bindreiter, Mauro Zamboni y Torben Spaak. Del capítulo 18 al capítulo 20, Fittipaldi se refiere a los vínculos entre el realismo jurídico escandinavo y el realismo jurídico ruso-polaco. En un gran esfuerzo de presentación, en virtud de la dificultad de encontrar los textos originales, Fittipaldi presenta extensamente las propuestas teóricas de León Petrazycki (capítulo 18) y Jerzy Lande (capítulo 19). Asimismo, Elena V. Timoshina, Giuseppe Lorini y Wojciech Zetaniec analizan el trabajo de otros realistas jurídicos ruso-polacos en el capítulo 20. Se extraña en ese tratamiento del realismo jurídico, particularmente de Hagerström y Olivecrona, un apartado sobre el rendimiento de sus teorías respecto de la discusión contemporánea.

La parte cuarta, que cierra el Tomo 2, deja entonces atrás la estructura por orientaciones y se dedica a analizar los temas de la filosofía del derecho continental del siglo 20. Algo ciertamente ya realizado, si bien de manera oblicua, en el Tomo 1 y en las primeras tres partes del Tomo 2. Es por ello que, como señalé, a partir de estas tres líneas de presentación (áreas geográficas, orientaciones y temas), es posible construir un interesante entramado para comprender la cultura jurídico-filosófica en el ámbito del *civil law* a lo largo del siglo 20. Esta cuarta

parte, en manos principalmente de Pierluigi Chiassoni (capítulos 21 a 24) y Eveline Feteris (capítulo 23 y 25), cuenta también con la participación de Hanna Maria Kreuzbauer en el capítulo 23, Jan Wolenski, autor del capítulo 26 y de Davide Grossi y Antonio Rotolo, autores del capítulo 27 que cierra el Tomo, el Volumen y el Tratado.

El capítulo 21, titulado “La herencia del siglo XIX: la era del cognitivismo interpretativista” está dedicado a presentar el punto de partida de la filosofía del derecho del siglo 20 y aborda la escuela de la exégesis, la hermenéutica jurídica de Savigny y se cierra con una referencia a la denominada “jurisprudencia de conceptos” de von Jhering y Windscheid. En esta sección Chiassoni presenta de una manera “no ortodoxa” la Escuela de la exégesis. Según Chiassoni, el punto de vista tradicional caracteriza a la Escuela de la exégesis sobre la base de dos métodos interpretativos: el lenguaje literal y la intención del legislador tal como puede ser recabada de los trabajos preparatorios. Sin embargo, Chiassoni sostiene, por un lado, que las herramientas interpretativas usadas y propuestas por esta escuela son mucho más amplias y, por otro lado, que no es posible atribuir a sus miembros una posición unitaria acerca de los métodos interpretativos.

El capítulo 22, titulado “La era del descontento: la revuelta contra el interpretativismo cognitivista”, aborda las reacciones a la jurisprudencia de conceptos en la forma de la crítica metodológica de François Gény, el movimiento del derecho libre, la jurisprudencia de intereses y la teoría pura del derecho. El capítulo 23 se propone como un balance de temas, indagando en el redescubrimiento de la retórica, la argumentación por tópicos, la interpretación jurídica y la hermenéutica. El capítulo 24, que cierra la participación de Chiassoni, se titula “La era del análisis: empirismo lógico, lenguaje ordinario y la pura verdad sobre la cuestión”. Allí el autor presenta lo que denomina el encanto del positivismo jurídico, las herramientas analíticas y la contribución al respecto del realismo jurídico de Ross y Tarello.

El capítulo 25, obra de Eveline Feteris, está dedicado a las contribuciones que diferentes autores realizaron al análisis de la argumentación jurídica. Así, se refiere a la teoría institucional de Neil MacCormick (una inclusión excepcional en un Volumen sobre *civil law*), a la teo-

ría del discurso de Jürgen Habermas, a la teoría de la pretensión de corrección del derecho de Robert Alexy, a la teoría de la justificación de Aarnio y a la teoría del razonamiento judicial de Peczenik. El capítulo concluye con una sección sobre la teoría pragma-dialéctica de la argumentación jurídica.

El capítulo 26, de Jan Wolenski, aborda la intrincada relación entre derecho y lógica a lo largo del siglo 20, pasando por el conocido dilema de Jörgensen y los intentos por construir una lógica deóntica, hasta la relación entre lógica y argumentación jurídica. Por último, cierra el Tomo, Volumen y Tratado el capítulo 27, de Davide Grossi y Antonio Rotolo, dedicado a los más recientes desarrollos de la lógica jurídica. En particular se refieren a la lógica de las obligaciones, a la teoría de los sistemas normativos, a la incidencia de la derrotabilidad en el razonamiento jurídico y, por último, a la dinámica jurídica.

## **V. Breves comentarios sobre el análisis de tesis de autores argentinos**

Tal como destaca Atienza, es posible encontrar en la filosofía del derecho Argentina del siglo 20 una gran variedad de corrientes. En el segundo tomo se encuentran analizadas teóricamente sólo dos de ellas, a saber, el positivismo jurídico y el neoconstitucionalismo. Es cierto, también hay un capítulo dedicado a la Teoría del derecho natural en Argentina, pero en esas páginas Massini Correas se concentra en proponer una cronología de los autores representantes de esa escuela, presentando, sin discutir desde un punto de vista teórico sus ideas. En cambio, en la segunda parte dedicada al positivismo jurídico, Barberis y Bongiovanni dedican varios párrafos a presentar y discutir, si bien brevemente, las posiciones de los filósofos argentinos, en particular, las de Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin, Ricardo Caracciolo, Ernesto Garzón Valdez, Carlos Nino y Jorge Rodríguez, entre otros. Asimismo, Pierluigi Chiassoni presenta y analiza la posición de Bulygin respecto de la interpretación. A ello cabe agregar la referencia que a la posición de Carlos Nino hace Viola discutiendo el tercer *revival* del derecho

natural, y atribuyéndole cierta superposición con esa teoría. Finalmente, hay una breve referencia al trabajo de Alchourrón y Bulygin en el último capítulo, dedicado a derecho y lógica.

Tal como señala Atienza y refrendan Barberis y Bongiovanni, la filosofía analítica del derecho tuvo gran influencia en Argentina e incluso, creo posible afirmar, se produjeron contribuciones originales. Central en ese desarrollo fue Ambrosio Gioja y el Instituto de Filosofía del derecho de la Universidad de Buenos Aires. Allí surgieron los iniciadores de esa corriente en Argentina entre ellos Genaro Carrió, Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Si bien con matices, los tres defendieron versiones del positivismo jurídico. Por ejemplo, Carrió fue claramente defensor de una versión del positivismo que más tarde fuera denominada como incorporacionismo o positivismo incluyente. En efecto, Carrió fue uno de los primeros filósofos en ensayar una respuesta a las críticas que Dworkin formulara contra el positivismo en *Los derechos en serio*. Según una de esas críticas, la tesis hartiana de la existencia de una regla de reconocimiento, i.e., de una práctica regular entre los jueces de identificar las normas jurídicas a partir de ciertos criterios, no es capaz de capturar un tipo de norma jurídica, cuyo papel es esencial en la práctica jurídica, a saber, los principios jurídicos (estándares normativos con dimensión de peso y contenido moral). En su respuesta, Carrió ofrece elementos para afirmar que, a pesar de lo que cree Dworkin, la regla de reconocimiento puede incorporar, contingentemente, esos principios<sup>4</sup>. En cambio, de otro lado, Bulygin defiende una versión excluyente del positivismo jurídico, si bien algo alejada de aquella que suele ser atribuida a Joseph Raz. En efecto, según Bulygin, dada la controversia acerca de la existencia de hechos morales, ha de quedar abierta, con inclinación por la negativa, la posibilidad de que juicios morales incidan en la identificación de las fuentes del derecho<sup>5</sup>.

Sobresale también el tratamiento de Garzón Valdés y Nino como dos defensores del neoconstitucionalismo. Al respecto, cabe señalar

---

<sup>4</sup> Carrió, G., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970.

<sup>5</sup> Véase Bulygin, E., *El positivismo jurídico*, Mexico, Fontamara, 2006.

que el tono del volumen es mayoritariamente descriptivo, por lo que, salvo la mención algo imprecisa a que Garzón Valdés fue diplomático durante la dictadura, cuando en realidad tuvo que exiliarse y abandonar ese puesto una vez producido el golpe de Estado<sup>6</sup>, no cabe mucho que cuestionar al trabajo de reconstrucción llevado adelante por los autores. Sin embargo, hay algunas afirmaciones en los textos de Barberis y Bongiovanni que abren espacio a consideraciones críticas, en particular, aquellas referidas a Garzón Valdés y Nino.

Tal como indican Barberis y Bongiovanni, Garzón Valdés defiende la tesis según la cual el punto de vista interno o del participante, tal como lo presenta Hart, debe ser concebido como un punto de vista moral. Es decir, según Garzón Valdés, la comprensión del derecho exige asumir el punto de vista de quién ve en la práctica jurídica una justificación de las obligaciones impuestas por el ordenamiento. Este modo de concebir el punto de vista interno y su incidencia en la comprensión del derecho, implicaría negar la tesis de la separabilidad entre derecho y moral, pues identificar el derecho tal como lo hacen los participantes, exigiría involucrarse en las mismas consideraciones morales que ellos llevan a cabo. Contra estas afirmaciones, los autores sostienen que Garzón Valdés se equivoca, ya que Hart claramente señala que su teoría es descriptiva y que el punto de vista interno no implica aceptación moral del derecho. Dicho con otras palabras, según Hart, comprender, conocer y aplicar el derecho no exige aceptarlo desde un punto de vista moral, es posible conocer y aplicar, sin aceptar moralmente. En términos de la clasificación de Bobbio, Barberis y Bongiovanni dirían que Hart es un positivista metodológico, según el cual el conocimiento del derecho exige sólo un procedimiento descriptivo, y que Garzón Valdez lo convierte equivocadamente en un positivista ideológico. Sin embargo, me parece que esta es una reconstrucción,

<sup>6</sup> Lo dice con precisión Atienza: "Garzón Valdés was a diplomat in Germany when the 1976 coup d'état took place. He was removed from service and stayed in Germany", pág. 831 del Tomo 1. En cambio, la mención que hacen Barberis y Bongiovanni es algo imprecisa: "He started out as a diplomat under the military dictatorship in Argentina, was then exiled to Spain, and was finally awarded a professorship in Germany" pág. 265 del Tomo 2.

cuanto menos, poco caritativa de la crítica de Garzón Valdés. Creo que autores como él buscan señalar la dificultad de estas afirmaciones explícitas de Hart. Es decir, aun cuando leyendo el concepto de derecho se pueda advertir claramente la pretensión descriptiva de Hart, el problema es que su concepción del punto de vista interno parece conducirlo, según Garzón Valdés, a sostener que quien acepta el derecho lo ha de hacer por razones morales, ello en virtud de la insistencia en el carácter práctico del punto de vista interno. Por ello, una respuesta a Garzón Valdez exige demostrar que tales consecuencias no se siguen de la teoría explícitamente propuesta por Hart.

Otro punto interesante es el análisis del argumento de Nino sobre el concepto de derecho. Como se sabe, en su libro póstumo Nino advertía ya el lugar central que la cuestión metodológica adquiriría unos años más tarde en el ámbito de la filosofía analítica del derecho. En ese libro, Nino expuso su posición, si bien creo todavía no completamente elaborada, según la cual el concepto de derecho, como cualquier otro concepto (con la exclusión de los pocos conceptos primitivos o de clase natural), es convencional, es decir, su contenido depende de nuestros acuerdos acerca de su uso y, por lo tanto, la inacabable discusión entre los filósofos acerca de las relaciones entre derecho y moral no es más que, o bien un desacuerdo meramente terminológico entre personas que usan diferentes criterios de uso del concepto, o bien una negociación para llegar a un acuerdo acerca de cuál es el mejor concepto que deberíamos usar para lograr ciertos fines. Barberis acepta esta “disolución” del problema propuesta por Nino. Sin embargo, de nuevo, me parece que tanto Nino como Barberis erran aquí la naturaleza del problema filosófico en juego cuando se discute acerca de la naturaleza del concepto de derecho. La discusión en esos casos puede ciertamente ser una discusión acerca de cuál es el concepto de derecho que mejor se adecua a ciertos fines metodológicos o académicos, pero esa no es la única discusión acerca de ese concepto. Muchas veces la discusión se refiere a cuál es el concepto de derecho en uso, principalmente, cuál es el concepto de derecho que puede inferirse a partir del discurso de los participantes en la práctica jurídica. Y esa respuesta no puede ser respondida por mera convención, es decir, no basta con que los

filósofos del derecho se pongan de acuerdo acerca de cómo usarán el concepto de derecho para que ello ipso facto constituya el concepto de derecho usado por una comunidad. La identificación del concepto en uso exige proponer un método para reconstruir la práctica que, a su vez, depende de una propuesta teórica acerca de la naturaleza misma del concepto de derecho (convencional, primitivo, de clase natural, interpretativo, etc.). Dicho con otras palabras, si el concepto de derecho fuera convencional, entonces la “disolución” propuesta por Nino, y apoyada por Barberis, podría funcionar; pero el punto bajo discusión es precisamente si el derecho puede o no ser concebido como un concepto convencional, i.e., un concepto cuyos criterios de uso dependen de un acuerdo (o convergencia) entre los participantes de la práctica. Éste último es, creo, uno de los puntos centrales de la disputa entre iusnaturalismo y iuspositivismo tal como se ha estructurado en la última mitad del siglo 20, i.e., la identificación de la naturaleza del concepto de derecho y del contenido de nuestro concepto de derecho. El *partia-cque* entre iuspositivismo e iusnaturalismo queda marcado aquí según se sostenga o no que para responder a ambas preguntas es necesario involucrarse en consideraciones morales.

Finalmente, Chiassoni se refiere con más de detalle a la teoría de Bulygin sobre la interpretación. Bulygin sostiene, tal como señala Chiassoni, un punto de vista intermedio, similar al hartiano, entre el escepticismo y el formalismo. Sin embargo, su teoría se caracteriza por distinguir, a diferencia de la posición intermedia de Hart, entre interpretación en abstracto e interpretación en concreto. La primera está dirigida a normas, es decir, a traducir formulaciones de normas en normas, y la segunda está dirigida a casos, es decir, a subsumir casos individuales en casos genéricos, que la norma, previamente identificada por la interpretación en abstracto, conecta con una consecuencia normativa. Según Bulygin, en ambas instancias la interpretación puede ser tanto una cuestión de descubrimiento como una cuestión de decisión. Es decir, a veces una formulación normativa es ambigua y, por lo tanto, el intérprete tiene que decidir cuál de todos los significados asociar a la formulación, y otras veces cuál sea el significado es materia de descubrimiento, o bien porque la formulación posee uno solo o bien

porque el contexto permite identificarlo. Del mismo modo, la subsunción de un caso puede verse afectada por la vaguedad de la norma y, en esas situaciones, de nuevo, el intérprete deberá decidir si incluir o no el caso individual en el caso genérico. Pero junto a casos indeterminados hay también casos claros de inclusión y de exclusión. La diferencia es que, mientras en el caso de la interpretación en abstracto la ambigüedad es un dato de hecho, i.e. depende de los usuarios del lenguaje si un término está o no asociado a más significados, en el caso de la interpretación en concreto, la vaguedad es un rasgo ineliminable del lenguaje que usa predicados. Chiassoni critica este modo de ver de Bulygin sosteniendo, primero, que el uso del lenguaje es bien distinto del señalado por Bulygin y, segundo, que en el ámbito jurídico el tipo de uso que se hace del lenguaje está ligado esencialmente a disputas de intereses donde el supuesto significado literal de las palabras utilizadas en las formulaciones normativas es sólo una de las múltiples opciones que tienen a disposición los intérpretes. En otras palabras, el problema con la teoría intermedia de Bulygin es que aquello que en el ámbito del lenguaje ordinario puede ser visto como un acto de descubrimiento del único significado (literal) de un término, en ámbito jurídico constituye una elección, por parte del intérprete, de uno entre varios significados disponibles. Si bien comparto en líneas generales las observaciones de Chiassoni, me parece que las críticas a Bulygin no deben oscurecer la centralidad del significado literal para la interpretación jurídica, como punto de partida indispensable para la comprensión de las disposiciones normativas. Ese reconocimiento no define la disputa entre formalismo, teoría intermedia y escepticismo, pues, desde mi punto de vista, la tesis central del escepticismo no es tanto acerca de la ontología de los significados de las disposiciones normativas, sino acerca de los usos que de ellas hacen los operadores jurídicos.

## VI. Palabras de cierre

Al inicio ya se mencionó que el Volumen 12 aquí reseñado es la conclusión del proyecto iniciado hace ya más de una década por Enrico

Pattaro, actualmente acompañado por Corrado Rovarsi, titulado *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*. En estas breves líneas he intentado mostrar que la organización de los dos Tomos que lo conforman, basada en áreas geográficas y lingüísticas, orientaciones teóricas y temas permite construir una suerte de trama para comprender la contribución de la cultura del *civil law* a la filosofía del derecho durante el siglo 20. Aquí me he limitado a presentar sucintamente cada capítulo; he hecho algunas referencias y observaciones críticas un poco más extensas respecto del tratamiento dado a la filosofía del derecho en Latinoamérica, concentrándome, sobre el final, en algunos autores argentinos. La finalidad de la reseña es pues introducir en la agenda de lectura esta obra, de consulta indispensable, junto con el resto del *Treatise*, para cualquier intento de acercarse a la historia de la filosofía del derecho.

## Bibliografía

- Atienza, M., *La filosofía del derecho argentina actual*, Buenos Aires, Depalma, 1984.
- Benavente, J.W., “La filosofía del derecho en Chile”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 1, 1983, pp. 21-39.
- Bulygin, E., *El positivismo jurídico*, Mexico, Fontamara, 2006.
- Carrió, G., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970.
- Evald, J., *Alf Ross - a life*, Tilst, DJOF, 2014.



*Sección IV*

Balance de una Discusión



## Dilemas morales, conflictos entre derechos y conflictos “por” y “en” el derecho

*Moral dilemmas, conflicts between rights and conflicts “for” and “in” the Law.*

Mauricio Maldonado Muñoz\*

Recepción: 08/01/2018

Aceptación: 01/02/2018

Recepción y aceptación final: 11/04/2018

**Resumen:** En este ensayo me propongo retomar un debate planteado hace diez años en esta revista (*Discusiones*, 8, 2008). Se trata de la discusión de un trabajo de David Martínez Zorrilla acerca de los dilemas morales y el derecho, comentado luego por José Juan Moreso, Guillermo Lariguét, Eduardo Rivera López, Daniel Mendonca y Manuel Atienza. Me propongo, en lo esencial, sugerir un esquema que sirva para identificar los diferentes conflictos en el derecho. Para luego plantear cuáles, de entre aquellas situaciones, pueden identificarse como dilemáticas, sobre todo en el marco de los derechos fundamentales. Para esos efectos, plantearé objeciones a una de las tesis de Martínez Zorrilla, a la vez que me remitiré a otras dos de sus tesis que, en cambio, resultarán del todo relevantes para la reconstrucción propuesta.

**Palabras clave:** Dilemas morales, conflictos entre derechos, derechos fundamentales

\* Profesor de Filosofía del derecho, Universidad de Las Américas (Quito, Ecuador). Presidente de la Sociedad Ecuatoriana de Filosofía del Derecho (SEFiDe). Email: mmaldonadomunoz@gmail.com

Dedico este artículo a Cristina Redondo y a Pierluigi Chiassoni. Ambos invirtieron muchas horas de su tiempo discutiendo conmigo acerca de los conflictos y los dilemas. Me siento muy agradecido por ello.

En los casos en los que no se cita directamente la versión castellana, la traducción es mía.

**Abstract:** In this essay I intend to resume a debate propounded ten years ago in this magazine (*Discusiones*, 8, 2008). That is, the discussion of an article by David Martínez Zorrilla about moral dilemmas and law, commented by José Juan Moreso, Guillermo Lariguet, Eduardo Rivera López, Daniel Mendonca and Manuel Atienza. My proposal, in essence, suggests a scheme that could serve to identify different kinds of conflicts in law. Then I try to identify which, among those situations, can be identified as dilemmas, especially in the framework of fundamental rights. For these purposes, I will raise some objections to one of the thesis of Martínez Zorrilla, but also, in a second moment, I will refer to two of his thesis that will be entirely relevant to the proposed reconstruction.

**Palabras clave:** Moral dilemmas, conflicts between rights, fundamental rights.

*For there is no end to the hopeful choices / still to be chosen.*

Lawrence Ferlinghetti, *Endless Life*

## I. Introducción

Se dice que la tragedia griega nos proporciona, ya desde Esquilo, varios ejemplos de conflictos prácticos y/o dilemas morales<sup>1</sup>. Orestes debe vengar la muerte de su padre (Agamenón), pero también respetar a sus padres, y dado que la asesina de su padre es su madre (Clitemnestra), se plantea –para él– un dilema de no poco peso. Hefestos, en *Prometeo encadenado*, se lamenta diciendo que le faltan fuerzas para encadenar a un dios de su propia sangre en una cima azotada por las tempestades. Sin embargo, dice también que es preciso encontrar el valor para

---

<sup>1</sup> Vid., v.gr., Nussbaum, M., “Aeschylus and Practical Conflict”, *Ethics*, 95 (2), 1985, pp. 233-267.

hacerlo, «porque desobedecer las órdenes del padre [Zeus] trae siempre graves males». Bien conocido es también el caso propuesto originalmente por el filósofo Carnéades, aquel en el que dos naufragos buscan salvarse y hay una sola tabla en el mar que no puede contenerlos a ambos<sup>2</sup>. Es asimismo famosa la pregunta de Agamenón: «¿Qué curso de acción no produce males?»<sup>3</sup>. Y lo es porque allí se revela un problema –a veces trágico– de los dilemas morales: se estima que en estos casos es frecuente que cualquier decisión traiga consigo algún tipo de mal, que a veces no se puede sino escoger entre dos males.

Un hombre tiene frente a sí una palanca que puede cambiar el curso de un tren que va directamente hacia cinco personas atadas a los rieles. No obstante, también hay una persona atada a los otros, aquellos a los que la activación de la palanca dirigiría el tren. ¿Debería, el hombre del ejemplo, cambiar el curso del tren? Hacer o no hacer algo, en estas circunstancias, implica alguna pérdida sustancial. En este caso, la vida de una o cinco personas (*there is no in-between*)<sup>4</sup>.

Pero fuera de los ejemplos literarios y de los experimentos mentales, puntualmente en el mundo del derecho, en algunas ocasiones nos encontramos también frente a problemas con estas características: casos que, dadas ciertas circunstancias, bien se pueden denominar trágicos<sup>5</sup>. En el año 2001 una Corte británica tuvo que decidir si dos hermanas siamesas debían o no ser separadas. La operación sacrificaría sin duda a una de ellas. No someterlas a la operación, en cambio,

<sup>2</sup> Vid., Finkelstein, C.O., “Two Men And A Plank”, *Legal Theory*, 7 (3), 2001, pp. 279-306.

<sup>3</sup> Vid., v.gr., Atienza, M., “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, *Isonomía*, 6, 1997, pág.17.

<sup>4</sup> Se trata de una de las tantas variantes del famoso ejemplo mental planteado originalmente por Philippa Foot: Foot, P., “The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect”, *The Oxford Review*, 5, 1967, pp. 5-15. En la literatura moralista, este caso es usualmente llamado *The Trolley Problem*. La etiqueta corresponde a Judith Jarvis Thomson: Thomson, J.J., “Killing, Letting Die, and the Trolley Problem”, *The Monist*, 59, 1976, pp. 204-217.

<sup>5</sup> No porque todos los dilemas lo sean necesariamente; esta es, de hecho, una cuestión disputada (como se aprecia también en el debate que ahora mismo comento), sino porque algunos de estos casos parecen contener este elemento, dadas las pérdidas sustanciales que producen, o pueden producir.

suponía que de a poco ambas se irían apagando. Los padres de las siamesas no estaban dispuestos a permitir la separación, sobre todo por razones atinentes a su fe. Por su lado, los doctores del hospital consideraban que no realizar la operación implicaba dejar morir a la hermana que tenía posibilidades objetivas de sobrevivir, aunque ello supusiera un destino fatal para la otra<sup>6</sup>.

Hace diez años (2008) *Discusiones* publicó un número dedicado al debate de un trabajo de David Martínez Zorrilla acerca de los dilemas morales y el derecho. Se trata, según mi parecer, de una de las discusiones más interesantes y más apasionantes que haya publicado la revista. Y no sólo por el contenido del debate, apoyado en una bibliografía ingente, sino también por la valía de los participantes en dicha discusión. La presentación e introducción al debate fue realizada por José Juan Moreso. Por su parte, los trabajos críticos estuvieron a cargo de Guillermo Lariguet, Eduardo Rivera López, Daniel Mendonca y Manuel Atienza. Todo seguido de una respuesta a los críticos del propio Martínez Zorrilla<sup>7</sup>. Pocos años antes (2004) este autor había defendido su tesis en la Universidad Pompeu Fabra, la que dio lugar a una publicación, en torno a los “conflictos constitucionales”, en la prestigiosa colección *Filosofía y Derecho* de la editorial Marcial Pons<sup>8</sup>. Vale recalcar, ya desde ahora, que los conflictos constitucionales, generalmente referidos a los así llamados conflictos entre derechos (o entre derechos y bienes públicos), suelen ser asimilados a los dilemas mora-

<sup>6</sup> Este y varios ejemplos similares se encuentran en el primer capítulo de Carter L., Burke T, *Reason in Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 2016.

<sup>7</sup> Respectivamente: Martínez Zorrilla, D., “Dilemas morales y derecho”, *Discusiones*, 8, pág.17-54; Moreso, J.J., “Dilemas morales, derecho y la decisión de Sophie”, *Discusiones*, 8, pág. 7-16. Lariguet, G., “Dilemas morales y derecho. Una crítica a Martínez Zorrilla”, *Discusiones*, 8, pág. 55-105. Rivera López, E., “Dilemas morales, discrecionalidad y azar”, *Discusiones*, 8, pág.107-116. Mendonca, D., “Sobre el concepto de dilema moral”, *Discusiones*, 8, pág. 117-127. Atienza, M., “Diez preguntas a Martínez Zorrilla”, *Discusiones*, 8, pág. 129-133. Martínez Zorrilla, “Respuestas a los participantes”, *Discusiones*, 8, pp. 135-172.

<sup>8</sup> Martínez Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

les, por lo que las discusiones suelen intersecarse o emparentarse en más de un caso<sup>9</sup>. Más adelante volveré sobre este tema.

El debate aborda muchas cuestiones. Aquí enumero algunas: la definición de dilema moral y de conflicto constitucional, la posibilidad de que existan o no “genuinos” dilemas y/o conflictos constitucionales, la existencia o no de criterios para resolverlos (si es que existen), las posibles distinciones entre los dilemas y los (meros) conflictos morales y/o constitucionales, la posible coherencia o consistencia de un sistema normativo moral y/o jurídico, la diferencia entre las obligaciones *prima facie* y las obligaciones definitivas, entre otras cuestiones. Obviamente, no todas son tratadas con la misma profundidad. Se podría decir que el debate es muy rico, aunque abigarrado. Esta riqueza y heterogeneidad hacen de la discusión algo inabarcable para un trabajo que debe ser, en lo posible, un balance. Y, quizás también, una especie de proyección hacia el futuro. De allí que abarcar todos los temas discutidos en ese número requeriría –tal como decía Guastini respecto a la obra de Bobbio<sup>10</sup>– un mapa de escala 1:1, como el que imaginó Borges en uno de sus relatos.

Pretendo hacer algo bastante más acotado. Ello, en la medida en que tengo la impresión de que cuatro temas sobresalen sobre los demás

<sup>9</sup> Piénsese, por ejemplo, en el debate entre el especificacionismo (Specificationism) y el infraccionismo (Infringment Theory), que ha oscilado entre la moral y el derecho: vid., v.gr. Thomson, “Some Ruminations on Rights”, *Arizona Law Review*, 19, 1977, pp. 46-60; Feinberg, J., “Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life”, *Philosophy & Public Affairs*, 7 (2), 1978, pág. 93-123. Oberdiek, J., “Lost in Moral Space: on the infringing/violating distinction and its place in the theory of rights”, *Law and Philosophy*, 23, 2004, pp. 325-346; Botterell, A., “In defense of infringement”, *Law and Philosophy*, 27, 2008, pág. 269-292. Wellman, C.H., “On Conflicts Between Rights”. *Law and Philosophy*, 14 (3-4), 1995, pp. 271-295. Webber, G.C., *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009. Richardson, H.S., “Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems”, *Philosophy & Public Affairs*, 19 (4), 1990, pp. 279-310. Steiner, H., *An essay on rights*, Oxford, Blackwell, 1994. Shafer-Landau, R., “Specifying Absolute Rights”, *Arizona Law Review*, 37, 1995, pp. 209-24. Moreso, J.J., “Conflictos entre principios constitucionales”, en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2009.

<sup>10</sup> Guastini, R., “Il diritto”, en V. Pazé (a cura di), *L’opera di Norberto Bobbio. Itinerari di lettura*, Milano, Franco Angeli, 2005, pág. 30 ss.

(o que son, en todo caso, los más importantes para los fines que me propongo). Y son los siguientes: (1) si los dilemas morales pueden o no implicar más de un sistema normativo, (2) si pueden presentarse “auténticos” o “genuinos” dilemas morales, (3) qué relación puede tener la cuestión anterior con la presencia, en el derecho, de “genuinos” conflictos entre derechos, (4) si el recurso al azar puede resultar adecuado para la solución de (algunos de) los casos dilemáticos. En este trabajo me ocuparé de los tres primeros problemas, mientras que no me pronunciaré en absoluto sobre el cuarto. La razón para esta elección es muy simple: la dificultad admitida por el propio autor para defender posteriormente dicha posición, su talón de Aquiles en el marco del debate de la revista.

Frente al primer problema, Martínez Zorrilla sostiene que no se pueden dar dilemas morales en presencia de varios sistemas morales. Como explicaré más adelante, esta tesis resulta implausible: un dilema moral personal bien puede implicar diversos sistemas de normas, y un dilema moral interpersonal surge a menudo por la presencia de varios sistemas en competición. En cuanto al segundo y al tercer problema, en cambio, pienso que Martínez Zorrilla da en el blanco. En el marco de la segunda cuestión, Martínez Zorrilla señala que se puede distinguir entre las razones “no superadas” (*prima facie*) y las razones “definitivas” (*all things considered*). Para él, que un dilema moral “genuino” se presente o no depende del enfoque que se elija privilegiar: un conflicto entre razones no superadas es evidentemente posible, un conflicto entre razones definitivas, por su parte, no lo es. Este enfoque es, *mutatis mutandis*, extrapolable a la tercera cuestión: los conflictos entre derechos son posibles en la medida en que sean analizados como derechos *prima facie* o como derechos *all things considered* (con las precisiones que haré más adelante). Por último, en referencia a la relación que se da entre los dilemas morales y los conflictos entre derechos, nuestro autor apunta que ambos tipos de fenómenos pueden o no coincidir. Como dice el propio Martínez Zorrilla, esta equivalencia no es necesaria: no todo dilema moral refleja un conflicto constitucional, ni todo conflicto constitucional refleja un dilema moral.

En lo que sigue, presentaré un cuadro general en el que trataré de identificar, *en el marco del derecho*, los distintos tipos de conflicto que pueden presentarse. Todo esto con el objetivo de analizar cuáles de ellos pueden prestarse a situaciones dilemáticas, y de qué tipo serían estas últimas. En el punto 2 hablaré brevemente sobre el problema relativo a la definición de dilema moral. En los puntos 3 y 4 analizaré qué tipos de conflictos se pueden identificar en el derecho, y cuáles de estos podrían ser identificados luego como conflictos entre derechos o podrían tener una incidencia sobre aquellos. En el punto 5 me concentraré en el debate entre aquellos que defienden la posibilidad de la existencia de conflictos “genuinos” entre derechos y aquellos que niegan tal posibilidad, discusión análoga respecto del debate acerca de la posibilidad de que se presenten o no dilemas morales “auténticos”. En el punto 6, por su parte, abordaré el problema de la coincidencia o no, en determinados casos, de los dilemas morales y los conflictos entre derechos. Por último, en el punto 7, ofreceré una brevísima reflexión final.

## II. Definición de dilema moral

Adoptaré, a efectos de este trabajo, una definición de dilema moral que no es la de Martínez Zorrilla. En su lugar, usaré una definición que estimo más “ecuménica”, por decirlo de algún modo. Se trata de la definición (minimalista) de Mauro Barberis. En ésta, en una situación de dilema se debe elegir entre dos acciones que «(a) se excluyen mutuamente (no se puede hacer tanto la una como la otra) y (b) de las que ninguna de ellas es claramente preferible a la otra»<sup>11</sup>. En realidad, la definición de Barberis debe ser parcialmente corregida, incluyendo en ella un tercer ítem: «(c) de las cuales ninguna sea indiferente». De otra manera, la definición de dilema moral de Barberis podría aplicarse

<sup>11</sup> Barberis, M., *Ética para juristas*, Madrid, Trotta, 2008, pág. 188. En realidad, la definición de Barberis se refiere a los casos en que un agente se encuentra en una situación dilemática. De tal manera que no incluye los casos de dilema moral interpersonal, de los que hablaré más adelante. De todos modos, dejando de lado ese aspecto, la definición de Barberis me parece adecuada.

a situaciones que normalmente no consideramos dilemáticas. Podríamos tener que elegir entre dos manzanas más o menos iguales, sin poder escoger –por la razón que sea– ambas a la vez. Ninguna de las dos opciones es claramente preferible a la otra, de tal suerte que debe precisarse que las opciones a disposición no son indiferentes: sólo en ese caso podríamos hablar de un dilema<sup>12</sup>.

No se trata, nótese bien, de la imposibilidad de hallar criterios que nos permitan (al menos en determinados casos) obtener una respuesta satisfactoria a un dilema. Por el contrario, esta definición capta un aspecto de las situaciones dilemáticas sin comprometerse con asunciones sustantivas sujetas a discusiones bizantinas. De cualquier manera, de acuerdo a la definición de Barberis, los casos de dilema no se pueden resolver fácilmente de conformidad con nuestras intuiciones morales; y, por otro lado, producen escenarios en los que ambas obligaciones o derechos morales parecen, *prima facie* al menos, tener similar peso o importancia.

Por supuesto, desde este punto de vista, la calificación de un dilema moral como “genuino” o “aparente” podría estar sujeta a discusión. Barberis señala que un ejemplo de dilema “genuino” puede encontrarse en el famoso caso –usado y reusado por moralistas– del estudiante de Sartre; esto es, el caso del joven cuyo hermano ha muerto a manos del ejército alemán, y que se enfrenta al dilema de si debería ir a Inglaterra a unirse al ejército francés para pelear contra el ejército nazi, o bien quedarse en casa al cuidado de su madre enferma. El estudiante estima que debe ayudar a liberar a su país del yugo alemán, pero también que está obligado a cuidar de su desvalida madre. Para Barberis, como ya señalé, se trata de un “auténtico” dilema moral (asimétrico<sup>13</sup>). Yo, sin embargo, me inclinaría a pensar que se trata de un dilema “aparente”. La madre del estudiante de Sartre depende enteramente de él. Y a menos que se hubiese tratado de Alan Turing o de algún militar desta-

<sup>12</sup> Debo este apunte a José Juan Moreso.

<sup>13</sup> Son asimétricos los dilemas en los cuales son relevantes dos normas, mientras que son simétricos los dilemas en los que una sola norma o principio resulta relevante, como en el famoso caso de la “decisión de Sophie”. Barberis, M., *Ética...*, pp.188-189.

cado de la época (que hubiese podido marcar la diferencia), me cuesta pensar por qué unirse al ejército tendría igual o más peso moral que cuidar de su anciana y desvalida madre.

Por supuesto, lo antedicho no implica que la definición de Barberis carezca de validez. Supone, nada más, que la calificación de un dilema moral como “genuino” o “aparente” puede estar sujeta a discusión. Ello, aún cuando sea común en la literatura relevante que algunos casos sean *tratados como* “casos claros” de dilema “genuino” (v.gr., el caso de “La decisión de Sophie”, donde una madre, en medio de la tragedia de la Segunda Guerra Mundial, debe escoger cuál de sus dos hijos ha de quedarse con ella, condenando al otro a un destino fatal<sup>14</sup>), y otros como “casos claros” de dilema “aparente” (v.gr., el famoso ejemplo platónico del depositario a quien un amigo le ha encargado una espada, y a quien éste le pide su restitución una vez que ha enloquecido). Nótese bien que esto no quiere decir que existan *ontológicamente* “casos claros” de dilema (genuinos o aparentes), simplemente quiere decir que en la literatura relevante es frecuente que algunos casos sean *tratados como* tales. No diré más a este respecto, salvo por algunas anotaciones marginales.

### III. Conflictos en el derecho: un primer esquema general

En la antítesis *jurídica* guerra-paz, la paz es la ausencia de guerra, pero no la ausencia de conflicto. Dice Bobbio:

La paz y la guerra... son dos modos de resolver los conflictos sociales: la guerra mediante la *fuerza* de los mismos combatientes; la paz mediante el *compromiso* entre las partes y la atribución de la fuerza a una persona distinta de las partes.

<sup>14</sup> Sophie –en la novela de W. Styron– decide escoger a su hijo varón en lugar de su hija. La decisión la atormentará para siempre. Para un comentario al respecto, vid., Moreso, J.J., “Dilemas morales...”, *op. cit.*, pág. 12 ss.

Más que un modo de eliminarlos, la paz jurídica es un modo de resolverlos cuando surgen<sup>15</sup>.

En ese sentido, los conflictos no desaparecen, sino que se transforman. Y lo que en una guerra o en una revolución puede ser representado como un conflicto *por el derecho*, se vuelve, en la paz, un conflicto *en el derecho*<sup>16</sup>. De ese modo, un conflicto *en el derecho* se configura de acuerdo a unas determinadas normas, conforme a las cuales luego ha de ser resuelto (en última instancia) por un tercero autorizado para tal efecto. En otras palabras, no desaparecen los conflictos, sino que cambia la forma de su resolución. Se asume, así, que el derecho es un instrumento específico de resolución de conflictos sociales que se decanta en la ejecución de determinados procedimientos y en el ejercicio de determinadas competencias<sup>17</sup>. Por extensión, se puede decir que existen ciertos conflictos *por la constitución* (como los que se presentan entre bancadas diversas de legisladores constituyentes; por ejemplo, entre liberales y socialistas por el establecimiento de unos determinados derechos en su texto), y otros conflictos *en la constitución* (que se resuelven conforme a sus normas ya establecidas)<sup>18</sup>. Del mismo modo, se puede hablar de conflictos *por la legislación* y de conflictos *en la legislación*. ¿Pero qué tipos de conflictos son estos? Como se verá enseguida,

<sup>15</sup> Bobbio, N., "Formalismo giuridico e formalismo etico". *Rivista di Filosofia*, 1954, pp. 257-258.

<sup>16</sup> Jori, M., *Del diritto inesistente*, Pisa, ETS, 2010, pág. 24.

<sup>17</sup> Desde un enfoque nomodinámico, dice Celano: «a los fines de una comprensión adecuada del derecho, la característica saliente –el elemento más iluminador– es el fenómeno de la autoridad, la institución de poderes de producción, eliminación y aplicación de normas o actos jurídicos mediante la especificación de las condiciones que los individuos o grupos de individuos deben satisfacer para ejercer tales funciones (es decir, la constitución de órganos de producción y aplicación del derecho) y de las condiciones –formas y modos– a que su actividad debe conformarse para poder valer como ejercicio de esas funciones (es decir, la especificación de procedimientos apropiados a los fines de la producción, eliminación o aplicación de normas o actos jurídicos)». Celano, B., "Justicia procedimental pura y teoría del derecho", en B. Celano, *Derechos, justicia, razones*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 23-24.

<sup>18</sup> Cfr., Bin, R., "Che cos'è la costituzione?", *Quaderni costituzionali*, 1, 2007, pág. 20 y ss.

los conflictos “por” y “en” el derecho pueden ser clasificados según los *sujetos* del conflicto, según los *objetos* del mismo, y según se trate del punto de vista *intra-sistemático* o *extra-sistemático*.

### III.1. Los sujetos del conflicto

En el lenguaje de la *teoría de juegos* se distinguen dos grandes familias de juegos o conflictos: los conflictos *cooperativos* y los conflictos *no-cooperativos*<sup>19</sup>. Me parece que se puede decir que el derecho, al menos en los regímenes contemporáneos, tiende a transformar ciertos conflictos cooperativos en conflictos no-cooperativos. ¿Pero en qué sentido? Pues bien, los *conflictos cooperativos* son, en términos generales, juegos de interacción estratégica en los que diversos “jugadores” con intereses comunes forman *coaliciones* o *alianzas* con el objetivo de lograr un resultado determinado. En el marco del derecho, podemos encontrar un ejemplo de este tipo en el caso de los conflictos *por* la constitución, así como también en el de los conflictos *por* la legislación, en la medida en que los legisladores (constituyentes u ordinarios<sup>20</sup>) plantean la inclusión de ciertos textos en determinados cuerpos normativos (la constitución, las leyes)<sup>21</sup>, en general a través de la conformación de *coaliciones* que buscan que se imponga tal o cual texto normativo (“conflicto por el

<sup>19</sup> Al inicio de un famoso trabajo, el célebre John Nash dice: «Von Neumann and Morgenstern have developed a very fruitful theory of two-person zero-sum games in their book *Theory of Games and Economic Behavior*. This book also contains a theory of n-person games of a type which we would call cooperative. This theory is based on an analysis of the interrelationships of the various coalitions which can be formed by the players of the game. Our theory, in contradistinction, is based on the absence of coalitions in that it is assumed that each participant acts independently, without collaboration or communication with any of the others» (Nash, J., “Non-cooperative games”, *Annals of Mathematics*, 54 (2), 1951, pág. 286).

<sup>20</sup> En el primer caso, detentores de un “poder constituyente”, en el segundo, de un “poder constituido”. Al respecto, vid., Guastini, R., *La sintaxis del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pág. 157 y ss.

<sup>21</sup> Dado que se espera que estas “interacciones” se repitan con otros tantos textos y cuerpos normativos, este tipo de juegos constituyen –según la terminología de la teoría de juegos– “juegos repetidos (o iterados)”.

texto”), de manera que éste pase a formar parte de las disposiciones de un ordenamiento determinado<sup>22</sup>.

Ahora bien, una vez que estos textos se encuentran en vigor, el conflicto suele trasladarse al ámbito de los jueces. Las partes procesales, generalmente enfrentadas, plantean interpretaciones disímiles de los mismos textos normativos. Las mismas disposiciones, según el enfoque de estas partes, expresan normas antitéticas (“conflicto por el significado”). Sostiene Celano:

En la práctica del derecho, la interpretación es objeto de controversia y de argumentación. Los participantes presentan argumentos (“argumentos interpretativos”) tendientes a acreditar la conclusión de que tal particular texto tiene tal particular significado. En otros términos, un rasgo peculiar (por supuesto, no exclusivo) del discurso jurídico es la propuesta y la defensa de hipótesis discordantes de interpretación de determinados textos, mediante la elaboración de inferencias que pretenden justificar la atribución de significados (en particular, normas) a significantes (en particular, disposiciones)<sup>23</sup>.

Pero también las partes suelen diferir acerca de la interpretación dirigida a los hechos. En estos casos, la interpretación dirigida a los textos puede no resultar conflictiva, de modo que las partes podrían concordar acerca de las normas vigentes aplicables a su caso, pero estar en desacuerdo acerca de los hechos subsumibles en relación a tales

<sup>22</sup> Por supuesto, se puede pensar en ciertos cuerpos normativos (los reglamentos, los decretos) que son el producto, no de un órgano colegiado integrado por varios legisladores, sino del ejercicio de determinadas potestades que no requieren del concurso de otras autoridades para su aprobación. Justamente, en el caso de los reglamentos o los decretos generalmente se requiere de la sola voluntad del Presidente de la República, expresada en tal o cual texto normativo, para la dictación de un cuerpo normativo. De allí que, en sentido amplio, no todos los actos de legislación puedan ser descritos como juegos cooperativos. Se habla de un juego cooperativo solo en aquellos casos cuyo resultado depende de la interacción de diversas coaliciones de “jugadores” (como ocurre en las asambleas constituyentes o en las legislaturas ordinarias).

<sup>23</sup> Celano, B., *Due problemi aperti dell'interpretazione giuridica*, Módena, Mucchi, 2017, pág. 24.

normas (“conflicto por la realidad procesal”). Es así que las partes procesales, en la lucha por el significado o por la realidad procesal, poseen intereses interpretativos diversos o enfrentados que no pueden resolver por sí mismos, de manera que deben tomar sus decisiones de forma *independiente* respecto de los otros “jugadores”. Estos juegos (los conflictos *en* la constitución y *en* la legislación) se pueden definir como *conflictos no-cooperativos*<sup>24</sup>.

### III.2. Los objetos del conflicto

Los conflictos de los que he hablado en el acápite anterior se enfocan en los *sujetos* del conflicto (en los “jugadores”, de acuerdo al enfoque presentado), pero también el conflicto puede entenderse desde el punto de vista de su *objeto*. Como se vio en el acápite anterior, a veces en el derecho se presentan “conflictos por el texto”, otras veces se presentan “conflictos por el significado”, y otras tantas “conflictos por la realidad procesal”. Estos representan tres objetos distintos (el texto, el significado y la realidad procesal), correspondientes a dos sedes diferentes: la creación y la aplicación del derecho.

No obstante, desde el punto de vista del *sistema*, un conflicto no es sino una antinomia (jurídica) entre normas. Una antinomia jurídica es un conflicto entre normas de la forma “Si H entonces C”, o de la forma “P está permitido”, “Q es obligatorio”, “R está prohibido”. El objeto del conflicto, en este caso, es la norma. De esta manera, se da una antinomia cuando para un mismo supuesto de hecho se encuentran previstas consecuencias jurídicas incompatibles, o cuando un comportamiento haya sido deónticamente calificado en modo contrastante (por ejemplo, prohibiéndolo y permitiéndolo a la vez)<sup>25</sup>. Esto se refiere, en realidad, a las así llamadas antinomias propias (lógicas); aunque también se pueden identificar otras de otro tipo, las así llamadas anti-

<sup>24</sup> Cfr., Celano, B., “El razonamiento jurídico: tres temas clave y lo que la filosofía puede (o no puede) hacer acerca de ellos”, en B. Celano, *Derechos, justicia, razones*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 152-160. Celano, B., *Due problemi...*, *op. cit.*, pág. 34 y ss.

<sup>25</sup> Guastini, R., “Antinomias y lagunas”, *Jurídica-Anuario*, 1995, pág. 437 y ss.

nomias impropias (teleológicas, axiológicas)<sup>26</sup>. Estas últimas se refieren a las contraposiciones a nivel de principios (conflictos entre principios, frecuentemente conflictos entre derechos), como cuando se dice que se presenta una colisión entre la libertad de expresión y el honor, la libertad y la seguridad, la igualdad y la libertad, etc<sup>27</sup>.

### III.3. Enfoque intra-sistemático y enfoque extra-sistemático

Desde hace siglos los juristas han usado pacíficamente el vocablo “antinomía” para referirse a una incompatibilidad (un conflicto) entre dos normas. Lo que en último término implica también la existencia de una *imposibilidad práctica*: la imposibilidad de adecuar el propio comportamiento a normas entre sí incompatibles o contrastantes<sup>28</sup>. De allí que, desde el punto de vista del sistema jurídico, una antinomia se presenta como una especie de conflicto interno; es decir, como un conflicto *intra-sistemático*. Desde el punto de vista *extra-sistemático*, en cambio, los conflictos pueden verse –desde un enfoque de filosofía práctica– como “conflictos prácticos” o –desde un enfoque de filosofía moral (cuando se da el caso)– como “dilemas morales”.

Los conflictos prácticos *personales* suelen ser definidos como aquellos en los que una persona (un agente) posee razones contrastantes para hacer A o B, sin poder realizar ambas acciones a la vez<sup>29</sup>. Por extensión, se habla de conflictos prácticos *interpersonales*, para hacer referencia a aquellos conflictos en los que distintos agentes poseen dife-

<sup>26</sup> Chiassoni, P., *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pág. 286 y ss.

<sup>27</sup> Martínez Zorrilla, D., “Conflictos normativos”, en Fabra Zamora, J.L., Núñez Vaquero, A., *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Volumen 2, Ciudad de México, UNAM, 2015, pág. 1324 y ss.

<sup>28</sup> Vid., Hart, H.L.A., “Teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 21, 1974, pág. 125 y ss.

<sup>29</sup> Cfr., Raz, J., “Personal Practical Conflicts”, en Baumann, P., Betzler, M., (eds.), *Practical Conflicts. New Philosophical Essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pág. 172 y ss.

rentes razones para la acción, contrastantes entre ellas<sup>30</sup>. Las personas tienen o aceptan diferentes deseos, preferencias, intereses, objetivos, planes, compromisos, valores, virtudes, obligaciones y normas morales<sup>31</sup>. Y todos estos pueden conducir a conflictos prácticos, dado que en determinadas circunstancias todos ellos constituyen *action-guiding claims*<sup>32</sup>. (Las razones involucradas en estos casos son razones para actuar, no para creer<sup>33</sup>). En este tipo de razonamientos, dice von Wright, se «entiende a una acción individual de acuerdo al trasfondo de sus razones, i.e., los fines deseados por el agente y los medios que se tienen en cuenta para lograrlos»<sup>34</sup>.

Todos los conflictos prácticos representan especies de conflictos cuya implicación última es que dos conductas no pueden ejercerse simultáneamente, de tal suerte que al generarse, en última instancia, una *incompatibilidad práctica*, toda antinomia jurídica es también una especie de conflicto práctico, aunque no todo conflicto práctico es también una antinomia jurídica. En el caso de los antinomias entre derechos, y particularmente entre derechos fundamentales, estas especies de conflictos prácticos suelen revestir –según la concepción estándar– un valor moral especial, de modo que estos suelen ser más frecuentemente tratados como especies de *dilemas morales*. Ello, en la medida en que tales conflictos se enfocan en la existencia de *moral requirements* contrastantes. Por supuesto, también los dilemas morales son especies de conflictos prácticos, de modo que todo dilema moral es asimismo un conflicto práctico, pero no todo conflicto práctico es también un dilema moral. Si un conflicto práctico puede ser entendido –en sentido puramente metafórico– como una “arena de intereses en competición”,

<sup>30</sup> En general, sobre los conflictos prácticos, vid., Baumann, P., Betzler, M., (eds.), *Practical Conflicts. New Philosophical Essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

<sup>31</sup> *Ibidem*, pág. 1 y ss.

<sup>32</sup> *Ídem*.

<sup>33</sup> Dice Celano: «Una ragione è una considerazione che milita (depone) a favore di, o contro, una credenza (ragioni per credere) o un'azione (ragioni per agire)». Celano, B., “La forza dell'argomento migliore”, *Diritto & Questioni pubbliche*, 9, 2009, pág. 231.

<sup>34</sup> von Wright, G.H., “Valor, norma y acción en mis escritos filosóficos. Con un epílogo cartesiano”, *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, 26, 2003, pp. 37-38.

en el caso de los dilemas morales estos intereses (usando la palabra en sentido *lato*) toman la forma de *exigencias morales* que se estiman en conflicto, a veces por parte de un solo agente (dilemas morales *personales*), a veces por parte de varios agentes (dilemas morales *interpersonales*)<sup>35</sup>.

#### IV. Incidencia sobre los derechos y dilemas morales

Para conectar el punto anterior con lo que diré en lo sucesivo, considero necesario distinguir entre los “derechos reivindicados”, los “derechos reconocidos” (por el derecho positivo) y los “derechos protegidos” (por los intérpretes)<sup>36</sup>. En la *lucha por los derechos*, en esta serie de conflictos arriba descritos, los derechos aparecen desempeñando distintos roles. Por ejemplo, cuando hablamos de los derechos reivindicados, podemos hacer referencia al menos a dos tipos de reivindicaciones distintas: (i) reivindicaciones *de lege ferenda*, y (ii) reivindicaciones *de sententia ferenda*<sup>37</sup>. Una reivindicación del primer tipo (reivindicación frente al legislador), es una reivindicación sobre el contenido de la legislación futura; esto es, sobre el contenido de un derecho reconocido. Una reivindicación del segundo tipo (reivindicación frente al juez), es una reivindicación sobre el contenido de una determinada decisión; es decir, sobre el contenido de un derecho protegido por los intérpretes.

En un pasaje de *Moral Thinking* (1981), Hare dice lo siguiente:

[T]odas las disputas difíciles, como aquella referente a los derechos de las mujeres, surgen en los casos en donde es reivindicado un derecho moral y no un derecho jurídico en sentido estricto. Si la gente que hace campaña por los derechos de las mujeres estuviera pensando en derechos jurídicos existentes, podría acudir a las cortes en lugar de ir a manifestarse; la

<sup>35</sup> MacConnell, T., “Interpersonal moral conflicts”. *American Philosophical Quarterly*, 25 (1), 1998, pp. 25-35.

<sup>36</sup> Bobbio, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, pág. 22.

<sup>37</sup> Guastini, R., *La sintaxis...*, *op. cit.*, pág. 91.

cuestión, sin embargo, se refiere a aquello que moralmente el derecho debería ser, no a lo que el derecho es<sup>38</sup>.

En realidad, también podrían ir a las cortes, con la esperanza de que un derecho moral reivindicado sea reconocido por los intérpretes (los “jueces”) como un derecho jurídico, incluso cuando no lo haya hecho así el legislador. Tal fue el caso, por ejemplo, de *Obergefell v. Hodges* (2015) de la Corte Suprema de los Estados Unidos, donde se reconoció el derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio legal en todo el territorio de ese país. Sin embargo, se entiende perfectamente el objetivo al que apunta Hare; esto es, que la investigación acerca de qué *cuenta como* un derecho jurídico en un determinado sistema es diferente de aquella sobre qué *debería contar como* tal.

Los derechos reivindicados son, en general, “derechos morales”; es decir, derechos que apelan a una determinada moral –a cierto sistema moral<sup>39</sup>– que se estima como justificación suficiente para lograr también su reconocimiento legislativo o su protección judicial. En otras palabras, se conviene que el derecho, o bien no ha reconocido una determinada potestad, pretensión, etc., o bien ha prohibido su ejercicio; pero se pide que este estado de cosas sea cambiado. Por supuesto, a veces se reivindican “derechos morales” en contextos no jurídicos<sup>40</sup>, aunque es usual que lo contrario suceda con determinadas reivindicaciones, como en el caso de ciertos derechos de las mujeres, de los homosexuales o de las minorías étnicas. Los conflictos entre derechos reivindicados, al nivel de los juegos cooperativos (“conflictos por la constitución o la legislación”), propios de la discusión parlamentaria, se traducen frecuentemente en la confrontación de diversos planes políticos e ideológicos. La “pelea” por el establecimiento de ciertas disposiciones, de acuerdo a un ideario, como “derechos subjetivos (fundamentales)” tiene como objetivo su reconocimiento constitucional o

<sup>38</sup> Hare, R.M., *Moral Thinking. Its Levels, Method, and Point*, Oxford, Clarendon Press, 1981, pág. 150.

<sup>39</sup> Vid., Guastini, R., *Distinguiendo*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 181-182.

<sup>40</sup> Vid., Hart, H.L.A., *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1982, pág. 82 y ss.

legal. Esta determinación inicial, empero, no garantiza el contenido final de las normas interpretadas a partir de tales disposiciones<sup>41</sup>. Los juegos no-cooperativos (“conflictos en la constitución o la legislación”) de las partes procesales, tienen como fin determinar el contenido de un derecho protegido (por los intérpretes). De tal suerte que distintos tipos de conflictos pueden producir resultados diferentes, y las interacciones que se producen pueden implicar, a su vez, posiciones diversas acerca del contenido del derecho. En el derecho se dan conflictos, pero también estos conflictos hacen al derecho. Con esto quiero decir, simplemente, que su resolución define, en último término, aquello que ha de contar como derecho en tal o cual ordenamiento jurídico (el aspecto nomodinámico del derecho es ineludible<sup>42</sup>).

Por supuesto, en estos casos hay espacio para hablar de posibles dilemas morales. Piénsese, por ejemplo, en una discusión parlamentaria acerca de la eutanasia o el aborto. Es de esperar que en este caso nos encontremos con un dilema moral. ¿Pero de qué tipo? Se trata, como parece obvio, de un dilema moral *interpersonal*; es decir, como ya se vio, un conflicto en el que concurren varios agentes cuyas posiciones morales son divergentes (agentes que, de paso, podrían no ver su propia posición individual como dilemática<sup>43</sup>); de tal manera que el conflicto moral surge, justamente, por el encuentro de diversas “morales”: de diversos “sistemas morales”. Otro tanto puede decirse sobre los conflictos judiciales en los que se discuten asuntos de esta envergadura. Es de esperar que las partes procesales en conflicto defiendan también diferentes posiciones morales acerca de temas diversos. Por supuesto, también en este caso es posible que cada una de las partes no vea su

<sup>41</sup> Basta ver las diferencias entre los fallos Bazterrica (1986), Montalvo (1990) y Arriola (2009), de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, respecto a la tenencia de marihuana para consumo personal (todos bajo la vigencia del artículo 19 de la Constitución).

<sup>42</sup> En general, vid., Celano, B., *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 23- 59; 145; 151-169; pág. 281-299.

<sup>43</sup> MacIntyre, por ejemplo, dice que es habitual hablar de dilemas morales (por ejemplo, en la tragedia griega), allí en donde, en varias ocasiones, no se puede decir que los propios implicados hayan visto su situación como dilemática. MacIntyre, A., “Moral Dilemmas”, *Philosophy and Phenomenological Research*, 50, 1990, pp. 367-382.

propia posición moral como el producto de un dilema; al contrario, el dilema (interpersonal) se produce en la medida en que dos partes diferentes sostengan, verbigracia, que el aborto debería estar permitido, por un lado, y que debería estar prohibido, por otro. Cualquier resultado sacrificará algo valioso para una de las partes. En este caso, un conflicto *entre derechos reivindicados* coincide con el contenido de un dilema moral interpersonal. Aunque quizás sería más preciso decir que es la existencia del dilema moral *interpersonal* la que crea, a menudo, el conflicto jurídico (cooperativo o no-cooperativo).

Cuando hablamos de un sistema normativo, sea éste moral o jurídico, hacemos referencia a –usando la conocida expresión bobbiana– un “conjunto estructurado de normas”<sup>44</sup>. La diferencia entre unos y otros es, *à la* Kelsen, que los sistemas jurídicos son sistemas dinámicos, mientras que los sistemas morales son sistemas estáticos. Tanto en los sistemas morales como en los sistemas jurídicos se pueden presentar conflictos o dilemas que, vistos desde el punto de vista de cada uno de esos sistemas, son conflictos normativos *intra-sistemáticos*. Sea que se trate de la moral positiva (o social), sea que se trate de la moral crítica (esto es, de la moral compartida por un grupo específico: la moral cristiana, la moral marxista, la moral liberal, etc.<sup>45</sup>), es posible que nos encontremos con diferentes conflictos, sean personales, sean interpersonales. Se trata, en ambos casos, de una “disputa” normativa; es decir, del conflicto entre normas o reglas de conducta incompatibles que serían aplicables a un mismo caso moral, en donde las opciones a disposición son excluyentes y no son indiferentes (en el caso de los dilemas morales “auténticos”). Ahora bien, tanto un dilema moral personal como un dilema moral interpersonal pueden ser el producto del encuentro no de un solo sistema moral, sino de varios sistemas morales “en competición”: la moral cristiana y la moral liberal en materia del aborto o la eutanasia, por ejemplo.

<sup>44</sup> Bobbio, N., *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, pág.8. Vid., para un desarrollo de este punto en específico, Guastini, R., “Insieme strutturati di norme. Contributi di Bobbio alla teoria dei sistemi normativi”, *Analisi e Diritto*, 2004, pp. 103-117.

<sup>45</sup> Vid., Guastini, R., *Distinguiendo...*, *op. cit.*, pp. 181-182.

Creo que, *mutatis mutandis*, esto último va en la línea de la crítica de Rivera López a Martínez Zorrilla:

[L]a restricción que establece Martínez en la definición de “dilema moral”, según la cual se trata de un conflicto que ocurre dentro de un mismo sistema moral, puede ser peligrosamente circular, si es que se define sistema moral como algo necesariamente coherente... [L]a idea de que puede haber dilemas morales apunta, creo, a que quizá no podamos reunir todas nuestras convicciones morales dentro de un mismo sistema. *Diferentes convicciones que entran en pugna obedecen a diferentes sistemas morales que conviven dentro del cuerpo de creencias morales de un agente*<sup>46</sup>.

Si esto último es correcto, entonces un dilema moral *personal* puede ser, sin duda, el producto del encuentro de varios sistemas morales. Sin embargo de todo esto, Martínez Zorrilla rechaza que se puedan dar “verdaderos” dilemas en el marco de varios sistemas normativos en competición: un dilema –dice él– sólo puede presentarse al interior de un único sistema normativo<sup>47</sup>.

Como bien señala Lariguet, Martínez Zorrilla deja fuera «situaciones en que diversos sistemas morales alternativos ofrecen soluciones divergentes e incompatibles»<sup>48</sup>. En la respuesta a los participantes, Martínez Zorrilla pretende defenderse de esta crítica, aunque sin demasiado éxito<sup>49</sup>. Creo que en esta parte Lariguet da en el blanco: «un desafío para los filósofos es que logremos distinguir, para el caso del derecho, las distintas y más relevantes situaciones dilemáticas y

<sup>46</sup> Rivera López, E., “Dilemas morales...”, *op. cit.*, pág. 112. El énfasis es añadido.

<sup>47</sup> Martínez Zorrilla, D., “Dilemas morales...”, *op. cit.*, pág. 20.

<sup>48</sup> Lariguet, G., “Dilemas morales...”, *op. cit.*, pág. 60.

<sup>49</sup> Dice Martínez Zorrilla: «me parece algo evidente que el concepto de conflicto/dilema se circunscribe a un sistema normativo, ya que una colisión entre normas sólo puede plantearse dentro de los límites de un conjunto de normas. Los límites de ese conjunto determinan el sistema normativo de referencia». Martínez Zorrilla, D., “Respuestas...”, *op. cit.*, pág. 145. Como se verá enseguida, las cosas no parecen ser exactamente de este modo.

no encasillarnos en una como hace Martínez»<sup>50</sup>. Si un dilema moral que es el producto del encuentro de varios sistemas morales es posible (tanto a nivel personal como interpersonal), y la fenomenología de los dilemas morales así lo sugiere, entonces dejarlos fuera deja de lado un aspecto importante: una pieza faltante en un rompecabezas hecho de piezas diferentes. Los dilemas morales interpersonales, de hecho, pueden resultar mucho más relevantes para el derecho que los dilemas personales. Basta considerar que el derecho está indisolublemente asociado al fenómeno de la alteridad (*ubi societas ibi ius*), y por ello no suele enfocarse en los conflictos subjetivos, sino en los conflictos intersubjetivos.

¿Pero hay espacio en el derecho para los dilemas morales *personales*? Una respuesta posible es la siguiente: podríamos hablar de este tipo de dilemas cuando un juez deba decidir ciertos problemas en los que él entienda implicadas decisiones morales para las que posee razones contrastantes que “militan” a favor de dos cursos de acción distintos. Podríamos decir, sin duda, que del mismo modo en que en un contexto extra-jurídico un agente puede verse inmerso entre dos opciones que le plantean un dilema, también un juez puede verse abocado a la pregunta añosa: “¿qué curso de acción no produce males?”. Pero también aquí hemos de presumir que el juez del ejemplo ha asumido su propia decisión como dilemática, al menos desde el punto de vista moral, aunque ello no sea necesariamente así. Bien podríamos estar ante un juez conservador que no tiene dudas acerca de la inmoralidad del aborto o de la eutanasia, para mencionar los dos ejemplos que ya he usado<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Lariguet, G., “Dilemas morales...”, *op. cit.*, pág. 60.

<sup>51</sup> Que las posiciones morales de los jueces pueden llegar, en ciertos casos, a determinar el contenido del derecho, es una afirmación que, hoy por hoy, a pocos sorprende. Dice, por ejemplo, Bobbio: «esempi che tutti quanti abbiamo sott’occhio e che sono stati anche raccolti da pubblicazioni recenti sui giudizi di valore dei giudici, riguardo al l’esistenza di sentenze diverse e anche talora ripugnanti tra loro, soprattutto in materie politicamente incandescenti, come lo sciopero, la serrata, e in genere le libertà civili. (Esempi, vorrei dire tra parentesi, che sono scandalosi non perché mostrano che il giudice non è, come pretende di essere, nelle raffigurazioni agiografiche delle cerimonie ufficiali, apolitico, ma perché la sua politica è nella maggior parte dei casi

Por lo demás, nótese que un dilema moral no puede disociarse de las razones de un agente o varios para hacer A o B. Pero debe decirse también que el hecho de que una situación de dilema se plantee como tal supone frecuentemente el concurso de diferentes posibilidades prácticas, no solo normativas. Piénsese, de hecho, que una buena parte de los dilemas morales que suelen plantearse constituyen casos de incompatibilidad *en concreto*. Por ello, muchas veces el dilema no es la consecuencia, en sí, de una “falla” en el/los sistema(s) moral(es), sino más bien, por decirlo de alguna manera, de una “falla” en el mundo: del hecho de que, en determinadas circunstancias, no sea posible –desde el punto de vista práctico– seguir dos directivas que no se oponen necesariamente<sup>52</sup>.

## V. Conflictos (“genuinos” o “aparentes”) entre derechos

El debate entre los conflictivistas y los anti-conflictivistas en el marco de los derechos fundamentales; esto es, el debate entre quienes sostienen que se dan “verdaderos” (o “genuinos”) conflictos entre derechos y aquellos que lo niegan, no constituye, como suele aparecer a ojo de buen cubero, una discusión unidimensional que admite, pura y simplemente, respuestas absolutas. Por el contrario, se trata de una serie de debates multidimensionales y, hasta cierto punto, heterogéneos. Más aún, la contraposición entre las posiciones conflictivistas y anti-conflictivistas, no siendo unívoca e unidimensional (siendo heterogénea y multidimensional), no corresponde, tampoco, a una serie de posicio-

una politica sordamente conservatrice, e spesso anche anticostituzionale)». Bobbio, N., “Quale giustizia, quale legge, quale giudice”, *Quale giustizia*, 2 (8), pág. 270.

<sup>52</sup> Tal como no se oponen, en el ejemplo que usé al inicio de este trabajo, la norma que exige a Orestes vengar la muerte de sus padres y la que le exige respetarlos. Guastini rememora este ejemplo señalando, justamente, que se trata de una antinomia en concreto: «Non vi è antinomia in astratto tra la norma che obbliga a vendicare i genitori e quella che impone di rispettarli. L'antinomia nasce in concreto dalla circostanza, accidentale, che l'assassino di Agamennone è appunto Clitennestra». Guastini, R., *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, pág. 107.

nes necesariamente consistentes o coherentes entre ellas<sup>53</sup>. De alguna manera, lo dice también Comanducci:

A la pregunta: “¿existe compatibilidad o incompatibilidad entre derechos fundamentales?”, se puede dar respuestas diversas, y no necesariamente incompatibles entre ellas, según el nivel de análisis que se escoja, según las definiciones que se usen de “derechos fundamentales”, y también según lo que se entienda por (in)compatibilidad<sup>54</sup>.

En la discusión en cuestión, de hecho, podemos encontrar varios debates que incluyen a su vez posiciones diferentes acerca de varios aspectos distintos sobre los derechos. Algunos de estos debates son los siguientes: (1) la problemática sobre los límites de los derechos desde dos teorías enfrentadas: la teoría de los límites externos (asociada generalmente al conflictivismo), y la de los límites internos de los derechos fundamentales (asociada al anti-conflictivismo); (2) el debate entre la teoría especificacionista, en virtud de la cual los derechos no colisionan siempre que sean suficientemente especificados, y la teoría infraccionista, que sostiene que en ciertos casos la “infracción” de un derecho no implica su “violación” (la primera anti-conflictivista, la segunda conflictivista); (3) la discusión entre la teoría del pluralismo de los valores y el monismo ético (la última anti-conflictivista, la primera

<sup>53</sup> En general, sobre el debate en cuestión, vid., Maldonado Muñoz, M., “Conflictivismo y anti-conflictivismo en los derechos fundamentales”, *Diritto & Questioni pubbliche*, 16 (2), 2016, pág. 105-131. Cito una parte de la bibliografía relevante, además de la ya citada en el marco de la discusión entre el especificacionismo y el infraccionismo (vid., nota 10): Waldron, J., “Rights in conflict”, *Ethics*, 99 (3), 1989, pág. 503-519. Bin, R., “Diritti e fraintendimenti”, *Ragion Pratica*, 14, 2000, pág. 15-25. Alexy, R., “Constitutional Rights, Balance, and Rationality”, *Ratio Luris*, 16, 2003, pág. 131-140. Marmor, A., “On the Limits of Rights”, *Law and Philosophy*, 16, 1997, pág. 1-18. Celano, B., “Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?”, en S. Pozzolo (a cura di), *La legge e i diritti*, Torino, Giappichelli, 2002, pág. 89-123. Ferrajoli, L., “I fondamenti dei diritti fondamentali”, *Teoria politica*, 16 (6), 2000, pág. 41-113. Pino, G., “Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli”, *Doxa*, 32, 2009, pág. 649-650.

<sup>54</sup> Comanducci, P., “Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali”, *Analisi e Diritto*, 2002-2003, pp. 317-318.

conflictivista); (4) la discusión entre la teoría coherentista y aquella no-coherentista (anti-conflictivista y conflictivista, respectivamente)<sup>55</sup>. Como apunta Comanducci, una de las razones por las que se produce esta discusión del todo variopinta es que los distintos teóricos usan –casi siempre sin hacerlo explícito– distintos conceptos de “derechos fundamentales”, pertenecientes a niveles de análisis distintos entre sí; a la vez que suelen usar –muy frecuentemente, de hecho– conceptos distintos de “conflicto”. Como se vio hasta ahora, diferentes tipos de conflictos pueden ser identificados en el marco del derecho. Y embargo, la idea de que no se dan conflictos entre derechos se resiste a ser borrada del mapa. A pesar de las apariencias, ¿cómo es posible sostener que no se dan conflictos “genuinos” entre derechos?

Resulta oportuno, en este punto, acudir a la posición de Martínez Zorrilla acerca de la posibilidad de que se presenten o no dilemas morales “genuinos”. Esta posición, *mutatis mutandis*, se puede aplicar al debate entre conflictivistas y anti-conflictivistas. Creo que en esta parte Martínez Zorrilla da en el clavo. Efectivamente, en la respuesta a los participantes recalca que su posición trae sus huellas, en buena parte, en la teoría de Zimmerman, quien –a diferencia de nuestro autor– no admite la posibilidad de que se den “verdaderos” dilemas. En esta divergencia, Martínez Zorrilla apunta lo siguiente:

Es cierto que yo adopto las nociones de “obligación moral” y “permisión moral” de Zimmerman, y que desde el punto de vista de este autor no son posibles los dilemas, ya que parte de la noción de obligación definitiva (*overall o all things considered*), y por razones lógicas no puede haber dos obligaciones definitivas incompatibles... Pero lo que cambia entre Zimmerman y yo es que yo no utilizo el mismo concepto de “dilema” que este autor, sino que mi concepto es, en suma, el de “conflicto entre obligaciones no superadas”, esto es, el de la indeterminación del curso moralmente obligatorio (no existe obligación definitiva)<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Maldonado Muñoz, M., “Conflictivismo...”, *op. cit.*, pág. 106 ss.

<sup>56</sup> Martínez Zorrilla, D., “Respuestas...”, *op. cit.*, pág. 157.

Lo dice también, de algún modo, cuando habla de las posiciones divergentes de Conee<sup>57</sup> (para quien un dilema es un conflicto entre obligaciones *definitivas*) y Sinnott-Armstrong<sup>58</sup> (para quien un dilema es un conflicto entre obligaciones *no vencidas*). Para el primer autor, los dilemas son conceptualmente imposibles, para el segundo no<sup>59</sup>. Es justamente esta divergencia la que hace que en ciertos casos “aparezcan” dilemas genuinos y en otros no. Sin embargo, lejos de realizar las distinciones del caso –como dice el propio Martínez Zorrilla– muchos autores simplemente persisten en sus propias posiciones, «dando a entender que sus diferencias son más profundas de lo que en realidad son»<sup>60</sup>.

Es fácil ver por qué en el caso del debate entre conflictivistas y anti-conflictivistas se puede llegar a conclusiones similares. Piénsese, por ejemplo, en el debate entre los especificacionistas y los infraccionistas. Los especificacionistas tratan a los derechos, en general, como “derechos absolutos”; mientras que los infraccionistas los tratan como “derechos *pro-tanto*”<sup>61</sup>. Los especificacionistas, obligados a encontrar las cláusulas exceptivas que les permitan llegar a especificaciones no conflictivas, tratan a los derechos como puntos de arribo *finales*. De tal suerte que la persistencia de un conflicto aparece como el producto de una “mala” o “incompleta” especificación. Los infraccionistas, condenados a encontrar los casos de infracción, tratan a los derechos, en términos de –diría Martínez Zorrilla– “razones no superadas”, de modo que los conflictos se presentan como fenómenos más o menos comunes. Y algo similar se podría decir, por ejemplo, sobre el debate entre coherentistas y no-coherentistas, o el debate entre los defensores de la teoría de los límites externos y la teoría de los límites internos:

<sup>57</sup> Vid., Conee, E., “Against Moral Dilemmas”, *The Philosophical Review*, 91 (1), 1982, pp. 87-97.

<sup>58</sup> Vid., Sinnott-Armstrong, W., “Moral Dilemmas and Incomparability”, *American Philosophical Quarterly*, 22 (4), 1985, pp. 321-329.

<sup>59</sup> Martínez Zorrilla, D., “Respuestas...”, *op. cit.*, pág. 149.

<sup>60</sup> *Ibidem*, pág. 150.

<sup>61</sup> Vid., v.gr., Wellman, C.H., “On Conflicts...”, *op. cit.* Shafer-Landau, R., “Specifying...”, *op. cit.* Oberdiek, J., “Lost in moral...”, *op. cit.* Botterell, A., “In defence...”, *op. cit.* Thomson, J.J., “Some ruminations...”, *op. cit.* Frederick, D., “Pro-tanto versus absolute rights”, *The Philosophical Forum*, 2014, pp. 375-374.

unos tratan a los derechos, en general, como derechos *prima facie*; los otros, como derechos *all things considered*<sup>62</sup>.

Si retomamos la distinción, con pretensiones descriptivas, entre los derechos reivindicados, los derechos reconocidos, y los derechos protegidos por los intérpretes, en cada uno de estos casos el “derecho” del que se hable corresponderá a una cierta conducta que opera a diferentes niveles (por lo que estos no serán, al mismo nivel, “derechos”). Los derechos reivindicados; esto es, en general, los derechos morales, suelen encontrarse frecuentemente en conflicto entre ellos: aquí el conflicto puede asumir la forma de un conflicto práctico o de un dilema moral (aunque puede tratarse de un simple conflicto valorativo o de una forma de desacuerdo). En el caso de los derechos reconocidos; esto es, de las pretensiones justificadas (en normas positivas), se puede decir que el conflicto asume generalmente la forma de una antinomia jurídica. En el caso de los derechos reconocidos por los intérpretes; esto es, de las pretensiones protegidas o tuteladas por los jueces, se puede decir que *en último término* no se dan conflictos entre los derechos, al menos en los casos puntuales en los que un derecho efectivamente tutelado está atado a la decisión final de un problema jurídico. En este último caso los derechos no se encuentran entre las premisas de un razonamiento, sino que constituyen su conclusión, de modo que de “derechos” se hablaría sólo después de la interpretación (auténtica) final realizada por los intérpretes, no antes. Esto último resulta conceptualmente viable, aunque en cierto sentido banal para el desarrollo del debate. De estos breves apuntes se puede extraer una conclusión con fines heurísticos: los derechos están (a veces) en conflicto entre ellos si se hallan entre las premisas de un razonamiento, y no lo están (en general) si son el resultado final de éste. Todo esto, claro está, con independencia de su contenido<sup>63</sup>. Esto último es, según creo, lo que tienen en común las teorías anti-conflictivistas, sea en materia de dilemas, sea en materia de conflictos. Creo que la distinción de Martínez Zorrilla abona también a esta conclusión.

---

<sup>62</sup> Maldonado Muñoz, M., “Conflictivismo...”, *op. cit.*, pág. 118 y ss.

<sup>63</sup> *Ibidem*, pp. 126-127.

## VI. Dilemas morales y conflictos entre derechos

Como ya he dicho, me parece que es irrecusable señalar que podemos identificar la presencia de determinados dilemas morales en el marco de los conflictos entre *derechos reivindicados*. Sin embargo, se plantea si también en el marco de los *derechos reconocidos* (por el derecho positivo) se puede hablar de dilemas morales. Como ya señalé, esto tiene que ver con dos puntos de vista distintos: uno intra-sistemático y otro extra-sistemático. Por supuesto, el contenido del conflicto jurídico y del dilema moral podrían coincidir (i.e., el conflicto intra-sistemático y el conflicto extra-sistemático podrían corresponderse), pero no es necesario que esto ocurra. Aquí Martínez Zorrilla vuelve a acertar: no todo caso de dilema moral es también un caso de conflicto constitucional (de conflicto entre derechos, o entre derechos y bienes públicos), ni viceversa.

Téngase en cuenta que la premisa de esta distinción es la vieja tesis positivista de la separación entre el derecho y la moral. Tesis compartida por Martínez Zorrilla<sup>64</sup>, y a la que yo también me inclino. Señalar que los conflictos o los dilemas morales coincidan siempre con las antinomias presentes en un sistema jurídico, particularmente en materia de derechos, deja de lado la distinción entre los “derechos morales” y los “derechos jurídicos”. Lo cual puede crear, como dice Barberis, no solo problemas teóricos, sino también problemas prácticos. Por lo demás, distinguir entre lo que *cuenta como* un derecho jurídico y lo que *debería contar como* tal, permite diferenciar el derecho “que es”, del derecho que “debe ser”: tesis compartida por todos los positivistas<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> Martínez Zorrilla, D., “Respuesta...”, *op. cit.*, pág. 147.

<sup>65</sup> Como bien señala Barberis, cuando se pregunta si el derecho a la desobediencia civil es solo moral o es también jurídico, en el fondo se pregunta si ejerciéndolo se corre el riesgo o no de terminar en la cárcel. Vid., Barberis, M., *Ética...*, pág.15. Para decirlo de otra manera, e ilustrarlo con otro ejemplo, a una pregunta del tipo, “¿jurídicamente los homosexuales tienen derecho a contraer matrimonio?”, se puede responder simplemente: “depende” (en el ordenamiento jurídico estadounidense sí, en el peruano no, en el argentino sí, en el ecuatoriano no, y así por el estilo). En cambio, el enfoque varía si la pregunta es “¿deberían o no poder contraer matrimonio legal las parejas homosexuales?”. El primer caso supone la existencia o no de un derecho jurídico, el segundo, la existencia o no de un derecho moral. Por supuesto, aquí también podemos hallar dife-

Estos apuntes tienen mucha relevancia en la medida en que, en el marco de la discusión entre conflictivistas y anti-conflictivistas, también encontramos a aquellos que de un plumazo confunden todas las categorías en un único tipo de conflicto (quizás de modo preterintencional, si uno quiere hacer una interpretación caritativa). Es el caso, por ejemplo, de algunos pluralistas<sup>66</sup>. Para ellos, la cuestión pasa por la afirmación de la heterogeneidad de los valores, de los deseos y de las metas de los distintos individuos: en general, de sus diversos planes de vida y de las diferentes concepciones sobre el “bien”. Se afirma que esta es una característica de las sociedades occidentales contemporáneas; las que serían, por esto, individualistas (no organicistas). Las personas, en los Estados contemporáneos –según la concepción liberal–, tienen el derecho al libre desarrollo de su personalidad y a elegir libremente su plan de vida, y está claro que en un entorno de ese tipo se producen conflictos entre los distintos ideales de vida. Para los pluralistas, esto supone también la existencia de conflictos entre los diferentes derechos (fundamentales) en el propio derecho. Sin embargo, ¿los conflictos entre valores implican, necesariamente, los conflictos entre derechos jurídicos? O bien, cuando hablamos de conflictos entre valores, entre concepciones del bien, entre planes de vida diferentes, etc., ¿hablamos también de conflictos entre derechos? A primera vista se podría decir que sí: los ordenamientos jurídicos actuales, cuya inspiración –en cuanto hijos de la concepción liberal– se reconduce al pluralismo, aceptan el conflicto como un fenómeno fisiológico (no patológico), en ausencia del cual no se podría dar aquello que Bobbio llamaba *fecundidad del antagonismo*<sup>67</sup>. Visto esto, se podría decir que también entre derechos fundamentales se dan estos mismos conflictos. Estas observaciones, en principio incontestables, crean, sin embargo,

rentes respuestas dependiendo del sistema moral de referencia que elijamos privilegiar. Por lo demás, tanto un sistema jurídico como un sistema moral podrían ofrecer posibles respuestas incompatibles a este tipo de problemas, o podría darse que distintos sistemas morales resulten también incompatibles al momento de ofrecer soluciones a un dilema moral interpersonal.

<sup>66</sup> *Ibidem*, pág. 111 y ss.

<sup>67</sup> Bobbio, N. *Liberalismo y democracia*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2013.

una inquietud ulterior: ¿está la analogía bien construida (es necesaria)? Mi respuesta es que no: una cosa son los conflictos entre valores, los dilemas morales y los conflictos prácticos y otra cosa son los conflictos entre derechos (al menos si queremos distinguir los conflictos entre derechos reivindicados y los conflictos entre derechos reconocidos).

En esta sede basta decir que los casos referentes a derechos no son reducibles ni a los conflictos prácticos ni a los dilemas morales, como tampoco a los conflictos valorativos en general: hay muchos conflictos (prácticos, morales, valorativos) que nada tienen que ver con los derechos, así como hay conflictos entre derechos jurídicos que raramente crearían –a ojos de un moralista– dilemas “genuinos”. Más aún, se suele considerar que los derechos jurídicos son independientes de nuestras valoraciones morales particulares: v.gr., en un ordenamiento jurídico en donde se considere al aborto (en ciertos casos, dadas ciertas condiciones) como un derecho, tal ha de considerarse de ese modo (para ese ordenamiento) con independencia del acuerdo o desacuerdo moral sobre la cuestión. Y esto sin negar que en un caso como éste se presenta un conflicto práctico, un dilema moral o un conflicto valorativo que persiste a la resolución jurídica del conflicto. (Sería, de hecho, muy peligroso para la moral que el derecho se atribuyese la autoridad final para poder resolver o disolver los dilemas morales o los conflictos valorativos de modo definitivo). Cuando en *Roe v. Wade* (1973) la Corte Suprema de los Estados Unidos de América dice: «nuestra tarea es resolver la cuestión desde criterios constitucionales, al margen de las inclinaciones personales y de las pasiones», dice que el conflicto moral persistirá fatalmente, aunque no, como es obvio, el conflicto jurídico. En suma, cuando los pluralistas hablan de “conflicto entre derechos”, ¿a qué conflictos se refieren? Está claro que desde el punto de vista moral somos diversos (poseemos concepciones diferentes sobre el bien); aunque, desde el punto de vista estrictamente jurídico, la “calificación” de una determinada conducta como “derecho” depende –en términos generales– de la determinación de su contenido mediante el ejercicio de los poderes de producción y aplicación del derecho<sup>68</sup>.

<sup>68</sup> Vid., Celano, B., “Derechos fundamentales y poderes de determinación en el estado constitucional de derecho”, en B. Celano, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 281-298.

Nadie duda, por ejemplo, que en un caso sobre tortura en el que se busque que un terrorista revele la ubicación de una bomba, se encuentra en juego la integridad física del presunto terrorista así como la integridad personal y la vida de muchas personas (además del dilema moral que afrontará el agente sobre la admisibilidad de torturarlo o no). Pero, aun así, en la mayoría de los ordenamientos contemporáneos la prohibición de la tortura es absoluta (independiente absolutamente de todas nuestras valoraciones morales o de los casos) e inderrotable (no sujeta a excepciones implícitas o explícitas). Para el enfoque específicamente jurídico (en los ordenamientos donde así se prevea), este constituye un derecho pleno: el derecho del terrorista a no ser torturado. Esto no anula o no disuelve el conflicto moral que se produce sobre la admisibilidad o no de la tortura: intuitivamente se podría decir que estaríamos moralmente justificados si decidimos torturar al presunto terrorista porque podríamos salvar la vida de –por hipótesis– miles de personas inocentes. En este sentido, la respuesta a la pregunta: “¿estamos autorizados a torturar a alguien en estas condiciones?”, produciría un resultado que algunos encontrarían contradictorio: moralmente sí, jurídicamente no. Por supuesto, siempre que el sistema jurídico de referencia considere la prohibición de la tortura como una norma inderrotable. La administración Bush, por ejemplo, demostró que este aspecto, que parecía consolidado entre los países occidentales, puede estar en entredicho también en el marco del derecho<sup>69</sup>.

En todo caso, en general el dilema moral sobre la cuestión subsiste<sup>70</sup>, aunque jurídicamente resulte, al menos en la mayoría de ordenamientos, inderrotable (y por ende no enfrentado a otras reglas o principios). Este es, sin embargo, sólo un caso: la mayoría de las normas (también las que tienen que ver con derechos) se consideran –en los ordenamientos jurídicos contemporáneos– derrotables. En tales casos, el conflicto entre valores –así como los dilemas morales o con-

<sup>69</sup> Debo este apunte a uno de los pares revisores de la revista.

<sup>70</sup> Vid., por ejemplo, Moore, M.S., “Torture and the Balance of Evils”, *Israel Law Review*, 23, 1989, pág. 280-344; y La Torre, M., “La Giustizia della Tortura. Variazioni sul tema”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2014, pp. 3-29.

flictos prácticos— se considera como equivalente a los conflictos entre derechos (si por derecho se entiende no ya una conducta determinada reconocida por el derecho, sino un valor, una opción valorativa, etc.), pero esta equiparación, como se ha visto, no es necesaria: bien pueden darse normas jurídicas antinómicas que correspondan a otros tantos derechos, y puede haber derechos que, aun en conflicto con determinadas visiones morales, no tengan (en ese sistema) relaciones antinómicas con otras normas. Que los dilemas morales y los conflictos entre derechos coincidan o no es del todo contingente.

## VII. Colofón

En este trabajo me he propuesto proveer una posible reconstrucción del problema de los dilemas morales y los conflictos entre derechos, con énfasis en el ámbito del derecho, partiendo de un marco que busca identificar los distintos casos de conflicto que se pueden identificar “por” y “en” el derecho. Allí se puede ver cómo, en diferentes circunstancias, diversos escenarios aparecen como dilemáticos. Si no me engaño, esta especie de esquematización constituye un punto de partida interesante para resolver o disolver algunos problemas artificiales, a la vez que provee respuestas para otros problemas persistentes. Como se ha visto, en este camino algunas tesis cardinales de Martínez Zorrilla han resultado de mucha importancia, aunque también he optado por argumentar en contra de otra de sus tesis centrales.

Por lo demás, la discusión acerca de los dilemas morales y los conflictos constitucionales sigue vigente<sup>71</sup>. Y es de esperar que esta situación persista. A fin de cuentas, como dice el poeta, *no tiene fin la esperanzadora posibilidad de elegir en nuestras encrucijadas*.

<sup>71</sup> Para muestra, un botón. Hace pocos meses se publicó un libro muy interesante de Damiano Canale al respecto: Canale, D., *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, Roma-Bari, Laterza, 2017.

## Bibliografía

- Alexy, R., “Constitutional Rights, Balance, and Rationality”, *Ratio Iuris*, 16, 2003, pág.131- 140.
- Atienza, M., “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, *Isonomía*, 6, 1997, pág.7-30.
- Atienza, M., “Diez preguntas a Martínez Zorrilla”, *Discusiones*, 8, 2008, pág.129-133.
- Barberis, M., *Ética para juristas*, Madrid, Trotta, 2008.
- Baumann, P., Betzler, M. (eds.), *Practical Conflicts. New Philosophical Essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- Bin, R., “Diritti e fraintendimenti”, *Ragion Pratica*, 14, 2000, pág.15-25.
- Bin, R., “Che cos’è la costituzione?”, *Quaderni costituzionali*, 1, 2007, pág.11-52.
- Botterell, A., “In Defense of Infringement”, *Law and Philosophy*, 27, 2008, pág.269–292.
- Bobbio, N., “Formalismo giuridico e formalismo etico”, *Rivista di Filosofia*, 1954, pág.257- 258.
- Bobbio, N., “Quale giustizia, quale legge, quale giudice”, *Quale giustizia*, 2 (8), 1975, pág.268-274.
- Bobbio, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- Bobbio, N., *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993.
- Bobbio, N., *Liberalismo y democracia*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2013.
- Brożek, B., “Sobre tû-tû”, *Revus*, 27, 2015, pág.25-34.
- Canale, D., *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, Roma-Bari, Laterza, 2017.
- Carter, L. & Burke, T., *Reason in Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 2016.
- Celano, B., “Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?”, en S. Pozzolo (a cura di), *La legge e i diritti*, Torino, Giappichelli, 2002, pág.89-123.
- Celano, B., “Justicia procedimental pura y teoría del derecho”, en Celano, B., *Derecho, justicia, razones*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

- Celano, B., “El razonamiento jurídico: tres temas clave y lo que la filosofía puede (o no puede) hacer acerca de ellos”, en Celano, B., *Derecho, justicia, razones*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- Celano, B., “Derechos fundamentales y poderes de determinación en el estado constitucional de derecho”, en Celano, B., *Derecho, justicia, razones*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- Celano, B., “La forza dell’argomento migliore”, *Diritto & Questioni pubbliche*, 9, 2009, pág.229-255.
- Celano, B., *Due problemi aperti dell’interpretazione giuridica*, Módena, Mucchi, 2017.
- Chiassoni, P., *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- Comanducci, P., “Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali”, *Analisi e Diritto*, 2002- 2003, pág.317-318.
- Conee, E., “Against Moral Dilemmas”, *The Philosophical Review*, 91 (1), 1982, pág.87-97.
- Feinberg, J., “Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life”, *Philosophy & Public Affairs*, 7 (2), 1978, pág.93-123.
- Ferrajoli, L., “I fondamenti dei diritti fondamentali”, *Teoria Politica*, 16 (6), 2000, pág.41- 113.
- Finkelstein, C.O., “Two Men And A Plank”, *Legal Theory*, 7 (3), 2001, pág.279-306.
- Foot, P., “The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect”, *The Oxford Review*, 5, 1967, pág.5-15.
- Frederick, D., “Pro-tanto versus absolute rights”, *The Philosophical Forum*, 2014, pág.375- 394.
- Guastini, R., “Antinomias y lagunas”, *Jurídica-Anuario*, 1995, pág.437-450.
- Guastini, R., *Distinguiendo*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- Guastini, R., “Insiemi strutturati di norme. Contributi di Bobbio alla teoria dei sistemi normativi”, *Analisi e Diritto*, 2004, 103-117.
- Guastini, R., “Il diritto”, en Pazé, V., (a cura di), *L’opera di Norberto Bobbio. Itinerari di lettura*, Milano, Franco Angeli, 2005.

- Guastini, R., *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011.
- Guastini, R., *La sintaxis del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- Hare, R.M., *Moral Thinking. Its Levels, Method, and Point*, Oxford, Clarendon Press, 1981.
- Hart, H.L.A., *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982.
- Hart, H.L.A., “Teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 21, 1974, pág.105-140.
- Jori, M., *Del diritto inesistente*, Pisa, ETS, 2010.
- Lariguet, G., “Dilemas morales y derecho. Una crítica a Martínez Zorrilla”, *Discusiones*, 8, 2008, pág.55-105.
- MacConnell, T., “Interpersonal moral conflicts”, *American Philosophical Quarterly*, 25 (1), 1998, pág.25-35.
- MacIntyre, A., “Moral Dilemmas”, *Philosophy and Phenomenological Research*, 50, 1990, pág.367-382.
- Maldonado Muñoz, M., “Conflictivismo y anti-conflictivismo en los derechos fundamentales”, *Diritto & Questioni pubbliche*, 16 (2), 2016, pág.105-131.
- Marmor, A., “On the Limits of Rights”, *Law and Philosophy*, 16, 1997, pág.1-18.
- Martínez Zorrilla, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- Martínez Zorrilla, D., “Dilemas morales y derecho”, *Discusiones*, 8, 2008, pág.17-54.
- Martínez Zorrilla, D., “Respuestas a los participantes”, *Discusiones*, 8, 2008, pág.135-172.
- Martínez Zorrilla, D., “Conflictos normativos”, en Fabra Zamora, J.L., Núñez Vaquero, A., *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Volumen 2, Ciudad de México, UNAM, 2015.
- Mendonca, D., “Sobre el concepto de dilema moral”, *Discusiones*, 8, 2008, pág.117-127.
- Moreso, J.J., “Dilemas morales, derecho y la decisión de Sophie”, *Discusiones*, 8, 2008, pág.7-16.
- Moreso, J.J., “Conflictos entre principios constitucionales”, en Carbonell, M., (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2009.

- Nash, J., "Non-cooperative games", *Annals of Mathematics*, 54 (2), 1951, pág.286-295.
- Nussbaum, M., "Aeschylus and Practical Conflict", *Ethics*, 95 (2), 1985, pág.233-267.
- Oberdiek, J., "Lost in Moral Space: on the infringing/violating distinction and its place in the theory of rights", *Law and Philosophy*, 23, 2004, pág.325-346;
- Pino, G., "Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli", *Doxa*, 32, 2009, pág.649-650.
- Raz, J., "Personal Practical Conflicts", en Baumann, P., Betzler, M., (eds.), *Practical Conflicts. New Philosophical Essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 172-196.
- Rivera López, E., "Dilemas morales, discrecionalidad y azar", *Discusiones*, 8, 2008, pág.107- 116.
- Richardson, H.S., "Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems", *Philosophy & Public Affairs*, 19 (4), 1990, pág.279-310.
- Steiner, H., *An essay on rights*, Oxford, Blackwell, 1994.
- Shafer-Landau, R., "Specifying Absolute Rights", *Arizona Law Review*, 37, 1995, pág.209- 225.
- Sinnott-Armstrong, W., "Moral Dilemmas and Incomparability", *American Philosophical Quarterly*, 22 (4), 1985, pág.321-329.
- Thomson, J.J., "Killing, Letting Die, and the Trolley Problem", *The Monist*, 59, 1976, pág.204-217.
- Thomson, J.J., "Some Ruminations on Rights", *Arizona Law Review*, 19, 1977, pág.46-60.
- von Wright, G.H., "Valor, norma y acción en mis escritos filosóficos. Con un epílogo cartesiano", *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, 26, 2003, pág.37-38.
- Waldron, J., "Rights in conflict", *Ethics*, 99 (3), 1989, pág.503-519.
- Webber, G.C., *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- Wellman, C.H., "On Conflicts Between Rights", *Law and Philosophy*, 14 (3-4), 1995, pág.271-295.



Instrucciones  
para los/las autores/as



*Discusiones* publica debates en torno a un texto principal, además de diferentes secciones con textos críticos. El ámbito temático de la revista incluye la filosofía del derecho, la filosofía moral y política, así como la teoría del derecho penal, privado y constitucional. Los textos deben reflejar conocimiento original e inédito. La revista consta de dos números al año publicados en junio y diciembre de cada año.

Cada número de la revista constará de cuatro secciones: la sección principal será dedicada a la discusión de un trabajo central, seguido por una serie de estudios críticos y una réplica por parte del autor/a del trabajo principal. La sección *Discusiones: Cortes* estará destinada a discutir críticamente un fallo o línea jurisprudencial de alguna Corte o Tribunal de relevancia. La sección *Discusiones: Libros* destinada a discutir una idea central presente en un texto considerado clásico o de reciente aparición. Por último, la sección *Discusiones: Balance* consistirá en un apartado dedicado a retomar discusiones anteriores que han tenido lugar en esta revista intentando proyectarlas hacia el futuro.

### **Envío y evaluación**

Todo artículo o propuesta de discusión debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción (hernanbouvier@gmail.com, samantaborz@gmail.com, danidomeniconi@gmail.com)

*Discusiones: sección principal.* Las propuestas de discusión de esta sección deben enviarse con el texto principal que se propone como eje de discusión y los nombres y vinculación institucional del editor y los discutidores. El texto principal de la discusión no deberá exceder las 10.000 palabras y contar con un resumen de 150 palabras. La propuesta será evaluada por el Consejo Asesor mediante un dictamen fundado. En caso de ser aceptada corresponderá al editor propuesto la coordinación de la discusión, recopilando los textos críticos de los intervinientes indicados y la réplica o respuesta final a las críticas por parte del/la autor/a principal.

*Discusiones: Cortes.* El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras y debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del/la autor/a y el otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido por los encargados de sección (Sebastián Elías, Paula Gaido y Rodrigo Sánchez Brígido) para su referato ciego por pares externos.

*Discusiones: Libros.* El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras, debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras y debe contener un abordaje crítico y extenso sobre el libro en cuestión. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del/la autor/a y el otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido por el encargado de sección (Pau Luque) para su referato ciego por pares externos.

*Discusiones: Balance.* El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras, debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras y debe contener un abordaje crítico y extenso de alguna de las discusiones que han sido objeto de números anteriores. El artículo deberá, además, incluir nuevas proyecciones y actualizaciones del debate analizado. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del/la autor/a y el otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido para su referato ciego por pares externos.

### Instrucciones generales de escritura y citado

- Todos los trabajos estarán redactados con interlineado a espacio y medio y letra fuente *Times New Roman 12*, en páginas tamaño carta.
- Inmediatamente bajo el título o subtítulo de cada trabajo, las/os autoras/es pondrán su nombre con una llamada a pie de página, en asterisco, en la cual harán mención de su grado académico, la institución a la que pertenecen y la dirección de contacto (ciudad, país y e-mail).
- Las notas al pie deben ser enumeradas consecutivamente y debe redactarse con fuente *Times New Roman 10*, interlineado sencillo.
- En las notas se indicará la fuente de la siguiente manera:
  - Si se trata de un libro: Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, México D.F., Porrúa, 1979
  - Si se trata de capítulo en obra colectiva: Celano, B., “What can Plans do for Legal Theory?”, en Canale, D. y Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law*, London, Springer, 2013, pág. 129-152.
  - Si se trata de un artículo en revista: Garzón Valdés, E. “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, *Doxa*, 3, 1986, pág. 17-33.
  - Tratándose de referencias a obras ya citadas, si la referencia es exactamente la misma contenida en una nota anterior, debe utilizarse la expresión “Ídem”. Si es el del/la mismo/a autor/a y obra, pero se cita una parte diversa, deberá usarse la expresión *Ibidem* o *Ibidem* seguida de la página distinta que se está refiriendo. En el caso de referencias no contiguas, en que se cita al mismo autor/a, se indicará sólo el apellido y nombre del autor seguido de la expresión *op. cit.*. Y cuando se han citado dos o más trabajos de un mismo autor/a, se agregará, luego del apellido y nombre, el título de la obra o parte de él para poder identificar el trabajo que se ha citado, seguido de la expresión *op. cit.*.

## Discusiones XIX

- Al final del trabajo se agregará una lista con la bibliografía citada, ordenada alfabéticamente según el apellido del autor o autora y elaborada siguiendo las normas indicadas para las notas.
- Todo trabajo debe ser precedido de un resumen, en castellano e inglés, de 150 palabras y la indicación, en la lengua correspondiente, de al menos tres palabras claves.

Se terminó de imprimir en el mes de diciembre de 2018  
en Ediuns, Bahía Blanca, Argentina.  
Se imprimieron 100 ejemplares

