

## La Academia Jurídica según Owen Fiss

Por Roberto Saba

15.05.14

Los académicos identifican dos tradiciones dominantes en el mundo occidental: la tradición continental y la del *common law*. Ambas tradiciones se nutren y desarrollan a partir de concepciones divergentes acerca de lo que el derecho es y cómo “funciona”. También suponen diferentes concepciones políticas acerca de lo que una democracia y la justicia son y cómo funcionan. En otros escritos me explayé sobre esta idea<sup>1</sup> que quiero retomar aquí, pero esta vez para reflexionar sobre nuestra propia práctica en el SELA,<sup>2</sup> en su vigésimo aniversario. Todo evento o fenómeno es construido y comprendido desde donde nosotros, como observadores, estamos situados. Confieso que siempre pensé, o preferí pensar, que el SELA era un proyecto que intentaba introducir una cuña en la cultura jurídica de América Latina, y que la motivación para llevar adelante este emprendimiento residía en un profundo disconformismo que algunos académicos, sobre todo de mi generación, pero también de algunos colegas de las dos generaciones precedentes, como Genaro Carrió<sup>3</sup> o Carlos Nino, teníamos y tenemos con el modo en que se despliega nuestra cultura jurídica. Nos parece que la forma en que operan nuestros jueces, nuestros profesores de derecho, nuestros legisladores, nuestros periodistas especializados en temas de justicia y nuestros ciudadanos, o el modo en que funcionan nuestras cortes y nuestras facultades de derecho, no se corresponden con lo que el derecho y la democracia son y cómo funcionan (o deberían funcionar). El dogmatismo en la enseñanza del derecho; la débil práctica argumentativa en la comunidad conformada por jueces y abogados litigantes; la falta de debate sustantivo en el proceso de designación de jueces; la pobre deliberación en torno al significado del texto constitucional, el casi inexistente debate sobre la constitucionalidad de normas del Código Civil; el casi nulo escrutinio público de las decisiones judiciales o el tenue debate jurídico sobre las deliberaciones en el Congreso o las iniciativas del Ejecutivo, son, para algunos de nosotros, la manifestación de concepciones erradas acerca de lo que el derecho y la democracia son y cómo funcionan (o deberían funcionar).

---

<sup>1</sup> Ver Roberto P. Saba, *A Community of Interpreters*, tesis doctoral (JSD dissertation), Yale Law School, 2011. Ver también “Constituciones y Códigos: Un matrimonio difícil”, SELA 2007, San Juan, Puerto Rico, 2008. Para una versión digital, ver [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/RobertoSaba\\_Spanish\\_.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/RobertoSaba_Spanish_.pdf)

<sup>2</sup> Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política. Ver <http://www.law.yale.edu/intellectuallife/SELA.htm>

<sup>3</sup> Ver Genaro Carrió, “*Don Quijote en el Palacio de Justicia. (La Corte Suprema y sus problemas)*,” in *La Ley*, 1989, 1131-1132.

Algunos de nuestros mayores, como Carlos Nino, fueron capaces de transmitir estos déficits de nuestra cultura jurídica a sus estudiantes y a sus colegas de la Argentina y de otros países. El agudo análisis crítico de Nino a la *dogmática jurídica*<sup>4</sup> o su minuciosa reconstrucción del razonamiento práctico desarrollado por el decisor judicial<sup>5</sup> son manifestaciones de su visión acerca de las falencias de nuestra práctica jurídica. Nino no enmarcó su diagnóstico en una crítica a los presupuestos de la tradición continental. Ese es un movimiento de mi entera responsabilidad, no suya. Sin embargo, su afán por operar una transformación en la academia jurídica argentina se fundaba en una profunda frustración acerca del modo en que ella se desarrollaba. Su obra sobre derecho constitucional fue un intento denodado por darle sentido a una práctica constitucional plagada de inconsistencias, quizá con miras a disciplinar la discusión moral que subyace al discurso jurídico constitucional en Argentina. Algunos de sus discípulos intentamos retomar esos senderos por medio de nuestros escritos<sup>6</sup> o a través de cursos jamás antes dictados en nuestras facultades de derechos sobre derecho comparado, tradiciones jurídicas o teoría constitucional.

Por su parte, uno de sus colegas prestó especial atención al proyecto de Nino de operar una transformación en la academia jurídica argentina y latinoamericana, al punto de convertirlo en un proyecto propio que le insumiría una parte importante de los últimos veinte años de su carrera académica. Me refiero a Owen Fiss, amigo entrañable del profesor argentino y *founding father* del SELA en 1995. ¿Qué fue lo que hizo a Owen Fiss y a muchos de nosotros embarcarnos en este emprendimiento que es el SELA, y todos sus productos laterales, sino la aspiración de impactar en el modo en que las futuras generaciones de abogados y abogadas entiendan y operen con y sobre el derecho de forma tal que sean capaces de superar los errores del pasado? Nino había experimentado en primera persona el modo en que se desarrollaba la academia jurídica anglosajona, en Oxford y en Yale; así como el modo en que se desplegaba la práctica de juzgar, sobre todo en los Estados Unidos. Su convicción de que en instituciones como *Yale Law School* se impartía un tipo de educación jurídica que rompía con las inercias de su país, lo llevó a empujar a muchos de nosotros a estudiar en esa Escuela, de la que regresamos convencidos, no sin cierto mesianismo, que teníamos una misión que consistía en mover el bote de la academia jurídica de nuestro país, por el bien del derecho y por la salud de nuestra democracia. Tras la muerte de Carlos Nino, Owen Fiss se convirtió para muchos de nosotros en un faro para este proyecto inmenso, y lo estructuró, en parte, en torno a una aparentemente modesta reunión anual de profesores españoles, latinoamericanos y norteamericanos a la que se denominó SELA. Por eso, creo que

---

<sup>4</sup> Carlos S. Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Universidad Autónoma de México, México, 1974. Ver también, Christian Curtis and Alberto Bovino, "Por una dogmática conscientemente política," en Christian Curtis (ed.), *Desde otra mirada* Eudeba, Buenos Aires, 2001.

<sup>5</sup> Carlos S. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, New Haven, 1995, traducido al castellano por Roberto Saba bajo el título *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1998.

<sup>6</sup> Ver op. cit. Saba, *A Community of Interpreters*; y Martín Bohmer, *Imagining the State: The Politics of Legal Education in Argentina, USA and Chile*, tesis doctoral, Yale Law School, 2012.

indagando en las ideas de Owen Fiss acerca de lo que debemos esperar de la academia jurídica y de su relación con el sistema político, podemos entender mejor qué es lo que estamos haciendo en estas reuniones desde hace veinte años y de qué modo este emprendimiento es parte sustancial de un proyecto ambicioso que tiene por objetivo poner nuestra práctica jurídica y política en la dirección correcta.

### **Juristas, abogados y democracia**

Si un observador del SELA tuviera que describir lo que ve en cualquiera de nuestros encuentros anuales, probablemente diría que ésta es una conferencia internacional que reúne a profesores de derecho, mayoritariamente de América Latina, y a algunos participantes de España y de los Estados Unidos. Sería difícil para ese observador emitir un juicio o sacar conclusiones que, en cambio, sería sencillo de realizar en otras conferencias de estas latitudes, como por ejemplo cuál es la especialidad dentro del derecho de estos profesores que se reúnen una vez al año o la temática específica de estas conferencias, pero volveré más adelante sobre estas últimas cuestiones. Sin embargo, ese observador estaría equivocado en su apreciación más obvia. El SELA no es una conferencia. Es otra cosa. Es un proyecto académico con complejos fundamentos y objetivos; es el componente esencial de la construcción de una comunidad epistémica en nuestra región. Un proyecto ambicioso que está en permanente evolución y ajuste. Es el producto de la paciencia y la meticulosa orfebrería de todos los que participamos de este maravilloso emprendimiento, aunque algunos han tenido más paciencia que otros y se han comportado como maestros artesanos en este largo proceso.

Creo fue Bruce Ackerman quien alguna vez dijo que cualquiera de nosotros debería estar muy feliz si en el transcurso de toda nuestra vida académica tuviera una, al menos una, idea interesante y original que aportar al mundo. Owen tuvo muchas más que una. De todas ellas, mi intención aquí no es referirme a su influyente concepto de desigualdad estructural, ni a su teoría democrática de la libertad de expresión, tampoco a sus reflexiones sobre interpretación de la ley o sobre el rol de los jueces en una democracia constitucional. No me detendré en su noción de los derechos humanos como ideales sociales, ni a sus filosas y fundadas críticas a las políticas antiterroristas de Bush y Obama. Para los fines que me propuse en este escrito, es preciso que me detenga en las ideas de Owen acerca de la enseñanza y el aprendizaje del derecho, que no es ni más ni menos que su reflexión sobre la práctica profesional de los académicos, sobre los fines de la universidad, sobre la búsqueda de la verdad y sobre la relación de nuestra actividad profesional con el funcionamiento del sistema democrático. En otras palabras, me referiré a las reflexiones que Owen ha ido hilvanando en algunos de sus escritos sobre su propia práctica como académico, que es también la de la mayoría de nosotros. Me detengo en este tema porque creo que puede ayudarnos a iluminar el proyecto del SELA, su pasado y su futuro, pues esas ideas de Owen han impregnado nuestro emprendimiento colectivo y todos nuestros proyectos sobre los que el SELA y Owen han derramado su visión e influencia. En diferentes textos Owen nos desliza con más o menos detalles sus perspectivas sobre qué significa enseñar derecho; en qué consiste la práctica de la abogacía; el trabajo de los académicos en una Facultad de Derecho; la construcción intergeneracional de una

práctica dirigida a la búsqueda de la verdad, y la responsabilidad política de quienes nos desempeñamos como profesores y académicos en una democracia constitucional. Me referiré aquí a cada una de sus perspectivas y el modo en que ellas han influido sobre el SELA y, por medio de este seminario, en nuestra propia práctica.

### **Derecho** (Law)

Owen ama a *Yale Law School*. Lo confesó públicamente frente a cientos de personas el 23 de mayo de 2011 en el jardín de la Escuela el día de la Graduación de sus estudiantes, pese a haber reconocido que los adultos no confiesan sus amores en público<sup>7</sup>. Fui testigo presencial del hecho. En varias oportunidades se refirió en sus escritos a esa institución exponiendo aquellas características que la hacen, según él, particular, quizá única. Entre todos sus *papers* referidos a la cuestión, aquél que quizá sea el más elocuente en este sentido, es el que produjo en honor de Eugene Rostow, titulado "*Law according to Yale*"<sup>8</sup>. Allí Owen comienza con una premisa contundente que suena a defensa frente a algún previsible ataque: "en Yale enseñamos derecho, no filosofía política". La primera vez que leí esa afirmación recordé una anécdota que comparto con Martín Böhmer. Corría el año 1992 y empezábamos a explorar, bajo el liderazgo de Carlos S. Nino, la posibilidad de organizar una Maestría en Derecho en la Ciudad de Buenos Aires con ciertas características inusuales para, algunas de las cuales son compartidas hoy con el SELA, tales como la aproximación a los problemas jurídicos desde una perspectiva interdisciplinaria, el rechazo del dogmatismo, un enfoque analítico y crítico de las temáticas abordadas, y otras herejías. Visitamos a varios profesores y profesoras que pensamos podrían estar interesados en sumarse al proyecto. En una de las entrevistas, una prestigiosa jurista de derecho administrativo a la que intentamos involucrar, nos preguntó quién enseñaría Derecho Constitucional. Con Martín nos miramos como si la pregunta tuviera una respuesta tan obvia que nos confundía el solo hecho de que se nos fuera formulada. Le respondimos: "Nino, por supuesto". Pero nuestra sorpresa se incrementó cuando esta gran profesora nos dijo: "¡Pero Nino no es Profesor de Derecho Constitucional! Él es filósofo!" Para nosotros, que nos dijeran que Nino, autor de los más grandes textos de derecho constitucional moderno que existían en ese momento, los cuales eran material obligado para los cursos de derecho en casi todos los países de habla hispana o portuguesa, no era un profesor de derecho, y especialmente de Derecho Constitucional, nos sonó incomprensible. Sin embargo, la reacción de esta profesora debe ser explicada en un contexto que quizá tenga algo en común con la afirmación de Owen acerca de que en Yale se enseña derecho, no filosofía política. Me refiero a que aquello que para Owen y para Nino, y para muchos de nosotros, es *obviamente* derecho, para otros tantos es un enfoque o conocimiento que está fuera de los límites de lo jurídico. Para estos críticos, que constituían y siguen constituyendo la corriente

---

<sup>7</sup> Owen Fiss, "A Confession", discurso del 23 de mayo de 2011.

<http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1021&context=ylsca>

<sup>8</sup> Owen Fiss, "Law according to Yale," in Myers S. McDougal y W. Michael Reisman, eds., *Power and Policy in Quest of Law*, 1985, p. 417. Traducido al castellano por Martín Bohmer bajo el título "El derecho según Yale", publicado en Martín Bohmer, ed., *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 25

dominante en América Latina, lo jurídico se refiere estrictamente al estudio dogmático de la letra de la ley y de los procedimientos legales ante las cortes, concibiendo al derecho como una disciplina aislada del resto del conocimiento humano, y en particular de las ciencias sociales. Owen se refiere a este punto específica y directamente:

“El tipo de abogacía que la sociedad espera de un abogado se encuentra limitada. Algunos de los límites respecto de lo que el abogado puede hacer o decir en nombre de un cliente son impuestos por las leyes penales, las reglas de responsabilidad civil, o los cánones profesionales; otros son establecidos por los escrúpulos; y otros surgen a partir de un entendimiento correcto acerca del propósito del sistema jurídico y del rol del abogado en ese sistema. Todos estos límites varían con el tiempo, y dependen del contexto. No pueden ser comprendidos sin recurrir a las enseñanzas de la filosofía, la economía, la sociología, la historia – y probablemente la teología. (...) El cuerpo de profesores de Yale incluye un gran número de personas que han completado sus programas de formación de grado o profesional en economía, filosofía, ciencia política, historia, psicoanálisis y sociología – es importante destacar que ninguno de nosotros entiende que la ausencia de este tipo de capacitación sea una limitante de nuestra capacidad de pronunciarnos sobre estos temas (de hecho, todos nosotros parece que somos antropólogos culturales).<sup>9</sup>

El formalismo no es privativo de la tradición del *civil law*, pero la fuerza de la marca del formalismo en nuestra cultura jurídica de tradición continental es tan o más profunda que la que existió en el debate académico de la tradición del *common law* de los Estados Unidos hasta la aparición del realismo jurídico a comienzos del siglo XX<sup>10</sup>. Esta impronta de nuestra tradición ha inducido a juristas, jueces y abogados de Argentina y quizá de buena parte del resto de América Latina, a pensar que el derecho es una disciplina autónoma desconectada tanto de las ciencias sociales como de la filosofía, así como también de otras disciplinas como las mencionadas por Fiss como necesarias para identificar los fines y propósitos de las instituciones jurídicas y del rol mismo de los abogados, como el psicoanálisis, la historia, las matemáticas, la antropología, o incluso la teología. La formación de los

---

<sup>9</sup> Fiss, op. cit., “Law according to Yale”, p. 419-420. Cita original: “the kind of advocacy society allows a lawyer is a limited one. Some of the limits on what a lawyer can do or say on behalf of a client are imposed by criminal statutes, liability rules, or professional canons; others by personal scruples; and still others by a true understanding of the purpose of the legal system and the role of the lawyer in that system. All of these limits vary from time to time, and from context to context; they cannot be understood without a regard for the teachings of moral philosophy, economics, sociology, history -- and probably theology. (...) Yale faculty includes a large number of people who have completed graduate or professional training programs in economics, philosophy, political science, history, psychoanalysis and sociology -- not, mind you, that any of us perceives the absence of such training as a limitation on our capacity to profess on those subjects (at the moment we all seem to be cultural anthropologists).”

<sup>10</sup> Brian Z. Tamanaha, *Beyond the Formalist – Realist Divide. The Role of Politics in Judging*, Princeton University Press, Princeton y Oxford, 2010, Parte 1.

abogados en la mayoría de nuestras facultades de derecho de la región han aislado y tabicado el derecho y su enseñanza respecto del resto del conocimiento humano, quizá justamente por una concepción del derecho que permite pensar que la labor del abogado se limita y circunscribe a conocer y aplicar un texto legal que posee un significado autoevidente cuya identificación no requiere de un conocimiento que se extienda más allá de la pura lógica necesaria para establecer razonamientos silogísticos correctos. Insisto en señalar que esta tendencia no es privativa de la tradición continental, y prueba de ello es, por ejemplo el mismo texto de Owen Fiss titulado “El juzgar como práctica”,<sup>11</sup> donde reacciona críticamente frente a los trabajos de Michael Perry<sup>12</sup> y John Hart Ely<sup>13</sup>, quienes en su visión negadora de la interpretación y su concepción del juez como fonógrafo de la ley, se acercan a la noción continental de que frente al significado evidente del texto del Código, los jueces deben comportarse como la mera boca de la ley.<sup>14</sup> La dogmática jurídica, criticada por Nino por suponer que puede prescindir de las decisiones valorativas al momento de asignar significado a la ley<sup>15</sup>, es justamente el método que la mayoría de las facultades de derecho le proveen a los futuros abogados para resolver los complejos dilemas jurídicos que se le presentarán en el futuro, método que evita considerar que el trabajo de desentrañar el significado de la norma requiere, siguiendo a Fiss y a Nino, desenterrar los valores y principios que subyacen al texto legal y que le dan sentido.

Owen y Nino, Yale y muchas de nuestras escuelas de derecho, desearon y desean romper con esta guetización y aislamiento del derecho que no sólo es infundada sino que, además, es imposible. El SELA, en este sentido, ha sido un proyecto construido sobre la conciencia de la interdisciplinariedad del derecho y su vinculación inescindible con la sociología, la economía, la filosofía, la ciencia política e incluso el arte, la literatura o el cine.

### **Abogacía (Lawyering)**

Owen sostiene que *Yale Law School* forma abogados, no académicos -- o al menos no sólo académicos -- y afirma que cuando describe a *Yale Law School* como una institución académica, no se está refiriendo a la carrera que algunos de sus graduados emprenden como profesores y *scholars* en las mejores universidades de lo Estados Unidos y del resto del mundo. Sostiene que aquello a lo que sí se refiere

---

<sup>11</sup> La traducción del título es mía, la versión original es “Judging as a practice”, en Owen Fiss, *The Law as it could be*, New York University Press, New York, 2003, pp. 172-190.

<sup>12</sup> Michael Perry, *The Constitution, the Courts, and Human Rights*, Yale University Press, New Haven, 1982.

<sup>13</sup> John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980.

<sup>14</sup> Ver también el debate entre Owen Fiss y Stanley Fish a través de sus textos “Objectivity and Interpretation”, en Owen Fiss, *The Law as it could be*, New York University Press, New York, 2003, pp.149-171, y Stanley Fish, “Fish v. Fiss”, *Stanford Law Review* 36, Julio de 1984, pp. 1325-1347.

<sup>15</sup> Carlos S. Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Universidad Autónoma de México, México, 1974. Ver también, Christian Curtis and Alberto Bovino, “Por una dogmática conscientemente política,” en Christian Curtis (ed.), *Desde otra mirada* Eudeba, Buenos Aires, 2001.

cuando identifica a Yale con una institución académica, es al tipo de educación que reciben sus alumnos, la cual los prepara mejor que ninguna otra para practicar la profesión de abogado<sup>16</sup> y que consiste en una fusión (*blend*) entre la formación académica y la profesional<sup>17</sup>. Un buen abogado, desde esta perspectiva, es el profesional que, además de conocer el contenido de la ley, es capaz de indagar en la justificación de una institución jurídica con el fin de determinar el alcance de la norma cuya interpretación está intentando desarrollar. En este sentido, así como Fiss anticipa críticas a la enseñanza del derecho que se identifican con su Escuela de Leyes, sosteniendo que en Yale se enseña derecho, no filosofía, ahora se anticipa nuevamente, pero esta vez a los que sostendrán que la enseñanza del derecho desde esta perspectiva interdisciplinaria y consciente de las justificaciones filosóficas de las instituciones jurídicas forma mejores y no peores abogados. En línea con esta perspectiva que ofrece Fiss acerca de qué es lo que constituye la buena abogacía, es posible afirmar que los proyectos articulados y desarrollados por muchas de nuestras facultades de derecho y que se encuentra en el ADN del propio SELA, apuntan a la formación de mejores abogados. Estos no son proyectos marginales diseñados para y por académicos desconectados de la profesión de la abogacía, sino que constituyen emprendimientos tendientes a impulsar un enfoque particular respecto de una mejor forma de educar a nuestros futuros profesionales. Fiss nos sugiere que la distinción entre escuelas profesionales y académicas no radica en que las primeras forman abogados y las segundas no, sino en que la formación académica contribuye de un modo más completo y acabado a la formación de abogados que tendrán una mejor *performance* en el ejercicio de su profesión que aquellos que no la reciben. Que los alumnos se expongan al proceso por medio del cual sus maestros, a veces con los estudiantes, a veces con sus colegas, a veces consigo mismos, se vean dudando, problematizando, indagando con esfuerzo en los propósitos y justificaciones adecuadas de las normas e instituciones jurídicas, los formará mejor en la práctica profesional de imaginar escenarios, ensayar teorías, articular justificaciones de posturas propias, anticiparse a los argumentos de sus colegas en un pleito o en la redacción de normas y contratos. Esa era la idea detrás de la que fuera una característica especial y muy positiva de nuestras primeras emisiones del SELA y que consistía en contar con la participación de estudiantes de las diferentes escuelas de derecho participantes, para que vieran en los hechos la práctica de la discusión académica de los profesores responsables de su formación como abogados y abogadas.

Esta concepción acerca de la abogacía como una profesión cuya práctica se extiende más allá de la mera aplicación dogmática de los textos legales, resulta relativamente contracultural en un contexto dominado por una concepción formalista del derecho que se ve estimulada por los presupuestos de la tradición civilista dominante en nuestra región. Una tradición que pone su énfasis en la redacción de Códigos completos, abarcativos de todas las posibles situaciones alcanzadas por la ley, cuya aplicación se espera sea prácticamente automática, será refractaria de este tipo de formación de profesionales para la abogacía en el sentido que la define Fiss. Si bien muchas de nuestras escuelas de derecho están experimentando con métodos de enseñanza más modernos e innovadores, lo cierto es que la cultura jurídica dominante en nuestra región, en línea con la

---

<sup>16</sup> Fiss, op. cit., "Law according to Yale", p. 421

<sup>17</sup> Fiss, op. cit., "Law according to Yale", p. 418.

mayoría de los países de tradición continental, pone el énfasis en el estudio de los Códigos como sinónimo de memorización de sus cláusulas y la ausencia de deliberación en las aulas en torno a interpretaciones alternativas, teorías justificatorias o incluso debates jurisprudenciales. Si bien es probable que entre los participantes del SELA haya un altísimo porcentaje que no comparten o se sienten identificados con estos rasgos de nuestra tradición jurídica, lo cierto es que la abrumadora mayoría de nuestros colegas continúan concibiendo al derecho y a la formación de los abogados guiados por los presupuestos del formalismo más rancio.

### **Anarquía, comunidad y ciudadanía académica**

La concepción del derecho que defiende Fiss también alimenta su concepción acerca de lo que una comunidad académica debe ser y, en particular el modo en que el *faculty* de una escuela de derecho académica desarrolla su actividad profesional cotidiana. Además, esa concepción del derecho y esa concepción acerca de la actividad académica jurídica también determinan el armado de la oferta de cursos que propone la institución a los alumnos y futuros abogados.

Para Fiss, una facultad de derecho es, o debería ser, esencialmente una “anarquía organizada”.<sup>18</sup> Es anarquía porque la decisión acerca de lo que cada profesor enseñará, queda prácticamente librado a su más absoluto criterio, al igual que incluso el momento en que quiere dictar su curso (Fiss aclara, no sin ironía, que la excepción a este principio se corresponde con aquellos “muy raros momentos en que intervienen el decano y otras personas preocupadas por cuestiones de la más alta importancia, tales como por ejemplo la acreditación”).<sup>19</sup> Owen destaca que la libertad académica, en la mayoría de las facultades de derecho de los Estados Unidos, se reserva para la labor de investigación que los profesores desarrollan, reconociendo el aspecto individualista del trabajo creativo que llevan adelante. Pero en Yale, esa libertad también alcanza al aula. Owen afirma: “creemos que enseñar nos crea el mismo tipo de exigencias sobre nuestras capacidades creativas que aquellas que nos impone la investigación académica, creemos en la unidad esencial entre enseñar e investigar. El aula es el taller de donde surge nuestra actividad como investigadores y a donde ella regresa.”<sup>20</sup> Fiss reconoce que esta libertad tiene costos: no hay clases los viernes a la tarde, se multiplican los cursos sobre *judicial review* – aunque algunos de ellos se disfracen con nombres que ocultan la verdadera temática de la clase –, o no se ofrecen cursos en algunas áreas, lo que hace difícil para un estudiante acumular un conocimiento equilibrado en cuanto a los tópicos o la posibilidad de profundizar en una temática en particular. Pero esto no preocupa a Fiss pues su concepción sobre la experiencia educativa no consiste en la acumulación de conocimiento. En sus palabras, “la experiencia educativa consiste en el intercambio de ideas entre el estudiante y sus profesores, y el carácter y la calidad de ese intercambio depende de lo que cada uno de los participantes tiene para decir”, y sintetiza: se trata más de una cuestión

---

<sup>18</sup> Fiss, op. cit., “Law according to Yale”, p. 421.

<sup>19</sup> Fiss, op. cit., “Law according to Yale”, p. 421.

<sup>20</sup> Fiss, op. cit., “Law according to Yale”, p. 421.

de formas que de sustancia.<sup>21</sup> Esta visión acerca de la experiencia educativa se relaciona, una vez más, con el tipo de abogado que Fiss tiene en mente y cuya formación están en manos de las facultades de derecho. Es cierto, reconoce, que el armado de la oferta de cursos de acuerdo con las líneas expuestas puede generar *gaps* o vacíos en la formación de los futuros abogados, pero ¿es eso lo importante? ¿O lo que importa es formar abogados capaces de desempeñarse como tales aún cuando la realidad sobre la que operarán y las normas que aplicarán cambien radicalmente con el paso de los años? Owen dice que lo que más importa es satisfacer las necesidades de abogados que alcanzarán el pico de su carrera en el futuro, veinticinco o treinta años después de dejar atrás las aulas de la Facultad. En definitiva, ¿quién estaría mejor posicionado para cubrir esos vacíos con exigencias curriculares? ¿El Decano? ¿O, dice Fiss, aún peor, algún comité? Para Owen, los estudiantes aprenden sobre todo gracias “al amor que siente [el profesor] por el tema que trabaja y al tipo de curiosidad que ese amor genera”.<sup>22</sup> En síntesis, para Owen, la solución al problema de los vacíos o *gaps* en el curriculum de la carrera de abogacía no se soluciona resignando la libertad de los docentes sometiéndose a un autoridad central, sino que ella debe buscarse en el sentido de responsabilidad de los profesores respecto de la formación que deben recibir sus alumnos, y manteniendo la mayor diversidad posible dentro del claustro docente. Es cierto que estas metas no son sencillas, pero llenar todos los vacíos tampoco es fácil, o seguramente será imposible.

Este proyecto fisseano, o propio de su amada Escuela de Derecho, parece muy lejano para quienes venimos de realidades muy diferentes. En Argentina, el contenido de la carrera de abogacía es definido, quizá por aquella concepción del derecho que alimenta nuestra tradición continental, por un autoridad central que, además, no es el temido Decano o la aún más temida Comisión de Profesores a la que alude Fiss, sino el Estado, que establece cómo debe ser la formación de los abogados sobre el supuesto de que la experiencia educativa consiste en la acumulación de conocimiento y la erradicación de los *gaps*. Algunos de nuestros planes de estudios admiten algún porcentaje marginal de materias cuyo contenido depende de la voluntad de los docentes y de sus agendas de investigación y que brindan algún grado de diversidad temática a los alumnos, pero el centro dominante de la carrera de abogacía de nuestras Facultades de Derecho son materias obligatorias con contenidos definidos. Una concepción del derecho como texto codificado define el contenido del curriculum de la carrera de abogacía y limita la libertad académica de los docentes así como la experiencia educativa de los estudiantes contorneando un modelo que está en las antípodas del descrito por Fiss como deseable. Para nuestro propio aliento, ni siquiera en ese lugar ideal descrito por Owen todo es perfecto. Este es el fruto de muchas idas y vueltas. En la propia historia de Yale pueden observarse experiencias más parecidas a las nuestras, como por ejemplo la de la creación del denominado *Divisional Program*, guiado por la aspiración de lograr que el estudiante acumule o agregue conocimiento y se desarrolle como experto. Este Programa tenía por objeto organizar mini-departamentos que serían responsables por el diseño de los cursos relacionados con sus campos respectivos, pero ello fue considerado como

---

<sup>21</sup> Fiss, op. cit., “Law according to Yale”, p. 421.

<sup>22</sup> Fiss, op. cit., “Law according to Yale”, p. 421.

demasiado intrusivo por los profesores y hoy sólo quedan algunos vestigios de ese programa.<sup>23</sup>

El SELA, una vez más, influido por esta concepción fisseana sobre la enseñanza y el aprendizaje del derecho, es un humilde pero a la vez ambicioso proyecto de generar un espacio en el cual esa libertad y esa experiencia educativa se pongan en práctica en nuestra región, quizá con la secreta aspiración de que algo de este proyecto transpire en nuestras facultades de derecho.

Pero Fiss también nos recuerda que no todo es anarquía en su modelo ideal de Facultad de Derecho. Esa anarquía, que se corresponde con la faceta individualista de nuestra actividad académica, es organizada por medio del carácter comunal de la experiencia educativa. Para Owen, el proyecto educativo es una empresa de naturaleza comunitaria, y ella se experimenta en todas aquellas situaciones en las que los profesores nos vemos involucrados en discusiones sobre los temas jurídicos que nos quitan el sueño y que tienen lugar en el café de la mañana, en el almuerzo con nuestros colegas o en los seminarios o *workshops* de profesores.<sup>24</sup> Owen se detiene en la importancia de estos últimos como institución necesaria dentro de una Facultad de Derecho. Reconoce que las discusiones profundas entre colegas son difíciles de sostener en el tiempo. Justamente ese individualismo propio de la actividad académica que nos empuja a concentrarnos en nuestros propios intereses, además del hecho de que siempre estamos muy ocupados, nos alejan de la posibilidad de sostener un diálogo serio y profundo con nuestros compañeros de *faculty*. Pero instituciones como esos seminarios – el ejemplo paradigmático es el *Legal Theory Workshop* quincenal del *Yale Law School* – son la plataforma ideal e imprescindible para discutir los trabajos en proceso de preparación. El *paper*, dice Owen, “provee del texto común que es necesario para provocar y unificar una discusión seria entre colegas”.<sup>25</sup> Discutir sobre ideas, además de divertido, asegura Fiss, es una forma de educación continua, una fuente de renovación y crecimiento intelectual que nos obliga a revisar nuestras certidumbres, aprender sobre nuevos desarrollos en campos que nos son ajenos o incluso en el propio, y nos ayuda a combatir la estrechez de nuestra atención y en la que es tan fácil caer en la vida académica.<sup>26</sup> El SELA, una vez más, para quienes no lo hayan descubierto aún, es una especie de exportación del *Legal Theory Workshop*, con todas sus implicancias acerca del carácter anárquico y comunal de la experiencia educativa y, una vez más, un intento de llevar esa experiencia al interior de nuestras Facultades de Derecho en América Latina, en las que instituciones como estos seminarios son tan poco comunes. Debo reconocer que tuve la suerte de participar por algunos pocos años de lo más parecido que conocí en la Universidad de Buenos Aires a esos *workshops*: me refiero al seminario de los viernes de Carlos Nino. No es una casualidad. Encuentro una continuidad evidente entre las ideas de Nino sobre la actividad académica y las ideas de Fiss. Entre aquel seminario de los viernes, el *Legal Theory Workshop* y el SELA. Esa continuidad está dada por la concepción de Nino y de Fiss sobre el modo en que se construye el

---

<sup>23</sup> Ver Freilich, “The Divisional Program at Yale: An Experiment for Legal Education in Depth”, 21 *Journal of Legal Education* 443 (1969), citado por Fiss en “Law according to Yale”.

<sup>24</sup> Fiss, op. cit., “Law according to Yale”, p. 422.

<sup>25</sup> Fiss, op. cit., “Law according to Yale”, p. 422.

<sup>26</sup> Fiss, op. cit., “Law according to Yale”, p. 423.

conocimiento y se desarrolla la actividad académica. En octubre de 2013 homenajeamos la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo la memoria de Carlos Nino a veinte años de su muerte. En aquel encuentro, del que participó Owen, Diana Maffía, una de las más lúcidas filósofas argentinas que había sido discípula de Nino en la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico, sostuvo que fue el único jurista argentino que “preparó su propia sucesión en una comunidad dialógica, que creó una comunidad epistémica con un grupo de jóvenes con ideas muy diferentes (liberales conservadores, liberales sociales, comunitaristas) pero que compartían principios y métodos de discusión. Nino necesitaba esa comunidad epistémica para pensar y escribir, y en esa comunidad tendió puentes humanos e intelectuales. Intelectuales porque se nutrió tanto de la filosofía analítica como de la continental (como de la filosofía crítica de la Escuela de Frankfurt, o de la filosofía kantiana, o la de Hannah Arendt), que hoy puede ser frecuente encontrar en diálogo, pero que se ignoraban una a la otra en los ‘70s y los ‘80s. Pero también tendió un diálogo humano viajando y trayendo textos para discutir en los seminarios, e invitando a sus pares a visitar nuestro país y producir un intercambio con los grupos académicos en los que participaba.”<sup>27</sup> Este proyecto de comunidad dialógica es también el que nutre al SELA y que subyace a la noción de Owen Fiss sobre la actividad académica. Para Owen es imposible pensar y escribir sin ser parte de este tipo de comunidades.

Pero me pregunto, una vez más, ¿la ausencia de instituciones y prácticas como ésta en nuestro medio es un evento sin causa o existe alguna relación entre la cultura que genera nuestra tradición jurídica y la casi completa falta de interés en este tipo de hábitos colectivos? ¿Podríamos establecer un vínculo entre los presupuestos de la tradición continental y la falta de consideración acerca de la crucial importancia de estas prácticas profesionales? Nuestra concepción acerca del derecho – como texto y nada más que texto – y el conocimiento del derecho – como acumulación de información – no demanda de esta educación continua mutuamente impartida por espacios de deliberación comunitaria. Es cierto que abundan las conferencias y seminarios en nuestras facultades de derecho, pero ¿cuántas de ellas se parecen al SELA? ¿En cuántos de nuestros encuentros académicos discutimos nuestros *papers* o atravesamos juntos un proceso de reflexión y crítica? Si la respuesta es “en casi ninguno”, la pregunta que invito a formularnos es ¿por qué?

Owen afirma que “la calidad de una institución académica depende de la profundidad y diversidad de su cuerpo docente, quienes dan forma al curriculum de la facultad y son responsables de la producción académica, del carácter de su biblioteca y del tipo de estudiantes que esa institución atrae.”<sup>28</sup> Pero también agrega que así como aquellos que forman parte de la comunidad académica dan forma a la institución, una institución con ideales y perfil propio, como sucede con

---

<sup>27</sup> La presentación de Diana Maffía en aquel evento fue oral, pero agradezco el que se haya tomado el trabajo de reproducirla por escrito a través de un correo electrónico con miras a que yo pueda referirme a ella con mayor precisión. Sobre la noción de comunidad académica a la que se refiere Maffía, ver Luis Villoro, *Creer, saber, conocer*, México, Siglo XXI, 1982. Ver también Mario Teodoro Ramírez, “Sabiduría y comunidad. Correspondencia entre la epistemología y la filosofía política de Luis Villoro” (falta precisar cita).

<sup>28</sup> Fiss, op. cit., “Law according to Yale”, p. 420.

Yale, da forma al carácter y comportamiento de sus miembros.<sup>29</sup> Fiss vuelve aquí al carácter comunal o comunitario de la experiencia educativa. En otro de sus trabajos sugerentemente titulado “Hacer café y otras obligaciones del ciudadano”<sup>30</sup>, Owen se detiene sobre aquellos lazos que hacen que un grupo de profesores conformen un *faculty*, que convierten a un grupo de individuos y de individualidades en una comunidad académica. Esa comunidad, como si fuera una comunidad política, encarna valores que se traducen en derechos pero también en obligaciones. Pero Owen soslaya un factor crucial para la conformación de una comunidad, quizá porque toma por dado algo que en nuestros países es tan difícil de lograr: que los miembros de la comunidad “residan” en el mismo espacio geográfico. Dejando las metáforas a un lado, me refiero a la enorme dificultad de muchas de nuestras facultades de derecho para contar con una masa crítica de profesores de tiempo completo (y también de alumnos de tiempo completo) que se dediquen profesionalmente a la academia (en el sentido de investigación y de enseñanza). Sin ese pre-requisito, la comunidad no puede existir o su existencia es casi imposible, y así tampoco existirán las prácticas que Fiss considera parte esencial de la experiencia educativa o existirán de un modo débil o defectuoso.

Finalmente, esa comunidad a la que se refiere Owen, también emulando otras comunidades como por ejemplo las políticas, es esencialmente transgeneracional. El diálogo académico que Fiss considera vital para la experiencia educativa debe trascender generaciones y perpetuarse en el tiempo. Del mismo modo en que el derecho es una práctica, la academia jurídica también lo es, y por eso la especial atención que Owen siempre le ha prestado a los más jóvenes. Por supuesto, se ha tratado de afecto y afinidades, pero no sólo de ello. La noción de que el derecho es una construcción que involucra sobre todo a los abogados, exige que las instituciones académicas – en el sentido de las facultades y de los *workshops* – se preocupen por comprometer a las generaciones futuras en esta práctica temporalmente infinita que es la búsqueda de la verdad y la construcción del derecho.<sup>31</sup>

## Democracia

Todos somos concientes de lo mucho que se ha escrito sobre los fines de la Universidad. Por supuesto, una institución tan antigua ha atravesado diferentes momentos históricos y sus objetivos han ido variando con el tiempo. Esos fines, además, y desde un punto de vista descriptivo, pueden ser diferentes, incluso en la actualidad, dependiendo del contexto en que la universidad funcione. Owen se ha detenido en este tema, sobre todo en los últimos años, y ha llamado nuestra atención sobre la relación que existe, o que debe existir, desde un punto de vista normativo, entre el rol de la Universidad moderna y el funcionamiento adecuado del régimen democrático. Pero este vínculo, según él, no se agota en un argumento de teoría política o de diseño institucional, sino que su posición se centra en un argumento constitucional.

---

<sup>29</sup> Fiss, op. cit., “Law according to Yale”, p. 420.

<sup>30</sup> Owen Fiss, “Making coffee and other duties of citizenship”, 91 *Yale Law Journal* 224, 1981-1982.

<sup>31</sup> Ver Owen Fiss, op.cit., “A confession”, p. 6.

Es muy conocida la influyente teoría de Owen sobre la libertad de expresión como precondition para el funcionamiento de la democracia como sistema de autogobierno ciudadano<sup>32</sup>, así como su lectura de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos interpretando la protección que brinda esa cláusula a la libertad de expresión en el sentido de que su propósito, cuya identificación es fundamental para interpretar la norma según Fiss, es el de asegurar la discusión más amplia, diversa y robusta posible, en línea con lo dispuesto por la Corte Suprema de su país en el caso *New York Times v. Sullivan*. En el año 2008, en Buenos Aires, Owen recibió el Doctorado Honoris Causa de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo y, en aquella ocasión, en la Ciudad de Buenos Aires, presentó un breve pero medular trabajo titulado “Las dos caras del estado”<sup>33</sup>, donde daba más detalles de su teoría sobre la libertad de expresión, esta vez con especial referencia a las obligaciones constitucionales del Estado frente a lo que él denominó “censura empresarial” o *managerial censorship*. En 2011 volvió a Buenos Aires y presentó un trabajo excepcional en la Universidad de Buenos Aires al que tituló “El rol democrático de la Universidad”<sup>34</sup>. En él presenta sus ideas sobre la libertad académica y la relación que existe entre ella y la libertad de expresión entendida, como venía defendiendo por décadas, como precondition de la democracia, como por ejemplo a través de sus obras ya mencionadas, tal como su presentación en Palermo. Muchas de las ideas vertidas en sus trabajos sobre libertad de expresión en los que se refería en especial al ejercicio de la libertad de prensa, se han convertido en los argumentos centrales de su defensa de la libertad académica, la autonomía de la Universidad respecto de la autoridad estatal y las obligaciones que esa institución tiene respecto de la calidad de la democracia. En este sentido, Owen nos dice que, sin ánimo de subestimar el importante rol que la prensa juega en el proceso de informar a la opinión pública, él desea llamar nuestra atención sobre “el papel que juega la universidad en este proceso de educación y explicar cómo el principio de libertad académica – que durante mucho tiempo ha protegido la universidad libre – puede albergarse en la Constitución”.<sup>35</sup> Fiss asegura que todas las áreas de la universidad realizan su contribución a la calidad y robustez del debate democrático. Los departamentos de ciencia política, economía, sociología y derecho, por ejemplo, se dedican al descubrimiento y disseminación de conocimientos relacionados con las políticas públicas, analizan las propuestas de los candidatos a cargos públicos y estudian el modo en que esas políticas son implementadas por el gobierno democrático. También reconoce un rol fundamental para el buen funcionamiento de la democracia a los departamentos de filosofía, literatura y humanidades en general, pues ellos contribuyen a la formación de los valores morales y políticos que guían las decisiones de la sociedad. También dirige nuestra atención los aportes del

---

<sup>32</sup> Owen Fiss, *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press, Cambridge, 1996.

<sup>33</sup> Owen Fiss, “Las dos caras del estado”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo...* También publicado en Owen Fiss, *Democracia y disenso. Una teoría de la libertad de expresión*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2010, pp. 145-157.

<sup>34</sup> Owen Fiss, “The Democratic Mission of the University”, conferencia de investidura como Doctor Honoris Causa y la primera conferencia en homenaje a Carlos S. Nino en la Universidad de Buenos Aires, que tuvo lugar el 6 de octubre de 2011. Fue publicada un traducción realizada por María Luis Piqué bajo el título “La misión democrática de la Universidad” en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 10, Número 20, 2012, pp. 269-286, Buenos Aires.

<sup>35</sup> Fiss, op. cit., “La misión democrática de la Universidad”, p. 270.

conocimiento científico, las ciencias físicas y las biológicas al sistema democrático de gobierno, permitiéndole a los individuos entenderse a sí mismos y al mundo que los rodea.<sup>36</sup>

Otro rasgo fundamental de las universidades modernas en contextos democráticos es la generación de líderes sociales. En este sentido, Owen asegura que “el conocimiento generado por las universidades constituirá un recurso público, un tesoro natural, disponible para todos aquellos que participen en la vida pública de la Nación. De la misma manera, la perspectiva crítica será inculcada a través de la educación universitaria. No todos van a poder acceder a ella, pero la esperanza es que aquellos que sí accedan influyan en la opinión pública y se conviertan en líderes de la Nación.”<sup>37</sup>

En suma, Owen culmina sosteniendo que “en el corazón de la universidad está la expresión”. Conferencias, clases, entrevistas o artículos en los medios de comunicación masiva o especializada, opiniones de los alumnos en clase o fuera de ella, exámenes, monografías, investigaciones de profesores y de alumnos, son formas de expresión que constituyen modos de generación y de diseminación de conocimiento, a los que Owen denomina “actividades nucleares de la universidad”, las cuales están, según él, protegidas por la Constitución y por el principio de libertad académica. La investigación, la comunicación de sus resultados e incluso la selección de los profesores y de los alumnos, estarían entonces protegidas por la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.<sup>38</sup> La libertad académica que Fiss denomina “externa” opera como protección frente a la intervención del Estado, por ejemplo, aquella que intente controlar el curriculum. El control de la actividad universitaria estaría dado sólo por las normas de la disciplina académica, pero nunca por la regulación gubernamental. Es también preciso decir que Owen sostiene que esta protección de la actividad académica no impide *todo tipo* de intervención estatal, pero exige un escrutinio estricto, en el sentido de que se presume que la interferencia es inválida a menos que el estado demuestre un interés urgente y que el modo de injerencia es el menos intrusivo.<sup>39</sup>

Además de esa libertad académica externa que opera contra ingerencias indebidas del Estado, existe según Owen una libertad académica interna, esta vez referida a la protección de los profesores y alumnos respecto de ingerencias indebidas de aquellos que gobiernan la universidad. Estos últimos pueden querer silenciar a un miembro de la comunidad universitaria por diferentes razones, como pueden ser la presión externa de financiadores de la universidad; o bien por estar en desacuerdo con lo que expresa ese profesor o alumno por motivos políticos, morales o religiosos. Pero estas interferencias son inconsistentes con los fundamentos de la autonomía que reclama la universidad, pues contradicen la propia razón de ser de esta institución.<sup>40</sup> La única interferencia legítima por parte

---

<sup>36</sup> Fiss, op. cit., “La misión democrática de la Universidad”, p. 270.

<sup>37</sup> Fiss, op. cit., “La misión democrática de la Universidad”, p. 272.

<sup>38</sup> Fiss, op. cit., “La misión democrática de la Universidad”, p. 274.

<sup>39</sup> Fiss, op. cit., “La misión democrática de la Universidad”, p. 275.

<sup>40</sup> Aquí Fiss cita a Robert Post C., *Democracy, Expertise, Academic Freedom: A First Amendment Jurisprudence for the Modern State*, 2012. Ver también Matthew W. Finkin y Robert C. Post, *Para el bien común. Principios de la libertad académica en Estados Unidos*, Colección de Ciencias Jurídicas, Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2012.

de las autoridades de la universidad es la basada en criterios académicos. La libertad externa y la libertad interna persiguen los mismos fines, se fundan en los mismos principios y reciben la protección de la Primera Enmienda en la medida en que ella es interpretada sobre la base del fin de proteger el debate democrático robusto.<sup>41</sup> Fiss termina su *paper* afirmando que una sociedad libre requiere de universidades libres,<sup>42</sup> y yo agregaría que esas universidades libres tienen la obligación ciudadana de comprometerse con el debate democrático. No hay debate democrático robusto sin investigación y producción de conocimiento por parte de las Universidades. Ese compromiso con la democracia y la política, entendida en el mejor de los sentidos, siempre estuvo presente en el SELA por medio de la Mesa Redonda sobre Democracia, que en cada edición de nuestro encuentro anual se detienen para entender mejor y discutir la realidad política de nuestros países. Esa Mesa Redonda no es un desvío de nuestro emprendimiento académico, no es un *break* en medio de cinco o seis agotadores paneles académicos, esa Mesa Redonda representa y evidencia el compromiso de nuestro proyecto académico con la democracia de América Latina. No estoy seguro de recordar de quién fue la idea de contar con esa Mesa Redonda, pero sospecho quién fue el responsable de que la incluyéramos.

### Sobre pliegues, orillas y bordes

Estoy convencido de que mi educación ha estado y está en manos de aquellas personas con las que comparto mi trabajo y mis proyectos, y, en este aspecto, he sido muy afortunado. Una de esas personas ha sido Martín Böhmer. Debo a Martín, entre otras cosas, el haber llevado mi atención hace ya muchos años al libro de Beatriz Sarlo titulado *Borges: Un escritor en las orillas*.<sup>43</sup> Sarlo reflexiona allí sobre su interpretación de la obra del clásico autor argentino y le adjudica haber sido un escritor ubicado en la orilla de la literatura universal, sin dejar de ser un autor local.<sup>44</sup> Para alcanzar el éxito en esta compleja empresa, Borges tuvo que re-interpretar el pasado literario argentino de modo tal que le fuera posible apoyarse en él para poder producir el pliegue que lo colocaría en el borde entre dos mundos. La orilla puede entenderse como confín, pero también como límite, frontera o borde; final o margen de un territorio o filo bifronte, transición entre dos dominios.<sup>45</sup> Para Sarlo, Borges se autoubica en esa orilla que separa la ciudad, su ciudad, Buenos Aires, y el campo; entre lo universal y cosmopolita, y lo local. Borges se coloca en ese pliegue e intenta proyectarse a partir de él. El pliegue, como el terciopelo: tiene dos texturas dependiendo del lado que se lo palpe.<sup>46</sup> El pasaje de un mundo al otro, dice Sarlo, o dice Borges, es más sencillo para el escritor latinoamericano cuya tradición es tenue y liviana, su pasado es corto e inconsistente. Su experiencia es opuesta a la del autor europeo, cuya dificultad

---

<sup>41</sup> Fiss, op. cit., "La misión democrática de la Universidad", p. 281.

<sup>42</sup> Fiss, op. cit., "La misión democrática de la Universidad", p. 286.

<sup>43</sup> Beatriz Sarlo, *Beatriz Sarlo, Borges: Un escritor en las orillas*, Seix Barral, 1993.

<sup>44</sup> Sarlo op. cit., *Borges: Un escritor en las orillas*, p. 47.

<sup>45</sup> Sarlo op. cit., *Borges: Un escritor en las orillas*, p. 47.

<sup>46</sup> Susan Sontag, *The Complete Rolling Stone Interview*, Yale University Press, New Haven, 2013.

reside en la imposibilidad de desprenderse o de desmarcarse de la tradición que lo precede, que es antigua y pesada.<sup>47</sup>

Creo que algunos de nosotros nos sentimos en un pliegue similar en el mundo del derecho. Particularmente en Argentina, pero quizá algunos de mis colegas de América Latina puedan sentir lo mismo. La tradición jurídica en la que se suele ubicar a los países de nuestra región es la continental, con lo que ello implica en materia de visiones acerca de cómo entender el derecho, la profesión de los abogados, la actividad académica y la práctica de juzgar en los tribunales. Pero esa pertenencia a la tradición cultural del derecho civil no es tan clara o tan pura. Muchos de nuestros países, por cierto ese es el caso de Argentina, han adoptado una práctica constitucional y un modelo de control de constitucionalidad inspirados en la tradición de los Estados Unidos, con lo que ello implica en materia de visiones acerca de cómo entender el derecho, la profesión de los abogados, la actividad académica y la práctica de juzgar en los tribunales. El sistema jurídico argentino ha importado desde su mismo nacimiento en el siglo XIX, incluso unos pocos años antes de la adopción de su Código Civil de 1864, una Constitución que guarda fuertes semejanzas con la de los Estados Unidos, y un modelo de control de constitucionalidad casi idéntico al surgido en ese país a partir de la decisión tomada por la Corte Suprema en *Marbury v. Madison*.<sup>48</sup> La Constitución argentina se sancionó en 1853 y el caso *Sojo*, émulo de *Marbury*, fue decidido por nuestra Corte Suprema en 1863. Por su parte, el Código Civil fue sancionado en 1864. En otro trabajo señalé de qué modo, casi teatral, esta confluencia de tradiciones se vio corporizada en los dos grandes juristas argentinos del siglo XIX: Juan Bautista Alberdi, redactor del proyecto de Constitución, y Vélez Sarsfield, autor del proyecto de Código Civil. A comienzos de la segunda mitad de ese siglo ambos abogados acometieron, por separado, la construcción del sistema jurídico que nos legaron y que continúa vigente hasta el día de hoy.<sup>49</sup> Vale la pena mencionar que ambos juristas se conocían al punto de que, luego de sancionada la Constitución y habiéndole encargado el Presidente Domingo F. Sarmiento la redacción del Código Civil a Vélez Sarsfield, este último le envió su proyecto a Alberdi para conocer su opinión. A partir de esa iniciativa de Vélez surge un intercambio epistolar, que analizo en extenso en aquel trabajo, y que creo representa un cruce simbólico de las tradiciones jurídicas que confluyeron en la creación del sistema legal argentino: el modelo civilista y el constitucionalismo madisoniano. El sistema jurídico argentino se desarrolló así en un pliegue, surgió de dos tradiciones culturales y se ubicó en la orilla, en un borde con dos filos, en un límite difuso entre dos culturas jurídicas. El caso argentino no es el único. A diferencia de esta elección voluntaria que tomó más o menos colectivamente mi país en el siglo XIX, otro caso, el de Puerto Rico, experimenta una situación similar como consecuencia de su relación colonial con los Estados Unidos. Según entiendo, el sistema jurídico de ese país también se ubica en un pliegue sobre el que se ha detenido Efrén Rivera en un escrito en el que se refiere a algunas ideas de Barak,<sup>50</sup> ex presidente de la Corte Suprema de Israel, otro país cuyo sistema jurídico se reclina sobre un pliegue entre

---

<sup>47</sup> Sarlo op. cit., *Borges: Un escritor en las orillas*, p. 76.

<sup>48</sup> 5 U.S. 137 (1803).

<sup>49</sup> Roberto P. Saba, *A Community of Interpreters*, Tesis Doctoral, *Yale Law School*, 2011.

<sup>50</sup> Efrén Rivera Ramos, "The Impact of Public Anglo-American Institutions and Values on the Substantive Civil Law: Comments on Judge Aharon Barak's Keynote Address," en *Tulane Law Review*, Volumen 78, Números 1 y 2, pp. 353 a 361.

la tradición civil y el constitucionalismo madisoniano.<sup>51</sup> Ese pliegue desde el que se construye la cultura jurídica de Argentina fue el que hizo de algún modo “familiar” para mí y para algunos amigos y colegas de mi generación, realizar estudios de posgrado en derecho en un país cuya pertenencia cultural no es a la tradición civil o continental, pero tampoco a la del *common law* de la ex metrópoli británica. Un poco en el mismo sentido que Sarlo describe a Borges como un escritor de las orillas, un autor al que le cuesta ubicarse – y escribir de un modo significativo – por no contar con una sólida tradición literaria propia en el pasado histórico de su país, pero al mismo tiempo con mayor libertad para hacer su trabajo justamente por no contar con la pesada carga de las tradiciones literarias, por ejemplo, de Europa. Así nos sentimos algunos juristas que tenemos que pensar el derecho en y desde la Argentina. Carlos Nino, me animo a sugerir, se encontró con el mismo dilema, y quizá por eso debió emprender pioneramente la difícil tarea de reconstruir la práctica constitucional argentina para poder ubicarse él mismo en ella. Me refiero a su obra máxima de derecho constitucional. Este libro lleva un título sugerente que parece querer construir un puente con aquella profesora que mencione anteriormente que no creía que Nino fuera un experto en derecho constitucional. Su obra se llama *Fundamentos de Derecho Constitucional*.<sup>52</sup> Sin embargo, es aún más interesante para el punto que deseo hacer aquí detenernos en el subtítulo del libro: *Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Nino hace allí lo que ningún constitucionalista argentino había hecho hasta ese momento: interpretar la práctica constitucional argentina para darle sentido y, así, poder realizar su aporte como jurista interpretando la Constitución y el derecho de su país. Nino, a la inversa del Funes el memorioso de Borges, recorta, selecciona y olvida para poder construir su relato del derecho constitucional argentino, casi emulando al arquitecto de su concepción del derecho como una catedral construida intergeneracionalmente.<sup>53</sup> Al Funes de Borges “le costaba comprender que el símbolo genérico perro abarcara tantos individuos dispares de diversos tamaños y diversa forma; le molestaba que el perro de las tres y catorce (visto de perfil) tuviera el mismo nombre que el perro de las tres y cuarto (visto de frente)”.<sup>54</sup> Funes podía recordarlo todo, pero no podía pensar. Allí Borges nos dice que “pensar es olvidar diferencias, es generalizar, abstraer. En el abarrotado mundo de Funes no había sino detalles, casi inmediatos”. La literatura, nos dice Sarlo, como la teoría jurídica o la teoría constitucional, agregaría yo, “trabaja con lo heterogéneo, corta, pega, salta, mezcla, operaciones que Funes no puede realizar con sus percepciones ni, por lo tanto, con sus recuerdos. Para Borges, el olvido es básicamente una condición de la memoria y del razonamiento porque, si hay olvido de las particularidades, también es posible la abstracción”.<sup>55</sup>

Así como los argentinos habitamos un pliegue entre la cultura jurídica europea y la cultura constitucional norteamericana, los colegas de los Estados

---

<sup>51</sup> Aharon Barak, “Constitutional Human Rights and Private Law”, en *Review of Constitutional Studies*, Vol. III, Nro. 2, pp. 218-281.

<sup>52</sup> Carlos S. Nino, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1993.

<sup>53</sup> Carlos S. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, New Haven, 1995, traducido al español por Roberto Saba bajo el título *La Constitución de la democracia deliberativa*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1998.

<sup>54</sup> Jorge Luis Borges, *Funes el memorioso*, 1942.

<sup>55</sup> Beatriz Sarlo, Beatriz Sarlo, *Borges: Un escritor en las orillas*, Seix Barral, 1993, pp. 66-67.

Unidos están también en un pliegue entre su pasado cultural británico y su modelo constitucional propio. Sin embargo, a diferencia del escritor de estas orillas sudamericanas que se ve obligado a avanzar con las dificultades de la falta de una tradición jurídica sólida y consistente, y, a la vez, a hacerlo con la insoportable levedad que le brinda esa misma condición, el jurista de los Estados Unidos avanza con las limitaciones que le impone una tradición jurídica de más de 200 años. Owen es también un jurista de las orillas. Su curiosidad y empatía con los desarrollos jurídicos de nuestra parte del mundo, lo ubica en otro pliegue y en otro borde. Él mismo lo reconoce cuando en su último libro aparecido en castellano, *Los mandatos de la justicia*, confiesa que la actitud con la que llegó a Buenos Aires tras la dictadura militar, que era la de traer con orgullo a estas tierras del sur las perspectivas de un jurista cuya tradición constitucional era sólida y consistente, sobre todo en materia de protección de derechos civiles desde la década de 1960, se transformó en humilde aprendizaje del modo en que nuestros juristas, nuestros gobiernos y nuestros pueblos habían encarado la difícil tarea de reconstruir un sistema democrático y un derecho liberal a partir de las cenizas. Esa transformación también fue abonada por lo que él identifica como vergonzantes retrocesos de esa tradición tras las políticas antiterroristas de Bush y de Obama.<sup>56</sup>

### Las dificultades de habitar en el pliegue

Hace algunos años presenté un *paper* en el SELA que provocó muchísimas críticas – casi todas provenientes amigos y amigas de países de tradición continental – y algunos pocos comentarios favorables, y que, como corresponde al SELA, fueron explicitados al punto de que casi lograron hacerme dudar de mis intuiciones y hallazgos. Allí trataba de defender el punto de que el constitucionalismo de corte madisoniano y el modelo de Código Civil de la tradición continental se apoyaban en presupuestos que diferían radicalmente entre sí y derivaban en instituciones que también divergían radicalmente, lo cual generaba problemas serios en un sistema jurídico híbrido como el argentino que combina estructuras, prácticas e instituciones de la tradición continental con estructuras, prácticas e instituciones del constitucionalismo madisoniano. Por suerte, logré reponerme de aquella traumática experiencia y aquel *paper* titulado "Constituciones y Códigos: Un matrimonio difícil",<sup>57</sup> se convirtió en el germen de la idea central de mi tesis de doctorado titulada *Una comunidad de intérpretes*.<sup>58</sup> Esta referencia a mi propio trabajo, lejos de perseguir un objetivo de autopromoción, se debe a que creo que mis reflexiones sobre los problemas derivados de nuestra tradición jurídica híbrida pueden trasladarse a los desafíos que presentan proyectos como el SELA, fuertemente influenciados por una visión del derecho y de la academia jurídica como la de Owen Fiss y que presenté en la primera parte de

---

<sup>56</sup> Owen Fiss, *The Dictates of Justice. Essays on Law and Human Rights*, Republic of Letters, Dordrecht, 2011. Hay traducción al español por Roberto Saba bajo el título *Los mandatos de la justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

<sup>57</sup> Roberto P. Saba, "Constituciones y Códigos: Un matrimonio difícil", SELA 2007, San Juan, Puerto Rico, 2008. Para una versión digital, ver

[http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/RobertoSaba\\_Spanish\\_.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/RobertoSaba_Spanish_.pdf)

<sup>58</sup> Roberto P. Saba, *A Community of Interpreters*, Tesis Doctoral, Yale Law School, 2011.

este ensayo. En este sentido, propongo preguntarnos si el proyecto del SELA y esa visión de Owen sobre nuestra profesión (la de los abogados y la de los académicos del derecho) tienen relación con una cierta concepción del derecho y de la abogacía que proviene de una tradición jurídica que no es la del derecho continental, y, consiguientemente, si esa pertenencia cultural divergente hace difícil el proyecto del SELA en América Latina y lo condena a conformarse con un impacto marginal, habitando también las orillas, pero esta vez en el sentido de margen, como el opuesto del centro. Adelanto mi respuesta negativa a esa pregunta, pero creo que es un interrogante que vale la pena hacernos después de veinte años de trabajo. Creo, justamente, que vale la pena reflexionar sobre este extraño proyecto académico jurídico transcultural, orillero y limítrofe, y preguntarnos si lo que lo hace posible no es precisamente la existencia de una comunidad jurídica que nos incluye a unos y a otros, de cada lado del terciopelo. Si existe esa comunidad, cuyos miembros son capaces de dialogar y pensar sobre problemas jurídicos año tras año, entonces es necesario identificar qué es lo que nos convierte en parte de ella, en sus ciudadanos. Claramente, Owen Fiss, como muchos de nosotros, cree que existe esta comunidad, aunque es necesario formularnos algunas precisiones respecto de esta aseveración. El proyecto del SELA, como proyecto de orillas, no incorpora a su comunidad a cualquier miembro de la academia jurídica de los países aquí representados: ¿quiénes forman parte del proyecto? ¿en qué nos parecemos los que participamos de él? ¿quiénes *no* lo integran? Por otra parte, el SELA como proyecto académico tiene expectativas de influencia en esas academias más allá del efecto que provoca en cada uno de sus participantes. Entonces, ¿es posible afirmar que el SELA responde a una visión de la academia jurídica que es divergente de la visión que tiene la tradición continental acerca de cómo se desempeña o debe desempeñarse una academia jurídica? Creo que sí, al menos en lo que respecta a la visión dominante acerca de lo que significa desarrollar la actividad académica en la tradición continental. De hecho, el SELA ha debido enfrentar varios desafíos, que ha superado con éxito. En primer lugar, el SELA se propuso combatir la compartimentalización del conocimiento tan común en nuestras Facultades de Derecho y que lo aleja de la interdisciplinaria que defiende Owen y que expresa la tradición académica que representa la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale. Este fue un objetivo conciente que se logró mediante diferentes estrategias que fueron desde la invitación a escribir *papers* a autores que no eran expertos en las temáticas específicas sobre las que se los invitaba a trabajar, a la selección de tópicos para cada conferencia que vinculaban al derecho con otras disciplinas, como la economía, la ciencia política o la sociología. En segundo término, por ejemplo, el SELA debió enfrentar la tendencia tan común en nuestra tradición jurídica a realizar análisis dogmáticos de la ley, y nos incitó a desarrollar de argumentos creativos. Finalmente, emulando aquellos *workshops* de teoría jurídica que Owen considera imprescindibles para la educación continua de los buenos juristas, el SELA siempre se propuso organizar la discusión en torno a *papers* que estructuran nuestra conversación.

El proyecto del SELA empezó siendo contracultural, pero hoy, después de veinte años, ya no lo es. Muchos de los que compartimos este proyecto éramos marginales en nuestras instituciones o en la comunidad jurídica más amplia a la que pertenecemos, pero hoy tenemos responsabilidades de liderazgo institucional

e intelectual que nos obligan a una operación borgeana o nineana de reconstrucción del pasado de modo tal que sea funcional a la construcción de un futuro de acuerdo con otras normas y visiones. El desafío de cómo instalar lo nuevo sin destruir lo viejo, el de lograr construir nuevas instituciones sin alienarlas o alienarnos marca y marcará a fuego nuestras experiencias locales.

En este homenaje a Owen Fiss he decidido no poner mi atención – ni llevar la de ustedes – hacia el impresionante y vasto ideario fisseano, sino que he preferido posar mi mirada sobre una parte de su obra que no se encuentra escrita en letras de molde y que constituye un proyecto colectivo sumamente ambicioso de transformación de la cultura jurídica de nuestra región, y en particular de su academia. Si tuviera alguna duda acerca del acierto de mi elección del tema para este *paper*, es el propio Owen el que me da una respuesta sugiriendo que quizá no cometí un error: una tarde, no hace mucho, un grupo de alumnos se reunió con Fiss en Mory's, un lugar que, según Owen, proveía una atmósfera nunca posible en el aula 129. Los estudiantes le preguntaron sobre su carrera y sobre su heréticas visiones sobre el derecho procesal. En un cierto momento, uno de ellos le preguntó “Profesor Fiss, cuál es el logro del que se siente más orgulloso? Owen se detuvo a pensar por un segundo, quizá, como él mismo relata, recorriendo en su mente su larga lista de publicaciones, pero repentinamente se dio cuenta de que la respuesta a la pregunta de su estudiante se encontraba en un lugar completamente diferente. Owen respondió con firmeza: “tú, sí tú, eres el logro del que estoy más orgulloso. Ustedes [mis estudiantes] son los que han estado en el centro de mi vida profesional. Ustedes son aquellos para quien escribo. Ustedes son aquellos en los que pienso cuando preparo mis clases cada mañana en la biblioteca. Ustedes son las personas con las que entablo una conversación en las más tempranas horas de la mañana mientras, aún medio dormido, imagino cómo organizaré la clase que dictaré en la tarde. Ustedes son aquellos en quienes pienso, incluso cuando mis hijos, o ahora mis nietos, reclaman mi atención. Ustedes son aquellos con quienes cuento para realizar mis sueños más importantes y mis esperanzas en el derecho”.<sup>59</sup> Estoy seguro que en ese tú y en ese ustedes, estamos muchos de nosotros y el SELA mismo.

---

<sup>59</sup> Fiss, *A Confession*, p. 6. La traducción es mía.