

EL ROL DEL JOVEN UNIVERSITARIO EN LOS UMBRALES DEL SIGLO XXI

GEORG RESS
Universität des Saarlandes

1. Primeramente debo dar mis agradecimientos a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, por haberme brindado la oportunidad de referirme al tema *Rol del joven universitario en los umbrales del Siglo XXI*.

Como director del Instituto Europa en la Universidad del Sarre perfecciono yo mismo jóvenes universitarios. Al cabo de su formación en derecho deben tomar conocimiento de los diversos ordenamientos jurídicos de otros estados miembros en un estudio de postgrado en el Instituto Europa. La Comunidad Europea y su derecho se ha desarrollado como una base común para los ordenamientos jurídicos en Europa. Por primera vez, luego del medioevo y desde la recepción del derecho romano en Europa hemos logrado superar los diversos ordenamientos jurídicos y construido una unidad jurídica europea. Cobra peso en este sentido, también, el ímpetu de los jóvenes asistentes y futuros profesores. Ellos desempeñarán un papel preponderante en el desarrollo del ordenamiento europeo. Ellos podrán reconocer y comprender la complejidad de cada uno de los ordenamientos nacionales considerados en forma aislada.

La futura inclusión de los antiguos estados socialistas del bloque oriental, Polonia, la República Checa, Eslovaquia, Hungría, Rumania, Bulgaria, juega un papel muy importante. La Convención Europea de Derechos Humanos, en la cual se han puesto de acuerdo los Estados europeos desde el año 1951 configura el requisito para la entrada a la Unión Europea. También los antiguos Estados socialistas que he nombrado anteriormente han devenido en Estados miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos. Ellos se adaptan de ahora en adelante, a un ordenamiento que tiene como punto central la dignidad humana y la protección de determinados bienes jurídicos del individuo, como, por ejemplo, un justo proceso judicial, la igualdad de defensa entre el Estado y el ciudadano en el proceso, la esfera privada, la familia, la libertad de opinión y de prensa, la libertad de reunión y de asociación, naturalmente, también, la protección contra un tratamiento denigrante y contra la tortura, el aseguramiento de la libertad personal y la protección de la propiedad. Esta base jurídica común en Europa, no se hubiera podido lograr sin un adecuado proceso realizado a través del Tribunal y de la Comisión de Derechos Humanos de Estrasburgo. Lo mismo es aplicable en el ordenamiento de la Unión Europea, especialmente de la Comunidad Europea en cuanto a la obligación que pesa en cabeza de los jueces nacionales, en todos los casos citados por el Art. 177 del Tratado de la Comunidad Europea, de presentar todas las causas controvertidas de aplicación de derecho europeo ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. El

entrelazamiento de los ordenamientos nacionales y supranacionales se ha convertido en un elemento *indispensable* en el desarrollo del ordenamiento europeo a partir de la Segunda Guerra Mundial. Los tribunales nacionales son órganos auxiliares en la interpretación y aplicación del derecho europeo. Justamente los jóvenes juristas que nosotros formamos juegan un importante papel en el mencionado desarrollo. Si logramos nuestro cometido, dependerá de su buena formación que pueda continuar realizándose en el Siglo XXI el proceso de desarrollo que comenzara a partir de la Segunda Guerra Mundial. Es el presupuesto para la superación del viejo nacionalismo y de la estabilidad, paz y bienestar.

2. Este proceso de desarrollo tan importante para la formación de juristas y su posterior actuación en el siglo XXI, no se limita a Europa. El mundo se vuelve más pequeño. El significado de las organizaciones internacionales aumenta. Las crisis, el empleo de la violencia y las guerras que tienen lugar en un Estado, incumben hoy a la comunidad mundial. También el derecho no debe ser más considerado como un encapsulado y puro ordenamiento nacional, sino como una manifestación cultural que participa en el proceso de entrelazamiento internacional. Todavía *Goethe* podía hacer decir a los ciudadanos en el *Fausto*: "¿Qué nos preocupa a nosotros cuando luchan unos contra otros allí abajo en Turquía?" Hoy es Turquía parte de nuestra casa europea común. Los Estados africanos y sus catástrofes se encuentran inmediatamente a nuestra puerta. Con la expansión de las posibilidades de comunicación, de la sociedad de información y el crecimiento de la amenaza mundial, han crecido también nuestra propia conciencia y la responsabilidad de los juristas. Estas no son palabras huecas. Por el contrario, el estado de cosas repercute inmediatamente en la tarea que los juristas deben realizar.

El rol de los jóvenes científicos del derecho se demuestra concretamente en tres aspectos:

1. En su rol con respecto al también cambiante rol del derecho;
2. En su rol en relación al cambiante propio campo profesional;
3. En su rol en la sociedad.

1. El rol de los juristas en el siglo XXI se hace dependiente del propio rol del derecho, que se encuentra en una constante *transformación*. Si al comienzo de este siglo dominaba un puro formal positivismo -uno de cuyos principales representantes era Hans Kelsen- ha comprendido siempre un mayor grado la doctrina de que el conocimiento jurídico no se limita a un formal proceso de subsumir. El derecho se compone también de elementos materiales, y es además en su esencia un fenómeno procesal, esto es, un hecho dinámico. Las cambiantes relaciones entre interpretación y aplicación, entre reconocimiento del contenido del derecho y su aplicación a nuevos fenómenos, juegan un rol decisivo. El jurista no es una máquina de subsumir. La interpretación se debe ajustar esencialmente a la finalidad de una regla jurídica y desarrollarse en forma dinámica. El estricto positivismo jurídico creyó al principio que podía vivir sin una teoría de la interpretación. Esto fue un error decisivo. El que quiera eliminar el contenido material del derecho extrae un elemento determinante del ordenamiento jurídico. El derecho existe para la configuración de la vida del ser humano en una sociedad. No se puede equiparar a las reglas formales, a un arte casi matemático.

Ello significa: un jurista debe orientarse a la finalidad e ir más allá de las reglas jurídicas y de los conceptos. El jurista no puede quedarse detenido en una pura interpretación literal, sistemática o histórica. El Tribunal de Justicia de las Comuni-

dades Europeas -así como también el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo- han desarrollado en gran medida la *interpretación teleológica*. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha entendido que la interpretación debe partir del principio de *effet util*, esto es, interpretar las normas en su propio sentido y de manera tal que puedan desarrollar su *mayor eficacia*.

Aquí se presentan peligros para los jóvenes juristas. En primer término el peligro de la superficialidad, ya que el reconocimiento de la finalidad de una norma es sólo posible a través de la conexión de causas y del profundo conocimiento de muchos otros detalles de contenido de una materia. Debe tratarse, entonces, de un buen conocedor de la materia, esto es, de alguien que pueda penetrar también en el problema práctico, de contenido, de la misma. Las exigencias que pesan sobre los juristas en los umbrales del siglo XXI no serán, por lo tanto, escasas sino, por el contrario, muy grandes.

Un segundo peligro lo constituye el hecho de que el jurista no debe perder la *estructura del derecho*. No debe ser un "*ingeniero social*". No le está permitido perderse en la popularidad de los deseos políticos. En este último peligro han caído muchos partidos bajo el régimen nacional-socialista en Alemania y bajo el socialismo-comunismo en la antigua República Democrática Alemana, y de los otros Estados socialistas. Sin necesidad de un cambio formal en el sistema de derecho, por ejemplo del derecho civil alemán, fue posible, a través de *indicaciones generales* durante el Tercer Reich, ajustar el completo ordenamiento legal a los objetivos mundiales del nacional-socialismo. Lo mismo tiene validez para la República Democrática Alemana con respecto al ajuste a los principios socialistas-comunistas constitucionales. En el primer caso regía el deseo del "Führer" y las decisiones de la NSDAP. En el segundo caso, con respecto a la República Democrática Alemana, se tomaban en cuenta las decisiones de los Politbüros y del partido único SED. Mi colega el Profesor *Rüthers*, un jurista alemán, ha denominado ese fenómeno como "interpretación ilimitada", esto es, aquella que fue posible a través de cláusulas generales y del falseamiento del principio de *buena fe* (en lo que sea necesario para el pueblo).

Debemos reconocer que especialmente en los umbrales del siglo XXI, tales situaciones no están totalmente descartadas. Es tarea de los juristas prestar tiempo atención a los límites de la interpretación teleológica. Se debe abogar porque las centrales figuras jurídico-normativas, que determinan la interpretación de un ordenamiento legal contenidas generalmente en la Constitución - se adecúen a los valores fundamentales de la dignidad humana y de las reconocidas libertades y derechos fundamentales.

La interpretación progresista del derecho es permitida, especialmente cuando ocurren cambios materiales, como por ejemplo en el campo de los medios (ver BVerfG, Vol. 75, pág. 241), donde la transmisión digital o vía satélite han cambiado el antiguo concepto de "radio".

Permítanme citar lo expresado por el Tribunal Constitucional alemán, en relación a la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el sentido de interpretar las directivas de un modo tal, que ellas tengan, si las circunstancias lo permiten, efecto directo en los Estados miembros de la Comunidad Europea: Cito:

"En verdad, no se ha transferido al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ninguna atribución que le permita extender, de manera arbitraria, el per-

feccionamiento del derecho en lo tocante a competencias comunitarias. Pero tampoco pueden existir dudas acerca de que los Estados miembros no hayan querido dotar a la Comunidad Europea de un Tribunal, al cual le quede a su entero arbitrio el proceso de desarrollo del derecho, tal como se fue formando a través de siglos de tradición común y cultura jurídica europea. El juez no fue nunca en Europa meramente *la bouche qui prononce les paroles de la loi*. El derecho romano, el *common law* inglés, el derecho común, constituyeron creaciones jurídicas del derecho judicial, tal como lo ocurrido en Francia con la creación de los principios generales del derecho en materia de derecho administrativo a través del Consejo de Estado, o en Alemania, con respecto a la parte general del derecho administrativo, gran parte del derecho del trabajo o el derecho fiduciario en el marco del tráfico comercial privado... El Tribunal Constitucional alemán, hasta la fecha, parte de la base de que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas genera derechos subjetivos de los particulares, partiendo de los principios generales del derecho. La forma prudente en que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas debe proceder en el aspecto en cuestión, se demuestra con respecto a las directivas, las que no ha hecho sin más ni más "invocables", sino que ha establecido determinados criterios, los cuales ocurren en raras ocasiones" (página 343 ss.)

4. Este rol tan cambiante del derecho exige mucha atención por parte de los jóvenes juristas en las relaciones entre norma de derecho y su objeto. Pero también es necesario un cierto tipo de atención *meta-jurídica*, en el sentido de que el derecho no pierda su fuerza de configuración cultural, que no sea dejado librado al criterio de fuerzas políticas y con ello, permanezca abierto a cualquier modificación de contenido. La protección contra modificaciones de tal carácter ha sido llevada a cabo a partir de la Segunda Guerra Mundial, cada vez más por *tribunales constitucionales*. La independencia de sus jueces y la objetividad del proceso para su selección, son requisitos importantes. A ello se agrega también el fortalecimiento de la jurisdicción internacional y la creación de tribunales internacionales regionales con jurisdicción obligatoria y con extendida competencia. Los tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo son los únicos tribunales internacionales en Europa que poseen jurisdicción. ¿No sería conveniente extender este sistema de jurisdicción *obligatoria* a todas aquellas causas entre Estados en el marco de la Conferencia para la Seguridad y Cooperación Común en Europea? ¿Cuál es la situación con respecto a los Estados sudamericanos? ¿Por qué no hay una Corte de Justicia con jurisdicción obligatoria para cuestiones del Acuerdo NAFTA o del Tratado del Mercosur?

Estas observaciones permanecen todavía dentro del marco del puro perfeccionamiento jurídico. Con el componente *meta-jurídico* se quiere aludir, por el contrario, a la competencia moral de los jóvenes juristas, el "no me dejes caer en la tentación" y la necesaria defensa contra tales tentaciones. En lo políticamente deseable no es, como todos sabemos, lo jurídicamente correcto o impuesto. Esta no es una nueva discusión que pueda aparecer en los umbrales del siglo XXI, sino una antigua, ya formalizada a través de la doctrina escolástica de derecho natural, pero siempre planteada al ser humano. La voz de la conciencia debe ser también atendida.

Segunda cuestión: El campo profesional

5. El joven académico en los umbrales del siglo XXI debe dominar en profundidad, no solamente su propio ordenamiento interno (condición *sine qua non*), sino preocuparse además por conocer otros ordenamientos internos, analizar lo que es común y

lo que es divergente en la valoración de soluciones a los diversos problemas que se presenten y con ello impulsar en forma intensiva el *derecho comparado*. De allí que sean imprescindibles las pasantías estudiantiles en el extranjero, especialmente en otros círculos culturales (con el necesario conocimiento del idioma) a fin de poder realizar un exitoso trabajo científico. Esto tiene validez tanto para Europa como para Sudamérica y Norteamérica, para Asia y África. En Europa crecen las diferentes familias del círculo del derecho alemán, francés e inglés, unas dentro de otras. El derecho español, portugués e italiano se enfrentan con el danés y el holandés. Con ello se demuestra el interesante fenómeno, de que las causas que motivan las soluciones jurídicas son relativamente *uniformes* y que las posibles soluciones propuestas siempre oscilan alrededor de una relativa cantidad de alternativas.

El proceso de unificación y de armonización europeo, también brinda aquí buenos ejemplos. Muchas directivas, como por ejemplo en derecho societario, dejan a los Estados miembros, en un cierto grado, una elección abierta, como por ejemplo, presenta la posibilidad que tienen los socios en cuanto a la elección del sistema la responsabilidad societaria. Pero se trata de una elección limitada. De este modo, se intenta mantener las particularidades de los ordenamientos nacionales hasta ahora existentes y a la vez llevar a cabo una armonización europea (con limitación de las posibilidades de elección). Algo parecido ocurre en el campo de la armonización del derecho bancario, del derecho de seguros, por nombrar solamente algunos ejemplos. El joven científico del derecho que nosotros formamos no puede, por consiguiente, darse por satisfecho con el conocimiento de uno u otro modelo, sino que debe intentar adentrarse en las diversas posibles soluciones.

Esta europeización y hasta en cierto modo, internacionalización del derecho, conduce también a un *cambio en la profesión*. La movilidad del académico crece. Quien ha concluido una formación jurídica en Europa en un Estado miembro, puede, también, con una preparación posterior que dura por regla general dos años, obtener su admisión como abogado en otros Estados miembros. Una complejidad de tal tipo en lo que respecta a la profesión del jurista, es por cierto una consecuencia de la estrecha unión económica que tampoco debería quedar excluida en el ámbito sudamericano.

Por último:

6. El rol del joven académico depende de su *rol en la sociedad*. Los aquí perfilados cambios, especialmente con respecto a la posición de los profesores en Europa o en cualquier otra parte, no son siempre positivos. El profesor del siglo XIX estaba obligado a un *ethos científico*. Su vida no era la de un monje, pero estaba necesariamente comprometida con una cierta escasez material. En muchos Estados, especialmente los pertenecientes a la tradición romana, era usual en la profesión de abogado una vinculación entre la función académica y la actividad práctica.

Tal vinculación no corresponde a la tradición alemana; ella está prohibida entre nosotros. Si bien a los profesores les está permitido comparecer en los tribunales como mandatarios, pero debe tratarse de situaciones aisladas. Esto ha robustecido en el pasado la *independencia* de la profesión.

Compatibles eran funciones como la de juez arbitral o juez honorario, pero no una segunda profesión completa. A ello se vincula que el Estado, la sociedad del ciudadano, se pueda permitir pagar a estos académicos de una manera adecuada. En la medida en que ello disminuya o no exista, se modifica también la *imagen del*

profesor. Se observa, y esto no es sólo un fenómeno de las universidades alemanas, que usualmente se exige de los profesores y también de los jóvenes académicos, *una casi actividad empresarial* y que se espera una función de servicio dentro de la sociedad. En la medida en que esta situación sea corriente en los umbrales del siglo XXI, ella me parece lamentable. Cada sociedad debe permitirse tener científicos independientes en un sentido material y personal. A ellos no se les debe predeterminar el contenido ni el modo de su investigación, así como tampoco el resultado de la misma. Ellos sólo deben estar sujetos al objeto del conocimiento.

7. Permitase resumir: frente al joven académico del siglo XXI existen importantes objetivos:

1. La internacionalización de la ciencia del derecho exige una extensión de la base del estudio. Este es, naturalmente un lento y laborioso proceso, para el cual los siguientes cincuenta a cien años resultan muy exiguos.

2. El fundamento de la internacionalización del derecho es el reconocimiento de una base común de valores, como el que se ha arraigado en los Pactos de las Naciones Unidas de 1966 y en las convenciones regionales de Derechos Humanos. Una concepción occidental de la democracia, del Estado de Derecho, de los derechos del hombre y las libertades, de la posición del individuo y su dignidad, la formación de la jurisdicción constitucional y el conllevado sometimiento del legislador a la misma son elementos esperados. Para dar valor a su significado no se debe dejar pasar por alto que, al comienzo de este siglo, no se era sensible a todos estos desenvolvimientos.

Con respecto al desarrollo en el marco de la Unión Europea (del Tratado de Maastricht) han devenido ahora característicos los conceptos de *subsidiariedad* y de *solidaridad*.

Esta relación de tensión es también representativa del problema que se presenta al joven científico del derecho. El debe poder conciliar la profundización de un complejo ordenamiento propio con la creciente globalización de los problemas actuales. Con un poco de fantasía podemos imaginarnos el mundo dentro de treinta o cuarenta años: el crecimiento explosivo de la intensidad de las comunicaciones; el aumento de los problemas ecológicos; el cambio mundial del clima; la propagación de enfermedades epidémicas como el SIDA; el uso de las drogas por la juventud, las drogas; las mayores radiaciones ultravioletas, etcétera.

Es necesario que estos problemas sean solucionados a la luz de una globalización del orden jurídico mundial, a través de la aproximación de órdenes jurídicas mediante la reducción del concepto de soberanía. Para que tal reducción pueda llevarse a cabo en forma significativa, debe ser adecuada la inmunidad soberana de los Estados extranjeros ante los Tribunales nacionales. Hay una tendencia definida a que el Estado no pueda invocar inmunidad por actos soberanos cuando se trata de actos violatorios de los derechos humanos. No tengo ninguna duda de que esta tendencia va a permanecer.

El reconocimiento existente de la obligación general de cooperación entre los Estados se va a ensanchar hacia obligaciones materiales concretas, como por ejemplo, la obligación de prestar ayuda en caso de crisis en otros Estados. La jurisdicción internacional va a ampliarse más allá de los que hasta hoy hemos conocido: la creación del Tribunal de Derecho del Mar prevista para 1995 en Hamburgo constituye un buen ejemplo. También lo es el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional humani-

tario cometidas en el territorio de Bosnia a partir del 1991. Además, la International Law Commission, hace un mes, hizo una proposición para una Corte internacional General de Justicia.

También la función de las Naciones Unidas, en especial la del Consejo de Seguridad, se ha extendido abarcando medidas -por ejemplo, las dictadas contra Irak- que contienen elementos de un régimen pacificador obligatorio. A ellos debe sumarse la creación en Ginebra de una comisión de compensación por los daños producidos en los pozos petrolíferos.

3. Otra tarea esencial que enfrenta el joven jurista al inicio del siglo XXI consiste en la ampliación de la base metodológica. Las soluciones de la ciencia del Derecho se desarrollaron como respuesta a problemas concretos. Si tales soluciones son satisfactorias constituye en gran medida una cuestión meta-jurídica, a la que la ciencia del derecho no responde, o que lo hace sólo respecto de pocos problemas (*pacta sunt servanda*, entre otras cuestiones fundamentales). Hay otros apuntes (y medidas) metodológicas para solucionar tales problemas, como, por ejemplo, si el derecho de la construcción debe ser ordenado desde una perspectiva del derecho público o privado; si, por ejemplo, para la responsabilidad pecuniaria en el tránsito público se introduce un seguro general; si, y en qué grado se dispone de reglas jurídicas para enfrentar el incumplimiento de contratos de largo plazo, etc. La teoría, recién aparecida, que se funda en la Escuela de Chicago (Coase), denominada "nueva-teoría de la economía de las instituciones", se dedica al rol de las instituciones estatales para los procesos económicos, su influencia en las transacciones económicas (costos de transacción) y a la cuestión acerca de si bajo *este* punto de vista (rebaja o alza de los costos de transacción) tienen o no sentido.

El jurista moderno debe asumir estas perspectivas. Debe abrirse frente a la cuestión acerca de cuál sea el momento a partir del que sea económicamente conveniente desconocer un contrato, eludir un deber estatal; incluso, infringir una ley penal. El jurista debe aprender a juzgar *la función de regulación social* (y económica) del derecho (p. ej. del derecho antimonopolio).

Lo expresado presupone que él desarrolle un *interés* y un *conocimiento* de las ciencias sociales (*Law and economics*), como asimismo su metodología, que difiere de la metodología jurídica, esencialmente *hermenéutica*. El campo de tal investigación está recién en sus inicios. Acabo de escribir un trabajo acerca de expectativas ex-ante y oportunismo en el derecho de los contratos internacionales (como por ej.: en los contratos de inversión, en los tratados de paz, es decir, en contratos de largo plazo) y me he preocupado del problema acerca de qué condiciones (jurídicas) deben cumplirse con el fin de asegurar su cumplimiento en el tiempo. Al respecto he podido constatar que poca investigación empírica (es decir, de ciencias sociales y económicas) existe al respecto en esta materia.

La cláusula *rebus sic stantibus*, la doctrina acerca de la base del negocio, el problema del *peaceful change* en el derecho internacional constituyen intentos jurídicos muy imperfectos con el fin de solucionar este problema acerca de las relaciones entre un ordenamiento jurídico y las exigencias económicas o sociales de otra índole que se le enfrentan.

Con ello no pretendo yo que el derecho quede a merced del desarrollo social o de las fuerzas económicas. Por el contrario. El Estado se puede decidir en contra de esto. Pero debemos tomar conciencia del conflicto, de que se elige uno a costa del otro. El Tribunal Constitucional alemán, en una famosa sentencia relativa a la proce-

dencia del castigo o absolución frente al aborto, recalcó que, para defender la vida, un precepto estatal o una conminación de pena pueden ser indispensables incluso si estadísticamente se comprueba que una norma no traiga consigo una disminución de los abortos. Porque el Derecho -en tal sentido el BVG- contiene también la más alta decisión *valórica*; debe cumplir con una función de advertencia, la que es independiente de aquella otra función real de la conducción social.

Y unas palabras finales. El filósofo alemán Arthur Schopenhauer, dijo: "Una filosofía entre cuyas páginas no sea posible oír las lágrimas, el llanto y el crujir de dientes y el terrible ruido de los homicidios recíprocos, no es una filosofía". Del mismo modo, y en cuanto internacionalista me siento especialmente llamado para los efectos de reflejar esta *condition humaine*. Podemos contribuir en alto grado para mejorar la situación jurídica del individuo. Vengo recién llegando de las 66^o Asamblea de la International Law Association, que se preocupa del desarrollo ulterior del Derecho Internacional público y del Derecho Internacional privado.

Vuestra tarea como jóvenes juristas será también el de configurar el derecho; si acaso se les pregunta a Uds. si una regla jurídica tenga o no sentido, entonces será útil acordarse de las palabras de Schopenhauer, en cuanto se puede hacer algo por mejorar la condición jurídica del individuo.

Señoras y señores: He intentado a lo largo de esta exposición poner en evidencia el nuevo universo que espera al joven jurista en el umbral del siglo XXI.