

## Escogiendo la ley\*

PHYLLIS GOLDFARB\*\*

### I. PREGUNTAS

El curso de inmersión de Pierre Schlag inspirado en este simposio\*\*\* ha sido fascinante, inquietante y vigorizante. No es necesario sumergirse demasiado en la obra de Schlag para darse cuenta de que en la medida en que la crítica es una forma de arte, Pierre es un gran maestro.<sup>1</sup> Esta maestría es evidente tanto si uno se identifica con el autor o con sus “objetivos”.<sup>2</sup> Incluso la incomodidad de verme por momentos entre estos últimos no disminuyó mi capacidad de maravillarme ante el lúcido ojo de Pierre y su fulminante sátira intelectual acerca de las prácticas ideo-

\* Publicado originalmente en inglés como “Picking Up the Law”, *University of Miami Law Review* 57, nro. 3, abril de 2003, pp. 973-987. Los editores agradecen al autor y al editor el permiso para traducirlo y publicarlo en esta revista. Traducción al español realizada por María Victoria Alonso, ayudante de cátedra de Derecho Constitucional Profundizado y Procesal, Facultad de Derecho (UBA).

\*\* Profesora, Boston Collage Law School. B. A. 1978, Brandeis University, Ed. M. 1979, Harvard University; J. D. 1982, Yale University; LL. M. 1985, Georgetown University Law center.

\*\*\* [Nota de los editores: se refiere al simposio organizado por la *Miami Law Review*].

<sup>1</sup> Mientras elogia los logros de Pierre, el término “gran maestro” tiene doble sentido en este contexto. Algunos pensadores críticos tienden a entender el proceso de designación de “grandes maestros” como un uso ilegítimo de autoridad, o la categoría en sí misma como una designación específica de raza y género. Las preguntas acerca de cómo ver el trabajo de Pierre a través de los lentes de la raza y el género aumentaron a partir del simposio de febrero. Algunas de estas preguntas son exploradas en el libro de CONAGHAN, Janne, “Sins of Omission in Pierre Schlag [Nota de los editores: sobre Pierre Schlag ver su sitio] *Enchantment of Reason*”, en *U. Miami L. Rev.*, nro. 57, 2002.

<sup>2</sup> Por supuesto, las reacciones emocionales defensivas e irreflexivas generadas por la identificación con el blanco de la crítica pueden oscurecer el reconocimiento de la maestría de Schlag. Para un análisis psicológico de reacciones angustiantes como ésta, véase GOODRICH, Peter, “Pierre the anomalist: An Epistemology of the Legal Closet”, en *U. Miami L. Rev.*, nro. 57, 2002.

lógicas y estéticas de la academia legal.<sup>3</sup> A pesar de la claridad de su escritura, o quizás debido a ella, el trabajo de Pierre genera una gran cantidad de preguntas. Planteo algunas de ellas aquí.

Pierre hace una brillante, en realidad, divertidísima parodia de la repetición compulsiva de la pregunta “¿Qué deberíamos hacer?” en el contexto de las escuelas de Derecho,<sup>4</sup> una pregunta que él ve como una derivación de la inapropiada pero habitual identificación de los profesores de Derecho con la figura del juez.<sup>5</sup> No obstante, muchas de las

<sup>3</sup> Su tono satírico y mordaz análisis son expuestos abundantemente en *Pierre Schlag Laying Down the Law: Fetishism and the American Legal Mind*, 1996 (a partir de aquí *Laying Down the Law*) y *Pierre Schlag, The Enchantment of Reason*, 1998 (a partir de aquí, *Enchantment*). Para una mirada de su mordaz humor, véase su Top Ten en los artículos normativos de los ochenta, que contiene sólo cinco puntos, entre ellos Tenga un Buen (realmente elegante y totalmente abstracto) Día, Deberíamos Hablar y Hablar y Hablar Sobre Hablar y Sólo Seguir Hablando, y el Paradigma está Yendo a Mi Manera, *Laying Down the Law supra*, 19-26. Para el razonado argumento de Schlag contra la posibilidad de la razón como medio del Derecho, véase generalmente *Enchantment, supra*. Sobre su elaboración de las implicancias del Derecho como una práctica estética, véase SCHLAG, Pierre, “The Aesthetics of American Law”, en 115 *Harv. L. Rev.* 1047, 2002.

<sup>4</sup> Véase *Laying Down the Law, supra*, nota 3, pp. 17-36. Aquí un extracto: (“¿Qué deberíamos hacer”) es una interrupción planteada como origen. Se plantea como un origen en el que se toma a eso mismo como la motivación original para comprometerse en el pensamiento legal. Y aún aquí, el “¿qué deberíamos hacer” interrumpe el proceso de tratar de comprender en qué empresa nosotros, como pensadores jurídicos, estamos ya comprometidos. Interrumpe el proceso de intentar revelar el carácter de nuestras disciplinas y nuestras prácticas como pensadores jurídicos... De hecho, el pensamiento jurídico normativo está en apuros de tal forma que te dirá qué hacer aun cuando no exista la menor chance de que puedas estar realmente en posición de hacerlo. *Íd.*, 27-28.

<sup>5</sup> (E)s la autoidentificación con la figura del juez lo que establece los caminos, límites, procedimientos y preocupaciones de los pensadores jurídicos norteamericanos... [E]sta autoidentificación con el sujeto-formación del juez establece un conjunto de tareas intelectuales para los juristas académicos por nombrar, la exposición del Derecho a través de su material autoritario, la vigilancia y normalización de nuevas formas de pensamiento jurídico, el reconocimiento y conceptualización de nuevos problemas jurídicos, la expulsión de tendencias jurisprudenciales falsas o subversivas, y el perfeccionamiento de las formulaciones de Derecho existentes...

Pero aun cuando la autoidentificación de los pensadores jurídicos con la figura del juez se está haciendo cada vez más forzada y cada vez más improbable, los pensadores jurídicos todavía están viviendo esta historia. La autoidentificación sobrevive como un abstracto, pero no obstante fundacional nivel. Sobrevive como una estética, en las

presentaciones en este simposio plantean alguna versión de esa pregunta y algunas respuestas modestas a la misma.<sup>6</sup> Jack Schlegel lo pregunta en forma directa, aunque irónica, en el título de su trabajo.<sup>7</sup> Demasiado intimidada por la crítica de Pierre como para preguntar en forma directa, incluso en forma irónica, yo lo pregunto de una forma disimulada, aunque creo que mis variantes a esa pregunta son suficientemente diferentes de “¿Qué deberíamos hacer?” como para ser consideradas mejores preguntas.<sup>8</sup>

Entre las preguntas que el trabajo de Pierre plantea, para mí se encuentran las siguientes: “¿Dónde puede alguien persuadido por la crítica de éste al tipo de trabajo que prevalece en las escuelas de Derecho<sup>9</sup> continuar manteniéndose dentro de ellas?” Ésta no es una variante de la afirmación de Paul Carrington de mediados de los ochenta, en el sentido de que los críticos tienen la obligación de renunciar a enseñar Derecho.<sup>10</sup> Es

formas ontológicas fundamentales y en las dominantes orientaciones normativas del pensamiento jurídico norteamericano... Ser autoidentificado con la formación subjetiva del juez es de esta manera estar intelectualmente comprometido. Es estar aferrado a una retórica, una estética, y compromisos normativos que son predominantemente antiintelectuales, que son, por cierto, destructivos del esfuerzo intelectual.

6 Ver PAUL, Jeremy, “Reason and Interest”, en 57 U. *Miami L. Rev.*, 2002; SCHLEGEL, Henry John, “But Pierre, If We Can’t Think Normatively, What Are We To Do?”, en 57 U. *Miami L. Rev.*, 2002; WESTBROOK, David A., “Pierre Schlag and Temple of Boredom”, en 57 U. *Miami L. Rev.*, 2002.

7 Ver SCHLEGEL, nota *supra*.

8 Es atemorizante ofrecer otras reacciones tentativas, desde el punto de vista de la educación de la clínica legal o desde cualquier otro, para creer del todo los logros intelectuales como *The Enchantment of Reason*. Pese a que pensé que confiaba en mis reacciones, también temí que Pierre estuviera muchos pasos por delante mío, viendo las artimañas retóricas y estrategias intelectuales que yo no podía ver desplegadas en mis propios escritos, por la forma en que perfeccionó su talento en tan extraordinario nivel. Mientras normalmente me resistí al modo “confesionario”, cuento esta experiencia porque pienso que los escritos de Pierre serían mucho más apreciados si los lectores estuvieran más conscientes del impacto psicológico que este trabajo tiene sobre ellos. A pesar de las complejidades que implica en un artículo jurídico el uso excesivo de notas al pie, ha creado una forma simple para mí de ofrecer este comentario.

9 De acuerdo a Pierre, el trabajo dominante en la escuela de Derecho es la proliferación de pensamiento jurídico normativo. Véase *Laying Down the Law*, nota 3, *supra*.

10 Véase CARRINGTON, Paul D., “Of Law and the River”, en *J. Legal educ.*, nro. 34, 1984, pp. 222, 226-27.

un intento de afrontar el insoluble dilema de cómo vivir la vida de acuerdo al propio entendimiento, lo cual es excesivamente difícil cuando se trabaja dentro de un contexto edificado sobre la base de negar tales entendimientos.<sup>11</sup>

Otras formas de formular la pregunta son: “Dentro de la crítica de Pierre, ¿existe algo así como un verdadero profesor de Derecho?” “¿Admite nuestro autor la posibilidad de lograr algo que merezca respeto como academia legal?” O, planteado de otro modo, “¿Dónde puede ubicarse un crítico legal posmoderno dentro de una escuela de Derecho?”

A lo largo de este ensayo, he adoptado la pregunta de base “¿Dónde puede uno situarse?” como alternativa a “¿Qué deberíamos hacer?” La pregunta es obligada para mí por la siguiente razón: mientras tengo la idea de Pierre como un académico, no tengo la idea de Pierre como un profesor. Al leer su prolífica efusión, sigo tratando de imaginármelo en el rol diario de profesor. ¿Cómo es Pierre Schlag como profesor? ¿Cuál es el contenido y método en sus clases? ¿Ha desarrollado una contrapedagogía? ¿Qué aprenden sus alumnos? ¿Hay formas de aproximarse a la identidad de profesores de Derecho menos empañados por su crítica, en lugar de su caricatura sobre el típico profesor de Derecho, que en varios momentos aparece en las descripciones de Pierre acerca de la

<sup>11</sup> Uno de los numerosos relatos de Pierre sobre el fenómeno de negación dentro de la academia legal es el siguiente:

El problema para los pensadores jurídicos es que el atractivo normativo del pensamiento jurídico normativo quita sistemáticamente la atención de reconocer que el pensamiento jurídico normativo está basado en una representación completamente increíble del campo que afirma describir y regular. El problema es que el pensamiento jurídico normativo, más que asistir en la comprensión de las situaciones políticas y morales actuales, se queda en el camino. Sistemáticamente reinscribe su propia estética, su propio entendimiento fantástico de la escena política y moral.

Hasta que el pensamiento jurídico normativo comience a enfrentar su propia situación paradójica, posmoderna y retórica, permanecerá algo de empresa irresponsable...

SCHLAG, *Laying Down the Law*, *supra* nota 3, pp. 37-38. Para otro relato de negación, véase SCHLAG, Pierre, “Hiding the Ball”, en *N. Y. U. L. Rev.*, nro. 71, pp. 1681-1695-1996. [A partir de aquí, “Hiding the Ball”]. (La Ley norteamericana está organizada para trasladar las dudas y desafíos lejos de la ontología del Derecho, preferentemente a preguntas técnicas, frecuentemente normativas, si es necesario investigaciones epistémicas, pero siempre lejos de la investigación ontológica).

“antiintelectual” vida académica?<sup>12</sup> Como profesor de Derecho, ¿es posible pedir directamente a aquellos que han venido a escoger la ley si no es mejor, por ejemplo, dejarla de lado?<sup>13</sup> Si es así, y si él lo hace, ¿cómo suena esa conversación?

## II. ÉSTA PUEDE SER SU CLÍNICA

Quiero sugerir una ubicación posible para el profesor de Derecho que, gracias a Pierre, se ha visto al menos lo suficientemente desposeído del encantamiento de la razón como para luchar contra estas preguntas.<sup>14</sup> Considerar esta ubicación requiere imaginar una Clínica Legal Posmoderna de Pierre Schlag y preguntarse si ese experimento mental produce algo inteligible.<sup>15</sup> Para dar más especificidad a esta imagen, trate de pensar en un programa de defensa criminal dentro de esta clínica, donde el profesor despierta el interés de los alumnos sobre el trabajo de representar clientes sin recursos que enfrentan cargos por delitos menores en la corte criminal local. Más que por preferencias personales (pues estoy bastante familiarizada con ese escenario)<sup>16</sup> he elegido este

<sup>12</sup> Para un ejemplo, véase “Hiding the Ball”, *supra* nota 11.

<sup>13</sup> Dejar de lado la ley, con su irónico doble sentido, es la posibilidad que Pierre plantea en el párrafo final de *Laying Down the Law*, como una alternativa de celebrar, expandir y adorar la ley. Ver *Laying Down the Law*, *supra* nota 3, p. 166.

<sup>14</sup> El encanto de la razón se refiere a la tendencia dominante de los pensadores jurídicos norteamericanos de negar esa razón, el observado medio en el cual el Derecho descansa en raíces precarias y es así otra forma de creencia. *The Enchantment of Reason* elegantemente elabora este argumento y sus implicancias. Véase *Enchantment*, *supra* nota 3.

<sup>15</sup> Pierre no buscó previamente desarrollar un informe de una clínica legal posmoderna, pero es claro que recibiría bien tal esfuerzo. Sin embargo, buscó relatar la marginalización clínica en educación jurídica, como material de reflexión de la dicotomía interna/externa (léase: privilegiada/no privilegiada) que domina el pensamiento jurídico norteamericano. Véase SCHLAG, Pierre, “Normativity and the Politics of Form”, en *U. Pa. L. Rev.*, nro. 139, 1991, p. 801 (a partir de aquí, “Normativity”).

<sup>16</sup> La familiaridad es tanto un beneficio como un inconveniente. Mientras provee bases experienciales para completar los detalles de esta experiencia de pensamiento, también aumenta enormemente las posibilidades de propia desilusión. En palabras de Pierre: “Es esperable que la perspectiva de cualquier participante sobre su propia práctica incluya el significado retórico para la propia preservación de la práctica”. SCHLAG, *Laying Down the Law*, *supra* nota 3, p. 135. También: “Es menos que placentero considerar realmente el vacío de una disciplina cuando es la propia”. *Enchantment*, *supra* nota 3, en 10. Dejo para otros si los riesgos que Pierre cita se encuentran en este ensayo.

puesto de avanzada<sup>17</sup> a efectos de la discusión en este ensayo, en parte por el mismo motivo por el cual lo he elegido para mi trabajo, es decir, porque evita en gran medida la pregunta de si se debe elegir o no el Derecho como un camino para el cambio gradual. Cuando la burocracia de la justicia criminal esté dispuesta a atropellar los derechos de su cliente, la decisión del abogado defensor penal de usar el Derecho no es una elección de abrazar el Derecho, sino de ejercerlo en forma defensiva a la luz de otras opciones.

Hasta aquí un resumen de lo que sería una Clínica Legal Posmoderna de Pierre Schlag, cuya plausibilidad queda abierta a consideración.<sup>18</sup> El primer rasgo a destacar de la clínica es que el alumno que se encuentra junto al cliente en la corte criminal ya no está situado en la posición de juez. Esto ya interrumpe el relato de Pierre sobre la educación legal convencional.<sup>19</sup> Más bien, la identificación del alumno es con el abogado, un punto desde el cual puede también identificarse o conectarse, o al menos relacionarse con el cliente.

Joanne Conaghan observó que nada desagradable u horrible le sucedía a nadie en los libros de Pierre.<sup>20</sup> Esto no sería así en la clínica de

<sup>17</sup> Deliberadamente he elegido el término “puesto de avanzada” (N. del T: en inglés: *outspot*) para invocar las resonancias del carácter colonial de la justicia criminal norteamericana. Para mayor desarrollo de las resonancias coloniales en la justicia criminal norteamericana, véase DOYLE, James M., “It’s the Tirad World Down There!” *The Colonialist Vocation and American Criminal Justice*, en 27 *Harv. C. R.-C. L. Rev.* 71, 1992, e “Into the Eight Ball: The Colonialist’ Landscape in American Criminal Justice”, en 12 *B. C. third world L. J.* 65, 1992.

<sup>18</sup> En anteriores artículos, traté de desarrollar las intersecciones entre la educación clínica y otros movimientos jurisprudenciales en la educación legal. Véase, GOLDFARB, Phyllis, “A Theory-Practice Spiral: The Ethics of Feminism and Clinical Education”, en 75 *Minn. L. Rev.* 1599, 1991 (a partir de aquí “A Theory-Practice Spiral”) y “Beyond Cut Flowers: Developing a Clinical Perspective on Critical Legal Theory”, en 43 *Hastings L. J.* 717, 1992 (a partir de aquí “Clinical Perspective”). Este ensayo, al comenzar a desarrollar la posible intersección entre posmodernismo y educación clínica, continúa la serie.

<sup>19</sup> Pierre reconoce que la identificación formativa del pensador legal con el juez –una identificación que los profesores de Derecho inculcan en sus alumnos– puede romperse hasta cierto punto entre los abogados que ejercen la profesión. Véase *Laying Down the Law*, *supra* nota 3, p. 155. Él no discute cómo la identificación con el juez se desintegra entre los abogados, cuáles son sus consecuencias o qué lugar ocupa.

<sup>20</sup> Véase CONAGHAN, *supra* nota 1.

Pierre. En una causa criminal, las cosas desagradables y horribles probablemente ya han ocurrido y la pedagogía de la clínica implica encontrarlas. El cliente en una causa criminal, por lo general, ofrece experiencias que enriquecen la perspectiva de los estudiantes, simplemente porque son datos que los programas de las escuelas de Derecho de otro modo pueden evitar o suprimir. Dentro o fuera de ella, esta posibilidad puede facilitar la crítica.<sup>21</sup> En vez de enfocar lo que Pierre llama la “falta de pensamiento” del Derecho, la creencia no examinada de pensadores y actores legales de que el Derecho opera a través del lenguaje de la razón,<sup>22</sup> la clínica cambiaría el foco a la “falta de pensamiento” del derecho respecto de los desposeídos,<sup>23</sup> de aquellos cuya opresión Conaghan temía se estuviera marginando cada vez más en el trabajo de Pierre.<sup>24</sup> Esto sólo ya es una crítica desestabilizante que puede generar un cambio, porque excluir la “falta de pensamiento respecto de” es una parte importante de la “falta de pensamiento” del Derecho.<sup>25</sup>

En una clínica, se pide al estudiante-abogado que reflexione críticamente sobre la experiencia de desempeñar su rol.<sup>26</sup> Mientras que razonar y hablar acerca de la doctrina puede representar un aspecto de esta experiencia, ese aspecto probablemente disminuye mucho en importancia

<sup>21</sup> Para una descripción de la crítica como una metodología aspiracional de la educación clínica, véase “A Theory-Practice Spiral”, *supra* nota 18, pp. 1657-62.

<sup>22</sup> Véase *Enchantment*, *supra* nota 3, p. 23.

<sup>23</sup> Véase “A Theory-Practice Spiral”, *supra* nota 18, p. 1686, véase también “Clinical Perspective”, *supra* nota 18, p. 744.

<sup>24</sup> Véase CONAGHAN, *supra* nota 1.

<sup>25</sup> Por el contrario, el sistémico odio de razas y clases que parece apoyar el resultado de los casos criminales socavaría la creencia de que la razón es el medio a través del cual la ley opera. Para un análisis de cómo opera la desigualdad –particularmente la desigualdad de raza y clase– en la administración del Derecho criminal, véase generalmente COLE, David, *No equal justice: race and class in the american criminal justice system*, 1999. Mientras que Pierre hace foco en cómo el Derecho está construido para reprimir su violencia dominante, véase SCHLAG, *Laying Down the Law*, *supra* nota 3, pp. 143-49, David Cole, entre otros, identifica más específicamente aquellos contra a quienes la violencia va dirigida. El fracaso en identificar los beneficiarios y objetos de la violencia burocrática de la ley es una preocupación planteada respecto de los escritos de Pierre desde una perspectiva feminista-crítica. Véase GRAHN-FARLEY, Maria, “An Open Letter to Pierre Schlag”, in *Critical race feminism*, 2003.

<sup>26</sup> Ésta es la sustancia del método clínico de aprender de la experiencia. Véase “A Theory-Practice Spiral”, *supra* nota 18, pp. 164-54.

a medida que el estudiante accede al Derecho a través de las interacciones complejas y multidimensionales de los imperativos burocráticos, de las relaciones interpersonales, de los procesos informales, de las relaciones de poder, y así sucesivamente, todo lo cual es experimentado como impresiones, sensaciones, sentimientos, intuiciones y acciones.<sup>27</sup> Ésta no es el tipo de pedagogía alcanzada por la crítica de Pierre.<sup>28</sup>

Para que la variedad de fenómenos que surgen en una clínica tenga sentido, el alumno debe concentrarse intensa y conscientemente en el significado y consecuencias de su conducta y la de los demás.<sup>29</sup> Para que esas experiencias tengan sentido, el alumno de la clínica puede necesitar comprender de forma matizada cómo la cultura burocrática de los tribunales despliega la ley, el poder y la violencia.<sup>30</sup> En otras palabras, hacer sentido de estas experiencias parece requerir una crítica hacia la cultura legal convencional.<sup>31</sup> En muchos casos, puede observarse que la razón ha jugado un rol limitado en la tramitación del caso. Lo fuertemente apremiante de estas experiencias bien puede ser un camino para poner de manifiesto a través de la enseñanza, y no a través de la doctrina, lo

<sup>27</sup> Íd. 1652 (“Como un problema epistemológico, una más amplia y profunda especie de comprensión puede venir de integrar el conocimiento que ha sido absorbido no sólo a través de la cognición, sino a través de un revoltijo de impresiones, sensaciones, sentimientos, intuiciones y acciones, que son accesibles en distintos niveles de conciencia”); “Normativity”, *supra* nota 15, p. 876 [“En la práctica del Derecho, (...) lo político, lo social, lo psicológico, lo retórico, y lo racional está todo diferentemente relacionado en complejas formas”].

<sup>28</sup> Véase, “Hiding the Ball”, *supra* nota 11, para un relato de la pedagogía de clase tradicional. Pierre analiza los imperativos políticos que relegaron la clínica a un área cognitiva y física fuera de la clase. Véase “Normativity”, *supra* nota 15, p. 927.

<sup>29</sup> Véase “A Theory-Practice Spiral”, *supra* nota 18, 1963 [“Para decir que hacer alumnos responsables es la mejor forma de hacerlos responsables no es la simple tautología que parece. Significa que tomar activamente la responsabilidad contribuye a desarrollar el carácter responsable (...) (en parte porque) compromete a la persona en un nivel más intenso, decidido y consecuencial”].

<sup>30</sup> Robert Cover ha confrontado públicamente con nosotros en la conciencia de que el Derecho ocurre en un campo de sufrimiento y muerte. Véase COVER, Robert M., “Violence and the Word”, en 95 *Yale L. J.* 1601, 1986.

<sup>31</sup> Las clínicas de las escuelas de Derecho están bien posicionadas para facilitar tal crítica. Véase “A Theory-Practice Spiral”, *supra* nota 18, 1656 (“Complementar la educación tradicional de la escuela de Derecho incrustando el Derecho en este contexto, la clínica tiene el potencial de transformar el estudio del Derecho en un estudio de una cultura que despliega el Derecho con varios propósitos”).



que Pierre llama “La Noble Estafa” debido a la endeble descripción del Derecho que se ofrece.<sup>32</sup> De este modo se aumenta la posibilidad de que las lecciones de *The Enchantment of Reason* puedan ser incorporadas mucho más vívidamente cuando son construidas en formar empírica experimental.

Cuando es llevado a cabo conscientemente, este proceso crítico clínico conlleva la promesa de revelar las suposiciones, prejuicios y valores que se reflejan diariamente en una corte criminal. Para un schlagiano este cambio de contexto del derecho del profesor de Derecho al encuentro con la cultura legal burocrática es estimulante,<sup>33</sup> al poder echar luz sobre la disparidad entre las teorías legales a las que adhiere la doctrina del Derecho criminal y aquellas que se expresan en una corte criminal.<sup>34</sup> Este cambio de contexto también mejora las posibilidades de que los profesores de Derecho hagan algo más que lo que Pierre, en su inimitable estilo, denomina “entrenamiento de matones”.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Desde “La Noble Estafa”, el Derecho es la aplicación de la razón a artefactos legales (que en sí mismos manifiestan la razón) para producir resultados apropiados. Véase *Enchantment*, *supra* nota 3, pp. 34-39.

<sup>33</sup> De acuerdo a Pierre, el Derecho manifiesta una lógica burocrática, y “los abogados que ejercen experimentan el Derecho como una compleja red de arreglos burocráticos de poder que han aprendido a manipular”. “Normativity”, *supra* nota 15, p. 804. Los únicos pensamientos legales pensables, observa Pierre, son aquellos que se conforman con una delgada estética cuyos límites son dictados por la necesidad de enmascarar la violencia causada por las burocracias legales. Véase *Laying Down the Law*, *supra* nota 3, pp. 155-59. También, “El rol más importante que juega el pensamiento legal normativo es constituir estudiantes (...) como amables y bien educados vehículos para la amable transacción del negocio burocrático”. “Normativity”, *supra* nota 15, p. 866. En otras palabras, se les enseña a hablar “agradable al poder”. *Laying Down the Law*, *supra* nota 3, p. 6.

<sup>34</sup> Pierre ha observado que “la apasionada vida normativa de la ley no ha aparentado fácilmente relación con la actual estructura o contenido de la práctica legal”. “Normativity”, *supra* nota 15, p. 803. “La inconmensurabilidad del discurso normativo con la práctica burocrática sugiere que las oportunidades de practicar cualquier conducta ‘auténtica’ normativamente competente son extremadamente reducidas dentro de las burocráticas formas de vida”. *Íd.*, 881. Pierre ilumina estas observaciones sobre la separación del pensamiento legal normativo de la práctica del Derecho a través del análisis de un caso criminal ficticio, que aparece cuando el abogado Stuart Markowitz es arrestado por manejar alcoholizado, un escenario que apareció en *L. A. Law*, *íd.*, pp. 852-84.

<sup>35</sup> Ésta es la razón por la cual los profesores de Derecho insisten en que el Derecho está gobernado por la razón: sin la razón, el Derecho es violencia ritualizada y ellos

Permítanme darles algunos ejemplos de cómo una clínica podría llevar adelante las ideas de Pierre a través de un método de enseñanza. Una vez liberado de las cadenas del derecho de los profesores de Derecho, la legitimación derivada del aparente uso de la razón al aplicar la doctrina a través de un ritual legal a una persona acusada de un delito,<sup>36</sup> es mucho menos efectiva cuando el alumno-abogado, por su identificación con el cliente, puede ver el sufrimiento que el sistema a la vez ignora y produce.<sup>37</sup> El estudiante, cuyo proceso clínico lo exhorta a tratar de ver el mundo a través de los ojos de su cliente,<sup>38</sup> puede también ver que el proceso burocrático no hace tal cosa.<sup>39</sup> Raramente una corte gastará esfuerzo en tratar de entender la vida de su cliente, y la limitada cantidad de tiempo dedicada al caso demuestra esta realidad.<sup>40</sup>

son entrenadores de matones. Véase *Enchantment*, *supra* nota 3, p. 21. La caracterización es sólo ligeramente menos poco halagadora en *Laying Down the Law*: "Las academias legales (son) entrenadoras de metaliquidadores de seguros", *supra* nota 3, p. 38.

<sup>36</sup> Entender el Derecho como coherente y su aplicación como justificada es un engaño necesario, observa Schlag. De lo contrario, los actores legales notarían la violencia de su empresa y serían menos capaces de funcionar de acuerdo con las necesidades normativas del Derecho. Véase *Laying Down the Law*, *supra* nota 3, pp. 156-59.

<sup>37</sup> Considere, por ejemplo, el sufrimiento infligido por la encarcelación forzada, separación de las familias, y el Estado matando como respuestas incluso para actos que aparecen, al menos en parte, por adicciones no tratadas, enfermedades mentales no diagnosticadas, y los efectos corrosivos de la pobreza. Véase también la caracterización de Pierre de la ley criminal, como fue representada en el episodio de arresto de Markowitz de *L. A. Law*, de "odiar el sexo", "negar la vida", "matar por diversión", "Orwelliana", "inexplicablemente azarosa", "impresionantemente poderosa" y "equivocada". "Normativity", *supra* nota 15, pp. 853-857.

<sup>38</sup> Véase, ELLMANN, Stephen, "The Ethic of Care as an Ethic for Lawyers", en 81 *Geo. L. J.* 2665, 2700 (notar que el abogado comprensivo debería tratar de "entrar en el mundo de su cliente sin dejar el suyo propio"). GOLDFARB, Phyllis, "A clinic Runs Through It, 1", en *Clinical L. Rev.* 1994, pp. 65-67 ("La educación clínica, a través de su intención de concretar particularidades y los sentimientos que evocan, opera a través de un método inherentemente narrativo").

<sup>39</sup> De acuerdo a Edward Dauer y Arthur Leff, las burocracias tratan a las personas como "no-personas". Ver DAUER, Edward A. y Arthur Allen LEFF, "Correspondence: The Lawyer as Friend", en *Yale L. J.*, nro. 86, 1977, pp. 573-581.

<sup>40</sup> "Desesperadamente inundada en un mar de casos, la Corte es incapaz de administrar justicia. Reconocer esto, ha redefinido su misión. La medida del éxito es el índice dispositivo, cuántos casos pueden ser movidos dentro y fuera de la Corte, sin considerar cómo son movidos". SUBIN, Harry I., "The New York City Criminal Court: The Case for Abolition", en *Ocasional papers from the center for research on crime and*

Por otro lado, si el estudiante ha desarrollado una relación con el cliente, la aparente dicotomía ofrecida por el Derecho criminal convencional entre culpa e inocencia, libre albedrío y determinismo, puede finalmente haber empezado a disolverse.<sup>41</sup> Al enfrentarse con la complejidad y ambigüedad de las circunstancias de vida de algunos clientes, el abogado-estudiante puede llegar a advertir que cada uno de estos términos pretendidamente opuestos no son resultado de una observación indiscutible sino

*justice* 8, Graham Hughes ed., 1992. Subin informó que aproximadamente 213.000 casos fueron procesados en la Corte Criminal de Nueva York en 1990, con un promedio de cinco minutos por cada caso. Íd. At 1. Ver también Office of the administrator for the Court, the 1992 report of the Courts of Washington 7-8, 1992 (informando que las Cortes bajas en el estado de Washington dispusieron 391.135 casos en 1992); MILESKE, Maureen, "Courtroom Encounters: An Observation Study of a Lower Criminal Court", en 5 *Law & Socy'y Rev.*, 1971, pp. 473, 479 (informando que cerca de tres cuartos de los casos en una Corte eran manejados en un minuto o menos).

Los defensores públicos generalmente trabajan bajo este asombroso número de casos y las fuentes constatan que la individualización de la situación del cliente es imposible. Ver National legal aid and defender association, indigent defense caseloads and common sense: an update 26, 1992 (encuentra un promedio anual de 613 de casos de delitos menores por abogado); American bar association, criminal justice and crisis: a report to the american people and the american bar on criminal justice in the United States: some myths, some realities, and some questions for the future 43, 1988 (recomienda un número de casos de no más de 300 delitos menores por abogado por año). Un volumen de cantidad de casos como éste requiere una selección en la representación. Ver MITCHELL, John B., "Redefining the Sixth Amendment", en 67 *S. Cal. L. Rev.* 1994, 1215-1239-1248 (describiendo el proceso de selección que hacen los defensores públicos).

La mayoría de los estudios de la Corte criminal como organización la representan como una burocracia en la que los jueces, fiscales y defensores generalmente cooperan para procesar los casos que típicamente involucran personas desfavorecidas tan expeditivamente como sea posible. Ver NARDULLI, Peter F., *The courtroom elite; an organizational perspective on criminal justice*, 1978, p. 66. Algunos comentaristas cuestionan la necesidad del procesamiento no contencioso rutinario de tantos casos en tan poco tiempo. Ver SCHULHOFER, Stephen J., "Is Plea Bargaining Inevitable?", en *Harv. L. Rev.*, nro. 97, 1107, 1984 (argumenta que dentro de los actuales niveles de recursos, el sistema de juicios ante Tribunal podría ser sustituido por acuerdo entre la defensa y los acusadores).

<sup>41</sup> Pierre observa que estas dicotomías son impuestas como si fueran acertadas descripciones de la realidad social. Esto es siempre una "empresa reduccionista", en la que el juez "está constantemente buscando imponer un patrón de la 'ley' en situaciones cuyos significados exceden cualquier patrón". *Laying Down the Law, supra* nota 3, p. 155.

de una elección ideológica.<sup>42</sup> Ya sea que esta comprensión llegue como un lento despertar de conciencia, una epifanía posmoderna o de alguna otra forma, el punto es que experimentar las contradicciones del sistema en un sentido material amplio en lugar de hacerlo a través de una forma abstracta de pensar puede crear un mejor espacio para el surgimiento de conciencia crítica.<sup>43</sup> La crítica no se deriva de la operación de la razón, pese a que ésta puede tener algún rol. Más bien, se hace palpable y visible cuando es experimentada en primera persona, cuando en virtud de haber asumido el rol de abogado el estudiante se ha visto implicado en el funcionamiento del sistema.

El valor de estar implicado para generar las condiciones motivadoras para la crítica tiene algo de paradoja. La clínica facilita la crítica al permitir la amplia búsqueda de información y la extensión de la experiencia en el mismo momento en que los estudiantes están entrando en contacto con el Derecho.<sup>44</sup> Aunque los estudiantes pueden entrar a las clínicas legales con el propósito de adquirir comodidad al trabajar en el ámbito del Derecho, la clínica puede provocar malestar con las prácticas del Derecho.<sup>45</sup> Esto puede ser la fuente de tensión creativa que genera una

<sup>42</sup> Para una discusión de la noción de culpa e inocencia del individuo como ideológica más que descriptiva, ver BOLDT, Richard C., "Restitution, Criminal Law, and the Ideology of Individuality", en 77 *J. Crim. L., & Criminology* 969, 1986, y Michael BAYLES, "Character, Purpose and Criminal Responsibility", en 1 *Law & Phil.* 5, 1982. Ver también BLACK, Charles L. Jr., "The Crisis in Capital Punishment", en *MD. L. Rev.*, nro. 31, 1971, pp. 289-298.

Nos enfrentamos aquí, en verdad, con cuestiones filosóficas que la filosofía ha fracasado en resolver cuestiones de determinismo, libre albedrío y responsabilidad. Pero no estamos debatiendo estas cuestiones filosóficamente. Estamos poniendo algunos humanos a través de una indecible agonía sobre la base de una ficción, nada corta de frivolidad, de que hemos satisfactoriamente resuelto estas cuestiones. ¿Cómo nos atrevemos a continuar con esto?

<sup>43</sup> Pierre insinúa que la alumna aprenderá en cambio a compartimentarse a sí misma como una forma de manejar las contradicciones que la práctica del Derecho presenta. Ver "Normativity", *supra* nota 15, p. 928. Ésta es seguramente una forma de reducir la disonancia obvia, pero la conciencia crítica del tipo que Pierre ha desarrollado es otra.

<sup>44</sup> Ver "Clinical Perspective", *supra* nota 18, 746 ("Los educadores clínicos animan y esperan que los participantes de la clínica, quienes han tenido acceso a una delgada capa de información, conciben múltiples interpretaciones del fenómeno múltiple").

<sup>45</sup> Ver "A Theory-Practice Spiral", *supra* nota 18, 1657.

apertura para la crítica. Mientras que los estudiantes de Derecho pueden estar aprendiendo el encantamiento con la razón en clases donde, como dice Pierre, la pelota está escondida, no les es fácil formar su identidad profesional en ese ambiente controlado.<sup>46</sup> Quizás es sólo cuando los alumnos están en las primeras etapas de formación de la identidad profesional, cuando están comenzando a convertirse en sujetos legales, cuando están comenzando a elegir el Derecho, que el significado y las consecuencias de dejarlo de lado o hacer algo más con él puede ser comprendido en forma significativa.<sup>47</sup> Quizás la clínica es una forma de organización política concreta del tipo que Jeremy Paul recomienda para llevar adelante el trabajo de Pierre.<sup>48</sup>

Esto no significa sugerir que la experiencia clínica vaya a llevar inevitablemente a la crítica de Pierre o hacia su postura sobre el Derecho. La educación clínica ofrece sólo una metodología, pero el contextualismo y empirismo inmanentes en la práctica le permiten multiplicar las interpretaciones de un sinnúmero de detalles.<sup>49</sup> Pero un pensador jurídico posmoderno guiando la investigación intelectual de la clínica puede poner en primer plano algunas preguntas que de otro modo podrían ser formuladas en forma diferente o ser totalmente eludidas en el programa de la escuela de Derecho. Por ejemplo preguntas como “¿Qué pasaría si dejamos de lado el Derecho?” El punto no es que la clínica generará inexorablemente algún conjunto de respuestas correctas a esta pregunta, sino que la epistemología crítica de la clínica puede posiblemente funcionar como una contrapedagogía en el ámbito de la escuela de Derecho.

Mi sugerencia aquí es que una clínica puede ser el escenario de una escuela de Derecho donde es realmente posible una consideración seria

<sup>46</sup> Ver “Hiding the Ball”, *supra* nota 11. Pierre cuestiona no sólo por qué la pelota está escondida, sino si existe una pelota.

<sup>47</sup> Ver LUBAN, David, “Epistemology and Moral Education”, en *J. Legal educ.*, nro. 33, 636, 1983 (sugiriendo que los estudiantes de Derecho aprenden la internalización de hábitos al punto de que encuentran primero las responsabilidades profesionales).

<sup>48</sup> Ver generalmente PAUL, *supra* nota 6.

<sup>49</sup> Ver “Clinical Perspective”, *supra* nota 18, 746 (“[Desde una perspectiva clínica], un análisis deficiente es aquel derivado en ausencia de empirismo cuidadoso y desprovisto de la información desde la cual un examen interpretativo alternativo puede ser construido”).

de la identidad del Derecho, de su significado y de las acciones.<sup>50</sup> Esto contradice la afirmación de Pierre de que es imposible hacer Derecho sin participar en las ilusiones del Derecho,<sup>51</sup> sin aceptar su metafísica.<sup>52</sup> En cambio, mi argumento es que resulta posible elegir el Derecho en forma consciente, estratégica, incluso escéptica, y examinar cómo funciona en el proceso. Al menos al principio, usar el Derecho no quiere decir creer en él.<sup>53</sup> La sofisticada elaboración de Daria Roithmayr de una postura radical pragmática hacia el Derecho ilustra este enfoque.<sup>54</sup>

### III. POSMODERNISMO Y ALGÚN LUGAR HACIA DÓNDE IR

Una clínica puede darle al crítico un lugar donde situarse dentro de la pedagogía de una escuela de Derecho.<sup>55</sup> Implica ponerse en el lugar de una

<sup>50</sup> Como Pierre reconoce: “[El pensamiento legal normativo] es en ciertos sentidos una fuente más resonante y rica de investigación intelectual sobre el Derecho que muchas de las distinguidas producciones de pensamiento legal normativo”. “Normativity”, *supra* nota 15, 868.

<sup>51</sup> Ver *Enchantment*, *supra* nota 3, 106 (“No es posible tener o hacer Derecho (...) sin comprometerse en tales ilusiones [por ej., que la ley tiene una identidad objetiva, estable]. Son precisamente estas ilusiones (...) las que hacen el Derecho (...) posible”).

<sup>52</sup> Schlag identifica la metafísica del Derecho norteamericano como la adscripción de una estética objetivista y subjetivista de los artefactos legales. En otras palabras, las leyes y los casos son percibidos como si tuvieran identidades estables como los objetos, y poderes subjetivos para obligar, solicitar, forzar, etc. Ver *Enchantment*, *supra* nota 3, pp. 97-108.

<sup>53</sup> Schlag llama esto “como si” jurisprudencia y observa que es “parasitaria de la metafísica que niega”. *Enchantment*, *supra* nota 3, 114. Consecuentemente, no está persuadido de que la ley pueda ser entendida de esta forma: “Para aquellos comprometidos en ‘hacer la ley’, ¿cómo pueden no creer en la metafísica al menos en algún momento? (...) Sería una mente extraña la que pudiera jugar tal rol efectivamente al mismo tiempo que recuerde que es sólo un rol”. Íd., 108-12.

Otros pensadores se sienten más optimistas acerca de usar el Derecho agnóstica e instrumentalmente. Ver ROITHMAYR, Daria, “A Defense of Radical Pragmatism”, en 57 U. *Miami Rev.*, 2002.

<sup>54</sup> Ver ROITHMAYR, *supra* nota 53.

<sup>55</sup> Ver *Enchantment*, *supra* nota 3, 126 (“[Los abogados] han sido enseñados a pensar formalmente, pensar universalmente, pensar neutralmente, pensar impersonalmente. Han sido entrenados para vaciarse a sí mismos de prejuicios, pasiones, compromisos. El ideal, que nunca es del todo alcanzado, es lograr la visión desde ningún lugar”). Al contrario, para representar a un cliente en una clínica es necesario adoptar una visión desde algún lugar, generalmente con un sentido de compromiso, pasión, y reconocidos prejuicios de parte de su cliente.

persona con necesidades, alguien cuyas necesidades pueden ser producto de la intersección del sistema legal con las estructuras de la pobreza, la raza y otros sistemas de castas de nuestra cultura.<sup>56</sup> El pensamiento crítico que puede surgir del proceso clínico –de la interacción dinámica entre el profesor, el alumno, el cliente y otros actores de la burocracia legal– tiene una existencia física que puede ser más significativa que la postura políticamente correcta de la que Pierre se burla en *The Enchantment of Reason*, “Hablo aquí como hombre blanco formado en Harvard”.<sup>57</sup> El punto de Pierre –que con este gesto no intenta genuinamente resolver su posición subjetiva– es acertado, pero el resultado de su observación no debería ser que con la reflexión se logra tan poco que debe ser evitada.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> En el drama *L. A. Law*, cuando el abogado Stuart Markowitz dice que tuvo suerte de haber sido sobreesido del cargo de manejar intoxicado, Pierre llama a esto “un extraordinario momento de propia desilusión”.

En efecto, difícilmente se califica como suerte para un hombre blanco, abogado, de clase media-alta, con buenos contactos, el ser capaz de superar un aislado golpe de DWI (N. del T.: DWI son las siglas correspondientes a Driving While Intoxicated, es decir, la falta de conducir en estado de ebriedad). Por el contrario, es una parte y una parcela de lo que significa ser parte de esa clase. Pero Stuart... se niega a sí mismo que es parte de esta red de poder social, y evita cualquier cálculo con las fuentes sociales de su poder...

“Normativity”, *supra* nota 15, 858.

Asimismo, la incapacidad de superar un golpe es parte y parcela de lo que significa pertenecer a una clase desfavorecida, y los estudiantes que representan tales clientes en una clínica generalmente aprenden esta lección vívidamente.

<sup>57</sup> Por ejemplo: La primera vez que alguien anunció en un trabajo o presentación formal académica, “Estoy hablando como hombre blanco formado en Harvard”, la afirmación fue probablemente provocadora de pensamiento, dirigiendo efectivamente la atención de la audiencia a las relaciones entre la identidad social del autor y su trabajo. La audiencia puede haberse detenido a pensar acerca del significado de pertenecer a la raza blanca o a Harvard como un aspecto del contexto. Pero en virtud de la repetición, este acto de reflexión crítica, este acto de llevar a primer plano, ha sido últimamente dejado de lado dentro del contexto. La propia identificación se convierte en poco más que el cansador ritual de un código político familiar y aburrido. *Enchantment*, *supra* nota 3, 75.

<sup>58</sup> La falta de reflexión de *The Enchantment of Reason* puede ser una de las fuentes de la crítica basada en raza y género que emergió en el simposio de febrero. Esta ausencia de reflexión sugiere que Pierre no consideró su propia posición subjetiva en relación con las ideas en el libro como algo suficientemente interesante para explorar. En ese sentido, su trabajo imita la erudición que critica.

Los feministas blancos y los teóricos de color están particularmente inclinados a explicar experimentalmente cómo han llegado a una perspectiva que difiere del para-

Es más fácil lidiar con una postura subjetiva cuando nuestras reflexiones están basadas en contextos materiales, y emergen en relación con otras reflexiones particulares cuyas respectivas relaciones con las consecuencias del derecho destacan la propia posición. Una clínica es sólo un lugar para esta reflexión crítica, pero puede ser especialmente útil para desarrollar la propia conciencia crítica y examinar las diferentes consecuencias materiales del derecho para las personas que se encuentran en posiciones sociales diferentes.<sup>59</sup> Mientras dudo en recomendar una clínica legal a alguien implacablemente aprogramático como Pierre,<sup>60</sup> lo considero un punto de ventaja potencialmente valioso dentro de la escuela de Derecho para desarrollar y enseñar crítica. Pienso que encaja perfec-

digma dominante. Esto parece un requerimiento de inteligibilidad para aquellos cuyas experiencias pueden no ser ampliamente compartidas y en consecuencia son excluidas. Ver CAIN, Patricia A., "Feminist Jurisprudence: Grounding the Theories", 4, *Berkeley women's*, en *L. J.* 191, 1990; DELGADO, Richard, "Storytelling for Oppositionist and Others: A Plea for Narrative", en 87 *Mich. L. Rev.* 2411, 1989; HARRIS, Angela P., "Race and Essentialism in Feminist Legal Theory", en 42 *Stan. L. Rev.* 581, 1990, y "Belle hooks, feminist theory from margin to center", 1984; WILLIAMS, Patricia J., "On Being the Object of Property", en 14 *Signs* 5, 1998.

Las bases teóricas para esta reflexión han sido elaboradas desde el punto de vista feminista. Ver COLLINS, Patricia, "Learning from the Outsider Within: The Sociological Significance of Black Feminist Thought", en 3 *Soc. probs.* 514, 1986; HARAWAY, Donna, "Situated Knowledges: The Science Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective", en 14 *Feminist stud.* 575, 1988.

Como la comprensión de la razón por Pierre, y su acercamiento no-consecuencialista a trabajar con ella puede estar integralmente relacionado con su posición subjetiva, la crítica de raza y género puede, en parte, derivar de la sensación de que la falta de reflexión es un atributo no reconocido de privilegio. Por distintos motivos Duncan Kennedy exhorta a Pierre a hacer un esfuerzo mayor para contextualizar y hacer historia su escritura. Ver KENNEDY, Duncan y Pierre SCHLAG's *Enchantment*, en 57 *Miami L. Rev.*, 2002.

<sup>59</sup> Ver "A Theory-Practice Spiral", *supra* nota 18, 1672-7 ["Nadie preocupado por cuota de poder en el proceso legal puede eludir tal juicio crítico institucional (...) los clínicos están profundamente preocupados por las condiciones que provoca el proceso legal, las consecuencias del proceso legal para sus clientes, y el efecto del proceso legal en todos los que se encuentran con él"].

<sup>60</sup> Algunos pensadores jurídicos se han vuelto bastante ansiosos en este momento: "¿Qué sigue ahora?" quieren saber. "¿Qué vendrá después?" se preguntan. "¿Qué admirable visión del Derecho capturará la imaginación legal?" Quizás ninguna. Quizás lo que viene es que dejemos de tratar al Derecho como algo para celebrar, expandir, adorar. Quizás, aprendamos a dejar de lado el Derecho. *Laying Down the Law*, *supra* nota 3, 166.



tamente con la sugerencia de Jack Schlegel de que los profesores de Derecho pueden seguir el camino honesto de la investigación socioempírica sobre las estructuras de la práctica legal, y que al hacerlo “complicarán nuestra comprensión del Derecho lo suficiente como para hacerlo realmente interesante en términos humanos para nuestras comunidades y nuestros alumnos”.<sup>61</sup>

Mientras pienso que ésta puede ser una descripción plausible de una clínica legal crítica, soy consciente de que la posibilidad que imagino no es frecuente y ocurre en pocas escuelas de Derecho. Esto puede sugerir que estoy persiguiendo una fantasía. O quizás es sólo que aún hay poca coincidencia entre los pensadores de Derecho posmodernos y los clínicos de las escuelas de Derecho. ¿Por qué? Porque pese a mis recomendaciones, sería disparatado para un pensador de Derecho posmoderno elegir la “intranquilidad” de la vida de un profesor de una clínica de Derecho.<sup>62</sup> Aunque marginados, los pensadores de Derecho posmodernos al menos hacen la vida típica de un profesor de Derecho, que tiende a promover la producción de artículos e investigaciones, la verdadera moneda en el ámbito de la universidad.<sup>63</sup> Aunque sus puntos de vista pueden ser ignorados o descartados, al menos los pensadores de Derecho posmodernos obtienen un cierto prestigio institucional, respeto y recompensa por la categoría y nivel de sus publicaciones. Dejar de lado conscientemente este conjunto de relaciones de poder institucionales para participar con los alumnos en el caótico drama de la práctica del Derecho con el propósito de desarrollar una contrapedagogía para entender el Derecho y sus consecuencias es en muchos aspectos temerario.<sup>64</sup> Hablando prácti-

<sup>61</sup> SCHLEGEL, *supra* nota 6.

<sup>62</sup> “Inserenidad” es la palabra de Jerome Frank para la atmósfera de los juicios. Ver FRANK, Jerome, “Legal Thinking in Three Dimensions”, en 1 *Syracuse L. Rev.* 9, 23, 1949. Ver también FRANK, Jerome, “Why not a Clinical Lawyer-School?”, en *U. PA. L. Rev.*, nro. 81, 1993, pp. 907-908 (describiendo “las violentas actividades de la vida del abogado promedio”).

<sup>63</sup> Pierre reconoce que introducir la clínica legal dentro de la clase “sería entregar los beneficios profesionales y políticos que ya han sido asegurados...” “Normativity”, *supra* nota 15, 927.

<sup>64</sup> Introducir la clínica en la clase también requeriría facultades tradicionalmente legales: La extensa revisión de los escritos de clase (mucho trabajo duro) y un riesgo intelectual incrementado como “conocimiento” legal estarían sujetos a los caprichos, complicaciones e incertidumbres de la práctica actual (una gran cantidad de ego). En el nivel

camente, esto puede hacer de la Clínica Legal Posmoderna de Pierre Schlag algo inalcanzable, pero no porque sea incomprensible.

Lo que la haría incomprensible es si la “aculturación” de los estudiantes de Derecho en el paradigma dominante, “La Noble Estafa”, fuera tan efectiva que para el tiempo en que llegan a la clínica, los estudiantes hayan internalizado de tal manera la falta de pensamiento del Derecho, y necesitaran continuar aceptando esa misma, que se resistieran y rechazaran cualquier entendimiento fundamentalmente crítico del Derecho. Esto puede ser en gran medida cierto.<sup>65</sup> Mientras esto plantea un formidable obstáculo para los esfuerzos de la contrapedagogía en general, quizás también puede ser concebido como una cuestión pedagógica más que como un problema insuperable. Comencé a considerar cómo debería ser el proceso pedagógico para luchar contra esta resistencia cuando me planteaba esta pregunta: ¿qué costo tendría para la visión del Derecho de Pierre si estuviera abiertamente compartida en las escuelas de Derecho en lugar de difamada o ignorada?

#### IV. DISOLVIENDO LA RESISTENCIA, PERMITIENDO LA CRÍTICA

Creo que una respuesta a esta pregunta general, así como una respuesta a la pregunta más específica de cómo superar la resistencia de los estudiantes de la clínica a los puntos de vista críticos debería encontrarse al adoptar el punto de Peter Goodrich de que la crítica de Pierre confronta la academia legal con deseos que no puede nombrar.<sup>66</sup> Si esto es cierto, entonces la resistencia es esperable y cualquier posibilidad de superarla dependerá de reconocer esos deseos suprimidos. Este entendimiento me lleva a pensar en el proceso de disolver la resistencia como un proceso de desarrollar y dirigir un proceso de llorar

político, permitir la clínica dentro de la clase significaría que la tradicional facultad tendría que inmediatamente renunciar a la placentera fantasía política de que están colaborando con la preparación de abogados para una empresa siempre noble y admirable... Íd.

<sup>65</sup> Pierre cree que es imposible escapar a la metafísica del Derecho. Ver *supra* notas 51-52 y el texto que acompaña. Sin embargo, tal como *The Enchantment of Reason* revela, es posible, aunque psicológica y socialmente costoso, obtener algunas nociones en los caminos del encantamiento del Derecho.

<sup>66</sup> Ver GOODRICH, *supra* nota 2.

una pérdida.<sup>67</sup> Los profesores de otras disciplinas, notablemente de humanidades, han recurrido a Lacan para sugerir que la enseñanza es un proceso de trabajo a través del miedo y la pena, desencadenados por el desprendimiento de las ideas cómodas que tanto deseamos mantener.<sup>68</sup> Como la identidad se estructura en forma defensiva, no va a cambiar mágicamente por aprender nuevas ideas y conceptos.<sup>69</sup>

Cuando el aprendizaje implica un cambio de valores, está acompañado de un sentimiento de pérdida. Renunciar a una creencia profundamente aferrada es como dejar ir una relación que ha terminado o a una persona amada que ha muerto, cada una de las cuales ha sido internamente construida como una densa red de imágenes, emociones y significantes.<sup>70</sup> El dolor es arduo porque requiere ajustes significativos en nuestra vida interior, que incluyen volver sobre la vasta cantidad de imágenes, sentimientos y creencias asociadas con una idea, y luego abandonar nuestro apego a cada una de ellas.<sup>71</sup> Llorar una pérdida es doloroso porque requiere que experimentemos la sensación de abandonar partes de nuestra identidad.<sup>72</sup>

Del mismo modo, la apertura a una fuerte crítica de creencias larga y firmemente sostenidas puede engendrar una real angustia; el tipo de angustia que puede producir alguno de los condenatorios comentarios

<sup>67</sup> Mi inesperado giro al tema del dolor provocó una discusión considerable y desacuerdo en el simposio de febrero. Parte de la discusión estuvo centrada en dilucidar si en el simposio estábamos llorando una pérdida, y qué era lo que llorábamos. Pese a que fue una conversación comprometida, no fue central para mi punto. Estaba planteando la posibilidad de trabajar el dolor como pedagogía para ayudar a los alumnos a dirigir sus sentimientos de pérdida cuando la fe en la nobleza y perfectibilidad del Derecho se ve destrozada por asumir críticas como la de Pierre. Pensé que quizás tal trabajo del dolor podría generar un entendimiento de tales críticas. Presumiblemente, nosotros en el simposio estábamos compartiendo la crítica de Pierre y es por ello que no podíamos beneficiarnos por el trabajo del dolor que yo estaba proponiendo como parte de una pedagogía para aquellos inclinados a rechazar la crítica más reflexiva.

<sup>68</sup> Ver ALCORN, Marshall W. Jr., "Ideological Death and Grief in the Classroom: Mourning as a Prerequisite to Learning", en *j. Psychoanalysis culture & soc.*, nro. 6, 2001, p. 172.

<sup>69</sup> Íd. 173, 175-76.

<sup>70</sup> Íd. 175.

<sup>71</sup> Íd. 177.

<sup>72</sup> Íd. 175. Ver también BERMAN, Jeffrey, *Diaries to an english profesor: pain and growth in the classroom*, 1994.

que el trabajo de Pierre ha recibido a veces.<sup>73</sup> La angustia proviene de la tarea de abandonar nuestro apego a la red internalizada de imágenes, sensaciones y palabras que constituyen parte de nuestra experiencia de nosotros mismos.<sup>74</sup> No es de extrañar que la gente resista, evitando tales heridas y experimentando prolongados períodos de ansiedad al vislumbrar de tal posibilidad. Ésta es una manera de pensar acerca de la dinámica de atracción y repulsión simultáneas que Peter Goodrich identifica en las opiniones escritas por algunos de los más duros críticos de Pierre.<sup>75</sup>

Nos construimos a nosotros mismos y a nuestro mundo de deseos, de tal modo que dejar ir nuestros deseos es una extraordinaria angustia. En reconocimiento a este proceso psicológico, quiero concluir con la sugerencia de que nos volquemos a la literatura psicoanalítica acerca del trabajo con el sufrimiento para aprender cómo trabajar mejor el miedo a la pérdida, que bien puede subyacer en la resistencia a la crítica.<sup>76</sup> Ya sea utilizada en conjunto con una clínica o fuera de ella, entender la psicodinámica del luto puede ayudarnos a idear nuevos métodos para convertirnos, ser más efectivos como profesores y académicos críticos.

<sup>73</sup> Ver LEITER, Brian, "Heidegger and the Theory of Adjudication", en 106 *Yale L. J.* 253, 1996; LEITER, Brian, "Objectivity and the Problems of Jurisprudence", en *Tex. L. Rev.*, nro. 72, 1993, 187.

<sup>74</sup> Ver ALCORN, *supra* nota 68, 175 ("El luto es una situación en la que uno debe responder a la pérdida de un componente clave de la propia identidad"). Quizás ésta es otra forma de entender la observación de Duncan Kennedy de que dado el análisis de Pierre, "sería asombroso si alguien le prestara atención". KENNEDY, *supra* nota 58.

<sup>75</sup> Peter Goodrich cita los comentarios negativos sobre el trabajo de Pierre de Brian Leiter, Neil Duxbury, Matthew Kramer, Guyora Binder y Robert Weisberg, Douglas Litowitz, Francis Jay Mootz y David Carlson. Ver GOODRICH, nota *supra* 2.

<sup>76</sup> La escritora budista Joanna Macy recomienda un proceso que llama "trabajo desesperado" como una forma de explorar nuestros sentimientos de angustia. MACY, Joanna, *World as lover, world as self* (1991). Me enteré del libro de Joanna Macy a través de mi colega Catharine Weiss. Ver WEISS, Catharine Pierce, "The Perils of Race and Gender in a World of Legal Abstraction", en 34 *U. S. F. L. Rev.*, 2000, pp. 523-533-535 (aplicando el trabajo desesperado como un método para curarse de las hirientes dinámicas de raza y género).