

**Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y
Política**

**San Juan de Puerto Rico, Puerto Rico
(12 al 15 de junio, 2007)**

**DERECHO Y CULTURA
Reporte de trabajo**

Francisca Pou Giménez
Secretaría Particular, ponencia
del Ministro J. R. Cossío Díaz

1. Qué es el SELA.

El Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA) es una reunión académica organizada gracias al esfuerzo de universidades de América Latina (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, Paraguay, Perú y Puerto Rico) España y los Estados Unidos de América. Un comité organizador con representantes de todas las instituciones participantes determina durante el mes de octubre un tema específico para cada seminario; se hace una ronda de solicitud de trabajos seis meses antes de la celebración del mismo; se circulan estos trabajos para que los participantes los lean; y finalmente se discuten en los distintos "paneles" que se desarrollan durante la edición anual del seminario, celebrada cada año durante la primera o la segunda semana de junio.

Cuando se inició en agosto de 1995, los fundadores del seminario lo concibieron como una iniciativa orientada a modelar un discurso intelectual más sustantivo y dialogal que el habitual en Latinoamérica, y a crear una comunidad intelectual transnacional que ayudara a dinamizar el

entendimiento y la enseñanza del derecho en la región. El objetivo se relacionaba, pues, con la idea de ir conformando una comunidad de académicos, intelectuales y practicantes del derecho altamente informada, prestigiosa, socialmente comprometida y transnacional. En la primera reunión los participantes eran alrededor de cincuenta; actualmente son más de una centena, procedentes de la Universidad de Palermo, la Universidad de Buenos Aires, la Universidad de Sao Paulo, la Fundación Getulio Vargas, la Universidad Adolfo Ibáñez, la Universidad de Chile, la Universidad Diego Portales, la Universidad de los Andes, el Instituto Tecnológico Autónomo de México, la Universidad Nacional Autónoma de México, el Centro de Investigación y Docencia Económicas, el Instituto Paraguayo de Derecho Constitucional, la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, la Universidad de Puerto Rico y la Universidad Pompeu Fabra.

Los temas a los que se ha dedicado el seminario a lo largo de todos estos años son muy variados: estado y moralidad pública, democracia y mercado, estado de derecho, igualdad, violencia, pobreza, el poder ejecutivo, la función transformadora del derecho, entre otros. En la edición del presente año, el tema seleccionado era la relación entre derecho y cultura.

Al lado de las sesiones regulares de discusión de *papers*, el seminario incluye también una sesión llamada "Democracia en las Américas" donde se discute de manera más informal, y típicamente después de una exposición por parte de un especialista invitado, un tema de relevancia y actualidad para la región (por ejemplo: la gestión de Fujimori en Peru,

los procesos de extradición de Pinochet, el proceso de privatizaciones en Brasil, el cambio de situación política en México desde el año 2000, o, como este año, el análisis del status constitucional de Puerto Rico).

Las ponencias y comentarios que se hacen en el SELA son posteriormente publicados en forma de libro por una editorial argentina.

2. Características del SELA y relevancia para mi trabajo en la Suprema Corte.

El SELA es hoy en día un foro intelectual único e importantísimo. El seminario es tanto un espacio de debate y producción teórica escrita como una red de relaciones personales y profesionales entre académicos, teóricos y prácticos del derecho. Ello explica dos características del SELA que son esenciales para el adecuado desarrollo de su función: es un seminario de membresía regulada, al que sólo se puede asistir por invitación personal que no puede cederse o transferirse a nadie más, y es un seminario que reposa en la continuidad de la participación de todos los miembros a lo largo de los años.

En mi caso, he sido honrada con una invitación a asistir al SELA desde 1998. Soy, por tanto, miembro de la red desde hace nueve años. La participación anual es esencial no solamente porque existen relaciones entre el trabajo que se hace en las distintas ediciones, sino porque la labor del seminario tiene continuidad en intercambios entre los participantes a lo largo del año (colaboración en investigaciones, invitaciones mutuas a dar conferencias o cursos, etcétera).

El SELA es un proyecto único en muchos sentidos. No existe en Latinoamérica otro foro que agrupe a un conjunto tan prestigioso de juristas, y que contribuya, año con año, a construir un espacio intelectual común entre los constitucionalistas y teóricos del derecho de esta parte del mundo. El seminario ha ayudado a la emergencia paulatina de un idioma jurídico común apto para discutir problemas que nos afectan a todos, y a impulsado el análisis y la discusión de temas jurídicos a través y más allá de barreras geográficas, disciplinarias e ideológicas. La calidad de las presentaciones teóricas ha mejorado también mucho con el pasar de los años; el seminario se erige, así, en uno de los poquísimos foros donde el trabajo teórico de los participantes no sólo se da a conocer, sino que es seriamente comentado, criticado y complementado. De este modo, el SELA ayuda efectivamente a sus miembros a aumentar la calidad de su trabajo.

Como trabajadora de la Suprema Corte y dejando de lado el prestigio derivado de la participación de nuestra institución en un foro intelectual tan selecto, el SELA constituye una semana intensiva de actualización teórica que es esencial para el adecuado desarrollo de nuestra labor jurisdiccional. En el SELA uno se informa de los libros recientes sobre los temas de nuestro interés, así como de los proyectos y trabajos desarrollados a nivel individual o grupal por otros participantes del seminario, y tiene la oportunidad de discutir con personas expertas e informadas acerca de temas que estamos trabajando en la Corte. Prácticamente todos los miembros del SELA tienen un conocimiento profundo de lo que están haciendo las cortes o tribunales constitucionales de

sus países respectivos, sea porque trabajan o han trabajado como letrados o ministros en tales instituciones, sea porque argumentan casos -típicamente como litigantes de interés público- ante las mismas, sea porque son profesores universitarios que analizan y comentan sus resoluciones en el desarrollo de su labor.

El carácter de red intelectual del SELA es útil en muchos momentos a lo largo del año, porque nos proporciona fuentes de información de contrastada calidad y referencias e ideas de modo muy rápido. Nuestros colegas del SELA nos pueden sugerir libros, artículos o decisiones de cortes supremas extranjeras en un tiempo récord, lo cual es de una utilidad indudable en el desarrollo de nuestro trabajo.

2. El SELA 2007: Derecho y cultura

A continuación describiré la estructura del seminario de este año, con los nombres de los expositores y de los trabajos que presentaron. Como podrá observarse, en cada panel interviene también un comentarista. La función del mismo es apuntar a los principales argumentos expuestos en cada trabajo, sugerir sus puntos de encuentro y sus puntos de contraste, y abrir líneas para el extenso debate (unas dos horas) que sigue a la exposición de los *papers*.

Panel I: La interacción entre derecho y cultura: constitucionalismo

Panelistas:

Jorge Contesse (Universidad Diego Portales, Chile):
"Cultura, constitucionalismo y derechos humanos".

Roberto Saba (Centro para los Derechos Civiles, Argentina):
"Códigos y constituciones: un matrimonio difícil".

Reva Siegel y Robert Post (Universidad de Yale, EEUU):
"Patriotismo constitucional y cultura constitucional".

Comentarista: Marisa Iglesias (Universidad Pompeu Fabra, Barcelona)

Panel II: La interacción entre derecho y cultura: violencia

Panelistas:

Paul Kahn (Universidad de Yale, EEUU):
"Gestionando la violencia: separación acústica, monumentos conmemorativos y cabezas de turco".

Julieta Lemaitre (Universidad de los Andes, Colombia):
"Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales en Colombia".

Catalina Pérez Correa (Universidad Nacional Autónoma de México):
"Desconfianza y desobediencia: discurso y práctica del derecho en México".

Comentarista: Mario Ramos-Reyes (Universidad de Puerto Rico)

Panel III: Culturas jurídicas híbridas: préstamos e imposiciones

Panelistas:

Ximena Benavides (Perú):
"Competencia entre leyes".

Martín Böhmer (Universidad de San Andrés, Argentina):
"Préstamos e importaciones: el uso del derecho extranjero como una estrategia para construir legitimidad constitucional y democrática".

Mariana Mota Prado (Universidad de Sao Paulo, Brasil / Universidad de Toronto, Canadá):
"Reformas institucionales, transplantes legales y sistemas políticos".

Comentarista: Esteban Restrepo (Universidad de los Andes, Colombia)

Panel IV: Formalismo legal

Panelistas:

Marcelo Ferrante (Universidad Torcuato di Tella, Argentina):
"Opiniones de la comunidad y reforma penal".

Marcio Grandchamp (Universidad de Sao Paulo, Brasil):
"Defensas empíricas del formalismo".

Paulo Mattos y Mario Caio Pereira (Universidad de Sao Paulo, Brasil):
"La crisis de la academia jurídica en Brasil: trampas y alternativas al formalismo legal".

Comentarista: Roberto Lara (Suprema Corte de Justicia de la Nación, México).

Panel V: Pluralismo legal

Panelistas:

Ximena Fuentes (Universidad Adolfo Ibáñez, Chile):
"Derecho internacional y derecho doméstico: decididamente, un extraña pareja".

Roberto Gargarella (Universidad Torcuato di Tella, Argentina):
"Implantes y rechazos: radicalismo político y trasplantes constitucionales en las Américas".

Neus Torbisco (Universidad Pompeu Fabra, Barcelona):
"Más allá de la unidad y la coherencia: el desafío del pluralismo legal en un mundo post-nacional". En su ausencia, expuso el trabajo Marisa Iglesias Villa.

Comentarista: José Julián Álvarez-González (Universidad de Puerto Rico).

3. Comentarios finales.

Como puede deducirse de la anterior relación, son muchos los temas que fueron planteados por los panelistas en este SELA, y muchas las ideas que salieron a colación el transcurso de las sesiones dedicadas a discutir las. De entre ellas, voy a destacar brevemente la que atrajeron singularmente mi atención.

- **Mezcla de culturas legales en América.** Entre los temas más analizados estuvieron las consecuencias de la mezcla de culturas jurídicas que caracteriza a la mayoría de países latinoamericanos, pero quizá de manera paradigmática, a Argentina y México. Estos dos países tienen una Constitución que en su origen era prácticamente idéntica a la de los Estados Unidos de América, un país de la órbita jurídica del *common law*, pero el derecho que está bajo la Constitución es derecho codificado, derecho moldeado al estilo del derecho continental europeo. Se debatieron en profundidad las consecuencias de esta mezcla de culturas jurídicas, tremendamente distintas y hasta opuestas en ciertos puntos, y se planteó si ello tiene alguna relación con la relativa debilidad del constitucionalismo y las dificultades para el arraigo del estado de derecho en la región.
- **Formalismo jurídico.** Identificado el formalismo como la aproximación tradicional al entendimiento y la práctica del derecho en la mayoría de los países latinoamericanos, se debatió la influencia del mismo en

el funcionamiento del sistema político democrático (relación entre jueces y ramas políticas), se planteó de qué modo esta aproximación empieza a mezclarse ahora con otras tradiciones en las facultades de derecho, y se trató de pensar si hay motivos para rescatar ciertos rasgos de esta aproximación, en general criticada y asociada a rasgos de nuestras realidades jurídicas y políticas que desearíamos cambiar.

- **Importaciones y trasplantes legales.** En nuestro momento histórico, el fenómeno de la "importación", a veces con modificaciones a veces de modo intacto, de material legal proveniente de otros países es frecuente y casi cotidiano. Los trasplantes e injertos se hacen notar en el contenido de las leyes, el de las sentencias, el de las aproximaciones al estudio del derecho en las universidades, etcétera. En las sesiones se planteó en particular la necesidad de decidir a la luz de qué criterios debe hacerse una importación o trasplante legal (¿eficiencia? ¿compatibilidad con la tradición jurídica existente?) y se trató de identificar las razones por las que, de hecho y más allá de lo que resultaría deseable, se hacen los trasplantes. Por ejemplo: en muchas ocasiones se importan instituciones no por razones de necesidad o utilidad, sino simplemente por el prestigio del sistema jurídico del que provienen en el sistema jurídico receptor.
- **Fetichismo e instrumentalismo legal.** Es un fenómeno típico de América Latina el de encontrar actores legales, sociales y políticos cuya confianza -e incluso entusiasmo- por el derecho excede en mucho lo que

quedaría justificado por la utilidad instrumental del mismo, esto es, en términos de lo que realmente el derecho ayuda a conseguir, a cambiar en la realidad, en términos empíricos. En los debates se explicaron tanto los inconvenientes como las ventajas de este fenómeno, y se exploró por qué en algunos países el derecho parece "nombrar" la dignidad y la libertad mientras que en otros es en cambio víctima de un grado tal de desprestigio que amenaza incluso su potencial para funcionar como instrumento de cambio social intencionalmente buscado, diseñado y dirigido.

- **Desobediencia y cumplimiento del derecho.** Fue muy interesante conocer y discutir las distintas respuestas que se han dado a la pregunta de por qué las personas deciden obedecer el derecho. Al respecto, se contrapusieron las teorías tradicionales basadas en los incentivos positivos o negativos (el retribucionismo, las teorías de la prevención especial o general) con las teorías de la reciprocidad, según las cuales las personas actúan en función de como actúan los que les rodean, y ligan la obediencia al derecho de los individuos a la percepción de cada uno de que todos lo hacen, y por lo tanto, participan de una práctica cuyas ventajas y desventajas están equitativamente repartidas. Se hizo también un análisis particular (y fundamentalmente crítico) de la postura según la cual tener un derecho penal cuyo contenido que no se aleja mucho de las creencias morales del común de los ciudadanos contribuye a la obediencia al mismo.

- **Transformaciones contemporáneas del derecho.** Se describieron algunos de los rasgos que están cambiando más profundamente el carácter del derecho en el mundo de hoy. En particular, se analizó el hecho de que la mayor parte de las nociones básicas del derecho presuponen un trasfondo ocupado exclusivamente por el estado-nación, cuando actualmente las teorías de la globalización han mostrado que nuestras realidades políticas y culturales tienen que ser descritas desde parámetros muy distintos. También se debatió largamente acerca de las ventajas e inconvenientes de la cada vez más estrecha interacción entre derecho internacional y derecho interno en la región, y se ponderó en particular el funcionamiento del sistema interamericano de derechos humanos.