

THINKING OF LAW IN/AND LATIN AMÉRICA

ALEXIS MARTHA CEPEDA DUARTE¹

El 4 de marzo del año 2005 tuvo lugar en la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, en Cambridge Massachusetts, Estados Unidos de América, el taller *Thinking of law in/and Latin América*, el cual fue organizado por David Kennedy², Alvaro Santos y Arnulf Becker³, miembros del departamento de *Harvard Latin American Law Society* en asociación con *David Rockefeller Center for Latin American Studies*.

Ochenta y dos personas fueron invitadas a participar en cuatro mesas redondas, cuya formación era muy variada, puesto que entre ellos se contaba con juristas, sociólogos, politicólogos e historiadores. Entre los participantes estaban presentes: Máximo Langer, Joaquim Falcão, Diego Lopez, Martín Saavedra, Calixto Salomão, Gerald Torres, Frank Valdés y Charles Venetor. Crítica Jurídica estuvo presente y realizó estas notas para sus lectores.

Las intervenciones fueron múltiples y variadas, y sería imposible llegar a una conclusión definitiva. Es por ello, que algunos extractos de lo que se dijo se presentan más adelante.

La sesión de apertura fue presidida por David Kennedy y David Trubeck. David Kennedy explicó que el taller fue idea de Alvaro Santos y Arnulf Becker y que estaba impresionado con la visión de ambos de realizar un encuentro donde se pudiera hablar de manera abierta sobre las cosas, como una explosión de intercambios culturales. También dijo que, aunque era un encuentro sobre América Latina, éste había nacido técnicamente en el Centro de Estudios Europeos, mas estaba envuelto por una larga historia de eruditos académicos sobre América Latina. David Trubeck habló con nostalgia y comentó que ya habían pasado cuarenta años desde que tuvo su primer contacto con el derecho Latinoamericano. Expresó la ironía de que el taller naciera en el Centro de Estudios Europeos y luego prosiguió diciendo que dicho taller debió haber tenido lugar años atrás y que el centro debería llamarse “Estudio Global de Derecho en Harvard”.

La segunda sesión de apertura fue presidida por Duncan Kennedy⁴ quien dijo, respecto del derecho en América Latina, que discutir y describirlo, son tareas plausibles. Pero lo más importante es la relación entre la moral y el derecho en América Latina, y sus relaciones con la sociedad. Hablar de las fuerzas y debilidades del derecho, implica que hablemos de crítica jurídica. Lo cual

¹ Estudiante de Derecho en la Universidad Intercontinental, México; reportera para Crítica Jurídica.

² Director de European Law Reseach Center en Harvard.

³ Ambos dedicados a trabajar en sus tesis doctorales en Harvard.

⁴ Profesor de la Escuela de Derecho en Harvard.

significa que los juristas críticos deben resistir un derecho que se les enfrenta en la realidad, pero no es tarea de los juristas apropiarse de esa realidad. Resistencia sin apropiación de la realidad.

Primera mesa: Siguiendo un mapa del derecho en América Latina

En las informaciones sobre el coloquio que formularon los organizadores, decían que las reflexiones sobre el derecho Latinoamericano son comúnmente vistas desde una variedad de acercamientos, escuelas de pensamiento y disciplinas jurídicas; cada una de ellas articulando la distinción del derecho Latinoamericano de un modo en particular. Esta mesa seguirá un mapa de las imágenes alternativas del derecho en América Latina, explorando sus similitudes y diferencias, así como lo que está en juego y las consecuencias de escoger entre los diferentes tipos de representación.

Las preguntas a responder: ¿Estamos frente a un panorama de recepciones y mal entendiendo las ideas jurídicas extranjeras; o frente a apropiaciones y canibalismo jurídico regional? ¿Es este un mapa que muestra las fronteras del pensamiento jurídico o la lealtad de los juristas latinoamericanos con el "mundo exterior", un mapa de cánones jurídicos, o un mapa de prácticas jurídicas?

El moderador de esta mesa fue Jorge Esquirol, *Florida International University* y los participantes fueron: Diego López Medina y Liliana Obregón, Universidad de Los Andes, Colombia; Alejandro Garro, *Columbia Law School*; Charles Venetor, *Ithaca College*; Florian Hoffmann, Universidad Católica de Río de Janeiro, Brasil; Calixto Salomão, Universidad de São Paulo; y, Joaquim Flacão, *Fundação Getulio Vargas Law School* en Río de Janeiro.

Segunda mesa: Críticas del derecho en América Latina

¿Qué es lo que queremos decir con "crítica del derecho" en América Latina? ¿Podemos hablar de la crítica de la práctica o la "tradición", la "escuela", o el "movimiento" particular de América Latina, de la misma manera que se ha hablado del anti-formalismo francés, la escuela de pensamiento libre alemán, el realismo jurídico americano y escandinavo, un movimiento de estudios críticos en los Estados Unidos, un uso alternativo del derecho en Italia? ¿Cuáles han sido las teorías críticas más influenciales sobre los eruditos jurídicos en América Latina?

Las sociedades de América Latina comúnmente están caracterizadas por su pronunciada desigualdad económica y exclusión social organizada por jerarquías de clase, raza y género. Sin embargo, sorprendentemente, existe muy poca crítica de parte de los eruditos jurídicos sobre si el rol del derecho está creando las fronteras, las distinciones y las prácticas que producen, organizan y mantienen estas condiciones. ¿Cómo podemos responder a este fenómeno? ¿Como podemos relacionarnos con esta falta de crítica a las academias jurídicas y

sus instituciones? ¿Qué podemos decir sobre la manera en que la enseñanza del derecho y los trabajos de investigación están estructurados?

El moderador de esta mesa fue Duncan Kennedy, *Harvard University* y los participantes fueron: Oscar Correas, Universidad Nacional Autónoma de México; Gerald Torres, *University of Texas School of Law*; Frank Valdés, *University of Miami School of Law*; Ángel Oquendo, *University of Berkeley*; Paulo Daflón Barrozo, *Harvard Law School*; y, Martín Saavedra, Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Tercera mesa: Cambio jurídico y social

Los movimientos sociales y juristas progresistas en la región, a menudo han abrazado la idea de una reforma jurídica, tanto por sus efectos simbólicos como por ser un instrumento de cambio social. Esta idea es quizás paradójica en una región donde el derecho es rutinariamente desobedecido, donde la mayoría de sus ciudadanos no tienen acceso a un sistema jurídico y donde el estado ha sido históricamente criticado por su inhabilidad de hacer cumplir la ley. Esta antinomia de fe e incredulidad marca esta hipótesis sobre el derecho en América Latina. Deseos de un cambio social parecen estar satisfechos por leyes progresistas, tales como las nuevas y muchas veces generosas constituciones. Mientras que estos textos parecen ser relegados a un ámbito de aspiraciones, el impulso hacia una reforma jurídica quizá hace como que no ve los efectos legitimantes y desmovilizadores de las causas de emancipación política ganadas como victorias jurídicas. Sin embargo, tanto los grupos base como las organizaciones internacionales se rehusan a ser desilusionados y proponen la reforma jurídica como un motor para un cambio social.

El moderador de esta mesa fue David Trubek, *Winsconsin Law School* y los participantes fueron: Hugo Rojas, Universidad Alberto Hurtado, Chile; Farid Samir Benavides, *University of Massachusetts*; James Cavallaro y Julieta Lemaitre, *Harvard Law School*; Helena Alviar, Universidad de los Andes, Colombia; Keren Engle, *University of Texas School of Law*; y, Larissa Adler, Universidad Nacional Autónoma de México.

Cuarta mesa: Cuando la renovación se repite... América Latina como una región para reformar

A pesar de la multiplicidad de opiniones contrastantes, hay patrones similares de argumentación; existe una estructura de narrativa común acerca del derecho en América Latina. En algunas instancias, la crisis es mordazmente utilizado por los eruditos jurídicos y políticos locales, instituciones extranjeras de ayuda y comentaristas como una expresión de la inhabilidad del derecho para atacar los problemas sociales, políticos o económicos de América Latina. Sin

embargo, la crisis no quiere decir el sustituir el análisis jurídico o legal, sino que quiere decir renovarlo. La condena periódica de la educación formal jurídica, leyes anticuadas, teorías jurídicas fuera de moda o constituciones antidemocráticas, dan pie a la importación de las últimas ortodoxias para mantener una nueva torrente de reformas jurídicas. ¿Cuáles son las continuidades junto a las diferentes olas de crisis y renovación? ¿Qué entendimientos internos ganamos si pensamos en los actuales esfuerzos de reformación —en la educación jurídica, el procedimiento penal, la revisión jurídica en las organizaciones de la judicatura, etcétera—, desde las amplias perspectivas de los ciclos de crisis y renovación?

El moderador de esta mesa fue David Kennedy, *Harvard University* y los participantes fueron: Joe Thome y Louise Trubek, *Wisconsin University*; Miguel Schor, *Suffolk University School of Law*; Javier Couso, Universidad Diego Portales, Chile; Alejandro Posadas, Centro de Investigación y Docencia en Economía, México; Máximo Länger, *University of California School of Law*; Antonio Benjamín, asistente del Procurador General del Estado de São Paulo, Brasil; y, Daniel Bonilla, Universidad de los Andes, Colombia.

Extractos de algunas participaciones

1. Localizando el mapa en el derecho latinoamericano⁵

En la medida en que me ha sido posible identificar los objetivos o propósitos de los organizadores de este encuentro entre “latinoamericanistas” (como se suele llamar en los Estados Unidos a aquellos que se ocupan o al menos se interesan en los avatares por los que atraviesa nuestra región), lo primero que habría que debatir es la noción misma de “derecho latinoamericano”, ocupándose de sus características distintivas frente a otros sistemas jurídicos (v.gr., europeo, estadounidense, o, por qué no, asiático o africano). Para ello habría que comenzar por destacar cuáles han sido los mitos más arraigados acerca de lo que se entiende por “derecho” en esta región identificada, desde los Estados Unidos, Europa u otras regiones, como “América Latina”, reseñando cuáles han sido sus cánones (*legal canons*) y prácticas jurídicas.

La herencia romanista es la que identifica a los países de América Latina como pertenecientes a la familia del “Civil Law”, o derecho neo-romanista, de origen continental europeo. Durante unos 300 años de dominación colonial puede decirse que existía un “derecho latinoamericano” vigente en los países que hoy conforman la América Central y América del Sur, una especie de *ius commune* bajo la forma de recopilaciones de ordenanzas o cédulas reales, o bien a través de la fuerza persuasiva de los comentarios de jurisconsultos romanos (que en el

⁵ Alejandro M. Garro, profesor de derecho comparado, *Columbia University*, garro@law.columbia.edu.

caso del Brasil tuvieron un impacto significativo a través de la *Lei de Boa Racao*), o bien bajo el ropaje castellano que le brindó la *Ley de Siete Partidas*.

Después de obtener su independencia política de España y Portugal, entre los albores de los 1800s y los 1820s, ese “derecho común” de América Latina se fragmenta en diversos ordenamientos jurídicos, que hasta el día de hoy se encuentran unidos por una identidad cultural que le brinda un idioma común, un proceso de codificación inspirados en la epopeya jurídica napoleónica, una tortuosa historia constitucional modelada en un principio en el constitucionalismo norteamericano (que para 1803 ya había afirmado, en *Marbury vs. Madison*), el poder de los jueces de controlar la constitucionalidad de leyes y decretos), y, características culturales comunes reflejada en una retórica similar acerca del “Estado de Derecho” combinada con una dificultad en obtener una genuina obediencia a la ley. Hoy en día, las características comunes desde la perspectiva de los Estados Unidos y los países industrializados es la de “mercados emergentes” que luchan por afirmar un genuino impero de la ley (*Rule of Law*) que brinde la seguridad jurídica imprescindible a toda economía de libre mercado.

Hay más de una representación o imagen del derecho Latinoamericana, dependiendo del punto de vista que adopte el observador. Aquél que como el suscripto no lo vive “desde adentro” sino en términos de comparación con la imagen o representación del derecho en los Estados Unidos y países de Europa occidental, el “derecho latinoamericano” puede representarse como una maquinaria que no funciona con la agilidad, accesibilidad y ecuanimidad que se ha pretendido darle, sino que choca constantemente con una cultura de corrupción, personalismo y, en algunos casos extremos, la violencia que se institucionaliza a medida en que la pobreza y bajo nivel de educación de sectores cada vez más amplios de la población se sienten y son marginados del proceso político que solo maneja una “elite” y un sistema jurídico al que sólo pueden acceder aquellos que tienen “conexiones” con gente en el poder. A esta imagen, pesimista pero real, es la que enfrentan todos aquellos que aspira a que el derecho pueda servir como un instrumento de cambio económico, social y político que pueda brindar a los países de América Latina la prosperidad económica, justicia social y la igualdad de derechos y oportunidades prometida en sus constituciones.

2. La unificación haitiana y el derecho latinoamericano⁶

Haití fue quizás el primer país latinoamericano en desarrollar una interpretación distintiva del derecho que estaba informada por los eventos revolucionarios locales. A diferencia de otros países latinoamericanos, el proyecto haitiano partió de la supuesta creación de un derecho distintivo la cual reconoce-

⁶ Charles R. Venator Santiago, *Políticas Departmente, Ithaca College*, csantiago@ithaca.edu. Traducción del inglés por Alexis Martha Cepeda Duarte.

ría la humanidad de anteriormente esclavos y sujetos históricamente oprimidos. En mi opinión, el proceso que comenzó en 1791 alcanzó su vértice jurídico durante la unificación haitiana de la isla conocida como Santo Domingo a La Española entre 1822 y 1844. Es mi convicción que los debates jurídicos moldeando la formación de las leyes y la constitución haitiana merecen una investigación adicional, e incorporación dentro de cualquier debate relacionado con la representación del derecho en Latinoamérica. Esta historia jurídica ha sido llamada por demasiado tiempo.

3. Derecho, investigación y enseñanza del derecho⁷

Sólo el dos por ciento de los fondos que se gastan en investigación en el mundo corresponden a estudios desarrollados en América Latina. Este es uno de los problemas por los cuales los aportes desde América Latina al pensamiento jurídico son tan reducidos, en comparación con otros centros de estudio.

Además, no todos los profesores se dedican a investigar, y muchos de ellos lo hacen como una actividad ad honorem y complementaria a sus actividades profesionales.

Otro punto interesante de estudiar tiene que ver con la selección de los profesores en las Escuelas de Derecho, las que en su mayoría tienen fama de conservadoras y vinculadas a la clase dominante, de modo que los profesores realmente progresistas son la minoría, aunque esta percepción es preliminar y requiere ser constatada con los datos reales.

4. El Estado de Derecho y las Clínicas de Derecho de Interés Público en Latinoamérica⁸

Los pilares de un Estado de Derecho legítimo son la razón y la voluntad. La primera, exige que sus procedimientos y reglas no sean irracionales, esto es, que aprueben el examen de alguna de las acepciones con la que se usa este término, v. gr., la eficiencia y la igualdad. La segunda, que éstos pasen el examen democrático, esto es, que sean producto de alguna de las múltiples formas en la que se entiende o se evidencia el consentimiento popular, v. gr., la mayoría simple, la mayoría calificada y el consenso. La interacción entre estos dos valores fundamentales del Estado de Derecho genera una dinámica de crítica y reforma que lo mantiene en constante transformación. Por un lado, la razón debe limitar las pasiones irracionales de los individuos y de los grupos sociales. Por el otro, la voluntad debe neutralizar los intentos de las diversas facciones que coexisten

⁷ Hugo Rojas Corral, Universidad Alberto Hurtado, Chile, hugorojascorral@hotmail.com

⁸ Daniel Bonilla, Profesor, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia, dbonilla@uniandes.edu.co

en un Estado de Derecho por hacer que sus intereses sean los únicos que se reflejen en el ordenamiento jurídico y en las instituciones políticas. Ahora bien, en tanto que los seres humanos no están nunca libres de pasiones que ponen en cuestión a la razón y a la voluntad, los procesos de crítica y reforma en un Estado de Derecho no tienen fin, no pueden tener fin. Así, el hacer coincidir razón y voluntad es un ideal básico en un Estado de Derecho democrático, aunque éste sea un ideal destinado al fracaso.

Las continuas reformas legales en Latinoamérica pueden verse, desde el punto de vista interno de los actores políticos y jurídicos que las articulan, como el producto de un déficit de razón o de voluntad en las normas jurídicas o en las instituciones que le dan forma a los Estados de la región. Estas perspectivas críticas y estos esfuerzos de reforma pueden tener los más variados orígenes: las instituciones estatales mismas, la sociedad civil (universidades, sindicatos, gremios, organizaciones no gubernamentales, etc.), las organizaciones internacionales u otros Estados. Estos actores político-jurídicos, individual o colectivamente y de manera cíclica, denuncian que ciertas normas jurídicas o instituciones políticas son ilegítimas en tanto que no satisfacen la manera como ellos llenan de contenido a las categorías razón y voluntad. Así, por ejemplo, los continuos intentos por reformar la administración de justicia de los Estados latinoamericanos surgen de las críticas articuladas desde los años 70', entre otros, por grupos de académicos, los jueces mismos, el ejecutivo y el gobierno de los Estados Unidos, quienes han considerado que el sistema de justicia no es eficiente, no respeta el principio de igualdad o responde únicamente a los intereses de las élites económicas y políticas nacionales e internacionales.

Uno de los espacios en donde el ciclo de crítica y reforma se ha venido desarrollado en los últimos años en Latinoamérica es el de la educación jurídica, particularmente en lo relacionado con las clínicas de derecho de interés público. En los últimos cinco años grupos de académicos latinoamericanos y estadounidenses pertenecientes a las Universidades de los Andes, del Rosario, Diego Portales, Palermo y Columbia, entre otras, y organizaciones internacionales como las fundaciones Soros y Ford, han venido impulsando la creación o la consolidación de clínicas de derecho de interés público en los países de la región. Para aquellos involucrados, este objetivo se fundamenta en que la educación jurídica latinoamericana, legalmente regulada y fundamental para la reproducción del Estado de Derecho, no pasa el examen de la razón. Los académicos y las instituciones involucrados en este proceso argumentan que la educación legal que se ofrece en nuestros países no permite que los estudiantes desarrollen destrezas centrales para ser un buen abogado, no ofrece un contexto para los conocimientos que imparte y/o no está en conexión con las necesidades sociales de los latinoamericanos o, cuando lo está, cumple con un objetivo plausible pero limitado: la defensa de los intereses individuales de personas de bajos recursos. Para quienes están comprometidos en este proceso las clínicas de derecho de interés público son la solución

adecuada para el problema; éstas ofrecen una educación en la práctica que le permite al estudiante desarrollar destrezas, evidencian el contexto en donde el derecho es creado y aplicado y tienen como objetivo la defensa de intereses colectivos, y a través de este medio, la creación de una sociedad más justa.

5. Globalización, colonialismo y estado⁹

En un artículo publicado en 2000, el sociólogo peruano Anibal Quijano analizó la pregunta sobre el poder del colonialismo en América Latina en relación con la idea de la modernidad eurocentrista. En este artículo, Quijano utiliza el concepto del poder del colonialismo para mostrar los elementos coloniales en el modelo del poder que hoy es una hegemonía global. Quijano muestra la racista constitución de identidades, con una distribución racista de labor y las formas de explotación del capitalismo colonial. El derecho ha sido central en la imposición de la modernidad europea y a la imposición de la idea europea de gobierno.

El uso de la tradición española del derecho fue instrumental en la consolidación de un modelo capitalista de derecho en la región y en la creación de una situación de dependencia de los europeos y el núcleo central. El derecho latinoamericano fue creado bajo el modelo del derecho europeo; las diferencias existentes entre los sujetos fueron fusionadas bajo la idea del sujeto de derecho, que fue entendido en la misma manera como el sujeto bajo la nación: esto es, el hombre blanco de ascendencia española o europea.

En relación con los pueblos indígenas o antiguos esclavos, la ley los trató como no sujetos, esto es, otros a ser educados o dejados fuera de los confines de la nación latinoamericana. Este aspecto del estado y el derecho fueron olvidados en el análisis de los desarrollistas o los teóricos de la dependencia. Por una parte, para los desarrollistas, el estado era central en el proceso de modernización y civilización; el trágico extremo de esta manifestación puede ser encontrada en el proyecto civilizador de las dictaduras latinoamericanas, en particular en el cono sur. Sin embargo, del lado de los teóricos de la dependencia, el estado se convirtió en tan sólo un instrumento en las manos de la burguesía, sin prestar atención a los discursos ricos del análisis marxista acerca de la autonomía relativa del estado y por ese motivo, el carácter relativamente autónomo del derecho.

El proyecto de globalización fue usado por el estado como parte de su estrategia. A través de un proceso de intervención apuntando a asegurar la no intervención del estado, el proyecto de globalización fue usado por el derecho como parte de un proceso de homogeneización y estabilidad de los mercados. En la nueva idea del desarrollo, el estado ha sido usado como un agente cuya presencia ha sido limitada a asegurar su ausencia. Cuando vemos a los sujetos que están sien-

⁹ Farid Samir Benavides-Vanegas, Candidato a doctorado en Ciencia Política, Universidad de Massachusetts. Traducción del inglés por Alexis Martha Cepeda Duarte.

do constituidos en esto proyectos, lo que vemos es que existen algunos elementos coloniales en el poder del derecho.

Tomando la idea de Quijano acerca del poder del colonialismo, vemos que los elementos coloniales que existen en el proyecto de globalización y las continuidades que podemos encontrar en estos tres proyectos, si utilizamos una perspectiva de larga duración. Una perspectiva occidental, siguiendo a Mignolo y a Coronil, nos permite encontrar que en el derecho existen elementos que son centrales en la occidentalización de América Latina y la "otraización" de sus pueblos.

6. Algunas observaciones

Podría decirse, sin reserva alguna, que talleres como este deberían ser organizados con mayor frecuencia. Los jóvenes juristas tienen mucho que aportar, puesto que el mundo va cambiando, jurídicamente, día con día. Debido a la globalización el mundo cada vez es más pequeño, por tanto, es imperativo convocar a las voces que quizás podrán ofrecernos un mundo mejor, en el ámbito jurídico.

Todos conocemos las injusticias que la mayoría de los países han vivido. Todos sabemos que la represión vive entre nosotros. Pero el momento ha llegado de expresarnos, de reunirnos y dialogar; aprender los unos de los otros, entender el marco jurídico de cada país para así mejorar el propio.

Thinking of law in/and Latin America fue quizá el comienzo de esta visión. Al taller asistieron personas tanto de Estados Unidos, muchos de ellos latinoamericanos estudiando doctorados, como personas de toda América Latina. Las aportaciones fueron variadas y vívidas, expresando las preocupaciones actuales de cada país del cual llegaron. El tiempo fue demasiado corto para tanta información, puesto que muchas preguntas se quedaron sin responder.

Para Crítica Jurídica, fue una gran experiencia el poder compartir con todos ellos este taller y nos gustaría mucho que no sea el único en su género, sino el primero.