

## ENTREVISTA AL MAESTRO

Manuel ASTUDILLO\*

Solicité licencia a los editores, que hago extensiva a los lectores, para apartarme de las normas academicistas que han de regir este tipo de publicaciones al aceptar la invitación de participar en este texto de homenaje a mi querido colega y amigo Jorge Witker. En efecto, platicando con Jorge en Santiago de Chile el verano pasado, le manifesté que me gustaría encontrar en todo texto de homenaje, como este, la palabra del homenajeado para darnos respuestas a más de una interrogante que se nos quedó en el tintero o en un lejano seminario académico. Jorge, motivado quizá por nuestra amistad de más de dos décadas, nacida en un evento académico en Valparaíso, gracias a la presentación que nos hizo el destacado profesor de la Universidad Católica de Valparaíso, don Enrique Aimone, y acrecentada por amigos comunes, quienes también tuvieron la oportunidad de gozar de la acogida del pueblo mexicano en los días aciagos de nuestro Chile, como es el caso del actual ministro del Tribunal Constitucional chileno, Francisco Fernández Fredes, y del experto en inversión extranjera, Juan Banderas Casanueva, aceptó someterse a una larga charla, inducido por mis interrogantes, cuyo extracto me permitió compartir con los lectores:

*P:* Estimado Jorge, el destino de los seres humanos al parecer es un misterio insondable. En aquel septiembre de 1973, mientras viajabas a Río de Janeiro a cumplir funciones profesionales, jamás pensaste que tu vida, como la de miles de chilenos, iba a cambiar abruptamente, ni menos que, al amparo del cariño del pueblo mexicano, ibas a dedicar tu vida a la docencia y a la investigación jurídica. Explícanos, por favor, ¿qué ha significado en tu vida esta larga permanencia en el Instituto de Estudios Jurídicos de la UNAM?

*R:* Recordar septiembre de 1973 es un trauma que cambió la vida de miles de chilenos. Mi caso es de enorme fortuna, pues como abogado de una empresa naviera estatizada había postergado por más de dos meses una

\* Abogado chileno, profesor de derecho económico, magister en docencia universitaria.

misión profesional, esperando, como muchos ingenuos, la resolución del conflicto institucional en favor del presidente Allende. Obligado por la institución a la cual prestaba servicios profesionales, tuve que viajar a Río de Janeiro el domingo 9 de septiembre de 1973. Así, ese factor desencadenante me permitió seguir viviendo y tener el privilegio de haber llegado a México en octubre de 1973.

El cambio de país fue doloroso, pero mi anterior estancia en la Universidad de Melbourne, Australia, amortiguó el cambio geográfico, unido a una fraternal recepción que el gobierno del presidente Echeverría y el pueblo mexicano nos brindaron a los chilenos exiliados por el golpe.

Mi inserción, el 1o. de enero de 1974, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), fue producto de la generosidad y afecto de cuatro académicos notables (lamentablemente tres de ellos ya fallecidos): Marcos Kaplan, Fernando Carmona, Jorge Carpizo y Héctor Fix-Zamudio. Ellos confiaron en mí y me otorgaron la oportunidad de hacerme un investigador jurídico profesional. Mi gratitud permanente a ellos. Cada acción que emprendo cada día en mi vida académica la hago teniendo en cuenta que debo dar satisfacción a esa confianza y al inmenso cariño que me ha brindado esta tierra, la cual me ha acogido en estos últimos cuarenta años, y de la cual soy parte.

*P:* Durante estas últimas cuatro décadas has sido un prolífico autor, y si bien siempre se te ha identificado con la disciplina del derecho económico, es indiscutible tu aporte y dedicación a la investigación jurídica en general, al estudio de la enseñanza del derecho, y últimamente a los aspectos jurídicos del comercio internacional y de los mecanismos de integración. ¿Cuál de estos ámbitos te ha resultado más apasionante y de mayor desafío?

*R:* Tienes razón al vincular mi nombre con el derecho económico. Esta disciplina me abrió las puertas a la docencia universitaria en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile (hoy Universidad de Valparaíso).

Al incorporarme a la UNAM, junto a otros académicos, entre ellos Eduardo Novoa, Esteban Righi, Héctor Cuadra, Rafael Pérez Miranda y el propio Marcos Kaplan, iniciamos los estudios de la disciplina en el contexto del derecho interno mexicano, y posteriormente creamos la asignatura. En la década de los ochenta se incorporó como cátedra obligatoria hasta el día de hoy. Por esa época publiqué mi primer texto de *Derecho económico*, que editó la UNAM y que lleva nueve ediciones con más de 100 mil ejemplares vendidos a la fecha.

Las condiciones y respaldo permanente que el Instituto y la UNAM ofrecen a los académicos me han permitido derivar del derecho económico

dos ramas relacionadas, y que han adquirido autonomía propia. Se trata del régimen jurídico de comercio exterior, el que rescatamos de los economistas como un nicho disciplinario para el mundo jurídico, tópico sobre el cual escribí un primer libro en 1978 con ese nombre, publicado por el Banco Nacional de Comercio Exterior, y que derivó, posteriormente, en la creación de la cátedra en la propia Facultad de Derecho y en la publicación de mi segundo volumen, con el nombre de *Régimen jurídico de comercio exterior de México*, que se utiliza en varias carreras universitarias y que, con los tratados de libre comercio, abrieron un nicho de mercado laboral para los abogados mexicanos, que se ratificó con la suscripción del NAFTA en 1994. La otra rama que hemos impulsado con nuevas cátedras y trabajos académicos es el derecho de la competencia económica, que gradualmente se ha ido desprendiendo del tronco del derecho económico para transformarse en disciplina autónoma en el contexto de los derechos corporativos y empresariales de nuestros días.

En cuanto a la enseñanza del derecho y a la metodología de la investigación jurídica, pienso que ha sido la temática más significativa en estos cuarenta años de mi vida académica mexicana. En 1977 escribí el ensayo *La enseñanza del derecho*, crítica metodológica que prologó el jurista emérito Héctor Fix-Zamudio, y que causó gran impacto en varios países de la región. Así, con estos temas, tuve el privilegio de visitar universidades de Colombia, Venezuela, Ecuador y Centroamérica, impartiendo seminarios y conferencias a profesores y juristas. Esa gira culmina con una publicación en la Universidad Central de Ecuador y con una edición colombiana titulada *Metodología de la enseñanza del derecho*, que publicó la editorial Themis, y que a la fecha tiene varias ediciones, siendo la última la de editorial Porrúa en 2008 en México. En el campo de la investigación jurídica propiamente tal conviene señalar que mi libro *La investigación jurídica* fue adaptado a la legislación española por la editorial Civitas, con varias ediciones, ya agotadas. Como puedes apreciar, el desarrollo de la investigación jurídica ha sido indiscutiblemente una de mis principales pasiones intelectuales, y quisiera que lo fuera de los jóvenes y talentosos nuevos juristas que nos han de relevar en esta tarea.

*P:* A comienzos del siglo pasado, y a propósito del paradigma del “Estado mínimo”, los juristas de la época vieron surgir un conjunto normativo desconocido hasta ese momento, que daba cuenta de la intervención del Estado en la economía, dando origen a una importante controversia sobre la naturaleza jurídica de este fenómeno. Como dice el profesor Moore, de la Universidad de Chile, las distintas teorías elaboradas al respecto pueden constituir dos posiciones diferentes: una que postula la aparición de un

nuevo derecho, una nueva disciplina jurídica, y la otra, que sólo reconoce un nuevo tono o espíritu economicista, propio de los nuevos momentos que han dado cuenta de la intervención estatal en el sistema económico. ¿Crees que esa antigua discusión sobre la naturaleza del derecho económico tiene vigencia al día de hoy, o el paso del tiempo la ha superado?

*R:* La historia económica, al parecer, registra una constante: Estado *vs.* mercado, que ha acompañado la evolución civilizada de la existencia humana, lógicamente a partir del Estado-nación. El socialismo real demostró que el Estado, pese a concentrar todo el poder económico, político y militar, no puede resolver el tan conocido principio de escasez, base de las políticas públicas contemporáneas. Esto es, limitados recursos frente a ilimitadas necesidades.

Ante dicho fracaso histórico de un modelo socialista autocrático y ante la caída del muro de Berlín y la desintegración de la Unión Soviética, surge en la historia moderna la globalidad neoliberal, que codifica los dogmas del Consenso de Washington y convoca al fin de la historia a elevar a categoría mítica el mercado. Habíamos conquistado el mercado prometido que bajo la impronta de los derechos empresariales repartiría trabajo, riqueza y prosperidad.

Ambas experiencias han dejado en el recuento histórico saldos humanos y culturales negativos. En este escenario, ¿qué queda del derecho económico?

Yo diría que hoy, más que nunca, el derecho económico se legitima en ámbitos muy importantes, que resumo en dos vertientes, externas e internas. En lo externo: los tratados internacionales multilaterales y regionales, como el Fondo Monetario, el Banco Mundial, la OCDE, Organización Mundial de Comercio, Unión Internacional de Telecomunicaciones y los tratados de derechos humanos, como el acuerdo de San José y San Salvador en el área de los derechos económicos, sociales y culturales, son regulaciones propias del derecho económico internacional.

En lo interno: el derecho económico comparado nos señala que el mercado sin regulación se transforma en capitalismo salvaje. Por ello, la regulación de la competencia empresarial, antimonopolio o *antitrust* es un campo estratégico de las políticas públicas actuales. El derecho de protección a los consumidores y la regulación de la inocuidad de alimentos es facultad regulatoria importante en las economías del mercado.

Por ello, tanto en lo externo como en lo interno sigue vigente el llamado orden público económico: aquel conjunto de principios y normas jurídicos— contenidas en el ordenamiento jurídico— que informan la definición de un modelo económico en armonía con los valores apreciados por una

sociedad democrática en un momento histórico determinado, valores que podemos encontrar en ese proyecto ideológico que es la Constitución, y, por ende, en todo ordenamiento jurídico; fenómeno propio de las llamadas Constituciones plenas, nacidas en el periodo de post segunda guerra. Un orden público económico fundado en principios que permitieron construir un modelo económico de capitalismo salvaje, reivindicado por neoliberales de ayer, al parecer comienzan la retirada, y una nueva economía mixta se asoma, especialmente en las economías emergentes de los llamados países BRICS.

*P:* En materia de investigación jurídica, siempre insuficiente en nuestra región, porque no se ha comprendido la importancia de la misma en su contribución al conocimiento y solución de los problemas que nos aquejan, conduciendo muchas veces a que las normas que juridizan las políticas públicas presenten profundos vacíos que atentan contra los buenos propósitos que ellas puedan contener. No siempre vemos claridad de objetivos en la enseñanza de la investigación jurídica en nuestras facultades. ¿Dotamos a nuestros estudiantes de competencias en investigación aplicada para el desarrollo de la actividad forense? ¿Definimos en nuestras facultades líneas de investigación para recrear la docencia? En consecuencia, quiero escuchar tu opinión sobre el Estado del arte en materia de investigación jurídica en la región.

*R:* La investigación jurídica es una actividad consustancial a la enseñanza jurídica actual. La poca o nula importancia que tiene en la formación de los abogados obedece a varios factores, y te puedo señalar algunos: disfuncionalidad de los contenidos curriculares con la práctica profesional; separación tajante entre teoría y práctica; atraso estructural de los profesores sobre los cambios existentes en sus propias asignaturas; método de enseñanzas discursivas que paralizan la actividad cognoscitiva de los alumnos; monopolio de textos de estudio que impiden variedad de autores, negando el pluralismo de enfoques y el pensamiento crítico; pragmatismo memorístico que ignora habilidades y destrezas para actuar en foros y discusiones abiertas e innovadoras, y negación de actividades argumentativas y orales que reclaman originalidad, innovación y pensamientos complejos.

Dichas condicionantes relegan la investigación jurídica a un ámbito poco útil o simplemente innecesario. Sin embargo, el mundo jurídico actual está más allá del mercado laboral litigante. Las relaciones de los agentes económicos en materia de mercancías y servicios son amplias y complejas. Los tratados de libre comercio, el derecho comparado, los contratos de telecomunicaciones y servicios múltiples, los procedimientos arbitrales, las prácticas desleales de comercio, las protecciones a los inversionistas extran-

jeros, las concesiones en telecomunicaciones, transportes, carreteras, explotación minera, exigen investigaciones comparadas teóricas y aplicadas, lo cual plantea la enseñanza jurídica a través de esquemas de autoaprendizaje que reclama precisar la información, que pese al gran auge de Internet, exige: saber plantear problemas, formular hipótesis y ver con qué herramientas técnicas es posible resolver las conjeturas o variables implicadas en los temas-problemas generalmente multidisciplinarios.

Todos estos aspectos caen en una cultura mínima de la investigación científica, en la cual la investigación jurídica no puede permanecer ajena.

Ahora bien, en cuanto al estado del arte, supone manejar la información jurídico-económica más actual para no repetir esfuerzos anteriores. Por ello yo digo en la clase de metodología, que al formular una hipótesis debemos elaborarla de lo *conocido*: legislación comparada, jurisprudencia, y no sobre conjeturas o inferencias *desconocidas*. Por ello, en una verdadera investigación jurídica debemos partir de lo más actual y vigente a lo que buscamos argumentar relacionar y/o comprobar como interrogante a despejar.

En síntesis, sin un cambio de contenidos curriculares, de maestros actualizados y comprometidos con su tiempo, de métodos participativos e innovadores y críticos, no habrá espacio para la investigación del derecho en nuestros países latinoamericanos.

*P:* Las metodologías sobre la enseñanza del derecho nos han llevado en múltiples ocasiones a prolongadas reflexiones. La renovación en este campo no ha sido fácil: la resistencia al cambio y a la exploración de caminos distintos a la clase de discurso expositivo de parte del maestro ha sido, al parecer, algo común en nuestras escuelas de derecho. ¿Para qué cambiar, si nosotros aprendimos así, y hemos sido exitosos?, se escucha decir en los salones de profesores. Sabemos que el mundo ha cambiado, las demandas que la sociedad formula hoy a las profesiones jurídicas son distintas a las de décadas atrás, y la organización de la profesión ha sufrido importantes cambios. Del objetivo preponderante de formar un jurista ilustrado las exigencias sociales nos han llevado hacia a un profesional con altas capacidades procedimentales que le permitan eficiencia en la solución de problemas específicos, y hoy, que además, pueda demostrar competencias actitudinales compatibles con su integración a organizaciones de trabajo. ¿Tú ves que nuestras universidades estén respondiendo a estas nuevas realidades, no sólo en las descripciones curriculares, sino en las estrategias al interior de la sala de clases?

*R:* Sé de tu preocupación permanente sobre este tema al igual que de muchos otros docentes, y conozco también de sus frustraciones frente a la incomprendición que generalmente encuentran en el sistema. La enseñanza

jurídica no ha logrado registrar tres fenómenos contemporáneos básicos para un ciudadano medio: uno, el carácter transnacional de a lo menos el 80% de los contenidos jurídicos, que los derechos humanos y el derecho a la información y la rendición de cuentas exigen; dos, la simultaneidad de los fenómenos jurídico-sociales, que unen las categorías tiempo y espacio en un tiempo real; y tres, el pensamiento complejo que diluye las estructuras binarias que conforman las categorías esenciales en el mundo jurídico tradicional (derecho interno y derecho internacional; fuentes formales y fuentes materiales; género masculino y género femenino; nacional y extranjero; empresa nacional y empresa extranjera, etcétera). El pensamiento complejo incorpora a los derechos internos flexibilidad y aceptación de igualdad de estos factores, que exigen competencias más actitudinales que cognitivas, para lo cual la enseñanza tradicional no está preparada ni habilitada.

Como tú sostienes en uno de tus estudios sobre el particular, debemos incorporar las llamadas competencias blandas a los salones de clase, a fin de formar en los alumnos actitudes y valores, especialmente la ética, que humanicen la tarea formativa extendiendo valores de respeto y pluralidad, con lo cual se estará contribuyendo a estructurar una sociedad más pacífica y de convivencia positiva.

*P:* ¿Qué opinión se podría formular respecto a la irrupción del análisis económico del derecho (AED) con respecto al derecho económico?

*R:* Considero que el (AED) como método que vincula y articula el derecho con la economía es útil y necesario, aunque el concepto de eficiencia no puede ser el único parámetro que debe considerarse. El derecho económico va más allá y tiene como meta un interés colectivo que no debe excluirse, menos en los tiempos actuales de pragmatismo mercantilista.

En México se ha aplicado el (AED) en diversos sectores en desmedro del derecho económico, y los resultados han sido negativos. Por ejemplo, en aras de un libre mercado se han eliminado, en algunos sectores, el cumplimiento de normas y estándares internos, dando equivalencia a las normas de fabricantes extranjeros. Esta decisión, desde el punto de vista del (AED), es fomentar la eficiencia del comercio de productos; por el contrario, el derecho económico busca estimular la innovación y creatividad productiva mexicana y, por ende, estimular la investigación y desarrollo para las empresas nacionales. Así la eficiencia *per se* no puede ser la única motivación de una política pública.

Lo rescatale de la (AED) es que las regulaciones legales y reglamentarias no encarezcan los productos y servicios por su peso burocrático.

*P:* Aparentemente el desarrollo del derecho económico como disciplina jurídica no ha sido simétrico. ¿Ves alguna diferencia en el cultivo de la disciplina en Europa con relación a nuestro continente?

*R:* Creo que antes de la globalización neoliberal, el derecho económico europeo avanzó más rápidamente que en América Latina. Luego ha ido experimentando un retiro paulatino, siendo reemplazado por regulaciones comunitarias que cumplen objetivos de política pública.

La actual crisis de la Unión Europea, que apostó por el capital financiero y bancario en reemplazo del capital productivo, hace que el destino del derecho económico sea incierto, a menos que la norma comunitaria y las propias de la (OCDE) (especialmente en materia financiera) restablezcan elementos de políticas públicas en beneficio de un Estado de bienestar cada vez más añorado por el Estado deserto del que hablan los franceses.

En América Latina los tratados de libre comercio, con el paradigma de libre mercado, pretendieron abolir toda regulación. El resultado fue contraproducente: la marginación, el desempleo y la pobreza provocados por un mercado avorazado ha dado por resultado gobiernos populistas que han venido a replantear la presencia del Estado en la vida económica, fenómeno que le dará al derecho económico nueva vitalidad e importancia disciplinaria y práctica, especialmente en el ámbito de la defensa de los recursos naturales y de los mercados internos.

*P:* En una cosa que hemos diferido amigablemente ambos, es el optimismo con el cual ves algunos instrumentos de integración económica en nuestro continente. Quisiera que nuestros lectores conozcan tus reflexiones sobre el particular.

*R:* Los procesos de integración surgen en la región con la CEPAL en la década de los sesenta. Hoy proliferan variados esquemas y asistimos a un tratado en gestación que Estados Unidos instrumenta para enfrentar la presencia de China en la región. El llamado TPP de Colombia, Chile, Perú y México es una alternativa geopolítica a los frustrados Mercosur y UNASUR, que no han superado la retórica discursiva por un proceso de viabilidad económica y comercial.

Yo he defendido estos procesos, incluso el estancado ALBA, como una forma de romper el monotemático TLCAN o NAFTA, que poco o nada ha servido a México en sus últimos veinte años. Al respecto, en este tema conviene recordar a Raúl Prebisch, pionero de la integración latinoamericana que soñó con un mercado común que articulara las empresas regionales, y al chileno Fernando Fanjzilber, quienes desde la misma CEPAL plantearon un modelo de crecimiento económico con equidad. Ambos proyectos, pese

a la globalidad neoliberal, siguen siendo asignaturas pendientes para nuestra región.

*P:* En el último tiempo escuchamos hablar del derecho de la empresa, inclusive algunos posgrados llevan dicha mención. Al parecer estamos frente a una metodología que coloca a un sujeto llamado empresa para ser tratado holísticamente en todas sus relaciones y manifestaciones jurídicas, sin que ello signifique que estemos frente a una novísima disciplina, más bien estaríamos en presencia de un método procedural llamado a satisfacer una necesidad concreta. Sería la síntesis metodológica de lo que décadas atrás visualizaba la doctrina italiana al distinguir un derecho público y un derecho privado de la economía. Me gustaría saber cómo ves este fenómeno.

*R:* La empresa es una categoría no jurídica que de la administración irrumpió a los mercados globales con el nombre de empresa multinacional o transnacional. Por su gravitación en la producción de bienes y servicios, estas empresas cruzan fronteras, territorios y políticas públicas. Estructuran redes tecnológicas y financieras que se oponen muchas veces a las políticas económicas de los Estados huésped. En sectores de medicamentos, alimentos, transportes y mineros son multinacionales hegemónicos que pocos países se atreven a enfrentar o regular mínimamente.

Este sujeto de derecho transnacional no resiste los parámetros del derecho nacional ni menos los del derecho internacional privado o público. ¿Qué hacer al respecto?

Creo que estas empresas son los verdaderos sujetos de la globalidad y, por ende, requieren un método de análisis propio del pensamiento complejo, no dogmático ni formalista.

En México el tema es sensible, pues se le vincula a la inversión extranjera, pero su participación y presencia se asimila a las empresas nacionales. Sólo las empresas públicas, Petróleos Mexicanos y Comisión Federal de Electricidad, son comparables a General Motors, Wal-Mart, Bayer, Monsanto, Telmex, Nissan, entre otros. Este tema, que puede dar origen a una rama del derecho en tiempos de la globalización, es una asignatura pendiente, que exige reflexión profunda de los juristas contemporáneos.

*P:* Despues de las cuatro décadas que has dedicado a la academia jurídica, creo que estás en inmejorable posición para mirar hacia adelante y para que nos des tu opinión. Entonces, como última pregunta, ¿hacia dónde vamos en las tres grandes áreas de tu preocupación: la investigación jurídica, la enseñanza del derecho y el derecho económico?

*R:* La investigación jurídica requiere ampliar la noción epistémica del derecho. Superar el dogma de la exégesis y mirar el derecho en su triple dimensión: axiológica, formalista y sociológica. Una concepción holística que registre texto, contexto e intereses tutelados. Una investigación jurídica de texto debe abordar tres aspectos: *legisdata*, *legisferenda* y *jurisprudencia*. En esta última hay un nicho que investigar con la sentencia de los tribunales constitucionales que han judicializado aspectos de políticas públicas significativas. En las investigaciones de contexto hay que investigar los comportamientos de los jueces, el sentido ideológico de sus sentencias, el método de selección de los mismos, especialmente miembros de cortes y ministros, la presencia de la mujer en los estrados judiciales, historia de los abogados por escuelas y universidades, el trabajo de los lobistas en los congresos, entre otros. Los métodos y técnicas probabilísticos en terreno son claves para este tipo de investigaciones.

Respecto a la enseñanza del derecho, ésta debe vincular los programas de estudio a las necesidades de la sociedad, y no sólo las del mercado del litigio; incorporar competencias de actitudes, aptitudes y éticas a fin de mejorar el ejercicio profesional de los abogados; extender la mirada informativa al derecho comparado, a la legislación del ambiente, al derecho de las telecomunicaciones, a los derechos humanos y al fenómeno del cambio climático.

Por último, sobre el derecho económico, creo que estará orientado fundamentalmente a regular los mercados, proteger a los consumidores, sancionar las prácticas anticompetitivas, compendiar normas internacionales básicas, interrelacionarse con la disciplina penal en lo relativo a los delitos económicos y la responsabilidad penal de las empresas; dar solución a las problemáticas jurídicas producto del proceso globalizador, normativizar los procesos de integración económica y estimular el establecimiento y uso de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia económica.

Jorge, gracias por esta entrevista.

Santiago de Chile, febrero de 2013.