

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

Derecho y Desarrollo Económico

Por Carlos Aparicio

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

Tabla de Contenido

Derecho y Desarrollo Económico	1
Tabla de Contenido	3
Derecho y Desarrollo Económico	6
Orden Jurídico y Guerra Fría.	9
El Desarrollo Económico	16
Teoría de la Dependencia	18
Concepto de Derecho	22
Administración Constitucional	28
Ingeniería Social	36
Institutos Particulares de Aplicación Jurídica	42
A modo de Conclusión	45

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

Derecho y Desarrollo Económico

"Hay dos tipos de corrupción, una cuando la gente no observa las leyes, y otra cuando el mismo pueblo está corrompido por las leyes. Este es un mal incurable, porque afecta al mismo y único remedio."

¹

Si el abogado continúa en ser identificado, como lo es en forma predominante hasta ahora, con la defensa del orden existente y los intereses dominantes, en contra de las urgentes necesidades e intereses de sociedad que debe levantarse ella misma desde la pobreza y el estancamiento a un nivel radicalmente más elevado de desarrollo económico y social, el abogado, será eventualmente reducido a un estatus inferior y desdeñable en las naciones en desarrollo. ²

¹ Ch. Montesquieu: El Espíritu de las Leyes, Tomo uno, Libro seis, capítulo XII.

² Wolfgang G. Friedmann, "The Role of Law and the Function of the Lawyer in the Developing Countries," 17 Vand. Law Rev. 181 (1963).

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

El presente trabajo, no pretende ser un estudio exegético, y no tiene vocación enciclopedista.

Es el resultado de la investigación realizada en una visita de tres meses de duración a la Facultad de Derecho de Harvard, en el marco del convenio de cooperación entre dicha Facultad y la Facultad de Derecho de Montevideo.

Este informe, tiene la calidad de un informe preliminar, ya que el tema merece más tiempo de trabajo y afinar las conclusiones y sin duda debe volverse sobre el mismo.

Está dirigido fundamentalmente a examinar las relaciones entre el desarrollo económico, el derecho y los operadores jurídicos, un tema que es poco tratado en América Latina.

Enfrentado a la magnitud de este tema, desde bibliografías y computadoras, surgió como principal fuente de referencia la experiencia del Movimiento de Derecho y Desarrollo Económico, un movimiento norteamericano que tuvo la capacidad de reunir energías de los sectores públicos y privado, y cuyo principal punto de partida es que no solamente existen poderosas vinculaciones entre el equipo de producción jurídica y el desarrollo económico, sino que las mismas eran determinantes de los diversos grados de desarrollo, y que, además operando sobre determinados variables, podría conseguirse determinados resultados.

Como se verá, dicho movimiento, surgido con un gran ímpetu y recursos fue progresivamente decayendo, y entró en una progresiva autocrítica de sus supuesto que hizo que para 1980, se le considerara prácticamente una

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

experiencia pasada. En un trabajo publicado en la University of Wisconsin Law School en 1982, Francis Snyder dice: " El movimiento de derecho y desarrollo en los Estados Unidos, está ahora, casi muerto." No obstante lo expresado, la experiencia produjo una valiosa bibliografía y un incomparable material, que tiene la particularidad de poner en acción, ideas que usualmente tienen un enfoque meramente teórico. Esta circunstancia no obedeció a un prurito metodológico sino que fue una lógica consecuencia de la vastedad del proyecto emprendido.

El movimiento de Derecho y Desarrollo Económico puso en marcha proyectos particulares en Brasil, Chile, Colombia, pero no en Uruguay. Falta por lo tanto el empalme de dicha experiencia, con la que se acumuló por recursos propios, en nuestra Facultad de Derecho de Montevideo.

El desarrollo económico, demasiado a menudo es visto desde una óptica econométrica al alcance exclusivo de economistas profesionales, como un objeto difícilmente alcanzable de perfiles poco definidos. Se aporta una nueva óptica, donde el mismo desarrollo pasa a ser más viable, y se centra la atención en las instituciones jurídicas y los valores sociales.

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

Orden Jurídico y Guerra Fría.

Cuando Tocqueville estuvo en los Estados Unidos en 1830, escandalizó al mundo de su época con una afirmación original: En algún momento el poder mundial se dividiría entre Rusia y Estados Unidos.

Dijo:

"Hay actualmente sobre la Tierra dos grandes pueblos, que, partiendo de puntos diferentes, parecen adelantarse hacia la misma meta: son los rusos y los angloamericanos.

Los dos crecieron en la oscuridad y, en tanto que las miradas de los hombres estaban ocupadas en otra parte, ellos se colocaron en el primer rango de las naciones y el mundo conoció casi al mismo tiempo su nacimiento y su grandeza.

Su punto de vista es diferente, sus caminos son diversos; sin embargo, cada uno de ellos parece llamado por un designio secreto de la Providencia a sostener un día en sus manos los destinos de la mitad del mundo."

³

Cuando termina la segunda guerra mundial, las potencias vencedoras comienzan a competir por expandir influencia mundial, su alcance económica, y a expandir su estilo de vida y puntos de vista.

Dos ideologías igualitarias y prácticas tienen diferencias sustanciales en la autonomía individual, y más precisamente diferentes ideas sobre el derecho, el orden jurídico, y la forma de conducir una democracia.

³ ALEXIS DE TOCQUEVILLE.- LA DEMOCRACIA EN AMÉRICA. Fondo de Cultura Económica, México - Buenos Aires. 1963. Pag. 382 y 383.

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

La Unión Soviética, triunfante de la tremenda experiencia de la guerra, tiene una tradición despectiva del derecho, el cual figura como un elemento cultural de superestructura, es decir condicionado por la infraestructura económica y determinado por éste.

Por consiguiente los esfuerzos debieran vertirse en esta infraestructura económica, en la cual los planes quinquenales parecían ser determinantes.

La estabilidad y el consenso social sería la tarea de un grupo de profesionales políticos ⁴ los que después adoptarían la forma de partido único.

Un enfoque creativo del derecho, y un aumento de la autoridad de los tribunales no era bien visto por la jerarquía soviética por sólidas razones ideológicas y Políticas. ^{5 6}

En los Estados Unidos en cambio, el orden jurídico tiene funciones más importantes y creativas que en ningún otro pueblo del planeta.-

Es lógico entonces, que cuando se plantea la ríspida rivalidad ideológica que caracterizó a la guerra fría, el orden jurídico pasase a ser una importante componente de una estructura mental expansiva, y así como del este se prometía democracia e igualdad y comunismo, desde el oeste se promete el acceso a esos mismos valores a través del derecho.

La década del sesenta presenta la irrupción de los valores materialistas al mundo diplomático, y la misma fue bautizada como la década del desarrollo, y es entonces en esta década, que los movimientos de derecho y

⁴ Lenin. Qué Hacer?

⁵ La ciencia jurídica no era la única en enfrentar proscipciones político-ideológicas. La genética y la computación sufrieron similares vetos.

⁶ Charles S. Rhyne, The Law, Russia's Greatest Weakness." 45 A.B.A.J. 246 (1959).

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

desarrollo económico, comienzan a cobrar influencia mundial, y realizan una tarea de investigación, que tiene muchos puntos que pueden ser retomados con inmenso provecho por los pueblos interesados en el tema del desarrollo.

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

2.) El Movimiento de Derecho y Desarrollo Económico.

El movimiento norteamericano de derecho y desarrollo, se comenzó a formar a fines de la década de 1950, como parte de la ayuda extranjera norteamericana a Latinoamérica entre otras regiones.⁷

1962 Las fundaciones Ford y Rockefeller y el Peace Corps, financiaron la SAILER (staffing of African Institutions for Legal Education and Research), un conducto principal para la asistencia norteamericana para la asistencia a los programas de Derecho y Desarrollo.

1966 La fundación Ford financia el International Legal Center, la principal manifestación institucional del movimiento de Derecho y Desarrollo Económico que estará en funciones hasta 1979.

1966 (Abril) En Brasil el cuerpo jurídico y soporte financiero de AID y la Fundación Ford promovieron el establecimiento de CEPED (Centro de Estudios y Pesquisas en la Enseñanza del Derecho. Al principio Ceped era muy

⁷ Aproximadamente 40 abogados brasileños, principalmente del gobierno y la práctica empresarial, atendieron cursos de entrenamiento especializado en derecho y economía cada año.

En 1971, 117 personas fueron incluidas en una muestra parcial de CEPED graduados, 19 profesores chilenos de derecho atendieron un seminario de métodos de enseñanza de 10 semanas de duración en la Escuela de Derecho de Stanford entre 1967 y 1969 y siguieron programas de estudio independientes en otras facultades de derecho norteamericanas; otros profesores chilenos realizaron giras de estudio en Estados Unidos. Un informe de la Fundación Ford sobre el programa de Derecho en Chile afirmaba que: además de los becados en Stanford, 81 profesores de derecho chilenos habían atendido seminarios de metodología, y se esperaba que aproximadamente 160 profesores de derecho chilenos hubieran participado en los seminarios por el fin de diciembre 1972. En los varios años después de 1969, ARED realizó seminarios en métodos de enseñanza de derecho y envió 20 abogados colombianos para entrenamiento avanzado en el exterior (pag. 198); 12 estudiaron en los Estados Unidos, y los otros ocho en Italia, Inglaterra, España, México y Chile.

Estos números son incompletos, sin embargo, y en forma significativa da una idea sobre el número mínimo de profesores de derecho latinoamericanos o abogados practicantes que participaron en seminarios, estudiaron en el extranjero, o fueron de alguna forma involucrados en los tres proyectos latinoamericanos.

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

autónoma. Si bien formalmente afiliada al profesorado de la Universidad Estatal de Guanabara, después estuvo brevemente ligada con la Universidad Católica de Río de Janeiro, hasta la terminación oficial del proyecto en 1973.

1967 (Abril) En Chile, un grant de la Fundación Ford, administrado por el Centro de Estudios Internacionales estableció el programa jurídico Chileno. Este proyecto en el cual cooperaron las Facultades de Derecho Chilenas, y para el cual la Facultad de Derecho de Stanford proveyó un "backstop", llevó a la creación en 1969 del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas (Institute of Law Teaching and Research). Perdió su momento a principios de los años 70 y el propio Gardner escribió una evaluación terminal del proyecto para la fundación Ford en 1975.⁸

1967 19 profesores chilenos de derecho atendieron un seminario de métodos de enseñanza de 10 semanas de duración en la Escuela de Derecho de Stanford entre 1967 y 1969.

1969 En Colombia abogados de AID y de la Fundación Ford y académicos norteamericanos colaboraron para establecer ARED (ASOCIACIÓN PARA REFORMA DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO).

ARED murió tranquilamente en los tempranos 1970, si bien los reportes finales de los proyectos no fueron preparados para la fundación Ford hasta 1979.

⁸ El Centro de Estudios Internacionales ha sido re-bautizado como el Centro Internacional para el Derecho y Desarrollo. Recientemente ha incluido a más académicos jurídicos del tercer mundo en su organización y actividad.

Ver International Center for Law in Development, Research Priorities for Another Development in Law, 2 DEV. DIALOGUE 134 (1978).

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

1971 117 personas fueron incluidas en una muestra parcial de CEPED (Brasil) para graduados.

1972 Se esperaba que aproximadamente 160 profesores de derecho chilenos hubieran participado en los seminarios por el fin de diciembre de 1972. En los varios años después de 1969, ARED realizó seminarios en métodos de enseñanza del derecho y envió 20 abogados colombianos para entrenamiento avanzado en el exterior, 12 estudiaron en los Estados Unidos y los otros hecho en Italia, Inglaterra, España, México y Chile.

1974 Se publica por Trubek & Galanter, *Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the crisis in Law and Development Studies in the United States*, 1972 WIS. L. REV. 1062.

1977 Se proponen cambios de orientación (Merriman) y también una reformulación radical del programa (Burg).

1978 El Centro de Estudios Internacionales ha sido re-bautizado como el Centro Internacional para el Derecho y Desarrollo y recientemente ha incluido a más académicos jurídicos del tercer mundo en su organización y actividad.

1978 International Socio-Legal Symposium on the Social Consequences of Imposed Law, University of Warwick, Abril 5-7, 1978.

1980 Se publica en los Estados Unidos: IMPERIALISMO JURÍDICO. Abogados Norteamericanos y Ayuda Extranjera en América Latina. ⁹

⁹ James A. Gardner, fue entrenado en ciencias sociales en Harvard y en Derecho en Yale, entonces enseñó derecho y ciencia social brevemente en Harvard donde el también fue profesor visitante. Desde 1970 ha estado asociado con la Fundación Ford, el principal promotor financiero del movimiento de Derecho y Desarrollo. Cuando su libro apareció en

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

1982 Se publica en *Wisconsin Law Review*:

El fracaso de "derecho y Desarrollo".

Una de sus frases: En movimiento de derecho y desarrollo en los Estados Unidos, está ahora, casi muerto.

1986 Seminarios en Estados Unidos para juristas latinoamericanos donde se efectúa una difusión sobre el funcionamiento de la Justicia en Estados Unidos.

Se realizan otros en años posteriores y se invita a autoridades con motivo del bicentenario de la Constitución Norteamericana.

1980, el era funcionario ejecutivo responsable por los programas de la fundación Ford en Brasil, país que fue un objetivo temprano de los proyectos norteamericanos de Derecho y Desarrollo.

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

El Desarrollo Económico

El movimiento de derecho y Desarrollo, no definió con precisión el contenido y definición del desarrollo económico.

En general se suponía en forma implícita que el desarrollo, era una fenómeno de carácter social a ser alcanzado a través del Derecho.

"A medida que el movimiento de derecho y desarrollo evolucionaba, más énfasis se puso en el desarrollo económico, usualmente medido por el P.B.I. o el ingreso per cápita y en el rol del derecho en la estructura de una economía sea planeada o de mercado.

A medida que los indicadores económicos de desarrollo cayeron en desfavor, el desarrollo político fue enfatizado, generalmente significando pluralismo político, participación y democracia. Solamente en los últimos años de la existencia del movimiento, comenzó a cambiar de una noción amplia y frecuentemente centrada en el Estado, a una más individual o social y humanística con conceptos referidos a la calidad de vida, amplitud de elección humana y derechos humanos básicos como expresiones de la esencia del desarrollo."¹⁰

Para los últimos períodos del movimiento los abogados norteamericanos integrantes de este movimiento, fueron cambiando presupuestos básicos del mismo como por ejemplo el carácter benigno del estado, para adoptar un punto de vista más crítico, sobre todo en base a la

¹⁰ Gardner, *Legal Imperialism*. pag. 262.

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

evidencia que el estado mismo, se convertía a veces como un potencial y a veces formidable obstáculo al cambio desarrollista.

"Esta fue una elemental pero importante alteración en la visión mundial del movimiento, pesadamente influida por los estados corporativistas de América Latina y sus gobiernos militares."¹¹

Resultó evidente además, la relación entre el sistema de derecho y el desarrollo, pero no en el sentido de un carácter desarrollista inevitablemente ligado al progreso, sino como una opción voluntarista, pasible de traer regresión, estancamiento... o desarrollo.

¹¹ Gardner, op. cit. Pag. 263.

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

Teoría de la Dependencia

En la sociedad civil general, especialmente en América Latina, había tomado cuerpo la tesis que la causa de la imposibilidad de acceso de América Latina al desarrollo era la situación de dependencia en que se encontraba de los centros del poder mundial.

Estos ejercerían su influencia de tal forma, que impedirían el acceso de los países subdesarrollados o pobres a posibilidades mejores de acceso a la riqueza y abundancia.

Esta teoría fue sostenida en forma reiterada por foros internacionales como la Cepal, y por obras de doctrina de amplísima difusión como las Venas Abiertas de América Latina.¹²

Gran parte de la insurgencia guerrillera de los años 60 y 70 en América Latina, estaban basada en el hecho de que cualquier intento para lograr el desarrollo económico debería pasar por el virtual derrocamiento de gobiernos dependientes, y situaciones imperialistas de dependencia.

La teoría de la dependencia, como única explicación del subdesarrollo económico tiene dificultades insalvables, claramente visibles a primera vista.

Siempre resultó además imposible explicar para esta tesis, la situación de los países llegados a situaciones de desarrollo económico en forma más reciente, tales como Australia, Nueva Zelanda y Canadá.

¹² Eduardo Galeano. *Las Venas Abiertas de América Latina*. Universidad de la República. Departamento de Publicaciones colección Historia y Cultura. No. 16. Montevideo, 1971.

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

Así una misma política exterior (Norteamericana imperialista), provoca desarrollo al norte en Canadá, y subdesarrollo en el Sur en Méjico.

La comparación entre Australia y Argentina y Nueva Zelandia con Uruguay, también contradice esta tesis, ya que países con evoluciones similares en lo económico y productivo, llegan a situaciones de desarrollo bien diferentes.¹³

También esta tesis falla cuando se trata de explicar el desarrollo de los propios países desarrollados, que obviamente antes de ser desarrollados, fueron subdesarrollados.

Otro caso de subdesarrollo, que se convierte en desarrollo, a pesar de los centros de poder mundial es el de Suiza.

En 1848, se hizo un congreso de Academia Francesa, para tratar la especial dificultad de los suizos para el manejo de las instituciones democráticas.

Se califica a Suiza como una democracia turbulenta, sin futuro e ingobernable.¹⁴

Finalmente, cabría señalar que si el hecho de la dependencia fuera la única causa de subdesarrollo, en vista del resultado de la última guerra mundial, los países más dependientes desde el punto de vista militar y económico eran Japón y Alemania, por lo cual esos países tendrían que figurar

¹³ BARRAN & NAHUM, Agricultura, crédito y transporte bajo Batlle (1905 - 1914), in Historia Rural del Uruguay Moderno. Vol VII. Ediciones de la Banda Oriental. Montevideo. 1978.

Las páginas 191 a 199 de la obra, se destinan precisamente a inventariar las razones de las diferencias en los términos actuales de la comparación Argentina-Australia y Uruguay-Nueva Zelandia.

¹⁴ El caso Suizo está tratado con cierto detalle en la Conferencia de Inauguración de la Sala Estado de Derecho Francisco Lavandeira, dictadas en la Facultad de Derecho de Montevideo el 14 de VI de 1988. Revista de Facultad de Derecho, julio diciembre de 1988, pags. 252 y ss.

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

hoy encabezando el elenco de los países subdesarrollados. Como es sabido, esto no es así, sino que por el contrario dichas naciones integran con pleno derecho el primer mundo, y se encuentran compitiendo aún, por los primeros lugares del mundo desarrollado.

Los hechos económicos, políticos y jurídicos, parecen demostrar que hay un cierto voluntarismo en el problema del desarrollo económico, y que países, aparentemente dependientes y que debieran figurar en la nómina de los subdesarrollados, que figuran como productores de alimentos por el contrario presentan fulgurantes niveles de desarrollo económico y social, con importantes niveles de consenso a niveles político y jurídico.

Al contrario países plétóricos de recursos y riquezas de todo orden, mineras y petroleras, en tierra y en clima, figuran en la nómina de los subdesarrollados.

En realidad, parece darse la paradoja, que cuanto más recursos tiene un país, más subdesarrollado es.

Un reciente trabajo de Vargas Llosa, desarrolla esta paradoja, especialmente aplicable a países como México ("el país que mas billonarios produce en dólares"), Venezuela ("un país riquísimo y arruinado").¹⁵

¹⁵ La verdad es que, hoy en día, la pobreza se produce, al igual que la riqueza, y que ambas son opciones al alcance de cualquier pueblo. Y que muchos países subdesarrollados, debido a la infinita corrupción de sus clases dirigentes, a la demencial dilapidación de sus recursos y a las insensatas políticas económicas de sus gobiernos, se han

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

En realidad parece claro que en el mundo moderno, existen estructuras capaces de producir riqueza, así como hay otras capaces de producir pobreza, y estas estructuras no se trata tanto de recursos económicos, sino métodos de organización, fórmulas de consenso, y en definitiva mecanismos de control social, siendo el más importantes de ellos el derecho.

Pero entonces, si el desarrollo económico, no es un problema de recursos, debe ser un problema de instituciones, jurídicas o de otra naturaleza.

convertido en unas máquinas muy efectivas de producir esas condiciones atroces en las que viven sus pueblos. Atención: sus pueblos, no sus dirigentes, los que a menudo disfrutaban de una opulencia milyunochesca. Por ejemplo, el desorbitado derroche y las pillerías de los gobiernos populistas han conseguido hacer de Venezuela, que es un país no rico sino riquísimo, una nación arruinada, donde la mayoría de la gente se empobrece cada día un poco más en tanto que sus millonarios sacan al extranjero sus millones a paso de polca.

En el Zaire diezmado por la hambruna y las epidemias sigue gobernando, impertérrito en medio de la peste y la muerte y siempre tocado con su coqueto sombrero de leopardo, el gran Mobutu, cuyo patrimonio personal, depositado en los bancos suizos y exclusivo producto de la rapiña, se calcula entre tres mil y cuatro mil millones de dólares, una suma no muy alejada de la que otro célebre mandatario tercermundista, el difunto presidente Marcos, le birló al pueblo filipino. ¿Y a cuanto ascenderá la fortuna de la familia Duvalier, la que forjó Papá Doc e incrementó Baby Doc, quien bebe ahora el amargo champagne del exilio en la Costa Azul? Los minimalistas la cifran en cien millones de dólares, y los maximalistas en quinientos: en todo caso, una verdadera proeza empresarial y financiera, considerando que los latrocinios que la hicieron posible se cometieron esquilmando al pueblo de Haití, el más pobre del planeta. ¿Y cómo cuantificar la dilapidación, en aventuras militares y delirantes experimentos colectivistas y de ingeniería social, de la astronómica ayuda que recibió Fidel Castro de la URSS, entre cinco y diez mil millones de dólares anuales, a lo largo de tres décadas y que ha hecho de Cuba un país de indigentes.

Pasando a asuntos más optimistas ¿Cuál ha sido la nación que más billonarios ha producido en los últimos veinte años?: ¿Estados Unidos?, ¿Japón? ¿Alemania?. No: México.

Mario Vargas Llosa Ayuda para el Primer Mundo. BÚSQUEDA. Jueves 13 de octubre de 1995. Pag.55

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

Concepto de Derecho

Cuando el movimiento de Derecho y Desarrollo se pone en acción, se ponen en contacto dos culturas jurídicas, con nociones claramente diferentes de derecho.

La tradición jurídica latinoamericana, tributaria de nociones claramente formales y conceptualistas, que funcionalmente respondía a estados claramente centralizados y dispositivos limitados de aplicación jurídica.

La tradición jurídica norteamericana en cambio, se encontraba en un momento donde se habían impuesto las concepciones sociológicas del derecho y un método claramente funcional y pragmático que es una aplicación particular del pragmatismo general que desde la filosofía preconizó principalmente William James.

"El concepto marxista del derecho como parte de superestructura de opresión, fue contrapesado con una igualmente doctrinaria noción norteamericana, que el derecho era, o podía ser, un instrumento de desarrollo.

Solamente en la mitad de la década del desarrollo (1960 a 1970), en América Latina, fue generalmente percibido que algunos tipos de derecho formal podían ser un impedimento a procesos de cambio que se pensaba que eran desarrollistas." ¹⁶

Para los abogados del movimiento, el planteo entre las diferentes culturas jurídicas quedó estereotipado, entre el moderno enfoque

¹⁶ Gardner, Op. Cit. Pag. 264.

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

instrumentalista y desarrollista y los enfoques "anticuados" básicamente las distintas variantes de un positivismo jurídico *exegético*.

Por definición quedó planteado entonces el primer conflicto *derecho vs. derecho*.

En general el nuevo enfoque fue impotente para penetrar las culturas jurídicas locales tradicionalmente imbuidas del enfoque verticalista. Algunos sectores de la profesión jurídica en cambio, vieron en el nuevo enfoque la posibilidad de recuperar algo de posición perdida al servicio del Estado.

El enfoque funcional o instrumental, define el derecho como un medio al servicio de fines. En la óptica particular del movimiento de derecho y desarrollo, los fines quedaban definidos por un particular modelo de estado de capitalismo liberal que podría ejemplificarse como el propio Estados Unidos del *New Deal*.

En cualquier caso, el enfoque funcional lleva necesariamente la discusión al terreno de los fines, que es algo que se hizo sólo parcialmente.

En las postrimerías de la actuación del movimiento de derecho y desarrollo, y a la vista de las dictaduras militares, estas usaron para sus fines propios tanto elementos del conceptualismo dogmático, coincidieron en ello con todas las dictaduras militares tan comunes en el continente en el siglo pasado, como elementos del instrumentalismo o funcionalismo jurídico en cuyo último caso se usaron para poner la abogacía y la judicatura al servicio del estado y sus fines que básicamente eran la lucha para evitar la emergencia de presuntos gobiernos comunistas.

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

En lo que me es particular creo que no tienen razón los norteamericanos con su desencanto del instrumentalismo jurídico, y su denunciada vulnerabilidad ante los avances indiscriminados del poder.

El mismo instrumentalismo o pragmatismo es muy consciente de esta vulnerabilidad y de allí su interés en el terreno de los fines.

El enorme mecanismo de investigación científica desplegado por el grupo de derecho y desarrollo económico, deja sin resolver pues, el enigma de la funcionalidad de las escuelas jurídicas o grandes tendencias del aparato judicial.

Luego de una prometedora investigación se descubre, que, tanto el conceptualismo positivista como el pragmatismo jurídico, sirven para fines buenos y malos.

El positivismo tradicionalmente ha servido para aplicar soluciones de gruesa injusticia sin compromiso moral para el dispositivo jurídico, que puede de esa forma sortear sin mayor inconveniente los estructurales ciclos democrático-dictatoriales característicos del proceso político latinoamericano.

Pero de la misma forma, el pragmatismo ha servido para que los abogados al servicio del estado, violen evidente garantías políticas en aras de fines que nunca han quedado del todo claros. En esos momentos muchos juristas, se refugian en el piedeletrismo de los textos para defender nada menos que libertades esenciales, como ha ocurrido con el movimiento brasileño del Estado de Derecho.

Sin embargo, y a poco que se afine el razonamiento, las diferencias entre las escuelas son importantes y definitorias:

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

El positivismo busca en forma clara evitar el compromiso moral en aras de una presunta objetividad lógico formal.

Así se logra la permanencia del dispositivo jurídico, a pesar de los violentos cambios de régimen usuales en América Latina.

En la medida que ese compromiso evitado es trasladado a la autoridad central (parlamento en las democracias, ejecutivo en la dictadura militar), se produce un fenómeno de generalización masiva y procustista de las prescripciones del sistema jurídico. Este es un resultado quizás no querido de la codificación y la creciente regimentación de la vida individual.

El positivismo no valorativo latinoamericano, no se impone sin discusión, y precisamente en nuestra Facultad de derecho de Montevideo, es donde surgen las críticas más fuertes.

Veamos, por ejemplo este párrafo de Couture, comentando las afirmaciones de Josserand, en el sentido de la creciente independencia entre el derecho y la moral en Francia.

"¿En nombre de qué razón moral, se afirma que se "amoraliza" un derecho, cuya intención (lograda o no lograda, lo que es ajeno a esta consideración) es la de disminuir el desnivel y la angustia que las vigorosa coacciones económicas crean entre los individuos?

¿Podrá decirse, acaso, que es lo moral la desigualdad y lo amoral, lo neutro en el orden ético el intento de aproximación?

¿No será, acaso, la verdad, la honda verdad la premisa contraria?

Se dirá entonces, que en la pretendida nivelación, no se realiza el bien a quienes lo merecen, a quienes la opresión vital desfibra dolorosamente a

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

pesar de todos los privilegios que el poder público quiera conferirles. que, por el contralor, la legislación de excepción se hace para los grandes peces, expertos en escurrir por los gruesos claros de la trama de la ley. Que a l amparo de esa legislación para los dolidos del dolor de vivir, halla protección la numerosa familia de los destinatarios impuros de la ley, de los que siempre tienen un medio de acogerse al bien que otros merecen".¹⁷

En cambio el utilitarismo jurídico, busca el compromiso valorativo del jurista. Aquí, en la medida que las prescripciones del sistema normativo son apenas medios para fines compartidos.

Como se verá más adelante, cuando veamos los modelos de ingeniería social, existe un problema en la explicitación de los fines del movimiento de derecho y desarrollo, y también de la profesión jurídica en su conjunto, esto es cierto en América Latina, desde luego, pero también en los propios Estados Unidos.

Porque es en el terreno de los fines donde encontramos el problema de una definición de desarrollo económico, y un conjunto de valores de justicia que le acceden que en pocas palabras podríamos definir como derechos humanos.

¹⁷ Couture. *Espíritu y Técnica en el Derecho Contemporáneo*. Imprenta de la Universidad. B. Aires. 1938.

Véase también:

1as. Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal.

Proceso y Regla Moral.

Rev. Fac. de Derecho. Montevideo. 1958. T. 9 No. 1. pg. 9 - 36. 2as. Jornadas.

Instituto Mexicano de Derecho Procesal. México 1960. págs. 13-891.

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

Mientras la profesión jurídica, no asuma como propio un compromiso ético de particular fuerza y relevancia, todo este problema de las definiciones del derecho permanecerá sin resolver.

La Facultad de Derecho de Montevideo, ha dado un gran paso en esta materia, al crear una nueva materia de estudio llamada Derechos Humanos. La medida puede ser muy buena solamente si se encara no como un problema "técnico", sino como un primer paso en la elaboración de ese común denominador ético de la profesión, que, digámoslo llanamente hoy no existe.

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

Administración Constitucional

Los norteamericanos, desde su independencia, mantuvieron dos instituciones que los latinoamericanos relegamos a un segundo plano, y que le dieron una clara y diferente fisonomía a sus naciones. Una es la existencia de una importante supremacía judicial, y otra, es un poco el contrapeso de la primera en una sociedad democrática, una amplia participación popular y control democrático sobre el dispositivo de justicia.

Obviamente, al ser el poder judicial un poder de opinión, su autoridad es tanto más amplia en la medida que tenga mayor participación en la conformación de la opinión pública, entonces todas las instituciones que influyan para lograr este objetivo, en realidad están aumentando el poder del sistema en su conjunto, y sobre todo confiriendo legitimidad al sistema.

Por otra parte, en América Latina, donde no se conoce prácticamente la institución de la elección popular de magistrados, y existen notorias limitaciones al instituto de los jurados populares, la autoridad de la justicia conoce un límite infranqueable que es el de su escasa representatividad democrática.

Puede ser interesante ver en qué términos ven los norteamericanos el problema del jurado, en los días que corren.

El uso del jurado en materia civil en los diversos órdenes jurídicos norteamericanos es bastante amplio. Entre un 30 y 50% de las causas civiles se deciden con la participación de un jurado popular.

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

En los casos que el jurado popular no está específicamente concedido por la constitución, puede un jurado ser convocado y llamado en cualquier proceso, penal o civil, "cuando el juez cree que es una buena idea".

La regla federal de procedimiento Civil N° 39 establece: En todas las acciones que no son juzgables por derecho por un jurado, la corte a instancia de parte o de oficio, puede tratar cualquier asunto con un jurado de asesoramiento, excepto en juicios contra los Estados Unidos cuando una ley de los Estados Unidos establezca un juicio sin jurado, la corte, con el consentimiento de ambas partes, puede ordenar un juicio con jurado cuyo veredicto tiene el mismo efecto que si el juicio por jurados fuese materia de derecho.

En Uruguay, el jurado de asesoramiento estaba establecido en el Código de Procedimiento Civil, art. 620 para la Justicia de Paz. Fue raramente aplicado, y finalmente la institución fue derogada por el Código General del Proceso.¹⁸

En el Jurado de asesoramiento, el fallo del jurado es de efectos más limitados que en el jurado de derecho, siendo posible, por ejemplo su revisión en la segunda instancia, cuando el fallo del jurado de derecho es francamente inapelable, y sólo es posible de anulación en casos muy extraordinarios.

Contrariamente a lo que se ha afirmado en América Latina, los norteamericanos procuran la extensión de la institución de los jurados, no existiendo prácticamente críticas serias a la institución.

¹⁸ Art. 620 del Código Uruguayo de Procedimiento Civil:

"El Juez de Paz puede reservarse el consignar su fallo en acta separada para el cual, si lo juzgare oportuno, puede tomar consejo privado de hombres de buena razón y probidad"

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

Los enfoques elitistas de Jerome Frank, que en aras del incremento de la seguridad jurídica, abogaba por la eliminación de los jurados, hoy no se ven en el panorama doctrinario norteamericano, o al menos no ocupan los primeros planos de la atención.

Interesa en cambio, el tenor de la discusión del tema, que ve en el problema de los jurados más un problema de legitimidad del sistema jurídico-político, que una institución judicial como se ve por ejemplo en Uruguay.

Algunas opiniones del cuerpo editorial de la HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, vertidas en abril de 1987, iluminarán lo que queremos expresar.

El artículo se denomina PRACTICA Y POTENCIALIDAD DEL JURADO DE ASESORAMIENTO y comienza con una cita de Jefferson que expresa:

"Si tuviera que ser llamado a decidir donde el pueblo habría sido mejor omitido, en el departamento legislativo o judicial, yo diría que sería mejor dejarle fuera de la legislatura. La ejecución de las leyes es de mayor importancia que su elaboración."

EL JURADO DE ASESORAMIENTO Y LA PARTICIPACIÓN COMUNITARIA EN EL PROCESO JURÍDICO

Esta parte examina los temas de participación comunitaria a través del jurado de asesoramiento en los temas de obscenidad, penal capital y título VII (no discriminación racial). El jurado de asesoramiento abre los tribunales a mayor participación de los miembros de la comunidad no jurídica

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

en estas áreas, que envuelven algunos de los más difíciles y controvertibles temas éticos que enfrenta el sistema legal. A lo mejor, esta participación puede restringir el impacto de tendencias de clase en el orden jurídico a través de la influencia de mas amplias normas comunitarias. Desde otro punto de vista, el carácter local de los jurados, pueden, a través de estrechos provincialismos, perjudicar importantes políticas nacionales como la no discriminación.

Como el jurado de Derecho, el jurado de asesoramiento expande la participación comunitaria en la aplicación del derecho. Como un comentarista ha afirmado: "el sistema de jurados.... pone al alcance del derecho los valores comunitarios. .. Es difícil concebir un mejor mecanismo que el jurado para reflejar los valores comunitarios y establecer estandards a los cuales los miembros de la comunidad se deben adaptar... El jurado es un instrumento de participación democrática. para permitirles cumplir este rol democrático, los jurados son extraídos de paneles que deben ser razonablemente representativos de la composición de la comunidad. En contraste, los jueces reflejan pobremente la comunidad más amplia. Los jueces son mucho más consistentemente blancos, educados formalmente, machos, de mediana edad y ricos que la más amplia comunidad que se sienta en el banco de jurados. Los estrechos antecedentes de los jueces inevitablemente crean tendencias. Como el decano Ely, escribió:

"La experiencia sugiere que.... Habrá una tendencia sistemática en la elección judicial de los valores fundamentales.... No habrá sorpresas que será en favor de los valores de clase media superior de la cual la mayoría de los

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

abogados y jueces son extraídos. Comprensiblemente la gente piensa que lo que es importante para ellos es lo que es importante, y gente como nosotros (profesionales del derecho), no somos la excepción.

EL PROPÓSITO DE UNA RADICAL EXTENSIÓN DEL JURADO A TRAVÉS DEL JURADO DE ASESORAMIENTO

Al menos desde 1920, escritores identificados con la escuela realista, y más recientemente, con la escuela de pensamiento jurídico CRITICAL LEGAL STUDIES, en varios niveles han atacado la legitimidad de la facción del derecho. Como el jurado de derecho, el jurado de asesoramiento incrementa la legitimidad de la administración del derecho a través de la participación de la gente que vive bajo este derecho. Cuanto mayor la crisis de legitimidad en el orden jurídico, mayor la necesidad de un compromiso comunitario más amplio con el sistema jurídico a través del jurado y el jurado de asesoramiento. Este mayor compromiso podría tener lugar en una panoplia de temas desde el derecho contractual al derecho administrativo y societario, área en las cuales las tendencias provincialistas locales identificadas precedentemente parecen no tener aplicación."

Un uso ampliamente expandido del jurado, en términos tanto de número de casos como tipo de materias que los jurados pueden atender, puede ser un componente alcanzable en un programa para remediar estos fracasos de legitimación judicial. Quizás la principal limitación del argumento Realista/CLS, ha sido su inhabilidad para definir un programa de cambio, aunque escritores individuales han hechos algunas sugerencias generales. En

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

su crítica al Estado burocrático, por ejemplo, Gerald Frug, ha llamado para una rededicación de la interacción "cara a cara" y "democracia participativa". Jennifer Nedelsky ha trazado una visión similar describiendo el ideal "antifederalista" de democracia participativa. En apoyo de estos ideales, una vigorosa expansión del uso del jurado dependería de y estimularía un concepto participativo del derecho como derivando de la comunidad de la gente que vive por este derecho...

La participación de jurados es necesaria si las decisiones judiciales en estas áreas van a ser más que reflexiones de los intereses y valores particulares de la estrecha clase de la cual la mayoría de los jueces son extraídos.

Este énfasis en los procesos judiciales individuales contempla las preocupaciones de la literatura crítica, que denuncia las jerarquías de autoridad y pone en duda la posibilidad de cambio serio a través de instrumentos centralizados de poder. Este ataque en la jerarquía también realiza las razones para un ulterior uso de jurados. Apoyando la participación comunitaria, los jurados corroen las estructuras autoritarias. Su magistratura temporaria, composición no profesional y modelo de decisiones conjuntamente hace de los jurados un límite insuperable al legalismo, arbitrariedad y burocracia. Desde la perspectiva realista-crítica (critical legal studies), el jurado de asesoramiento, disponible en cada caso en la más amplia gama de casos, es parte de un desafío democrático a la actual administración del derecho formalista y exclusivista.¹⁹

¹⁹ EDITORIAL DE HARVARD LAW REVIEW. Práctica y Potencialidad del Jurado de Asesoramiento. Abril 1987.

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

En América Latina y en Uruguay en particular, existe una falta de legitimidad muy grande en el Estado y en particular en el sistema de aplicación jurídica, quizás en términos mucho más severos que en los Estados Unidos.

La falta de vigencia general del orden jurídico en ramas específicas, es apenas un preocupante síntoma de un fenómeno más general, más extenso y más grave que es la falta de legitimación del sistema jurídico.

Es no es un fenómeno nuevo, pero sin duda es un fenómeno actual. Las propuestas de participación, con las cuales se quiere combatir son totalmente inadecuadas, ya que encaran la participación popular en fenómenos totalmente tangenciales a las decisiones que importan, pero el tema de los jurados populares, que es la forma mas seria y vigorosa de participación popular es apenas discutido.

El Jurado fue derogado en Uruguay por el gobierno de facto del Dr. Terra, poco después de haberlo sido en Alemania Nazi e Italia Fascista. Estas potencias, vencidas en la guerra por las democracias beligerantes, reimplantaron el jurado, cosa que no hizo nuestro país a pesar de haber vuelto a la institucionalidad democrática. (dos veces desde entonces).

Es indispensable, que, como recomendó la Tercera Conferencia de Derecho Procesal de Rivera,²⁰ se abra la discusión pública sobre el tema de

²⁰ Mas de 100 juristas nacionales y otros extranjeros se reunieron en Rivera en 1985, y luego

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

una mayor descentralización en las decisiones estatales jurídicas y sacar al derecho de un elitismo estéril y vacío para convertirle en una verdadera palanca de desarrollo democrático, sin la cual entre otras cosas, el desarrollo económico es imposible.

de una documentada discusión se decidió:

"Exhortar a los Juristas Nacionales a considerar la eventualidad de restablecimiento del Jurado Popular para causas Penales (posibilidad prevista por el art. 13 de la Constitución de la República), dentro del marco del Proceso Penal acusatorio, oral y público reclamado por nuestro constituyente. Ver: Constitución y Proceso Penal * Proceso Aduanero - Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, pag. 222.

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

Ingeniería Social

Si bien la función del jurista norteamericano, fue siempre de mayor jerarquía que su similar del Sur, también sufrió los embates del conceptualismo y dogmatismo, desde luego que esta vez de un tipo diferente, jurisprudencial.

La gran reacción del movimiento realista de principios de este siglo, fue precisamente afirmar una imagen que se iba perdiendo en base a enfoques teóricos inadecuados.

"En las Facultades de Derecho conscientes de tales progresos es cuestión de discreción admitir que la ciencia jurídica nos lleva necesariamente al campo de la psicología, economía y teoría política. Los cursos en nuestras facultades de derecho más progresistas están empezando a ocuparse, con suma cautela, de las doctrinas psicológicas involucradas en nuestras reglas de prueba, de las teorías sociológicas presumidas por nuestro derecho penal, de los presupuestos económicos de nuestras doctrinas de derecho constitucional y de los hechos psicológicos, sociológicos y económicos que dan fuerza y significación a las reglas y las decisiones de estos y en otros campos del derecho. Los primeros pasos dados son torpes y provocan sonrisas de simpatía o atronadoras carcajadas, según el temperamento de los críticos. Pero la voluntad de andar persiste.

¹ Para el abogado, no menos que para el estudioso del derecho, el manejo de materiales hasta ahora considerados "no jurídicos" asume creciente importancia. Y los tribunales que cierran sus puertas a tales materiales no jurídicos, depositando los tabúes del derecho de la prueba sobre los hechos y argumentos que revelan el significado social funcional de una pretensión o de un precedente jurídico, aprenderán con el tiempo que la sociedad tiene otros órganos, las legislaturas, las comisiones parlamentarias y los organismos administrativos de diverso tipo, que están deseosos de manejar, en forma directa, los materiales estadísticos y descriptivos, que una magistratura demasiado escrupulosa desdeña." ²¹

²¹ Félix Cohen. Transcendental Nonsense and the Functional Approach. Columbia Law Review, vol XXXV N° 6, 1935. Existe traducción al español por Genaro Carrió: El método Funcional en el Derecho. Abeledo Perrot - B. Aires - 1962.

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

El modelo de ingeniería social que el movimiento de derecho y desarrollo trataba de implantar en América Latina, puede deducirse de las palabras de Llewellyn:

"La esencia de nuestra artesanía consiste en habilidades y sabiduría; en prácticas efectivas, persuasivas, habilidades ingeniosas para conseguir que las cosas sean hechas. Cualquier tipo de cosa y en cualquier terreno; en sabiduría y juicio de seleccionar las cosas que serán hechas; en habilidades para mover a los hombres a la acción deseada, cualquier tipo de hombres y en cualquier terreno" ²²

El modelo una vez establecido, fue rápidamente proyectado para los países en desarrollo: " la conclusión fue que sus necesidades de un ingeniero social, del abogado imaginativo parecían ser las mismas que en Norte América."

²³

Por las razones expuestas, la abogacía latinoamericana había perdido amplio terreno, en beneficio de otras profesiones y con otros métodos de actuación. En los hechos este modelo de ingeniero social y arquitecto de la democracia, no encuentra ningún equivalente latinoamericano, posiblemente los enfoques no valorativos exacerbados con los gobiernos militares podrían hacer comparable al abogado con un bibliotecario antiguo especializado en temas estatales.

Este modelo de ingeniería social, por lo tanto encontró un ambiente receptivo en América Latina.

²² Llewellyn, "The Crafts of Law Revalued," 15 Rocky Mt. L. Rev. 1 at 3 (1942), reimpresso in Llewellyn, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice* (Chicago, 1962) p. 316. cit. por Gardner op. cit.

²³ Stewart McAulay, "Final Report on the Chile Law Program",. at 5 (February 1971), Ford Foundation Reports Information, New York.

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

Permítaseme advertir nuevamente que el impacto del modelo profesional norteamericano, no debiera ser exagerado. En pequeña medida dio soporte a funcionarios del sector público que buscaban abogados más sensibles a la política estatal y ofrecía soporte y legitimación a abogados pragmáticos u orientados a la resolución de problemas que ya se estaban moviendo del derecho doctrinario y formal hacia una vinculación con el sector público y el Estado. Este proceso fue en alguna medida reforzado por el movimiento de "derecho y desarrollo"; pero el proceso en sí estaba ya en camino con anterioridad al arribo de los modelos de ingeniería jurídica norteamericano, y no era dependiente de la asistencia jurídica norteamericana."²⁴

Pero el modelo de ingeniería social o arquitectura democrática tiene defectos y vulnerabilidades particulares, incluso en los Estados Unidos de Norteamérica.

Con estudios de sociología y algo de sicología el modelo de ingeniería social es básicamente un modelo práctico de un solucionador no especializado de problemas.

En el momento que el modelo estaba en pleno proceso de elaboración Randolph Bourne expresó en 1919:

"La ingeniería social es "una joven intelligentsia, entrada en la dispensa pragmática, inmensamente pronta para el tratamiento ejecutivo, piadosamente incapaz de la interpretación intelectual o el enfoque idealista de fines. Su educación no les ha dado un sistema coherente de grandes ideas, o un sentimiento de objetivos democráticos. Ellos no tienen, en pocas palabras, una

²⁴ Gardner, Op. cit. pag. 257.

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

filosofía clara de la vida, aquella de servicio inteligente y la admirable adaptación de medios a fines." ²⁵

Es un punto de referencia común en la doctrina jurídica norteamericana de nuestros días, que la distancia entre el arquetipo de ingeniero social moderno y aquella de los abogados redactores de la Constitución norteamericana (the founding fathers) es enorme prácticamente en todos los campos y fundamentalmente en teoría democrática, constitucional y teoría social.

En América Latina, el problema es aún más grave, ya que el modelo profesional que tenemos para ofrecer a la comparación, derivado de codificación, es mucho más modesto aún.-

Si volvemos en Uruguay, entre la comparación del jurista de nuestros días con los redactores de nuestra primera constitución, resulta chocante el hecho que siendo la primera constitución democrática importante en el mundo promulgada en 1786 en los Estados Unidos, precede solamente en 44 años a nuestra constitución de 1830.

En ese lapso hubo que estudiar sus principios filosóficos, su aplicabilidad práctica a esta parte del planeta, salvando diferentes mentalidades, todo ello teniendo presente que se trataba de un verdadero experimento social democrático sin precedentes importantes en toda la evolución del género humano.

También debió tenerse presentes las dificultades del idioma, entonces no tan conocido, y del transporte, (no existían los Jumbo).

²⁵ 14 Randolph Bourne, *Untimely Papers* (New York, 1919) pag. 128, 130.

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

Si comparamos con nuestros días, por ejemplo, no existe un estudio a fondo de movimiento *Critical Legal Studies*, a pesar que lleva ya casi 30 años de existencia en los Estados Unidos y los estudios del realismo sociológico con 95 años de existencia todavía no son lo completos que debieran.

Los resultados de la implantación de los modelos son que en los Estados Unidos, el carácter pragmático del modelo profesional, de alguna medida se encuentra contrapesado con una fuerte tradición de revisión judicial y de una justicia pública con participación popular, y ergo de mucho mayor legitimidad.

"Extraído de su contexto norteamericano e injertado en situaciones autoritarias o aún totalitarias en América Latina y el Tercer Mundo, el modelo de ingeniería jurídica exportada generalmente actuaba como si fuera diseñado como el agente de la política estatal.

En América Latina esto significó demasiado a menudo que el movimiento que fue lanzado para entrenar los "arquitectos de la democracia", entrenó en su lugar la tecnocracia jurídica de una u otra dictadura militar, estado corporativo o elite privilegiada." ²⁶

También se debe tener en cuenta al hacer la comparación de arquetipos que si bien la formación educacional del ingeniero social norteamericano, es más bien técnica, hay tres instituciones que requieren a un exitoso abogado norteamericano tenga un cierto obligatorio nivel de cultura general, que son: las normas procesales de juicio oral, la participación popular en la justicia y fundamentalmente una actitud, en el sistema educativo y judicial de rechazo hacia la especialización.

²⁶ Gardner, *Op. cit.* pag. 260-261.

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

Esta actitud académica de rechazo a la especialización, se complementa con una similar actitud en el foro. Cuando se hace imprescindible la creación de juzgados penales y civiles, los jueces rotan entre ambas sedes. Parece ser una excepción la práctica de los grandes estudios que agrupan más de 100 abogados.

Nada de ello encontramos en América Latina, y si bien existen elementos rudimentarios de oralidad y participación popular, la actitud es bien clara a favor de la especialización.

El resultado es que el modelo latinoamericano de abogado, tampoco tiene una aceptable cultura general.

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

Institutos Particulares de Aplicación Jurídica

Parece claro, a esta altura del discurso, los grandes avances que se han logrado en el sentido de la comprensión general de los sistemas jurídicos, y el rol de los diferentes agentes en los sistemas que se están comparando.

Ahora bien, estos avances, no están acompañados de particulares desarrollos en áreas particulares del derecho, en áreas sensibles a la comparación, concretamente:

Antitrust (Mecanismos de defensa de la competencia comercial privada).

Mecanismos de contralor administrativo.

Defensa del Consumidor.

Como sucede en otras ramas del derecho, en estas también vemos un mayor control a cargo de los agentes jurídicos en los Estados Unidos de Norteamérica que en Latinoamérica, en el cual éste prácticamente no existen en las áreas reseñadas.

El resultado es que la producción a cargo de la empresa privada latinoamericana, tiene un funcionamiento extremadamente imperfecto de sus mercados, con tendencias monopólicas u oligopólicas según los casos.

Por otra parte en materia administrativa, los administradores están generalmente fuera del contralor jurisdiccional, y cuando existe, este es tardío, y débil.

Estos son temas donde se ve claro otro terreno fértil de interacción entre el jurista y la sociedad, y las posibilidades que tiene el derecho para producir desarrollo o estancamiento.

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

El conglomerado social en Latinoamérica, tiene una clara posición en el sentido de favorecer la participación del estado en la economía.

En los hechos, es una de las pocas posibilidades que tiene la población de invertir masivamente en el sector industrial, ya que la inversión en acciones privadas, no se acostumbra, y las sociedades anónimas vernáculas adoptan fundamentalmente, por lo menos en uruguay, la forma familiar.

El ciudadano tiene sobre estas empresas públicas un derecho muy similar al que tiene un accionista singular en una gran empresa cuya propiedad está dividida entre millones de personas, que son comunes en los países desarrollados. Es una forma del llamado capitalismo popular.

El carácter de propietario que tiene la población sobre las empresas públicas, es necesario recordarlo a cada momento, porque suelo olvidarse, ya que ni siquiera se publican los balances de estas sociedades, y la forma de contratación de las mismas no rigen disposiciones mínimas de equidad como el concurso de admisión para sus trabajadores, importando en realidad muy poco la competencia del trabajador y su aptitud para la función.

Ahora bien, existe desde luego un conflicto social de enormes proporciones entre lo que la gente quiere y sus posibilidades reales, para dirimir el cual, sería previo la determinación de hasta qué punto, entre la llamada privatización y la estatización, no existe una posición intermedia que precisamente es la que más cumpliría con la opinión predominante de la creación de una efectiva instancia de amplio control jurisdiccional de la administración.²⁷

²⁷ Estos conceptos fueron escritos en el año 1990. La sanción de la ley de Reforma del Estado, y el resultado del plebiscito de impugnación a dicha ley, parecen confirmar expresamente lo indicado en este informe.

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

Desde luego que, entonces, una discusión sobre el modelo de contralor de la administración pública, y la calidad y jerarquía de egresado de derecho que pudiese ocupar esas posiciones debería ser previo al hecho de la privatización, que solamente arroja preguntas sobre quien y en qué condiciones está controlado y regulado los mercados privados de la economía uruguaya.

Es aquí donde la investigación deberá dirigirse en un futuro próximo, quedando solamente reseñado este tema, como introductorio además para otro que es el de la educación jurídica que el país desea y puede proporcionarse.

Desde luego que los profesionales del derecho que tenemos, son productos directos de la educación jurídica que se brinda, y ésta debiera ser un resultado de lo que la gente aspira de sus profesionales del derecho.

Es muy posible que si ambos razonamientos se llevaran a sus extremos nos encontraríamos, con que la educación que hoy se brinda, podría no corresponder al tipo de profesional que la gente espera o necesita para establecer instancias legítimas y eficientes de contralor administrativo, de mercados y del consumidor, entre muchas otras.

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

A modo de Conclusión

Ya hemos dicho en otro lugar, que el jurista se encuentra a cargo de uno de los medios más importantes del control social democrático y el derecho es un verdadero super-yo de la conciencia colectiva.

Los Estados Unidos, comenzaron su carrera independiente sólo unos pocos años antes que los latinoamericanos, y en ese momento eran subdesarrollados, tanto o más que los vecinos del Sur.

La gran sabiduría de los norteamericanos, ha sido en adaptar su sistema de derecho admirablemente a las instituciones democráticas, tarea que los latinoamericanos no hicimos, de forma tal que las fuerzas del constitucionalismo igualitario, que se han extendido por todo el mundo, no encontraron un cauce adecuado donde funcionar en la historia del sub-continente latinoamericano.

Los indicadores de subdesarrollo, en lugar de disminuir la distancia que separa a los vecinos americanos, aumenta; se ha incrementado la dependencia a través del endeudamiento público y privado del área latinoamericana hacia los países desarrollados.

La justicia norteamericana del área de San Diego (California) expulsa unos 50000 latinoamericanos "indocumentados" mensualmente lo cual configura un índice específico de subdesarrollo interamericano, y habla a las claras sobre la necesidad de un replanteo urgente del problema del subdesarrollo en nuevos términos.²⁸

²⁸ Hay opiniones divididas en cuanto a la generación de desempleo por los computadores. En lo personal me inclino por una actitud afirmativa, que parece ser predominante. En otras palabras, un cambio institucional se impone en un futuro no lejano.

Veamos la opinión de Solomón:

"La mayor cantidad de funciones y flexibilidad puede aumentar el número de trabajadores desplazados por un solo robot. En lugar del desplazamiento de tres trabajadores por robot, basado en el promedio de 1.5 trabajadores

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

Pero este panorama es aún agravado en forma sombría, frente a las crecientes demandas de una nueva economía mundial, donde la computación genera creciente desplazamiento de mano de obra, y muy posiblemente desempleo. Pero ese panorama, desalentador de por sí, pasa a impresionar cuando vemos la pasmosa falta de respuestas del sistema, principalmente del núcleo básico que consiste en la enseñanza jurídica.

Parece que la tendencia, en lugar de trabajar sobre estos fenómenos que son evidentes, es la de acumular conocimientos históricos y dogmáticos en un modelo de intensa especialización y sobre la base de la clase magistral, o sea un método establecido en el siglo XVI que consiste en conferencias a cargo de un profesor cuyos resúmenes están destinados principalmente a la memorización y al ejercicio deductivo.

En lo que nos es personal, pensamos que todo lo que dijimos se puede sintetizar en la frase referente a la justicia, en cuanto a que la injusticia es un enorme derroche económico y que no hay peor pérdida de producción que la que proviene de la desconfianza de los agentes económicos (las personas) a las reglas de organización y convivencia o a su aplicación.

Los latinoamericanos, debemos salir de los estrechos moldes connaturales al positivismo jurídico y volcar esfuerzos a la investigación de áreas no tradicionales de la producción económica y sus condicionantes jurídicas.

por tarea y para robots de dos tareas, cada robot puede desplazar al menos 5 o 10 personas. Por ejemplo, basado en robots de la segunda generación que pueden ser usados en operaciones de línea de montaje, el Banco de Comercio de Alemania Occidental estima que la mitad de los trabajos de 1:200.000 trabajadores de línea de montaje en el país podrían estar en peligro."

Solomón, Lewis. The microelectronics Revolution, Job Displacement, and the Futuro of Work: A policy Commentary. 63 Chi. Kent L. Rev. 65.

Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

Puede que ésto sea muy difícil, pero es seguro que sin aclarar estas interacciones es muy difícil que se alcance el desarrollo económico, ni siquiera una razonable estabilidad democrática.