

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 103-119

El papel de los abogados en la interacción: la influencia de la práctica de la resolución alternativa de conflictos (ADR) sobre la educación y el pensamiento jurídicos*

FRANK FLEERACKERS**

RESUMEN

Este artículo se inspira en una disposición clave de la nueva directiva europea sobre mediación: la obligación de los Estados miembro de promover la formación de mediadores. Esta formación, que implica revisar la educación jurídica, puede resultar necesaria para el futuro del pensamiento jurídico. A propósito de Deleuze y Derrida, así como de Rawls y Habermas, el Prof. Fleerackers argumenta en contra de las visiones racionalizadas del derecho como comunicación, y propone un enfoque interactivo, orientado-al-caso e interdisciplinar (ICI) para superar el declive del pensamiento jurídico liberal. El autor comparte la perspectiva de Derrida, a quien toma como compañero de ruta, y aborda los aspectos afectivos/efectivos del derecho con el fin de actualizar el discurso jurídico para un mundo de diferencia que exige un concepto dinámico de seguridad y certeza jurídica. En esencia, la teoría jurídica es práctica jurídica. Y la jurídica, en todas sus formas, es una práctica orientada al caso, que

* Publicado originalmente como FLEERACKERS, Frank, "Effective Law through Legal Education", en *ARSP*, Beiheft 106, 2007, pp. 211-220. En la versión traducida el título del artículo es: "The Role of Lawyers in Interaction: Influences of ADR practice on Legal Thinking and Legal Education". Los editores agradecen al autor el permiso para traducirlo y publicarlo en esta Revista. Traducción realizada al español por Daniel Oliver-Lalana, Universidad de Bruselas (HUB). Esta traducción se realizó en el marco de una investigación financiada por el Ministerio español de Ciencia e Innovación a través del Plan Nacional I+D+I 2008-2011.

** Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bruselas (HUB/KUB) y presidente de la Asociación Flamenca de Académicos.

EL PAPEL DE LOS ABOGADOS EN LA INTERACCIÓN

FRANK FLEERACKERS

procura lograr la cohabitación efectiva dentro de una sociedad multicultural, multi-moral y multi-individual lastrada aún por la racionalización. En vista del fracaso del iusnaturalismo y del positivismo jurídico, así como del comunitarismo y del liberalismo, muchos han abandonado los bastiones de la moralidad o de la racionalidad que subyacen al campo jurídico. Aunque no todos los casos son difíciles, éstos seguramente revisten un interés crucial para cualquier filósofo o teórico del derecho. Si es cierto que la moralidad o la racionalidad pueden mantener aún la eficacia y efectividad jurídica en la mayoría de los casos fáciles, entonces éstos son menos importantes, dadas las enormes dificultades que encuentran las sociedades cuando las normas jurídicas no pueden ser mantenidas sino por la fuerza o la violencia. Epitomizada como la aceptación consciente por una minoría de una decisión tomada por una mayoría, o como la conciencia jurídica de una parte condenada en relación con la decisión de un juez que aplica el derecho, la efectividad jurídica ha mudado en consecuencia su piel tradicional, y las estructuras que antes le subyacían se han difuminado dramáticamente. Por tanto, la supervivencia del pragmatismo jurídico como un instrumento efectivo para mantener las aspiraciones comunitarias de una sociedad depende principalmente de la actitud del abogado. Los abogados bien entrenados hacen posible la interacción social para descubrir diferencias, así como verdades nacidas de la interacción, que sean de hecho compartidas por todas las partes de un conflicto. Como tal, la educación jurídica se encuentra inequívocamente en el centro de la teoría y la práctica jurídicas. La necesidad de un cambio en el pensamiento jurídico, anclado todavía en el pensamiento decimonónico, a fin de adaptarlo a la globalización contemporánea, depende sobre todo de la manera en que la educación jurídica sea reformada en los años venideros. Para concluir, el Prof. Fleerackers argumenta a favor de una educación jurídica que enseñe a los abogados a dominar los procesos interactivos y convierta éstos en marcos de cohesión social, y conserva así la capacidad de convicción del discurso jurídico, desde dentro, mediante una actitud jurídica interactiva, orientada al caso e interdisciplinar (ICI).

1. En este artículo se analiza la posición del derecho y de la teoría jurídica sobre el trasfondo de un contexto social muy evolucionado al que le falta tanto uniformidad como estabilidad. Este análisis, complejo

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 103-119

pero crucial, habrá de ser implementado necesariamente por científicos del derecho y en referencia directa a la práctica jurídica. Praxis y experiencia práctica sirven como criterios fundamentales de investigación: ni existe derecho fuera de la práctica jurídica ni existe derecho más allá del caso concreto. La investigación jurídica al margen de la práctica jurídica carece de sentido, ya que todo lo jurídico se origina en y a través de la práctica jurídica. La perspectiva de un analista externo, si bien puede revestir un interés meta-jurídico, sirve de poco a quien practica el derecho. La posición externa sostenida por muchos filósofos y teóricos del derecho se refiere al derecho y a los abogados del mismo modo en que un ornitólogo se refiere a los pájaros: lo que les interesa no suele preocupar a los prácticos, salvo que la teoría se abra hacia la praxis y sus particularidades. Por supuesto, ningún teórico o filósofo del derecho mantiene exclusivamente una posición externa con relación al derecho. Cada uno de nosotros es un sujeto de derecho. Pero esta pertenencia a una comunidad jurídica no nos descarga de la obligación de sostener una posición orientada al caso si queremos que nuestro análisis y nuestras perspectivas tengan alguna repercusión sobre el núcleo de nuestra investigación: la práctica jurídica.¹

2. Tanto la singularidad como la multiplicidad de la realidad se expresan casi literalmente en el caso concreto. Deleuze usa el concepto de *l'événement* o acontecimiento para mostrar que la realidad se resiste a la categorización, pues se epitomiza en la *différence* o diferencia.² La clásica

¹ Habría que notar que un cambio estratégico desde la posición de participante a la de observador, y por tanto desde la perspectiva interna a la externa, será necesariamente percibido como inútil si no se integra con un examen relativo a la actitud. Cuando el 21 de septiembre de 2005 un avión de la compañía JetBlue efectuó un aterrizaje de emergencia en Los Ángeles, los participantes pudieron ver en vivo las noticias sobre su terrible situación por las pantallas de televisión que había en la cabina, y compartieron en tiempo real la experiencia paradójica de una perspectiva tanto interna como externa. Uno puede cuestionar incluso que en este caso haya separación entre ambas perspectivas, sobre todo en vista del cambio desde la posición interna a la externa y de la fusión de posiciones resultante, máxime si esas perspectivas se intentan aplicar a participantes desprevenidos como los pasajeros de este avión. Véase: [en línea] <www.msnbc.msn.com/id/9440519>.

² DELEUZE, G., *Différence et répétition*, París, Seuil, 1969 (reed. PUF, 1997). Según Deleuze, la tarea principal de la filosofía es *dégager l'événement*, develar o liberar el acontecimiento; véase también DELEUZE, G. y F. GUATTARI, *Qu'est-ce que la philosophie?*, París, Minuit, 1991.

EL PAPEL DE LOS ABOGADOS EN LA INTERACCIÓN

FRANK FLEERACKERS

mirada política y científica, que categoriza la realidad en entidades reconocibles y reconocidas, refuta esta postura basada en la diferencia. Uno entiende seguramente el ansia de la humanidad por atrapar o capturar la realidad –o sea, apoderarse de ella– por medio de la clasificación y la cualificación, a fin de hacer que su entorno sea utilizable, funcional y operativo. Sin embargo, si la realidad permanece intacta ante esos intentos de categorización, la postura en que se apoyan debería cuestionarse. Esta postura, posición o actitud, aun cuando sea comprensible en sus objetivos de gestionar la realidad y hacerla transparente y explotable, motiva y está en la base de un marco perverso para la mente y la acción, que conduce al punto opuesto a sus aspiraciones. La obsesión por conseguir seguridad o certeza (*certainty*) con la cualificación y clasificación de lo que no puede ser clasificado o cualificado ha de fracasar necesariamente. La creación artificial de seguridad y manejabilidad a través de una categorización racionalizada conduce al mito de un mundo ideal, cualificado y clasificado, y origina una esfera paralela de veneración que se institucionaliza en mundos profesionales paralelos con sus correspondientes especialistas, como abogados y gestores, unos y otros con sus propios vocabularios y rituales paralelos. Aquí, las instituciones y los mundos paralelos se definen con arreglo a similares patrones de dominación, a fin de limitar –o eso se espera– la incertidumbre estructural de una realidad dinámica.³ Bien mirado, es una búsqueda valiosa. Si fuera en absoluto realista.

Con esta obsesión por la seguridad se incurre en un doble error. De una parte, resulta palmario que una apología de la cualificación como filtro asegurador es fútil, en vista de su falta de impacto sobre un mundo que en sí mismo es indeterminado, aunque uno seguramente pueda mostrar cierta consideración por semejante empeño. De otra parte, y esto es más importante, resulta esencial darse cuenta de que este intento, en su forma más absolutista, siempre hace a la gente más dependiente de su búsqueda de seguridad y certeza; y ésa es una que no sólo hay que considerar irrealizable y carente de sentido, sino que también es incompatible con la realidad como tal y, por tanto, profundamente alienante. A

³ FOUCAULT, M., *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines* [1966], París, Gallimard, 1990. Véase también FOUCAULT, M., *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, París, Gallimard, 1975, pp. 261-299.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 103-119

lo sumo, uno podría sostener que sigue siendo defendible proporcionar a la humanidad, en su persecución de seguridad y certeza, un instrumento para alcanzarlas; pero al mismo tiempo habría que desconfiar de la esencia de ese instrumento, el cual habría de vincularse siempre a la aspiración de arreglárselas con la dinámica de la realidad sin tener que cualificar, clasificar y categorizar. Los instrumentos de cualificación, clasificación y categorización sólo resultarían admisibles cuando no son perjudiciales para nuestra visión de la disposición diferencial de la realidad.

3. Y esto, sencillamente, no es viable en el contexto de la educación y del pensamiento jurídico contemporáneo. Éste, reproducido y propagado por aquella, se queda corto en su esfuerzo por reflejar o emular efectivamente una realidad cambiada y cambiante.⁴ Las idiosincrasias de esta realidad dinámica han sido imaginativamente descritas por Derrida con el concepto de *différance*.⁵ Descritas, digo bien, pues al sustituir una letra surge una de(s)cripción más adecuada de la realidad que ilustra tanto su dinámica como su multiplicidad. La fusión de aplazamiento y diferencia muestra cómo la interrelación de ambos conceptos refleja la dinámica de la realidad. Aunque es una conexión intrincada y multifacética, los juristas tendrán que reconocer la relación entre estos conceptos y convenir en que la realidad de un caso particular nunca puede llevarse a una situación de parálisis, ni puede tampoco ser delineada, definida o definitiva. Habrán de conceder que cualquier análisis de un caso necesariamente incluye tanto la dinámica como la diversidad, si es que quieren alcanzar un entendimiento efectivo, necesariamente dinámico, de los casos.

En su ansia de cualificación, por otra parte, los juristas contemporáneos tienden a asilar y localizar los casos, e intentan asegurar e inmovilizar lo que no puede quedar fijado. Con la fijación del caso, en consecuencia, bloquean y obstruyen el camino hacia la esencia de su búsqueda: la verdad del caso. Siendo sin duda dinámica, esa verdad sólo se revelará en la medida en que se garanticen el tiempo y el espacio para un contexto en evolución. Tal verdad es inevitablemente dinámica,

⁴ Sobre el problema de la congruencia, véase FLEERACKERS, F., *Affective Legal Analysis. On the Resolution of Conflict*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000.

⁵ DERRIDA, J., *Marges de la philosophie*, París, Minuit, 1972.

EL PAPEL DE LOS ABOGADOS EN LA INTERACCIÓN

FRANK FLEERACKERS

y cualquier concepto de certeza o seguridad relativo a ella lo será también. Y esto nos aboca a una implacable transmutación o “re-valoración” (*Umwertung*) del discurso jurídico. Saber que, en el pensamiento jurídico contemporáneo, la búsqueda de una seguridad estática entra en inevitable conflicto con la volatilidad esencial de la realidad y de los casos concretos conducirá a tomar una postura, posición o actitud distinta que, asumiendo el carácter dinámico y evolutivo de la realidad, haga posible un discurso jurídico más efectivo.

4. De nuevo, Derrida resulta ser más que interesante, cuando conecta *différent* (diferente) con *différend* (conflicto). Si el concepto de diferencia puede verse como un reflejo de la disposición estructuralmente dinámica de la realidad, entonces el concepto de conflicto puede ayudarnos a entender esa dinámica más apropiadamente. La relación entre *différance* y *différend*, además, demuestra cómo tanto el conflicto como la diferencia están asociados con el aplazamiento y la suspensión, y promueven una percepción neutral y no negativa de los conflictos como componentes indispensables de una realidad dinámica. Y si las diferencias no pueden anularse ni los conflictos ser descartados o racionalizados, entonces nuestros juristas deberán reconocer que disfrazan de cualificación su *découpage* de la realidad. Tendrán que admitir que la realidad está en continua realización: siempre desarrollándose, siempre evolucionando, siempre dinámica, nunca estática.⁶ De ahí que los conflictos no necesiten ser solucionados. La resolución de conflictos, entendida como sinónimo de solución de conflictos, es un exponente del pensamiento jurídico clásico. La resolución de conflictos no debería nunca entenderse simplemente como encaminada a la solución. De hecho, la resolución de un conflicto se asemeja a la resolución de la pantalla de una computadora. Cuanto más alta sea ésta, más detalles tendrá una pantalla. Asimismo, dicha resolución no debería ser vista como una imagen estática, sino como una imagen dinámica de la situación presente de un conflicto. Los conflictos son expresión de diferencias no racionalizables, que aguardan ser dirigidas o conducidas por directores de conflictos, esto es, por una decisiva nueva raza u hornada de abogados que son heraldos de una

⁶ Véase DELEUZE, G. Y F. GUATTARI, op. cit., que proclaman la dinámica de lo que evoluciona (*evolving*) frente a la discontinuidad del momento estático.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 103-119

actitud jurídica “relativa-a-la-diferencia” llamada a ocupar el lugar de la postura racionalizadora de los viejos juristas.

Indudablemente, no se puede pasar por alto ni tomar a la ligera el obvio deseo humano de seguridad, de verdad y de soluciones. Hacerlo conduce a una forma de radicalismo de la que Deleuze y Derrida han sido acusados.⁷ La naturaleza humana, en su entera complejidad, ha de ser examinada, no racionalizada. Y el anhelo de la humanidad por la seguridad está presente en todos los ámbitos de la vida, ya sea con relación al derecho, al trabajo, al amor, etc. Aceptar esta paradoja (“paradoxa”) puede proporcionar por tanto una clave para el problema. La clave pasa, no por la negación, sino por la aceptación de la tensión irreductible entre diferencias: de una parte, reconociendo la propia ansia del hombre por la seguridad y, de otra, reconociendo nuestra impotencia y el fracaso de la racionalización. Y entonces, la búsqueda de seguridad o certeza y la asunción de la incertidumbre se unen como “significadores”, como una pareja dinámica de significación o incluso de sentido. Se convierten así en la clave para entender la dinámica de la verdad en una sociedad donde conceptos como seguridad, verdad y sentido se conciben y se ejercitan como no-estáticos. El concepto de seguridad o verdad dinámica puede parecer en primera instancia desesperadamente postmoderno y sin duda muy problemático. Pero es la única escapatoria posible de las tierras yermas de la fijación estática, sembradas por una racionalización infinita, y que finalmente conducen a un concepto postmoderno de verdad –reconocidamente– infértil: un “cada cual a lo suyo” (*chacun pour soi*), donde todas las verdades y convicciones son intercambiables y donde la verdad ha adquirido el status de mercancía. La verdad como penúltima expresión del “yo”. Este concepto de verdad es evidentemente auto-destructivo: un concepto postmoderno que no resulta identificable como verdad, en la misma medida en que el correspondiente concepto postmoderno de certeza o seguridad nunca será realmente reconocido como algo cierto o seguro.

5. Ahora bien, ¿cómo pueden entonces la verdad y la certeza ser salvadas de las garras de este –aparentemente nihilista– desconcierto

⁷ FERRY, L. y A. RENAUT, *La pensée 68. Essai sur l'anti-humanisme contemporain*, Paris, Gallimard, 1985, p. 266.

EL PAPEL DE LOS ABOGADOS EN LA INTERACCIÓN

FRANK FLEERACKERS

postmoderno? ¿Queda todavía lugar para un concepto de verdad o de seguridad en una sociedad multicultural, multi-moral y multi-individual? ¿No deberíamos sencillamente renunciar a la idea de los valores, verdades o certezas compartidos? O incluso, si desde un punto de vista racional pudiésemos legalizar esos valores y verdades en el marco de los tratados internacionales y las constituciones, ¿tendrían entonces estos textos alguna correlación con los llamados valores y verdades reales que la gente comparte? ¿O simplemente podríamos remitirnos a los efectos de la razón pública,⁸ o de los mejores argumentos,⁹ y por tanto a la razón humana, para encarnar la efectividad de aquello que hemos escrito? ¿Nos atrevemos de veras a definir la humanidad, en su esencia o en su evolución, como una especie racional, y a pensar sólo sobre esta base que dichos textos cobrarán efectividad?

Derrida tiene razón al criticar nuestra manera de pensar como logocéntrica. El énfasis en la razón y en el lenguaje (desde los griegos, la palabra *logos* apunta a ambos) es incluso peligroso, ya que construye una capacidad humana que conduce a la deshumanización. No se trata aquí, desde luego, de cuestionar los logros de la Ilustración, pero seguramente sí se necesita corregir sus excesos. Una crítica del pensamiento logocéntrico nos ayudará a comprender por qué los ejemplos de racionalización que encontramos en los escritos de Rawls, así como de Habermas, a pesar de tener sus raíces en la idea de progreso social, acaban siendo inhumanos debido a su (falsa) representación y distorsión metafísica de la naturaleza humana. Es evidente que la capacidad de la razón parece permitir a la humanidad superar la propia individualidad de cada uno y tender puentes hacia las demás personas. Y de hecho, esa misma capacidad –apoyada en el lenguaje como medio de comunicación– proporciona seguramente, para la mayoría de los conflictos y casos en un contexto social dado, una solución en apariencia eficaz, un consenso por superposición.¹⁰ Sin embar-

⁸ RAWLS, J., *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, pp. 172-179.

⁹ HABERMAS, J., *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt, Suhrkamp, 1981; así como *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1992.

¹⁰ Este concepto (véase RAWLS, J. J., *A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1972) puede considerarse un paradigma del pensamiento jurídico contemporáneo, aunque, como se dijo antes, sirve también como paradigma conceptual de la racionalización y el logocentrismo.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 103-119

go, no hay duda de que el *logos* y la razón no sirven cuando estamos en presencia de los llamados *hard cases* (tales como el aborto, la eutanasia o la libertad de expresión), en los que la gente no renuncia sin más a sus convicciones incompatibles y contrapuestas. Además, si uno analiza los llamados casos “ordinarios” e investiga los ejemplos reales de aceptación o entendimiento alcanzados mediante la razón o a través de la argumentación, las promesas de la razón y el *logos* resultan ser a menudo promesas vacías: por debajo de la superficie racionalizada de la solución a un conflicto, la mayoría de las convicciones incompatibles siguen hirviendo y se intensifican, y es entonces cuando despliegan sus efectos devastadores. De ahí que la razón, racionalizada hasta ese extremo, sea poco más que un barniz sobre el lienzo, con colores todavía líquidos bajo la superficie, preparados para confundirse al más leve movimiento.

En consecuencia, es posible criticar a Habermas y Rawls por haber desfigurado a través de la racionalización un instrumento prometedor, aunque delicado. O, en palabras de Derrida: “ce sont les soi-disant philosophes, théoriciens et idéologues de la communication, du dialogue, du consensus, de l’univocité ou de la transparence, (...) de la discussion et de l’échange, ce sont ceux qui le plus souvent se dispensent de lire et d’écouter attentivement l’autre, qui font preuve de précipitation et de dogmatisme”.¹¹ Ésos son, en efecto, los dogmáticos de la racionalización, que llenan sus escritos con referencias a la comunicación y la razón sin articular una verdadera conexión con la práctica jurídica o política. Son culpables de una “contradicción performativa”; crítica que es aplicable también a los muchos teóricos del derecho que profesan la ciega idolatría del paradigma comunicativo. La comunicación y la razón son el esqueleto y la médula del pensamiento jurídico dogmático. Los peligros de que se instituyan de manera ficticia, así como la contradicción performativa subsiguiente, se deben denunciar de inmediato. Por más que se persigan objetivos loables como la seguridad o certeza jurídica, racionalizar lo que no es razonable (*reasonable*) fijando o sublimando la razón es incluso

¹¹ DERRIDA, J., *Limited Inc.*, Paris, Galilée, 1990, pp. 246-247 [“son los llamados filósofos, teóricos e ideólogos de la comunicación, del diálogo, del consenso, de la univocidad o de la transparencia (...), de la discusión y del intercambio, los que a menudo se abstienen de leer y escuchar con atención al otro, los que dan prueba de precipitación y de dogmatismo”].

EL PAPEL DE LOS ABOGADOS EN LA INTERACCIÓN

FRANK FLEERACKERS

más destructivo que reconocer la incertidumbre. Este reconocimiento no es una mera aquiescencia, sino que exige un cambio de actitud ante la realidad: “le problème n’est pas celui de dépasser les frontières de la raison, c’est de traverser vainqueur celles de la déraison: alors on peut parler de bonne santé mentale, même si tout finit mal”.¹² No existe alternativa. La multiplicidad y la dinámica de nuestro entorno se reflejan necesariamente en nuestra actitud, postura o posición frente a la realidad. Luego la fijación racionalizadora del pensamiento logocéntrico sólo engendra sinsentido.

6. En cuanto al derecho, se precisa una completa transformación para adoptar una actitud que siga empleando razón como instrumento, aunque dándole un giro complejo y paradójico. La razón clásica, tal y como hemos aprendido a conocerla y usarla, tiende a distorsionar y petrificar la relación entre el hombre y la realidad, entre el sujeto y el hecho jurídico. Sin duda, concluir que la razón ha llegado ya a su desmoronamiento sería fútil. Pero, sin dejar de apreciar los logros de la Ilustración, uno debería reconocer los límites de su instrumento y aprender que una perspectiva racionalizada y racionalizadora sobre el derecho, la realidad y la sociedad conduce a una mayor locura en lugar de a una mayor certeza o seguridad (jurídica). Uno habría de asumir, en consecuencia, que sólo una percepción paradójica de la seguridad que se amolde a la dinámica de la realidad puede aprehender eficazmente el discurso jurídico y social. Y dicha perspectiva lleva aparejada, por último, una imagen paradójica del Yo, una imagen que priorice la dinámica sobre la estabilidad, la multiplicidad sobre la unicidad, la diferencia sobre la identidad. Y no ya como expresión de una preferencia personal, sino por pura necesidad ante la disposición de la realidad. Conectar con la realidad tal como es, o llega a ser, o está evolucionando, requiere por tanto una actitud capaz de darse cuenta de esa conexión.

¹² DELEUZE, G., *Critique et Clinique*, París, Minuit, 1993 [“El problema no es que uno exceda las fronteras de la razón, sino que traspase victorioso las de la sinrazón: pues entonces se puede hablar de una buena salud mental, incluso aun cuando todo termine mal”]. Los conceptos de *multiplicité* y *devenir* se describen como maneras de aprehender con mayor eficacia la realidad o acontecimiento (*événement*). Véase también DELEUZE, G., *Différence et répétition*, op. cit. (nota 3).

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 103-119

El mismo argumento demanda de los teóricos del derecho no dedicarse meramente a las generalizaciones, que es la vía por la que muchos filósofos se aferran al pensamiento representacional. Generalizando la representación, los filósofos y teóricos del derecho intentan –en vano– escapar de la dinámica de la realidad. Ahora bien, aun cuando los filósofos causen pocas víctimas al conducir ese tipo de pensamiento, a los teóricos del derecho y a los abogados se les ha de impedir incluso considerarlo, puesto que su actitud está directamente relacionada con la eficacia y la efectividad de su campo. Dado que la efectividad jurídica se proclama como aspiración central de cualquier teórico o práctico del derecho, los abogados tendrán que adaptar su actitud profesional a la realidad que los circunda, esto es, a una realidad dinámica, en movimiento, cambiante, compleja, múltiple y plural que no puede ser simplificada, generalizada o racionalizada.

7. Esta intrincada perspectiva sobre la realidad conduce señaladamente a una actitud muy inusual y renovadora. Si un abogado todavía persigue –como se diría con un vocabulario clásico– aprehender o capturar la realidad, habrá de ajustar su actitud profesional, tanto como sea posible, a las características de esa realidad. Y así, en primer lugar, su educación deberá llevarle hasta el borde de las complejidades de la realidad, a fin de que pueda experimentar y apreciar la multiplicidad y las dinámicas de los conflictos y casos de los que se ocupe. Este tipo de actitud se libera de la representación clásica, de la fijación y la generalización, para abrirse a un entendimiento dinámico del modo en que se desarrolla y evoluciona la interacción humana. De tal suerte, aunque los abogados quisieran todavía categorizar los ejemplos de interacción humana mediante la racionalización dogmática, no se produciría daño alguno en la medida en que tal dogmatismo se reconozca como una estrategia profesional y se le asigne su lugar procedimental. Si se aplica dentro de sus confines técnicos, el dogmatismo no es peligroso. Posiblemente pueda servir incluso como paradigma de pensamiento representacional y, por tanto, reforzar estructuralmente el discurso jurídico, pero siempre que los abogados sean conscientes de los peligros de la racionalización y reconozcan que el dogmatismo deforma la realidad. En consecuencia, el abogado habrá de considerar sus constructos dogmáticos como simplificaciones temporales y artificiales de la realidad. Y esto con-

EL PAPEL DE LOS ABOGADOS EN LA INTERACCIÓN

FRANK FLEERACKERS

trasta con el retrato que el discurso jurídico contemporáneo hace de la dogmática jurídica como un modelo representacional descriptivo que refleja la realidad: los abogados contemporáneos omiten el contexto así como el subtexto, cegados por el *découpage* del dogmatismo, y se adhieren ostensiblemente a un entorno estático, homogéneo y racionalizado.

8. En este punto pasa de nuevo al primer plano el ansia o el afán de la humanidad por un concepto eficaz de verdad o de certeza. Como vimos antes, la sola existencia de este afán valida nuestra constante preocupación. Pero, ¿queda todavía lugar para un concepto semejante tras la experiencia de la postmodernidad? ¿No tendríamos que considerar la equiparación de la verdad con la convicción de cada uno como una forma de suicidio conceptual? No necesariamente. El discurso jurídico y social puede abrirse a un concepto interactivo y afectivo de verdad o certeza que vaya en la línea de una clase diferente de razón: la razón afectiva. Es la única alternativa practicable frente a un logocentrismo racionalizado y racionalizador.¹³ Aunque la verdad y la convicción tienen en común su efecto afectivo, lo que las distingue es que este efecto, en el caso de la verdad, trasciende necesariamente al individuo. En relación con la incertidumbre, la certeza o seguridad afectiva comparte la dinámica de lo no resuelto, de lo ambivalente, de lo que aún está *evolucionado* (Deleuze). Esta adhesión a la paradoja es una oportunidad excepcional para conservar el concepto de verdad, seguridad o certeza en un mundo cambiante y proteico. Implementar la seguridad como un concepto dinámico sólo será viable si la persona que emprenda esta aproximación es capaz de incorporar en ella la paradoja entre el movimiento y el reposo, permitiendo al movimiento generar reposo y al reposo generar movimiento. La tensión entre ambos nunca se descarga ni se trasciende, pues las diferencias y conflictos interpersonales nunca pueden resolverse. No obstante, sí pueden ser temporalmente gestionados en espera de su constante cambio o transformación. De forma similar, en el pensamiento jurídico el carácter dinámico de la realidad se empareja paradójicamente con su contraparte estática para abarcar las complejidades del derecho. El derecho, el derecho eficaz y efectivo, nace por la tensión paradójica

¹³ Véase también TOULMIN, S., *Return to Reason*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 103-119

entre reposo y movimiento, entre estabilidad y dinamismo, entre verdad y convicción, entre certeza y duda. Las precondiciones de esta postura o actitud contradictoria son considerables: una práctica interactiva y un lugar o ubicación (*locus*) para que dicha práctica se realice, y una cuadrícula o matriz dinámica (*processus*), asumida como un marco centrado en el cambio.¹⁴ Ahora bien, lo que se necesita sobre todo es un sujeto cuya subjetividad no haya sido objetivizada. Los sujetos jurídicos siempre son inquisitivos, y son también conscientes de ello debido a su existencia esencialmente paradójica: anhelan una seguridad que saben bien que nunca conseguirán. Y se dan cuenta además de que la única seguridad que podrán valorar será inevitablemente dinámica.

9. En consecuencia, lo que necesita el género humano es adoptar una actitud afectiva –e incrustada en la práctica– hacia la realidad. Una postura o posición que afronte la realidad tal como es. O mejor: tal y como deviene, ya que siempre está evolucionando. Tal actitud se resiste a la obsesión contemporánea por la representación. Una actitud afectiva es una actitud que valora la manera en que las personas se ven afectadas por sus convicciones, por sus instituciones, y por otros condicionantes o “factores de afección” (*affectors*) que contribuyen a que asuman o abandonen sus posiciones particulares en un conflicto.

Parecidamente a la asociación que hace Derrida entre *différence* y *différance*,¹⁵ los aspectos efectivos y afectivos del derecho y de la teoría jurídica están entretretejados. La efectividad en el derecho coincide con la afectividad interactiva. Y a la inversa, el conocimiento de los patrones afectivos en el derecho refuerza la efectividad jurídica. Por tanto, al combinar ambas tendencias constitutivas del análisis jurídico, el entrelazamiento de lo afectivo y lo efectivo puede materializarse como “*æfectividad*” (*æffectivity*), donde la *a* y la *e* se contraen (“*æ*”) para subrayar

¹⁴ Ese *processus* permitirá que el género humano se acerque a la multiplicidad de la realidad. Véase *le texte-rhizome* (Deleuze): “Nous écrivons ce livre comme un rhizome. Nous l’avons composé de plateaux. (...) Chaque plateau peut être lu à n’importe quelle place et mis en rapport avec n’importe quel autre” [“Escribimos este libro como un rizoma. Lo hemos compuesto de niveles o capas (...). Cada nivel puede ser leído desde cualquier lugar y ser puesto en relación con cualquiera de los otros”]; DELEUZE, G. y F. GUATTARI, *Mille Plateaux*, Paris, Minuit, 1997.

¹⁵ DERRIDA, J., *Marges de la philosophie*, op. cit. (nota 6).

EL PAPEL DE LOS ABOGADOS EN LA INTERACCIÓN

FRANK FLEERACKERS

cómo ambas nociones se hallan estrecha aunque paradójicamente relacionadas. La paradoja de la “*æfectividad*”, como es obvio, está conectada a su vez con el mencionado concepto de razón afectiva, o de razón “*æfectiva*”, para ser exactos.¹⁶ Seguramente, las nociones de afectividad o “*æfectividad*” resultan de interés para el análisis jurídico sólo si se tienen en cuenta los efectos afectivos de la razón, y por tanto los de la argumentación. La idea habermasiana del mejor argumento, pues, precisa impecablemente de la incorporación del efecto afectivo. La realización de la razón pública, si es en absoluto viable, depende de un análisis afectivo, es decir, de la “*æfectividad*”. Hasta Deleuze sostiene que afectar y estar afectado es lo que caracteriza la esencia de la existencia humana.

Asimismo, en el campo jurídico, los supuestos de aplazamiento de la adjudicación o del juicio son vitales para comprender las diferencias y los conflictos interpersonales. En el ámbito del derecho, tanto la *différence* y la *répétition* (Deleuze) como la *différence* y la *différance* (Derrida) están ostensiblemente presentes. Y resultan bastante útiles para el análisis jurídico, para un análisis “*æfectivo*” centrado en el papel dinámico de una actitud jurídica “*æfectiva*” acuñada con el mismo molde. Esta actitud, por su parte, refleja la manera que tiene Derrida de considerar la deconstrucción, no ya como un método, sino como una postura, una posición, una actitud. Una postura o posición subversiva, pero, pese a todo, una actitud que él atribuye definitivamente y de modo muy explícito a los abogados en cuanto “*filósofos del futuro*”.¹⁷

En el derecho, el concepto de aplazamiento (entendido como la situación o el proceso que consiste en aplazar algo, en especial un juicio o una audiencia del tribunal, hasta una fecha posterior) es una noción paradójica que los abogados pueden implementar a través del análisis “*æfectivo*”, lo cual les permitiría lograr una seguridad dinámica. El aplazamiento sirve en este sentido como un paradigma contradictorio para un tipo volátil de seguridad o certeza, nunca fija, siempre en movimiento. En esta línea, los filósofos del derecho críticos, como Roberto Unger, no describirían su análisis como una contribución a una escuela o corriente de pensamiento, sino a un movimiento.

¹⁶ FLEERACKERS, F., *Affective Legal Analysis*, op. cit. (nota 5).

¹⁷ Cfr. [en línea] <www.indymedia.be/news/2004/04/83119.php>.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 103-119

10. Finalmente, el eterno retorno de la diferencia y el conflicto se confirma como parte esencial de la condición humana y de nuestra comprensión del derecho como un medio para dirigir “*afectivamente*” la sociedad.

La estabilidad racionalizada permanece ficticia inevitablemente; la realidad compleja de los casos no se puede reducir a un sistema generalizado de reglas o normas. Cada caso no sólo es único, sino que al mismo tiempo es múltiple y se encuentra además en constante evolución. Incluso en la recurrencia o repetición reconocemos diferencias por encima de los parecidos, ya que distinguimos y reconocemos lo que diverge, lo que es diferente. Así pues, los abogados, príncipes de la diferencia y la interacción, en su análisis “*afectivo*” de los conflictos, examinan la “*afectividad*” legal de los casos y analizan las diferencias y los condicionantes o *affectors* que subyacen a las posiciones de conflicto, ya que éstos influyen (*afectan*) a las partes implicadas para que asuman o abandonen posiciones de conflicto particulares. Luego las potenciales intervenciones jurídicas se analizan a la luz de su calidad “*afectiva*”, examinando interactivamente cómo estas intervenciones pueden proporcionar respuestas o efectos afectivos en relación con los condicionantes o *affectors* analizados.

Esta actitud “*afectiva*” en el análisis jurídico sólo puede ponerse en marcha a través de la práctica interactiva. Si la diferencia y el conflicto son en verdad irreductibles, entonces una actitud, un pensamiento o un análisis sólo pueden ser efectivos cuando dan cuenta de la dinámica de la interacción. La interacción resulta ser, en definitiva, el foro escogido para la creación de verdad. A través de la interacción, la humanidad parece ser capaz de generar un concepto de sentido o significado (*meaning*) que, a pesar del postmodernismo, está a la altura de una noción dinámica pero defendible de verdad. Seguramente, la clásica noción arqueológica de verdad ha desaparecido hace mucho y su sucesor postmoderno ha fallado en todos los aspectos. Pero ahora la interacción nos permite generar instancias de verdad y seguridad por medio de la yuxtaposición y la concurrencia, dirigidas por moderadores o conductores del conflicto. Pues es la misma interacción lo que está en el corazón del derecho “*afectivo*”, un derecho moderado por abogados que actúan como directores del conflicto asumiendo su recientemente adquirida actitud “*afectiva*”. Los abogados dirigen la interacción entre las partes en

EL PAPEL DE LOS ABOGADOS EN LA INTERACCIÓN

FRANK FLEERACKERS

conflicto analizando “afectivamente” los efectos de los condicionantes o *effectors* dinámicos del conflicto, así como los efectos de las distintas interacciones sobre estos *effectors* y sobre las correspondientes posiciones en conflicto. Por medio de esa interacción se genera un concepto “afectivo” de verdad y seguridad que sobrepasa lo individual debido a su efecto afectivo sobre las partes implicadas. Por esa razón, este concepto de verdad y de seguridad es altamente efectivo o eficaz, ya que ejerce su efecto indispensable al mismo tiempo que permanece interactivo y dinámico. O, como lo expresa Deleuze: “il n’y a que des mots inexacts pour désigner des choses exactement”.¹⁸ Finalmente, las normas o reglas no son conceptualmente compatibles con los casos. La aplicación de una norma jurídica a un caso no sólo es algo complejo, sino imposible. Sólo en y a través de la interacción entre las partes podrán los abogados lograr dirigir la dinámica de los *effectors* del conflicto por la vía de una actitud “afectiva” que les permita generar sentido, verdad e incluso seguridad jurídicos. Como tales, ni el sentido jurídico ni la seguridad jurídica se refieren siquiera remotamente a los “constructos” racionalizados del pensamiento jurídico tradicional. La educación jurídica, por lo tanto, es lo que abre el camino para una nueva definición del análisis jurídico que cobre sentido como reflejo de la interacción humana.

11. En cuanto a la educación jurídica, la actitud propuesta aquí se construye sobre un enfoque interactivo, orientado al caso e interdisciplinar (ICI). Tal actitud, dirigida a abordar la irreductible complejidad de la realidad, se sirve de la interacción como formato para la generación de sentido y la creación de un marco dinámico. Este formato está guiado por una realidad multifacética de casos, y no por una superestructura de reglas o normas. Por consiguiente, no pueden admitirse las rígidas particiones disciplinares de la realidad. El enfoque ICI ha sido ya implementado en cursos como “Derecho y análisis de conflictos” (en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bruselas). Los estudiantes aprenden a analizar los actores y los *effectors* de un caso particular, así como a interactuar entre sí con ayuda de un programa informático específico, lo cual facilita la experiencia virtual de cara a evaluar conclu-

¹⁸ DELEUZE, G. y C. PARNET, *Dialogues*, Paris, Flammarion, 1977 [“no hay sino palabras inexactas para designar las cosas exactamente”].

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 103-119

yentemente los posibles beneficios de las soluciones jurídicas concretas en relación con la “æfectividad”.

Cabría argumentar que esta actitud interactiva debe ser enseñada a todos los académicos o incluso a todos los ciudadanos,¹⁹ para familiarizarlos con la diferencia y el conflicto. Y por otra parte, los abogados pueden ser educados como negociadores y mediadores paradigmáticos, puesto que idealmente combinan el conocimiento del derecho con una actitud y una experiencia muy ligadas al conflicto. El derecho como paradigma de la diferencia y la interacción. Si Derrida está en lo cierto, los abogados podrían ser los filósofos (“æfectivos”) del siglo XXI. Así pues, la formación en negociación y mediación puede proporcionar al pensamiento jurídico contemporáneo, como medio de perseguir y mantener la efectividad jurídica, el necesario formato interactivo para la educación y la práctica jurídicas.

¹⁹ UNGER, R., *The Self Awakened: Pragmatism Unbound*, Cambridge, Harvard University Press, 2007.