

Cambios en Derecho, cambios en su enseñanza*

Félix F. Morales Luna**

I. Introducción

El objetivo de un proceso de enseñanza del Derecho consiste, a nuestro entender, de una parte, en mostrar al alumno qué es el derecho y cómo funciona en la realidad y, de otra, dotarle de herramientas teóricas, prácticas y éticas para que, siendo profesional del derecho, pueda desenvolverse adecuadamente como operador del sistema, sea como abogado, juez, funcionario o cualquier rol que tuviera que asumir.

En tal sentido, es tanta la responsabilidad que importa esta etapa como también los riesgos que suponen eventuales deficiencias. En efecto, si al alumno se le presenta y se le forma en una idea del derecho que no refleja ni reconstruye adecuadamente las prácticas jurídicas reales, durante su ejercicio profesional advertirá el desfase entre, por así decirlo, el derecho en el aula y el derecho en la realidad. De esta forma, para desenvolverse en este último, tendría que adoptar las prácticas usuales entre los profesionales del derecho y aprendería su profesión mientras lo ejerce y ya siendo profesional. Más aún, no siendo infrecuente que este profesional tuviera ocasión de llegar a la docencia, con su enseñanza contribuiría a perpetuar esa idea del derecho que aprendió y, creemos, transmitiría una idea artificial, parcial o errada de este, junto con ciertos consejos que permitan a sus alumnos suplir las deficiencias conceptuales de aquella y que les permita desempeñarse con suficiencia en el ejercicio de la profesión. Así, mientras no llegue a sincerarse

* Este trabajo corresponde a la ponencia presentada en el grupo de trabajo referido a la enseñanza del Derecho en el XXII Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, llevado a cabo en la ciudad de Granada, España, durante los días 24 al 29 de mayo de 2005.

** Profesor de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

el derecho que se enseña con las prácticas jurídicas que los alumnos se encontrarán al ejercer la profesión, este ciclo de fractura entre aprendizaje de la profesión y ejercicio de la misma se perpetuará.

Por ello, creemos que el primer problema que debe ser resuelto respecto a la enseñanza jurídica, antes que el cómo enseñar derecho es qué tipo de derecho debería enseñarse. Esta pregunta se relaciona directamente con el problema análogo en la metateoría jurídica: atendiendo a la realidad social actual, determinar qué teoría del derecho debe ser elaborada. En esta línea, damos por asumido que aquella teoría que sea la adecuada para elaborar será la adecuada para enseñar.¹ Una vez definido este punto, cabría preguntarse luego por el cómo poder enseñar tal teoría del derecho.

En esta línea, coincidimos con Ruiz Manero cuando afirma que «una buena teoría del derecho es la que logra proporcionar una imagen del derecho que sea capaz de organizar en un todo coherente las ideas fundamentales compartidas en la cultura jurídica pública de nuestras comunidades jurídicas».² Lejos de pretender elaborar una teoría del derecho que pudiera cumplir con tal propósito, creemos que lo pertinente es, primero, someter a evaluación la teoría que se enseña en las facultades de Derecho para determinar si se corresponde o no con las prácticas jurídicas actuales; caso contrario, es necesario destacar sus insuficiencias y, de ser subsanables, proponer mejoras desde la forma en que se enseña; de no serlas, se deben sugerir los lineamientos que debería tener una nueva teoría del derecho en atención a la nueva realidad social y, sobre todo, la forma en que debería enseñarse.

II. ¿Qué tipo de derecho se enseña en nuestras facultades?

Dado que, en materia de enseñanza del derecho, uno solo podría hablar con cierto fundamento respecto de aquellas facultades de Derecho en las que ha sido formado o al menos conoce con algún nivel de detalle, el

¹ *Se podría cuestionar que la teoría del derecho que aquí presentamos como opción es gestada en realidades distintas a las que pretendemos que se aplique. Al respecto, cabe precisar, primero, que tal teoría es consecuencia de cambios universales de los que no se puede sustraer ninguna realidad, al menos en la tradición occidental —signada, principalmente, por el reconocimiento de los derechos humanos y de las formas democráticas de gobierno—, y, segundo, que su énfasis se da en la forma de trabajar con el derecho, que exige racionalidad en su procedimiento y que establece un marco racional para justificar las normas y decisiones de las autoridades, por lo que es perfectamente aplicable a las distintas realidades que se desarrollen en estados constitucionales del derecho, por más disímiles que pudieran ser.*

² *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005, p. 118.*

siguiente análisis se limitará a analizar la situación de la enseñanza del derecho en el Perú; sin embargo, como atinadamente afirma el profesor Rodolfo Vázquez,³ en tanto que las facultades de Derecho latinoamericanas asumen y comparten una determinada idea del derecho, nuestras reflexiones podrán resultar extensivas a dicha región y, eventualmente, a facultades de Derecho europeas que mantengan la tradición heredada por Latinoamérica.⁴

La idea del derecho a la que alude el profesor Vázquez es aquella que es llamada como la concepción formalista o positivista ortodoxa (para algunos autores, la denominada explicación tradicional del derecho).⁵ En esta concepción, el derecho es entendido como un conjunto de normas, validamente emitidas por autoridades legítimas y competentes, que se integran en un sistema unitario, coherente y pleno. Como lo señala Aguiló, partiendo del reconocimiento de la legitimidad de autoridades últimas, se construye la unidad del sistema al cual pertenecerán aquellas normas derivadas de actos válidos de autoridades competentes.⁶

³ VÁZQUEZ, Rodolfo. *Modelos teóricos y enseñanza del Derecho*. Texto inédito.

⁴ *La siguiente caracterización, como toda generalización, omite hacer hincapié en detalles que el plan de estudios de cada facultad de Derecho en concreto podría presentar, detalles que marcarían más o menos distancia respecto de la concepción del derecho a la que nos referiremos como la dominante. Por ejemplo, en cuanto a contenidos, existen facultades de Derecho cuyos planes de estudio incluyen materias como Sociología del Derecho; Antropología Jurídica; Proyección Social del Derecho; Análisis Económico del Derecho; o Género y Derecho, que, lejos de caber en la concepción de derecho que asumimos como dominante —la formalista o positivista ortodoxa—, se explican mejor a la luz de las teorías críticas y realistas. Asimismo, los cursos del área de Derecho Constitucional o de Derechos Humanos incorporan formas de razonamiento alejadas del formalismo y más propia de las teorías argumentativas. La metodología, por su parte, también se aleja, en algunos casos, de la que es propia del modelo que caracterizaremos, ya que no es raro encontrar facultades en las que se ha asumido institucionalmente el denominado método activo, en el cual se superan las clases magistrales para asumir un desarrollo participativo del curso, en el que el protagonismo sea del alumno antes que del profesor. En esta misma línea, merece destacarse la presencia de cursos destinados exclusivamente a la discusión de casos previamente preparados. La explicación de esta situación, creemos, pasa por considerar que la concepción del derecho asumida en los planes de estudio de una determinada facultad no suele adoptarse institucionalmente, sino que, en reconocimiento a la libertad de cátedra, cada docente cuenta con libertad para desarrollar su curso según la concepción del derecho a la que conscientemente se adhiera o inconscientemente aplique. Sin embargo, a pesar de los elementos mencionados, en el fondo creemos que, si alguna teoría dominante existe, es la que ahora caracterizaremos como la formalista o positivista ortodoxa, que es en la que fueron formados la mayor parte de los docentes y que ahora transmiten sin cuestionar mayormente sus fundamentos.*

⁵ *Esta concepción, aunque con diferentes denominaciones, ha sido ampliamente caracterizada en la doctrina jurídica; sin embargo, siendo el texto del profesor Vázquez específico en el tema que nos ocupa, emplearemos su denominación, aunque lo relevante, más que el nombre asignado, son las características que presenta.*

⁶ AGUILÓ REGLA, Josep. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona: Ariel Derecho, 2000, p. 196.

Siendo el derecho una realidad que ya viene dada, se enfatiza la tarea de describirlo y conocerlo; por ello, es particularmente relevante la identificación de sus normas mediante las fuentes formales. Para ello, el criterio de distinción entre normas jurídicas de las que no lo son es la derivación o no de ciertos hechos verificables y no su correspondencia con un determinado sistema de valores.

Además de esta dimensión normativa, legado de la escuela de la exégesis francesa, la tradición heredada del conceptualismo jurídico alemán también tiene presencia en los contenidos de los cursos de este modelo. Como lo advierte Pérez Lledó, si bien cabe distinguir la buena de la mala teoría de este ingrediente, es esta última la que predomina, la cual, entre otras características, «discute sobre interpretaciones y elabora conceptos y clasificaciones sin tener en cuenta y/o sin mostrar al estudiante las consecuencias jurídico-prácticas, sociales y político-morales a que conduciría defender una interpretación distinta o una elaboración conceptual alternativa».⁷

Bajo este postulado teórico, la actitud del estudioso del derecho tiene pretensión de cientificidad, por lo que debe ser avalorativa u objetiva o éticamente neutral, dado que su función frente al sistema normativo es de describirlo, sin posibilidad de cambiarlo o alterarlo. Más aún, cualquier introducción valorativa convertiría a la ciencia jurídica en «política jurídica», es decir, en un conocimiento de tipo prescriptivo y no descriptivo, como es el paradigma de este modelo.

El perfil de abogado⁸ que este modelo requiere es el de un profesional que cuente con un razonamiento jurídico de tipo lógico o de aplicación mecánica de las normas jurídicas siguiendo el criterio de la subsunción. Este profesional —como lo señala Vázquez en el trabajo citado— debe habituarse a repetir, sin criticar ni cuestionar, el contenido de las normas y entender que los juicios de orden político o moral quedan excluidos del ámbito del derecho. Es decir, se trata de un jurista conservador, en manos de quien el derecho no es un factor de transformación social.

Para Bohmer, en esta concepción, el rol del abogado consiste en ser un auxiliar de la justicia en la tarea de «encontrar» las normas que se aplican al caso concreto.⁹ Aguiló, por su parte, considera que el jurista práctico tiene,

⁷ PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. «Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho». En Francisco Laporta (ed.). *La enseñanza del Derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 6. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid y Boletín Oficial del Estado (BOE), 2002, pp. 197-268.

⁸ Por «abogado» entendemos aquí todo profesional del derecho al margen del rol que desempeñe como operador en el sistema jurídico (sean jueces, dogmáticos, fiscales, notarios, etc.).

⁹ BOHMER, Martín F. (comp.). *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía. Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 15.

por un lado, la función de sostenedor y guardián de las estructuras legítimas de poder normativo y, por otro, la de reproductor de la convención social que es el producto de aquellas. En relación con el derecho sustantivo, añade este último autor, la tarea del jurista debe limitarse a la mera reproducción de la convención, pues de no hacerlo estaría usurpando el rol político reservado a las autoridades legítimas.¹⁰

Ideológicamente, señala Vázquez, este abogado puede llegar a aceptar que, sea por su validez o por la preservación de «valores intrajurídicos», el derecho debe ser obedecido no solo por temor a la sanción sino por deber moral.

Bajo estos presupuestos, los jueces ven seriamente limitada su función de interpretación jurídica, pues, siendo meros aplicadores del derecho, deben mantener una actitud de neutralidad. Así, los casos o bien son fáciles, pues su respuesta se podrá inferir deductivamente de las normas jurídicas, o bien son difíciles, por los problemas de indeterminación del derecho, en cuyo caso se resolverán discrecionalmente, lo que se entiende como el ejercicio de un poder delegado a los jueces para actuar como legisladores; se cierra, así, el sistema.

En cuanto a la enseñanza del derecho, en este modelo el objetivo es lograr que los alumnos conozcan y comprendan las normas de un determinado sistema jurídico; es decir, dicha enseñanza supone el estudio de las normas, particularmente las leyes. Los estudiantes deben conocer y saber explicar el contenido del ordenamiento jurídico; para ello, el principal material de enseñanza serán las propias normas. Como material de apoyo, los alumnos contarán con manuales de dogmática jurídica, en los que cuenten los comentarios que sobre dichas normas hubiesen realizado los juristas, que usualmente son los propios profesores de los cursos.

Las clases suelen discurrir como discusiones de los temas de estudio mediante las opiniones de los profesores o investigadores del derecho, pues, si el objeto de estudio es un sistema de normas coherente, pleno y cerrado, la docencia —a decir de Vázquez— se convierte en una suerte de espejo de un contenido ya dado y prácticamente inamovible, cuyo cuestionamiento es visto con extrema reticencia. En este punto, destaca Bohmer, la discusión crítica, los debates y la investigación empírica o normativa no tienen cabida en este esquema. Tampoco el entrenamiento en la resolución de casos, en el análisis crítico de textos legales o en la defensa de algún cliente.¹¹

Coincidimos, asimismo, con este último autor cuando afirma que el diseño del plan de estudios reproduce el diseño del sistema jurídico, en el sentido

¹⁰ AGUILÓ REGLA, Josep. *Op. cit.*, p. 196.

¹¹ BOHMER, Martín F. *Op. cit.*, p. 16.

de que habrá tantos cursos como cuerpos normativos importantes tenga determinado sistema jurídico (v. g.: la Constitución, el Código Civil, el Código Penal, etc.). Por su parte, el colofón de este modelo lo constituye el sistema de evaluación que, por lo general, es a libro cerrado y con preguntas sobre diversos temas para saber cuánto recuerda el alumno de los textos estudiados o si los ha comprendido.

En cuanto al tipo de docente que este modelo requiere para llevar a cabo el proceso de enseñanza, añade Bohmer, que no se necesita de docentes profesionales, de forma tal que la tarea universitaria se tendría más como un *hobby* que como una actividad que demanda una intensa dedicación. Así, para los profesores, la enseñanza del derecho sería una tarea subordinada a la principal, que es, en general, la de trabajar como abogado o juez.¹² Por ello, continúa esta idea Vázquez, la facultad de Derecho no requeriría, en principio, de profesores de tiempo completo, sino de profesionales del derecho que dedicaran algún tiempo, normalmente escaso, a la docencia.

En suma, se trata de un modelo estrictamente descriptivista que concibe al derecho exclusivamente como un sistema de normas, lo que supone que su mayor déficit —que en este modelo puede verse como una virtud— consiste en no ofrecer pautas de acción al profesional del derecho que le permitan encarar adecuadamente los problemas que surgen al momento de la aplicación de las normas jurídicas. La sola exigencia de fidelidad a la ley así como la aplicación mecánica y silogística resultan insuficientes al momento de contrastar la norma con el caso concreto, mientras que, tras el recurso a la simple discrecionalidad, se esconden altas dosis de arbitrariedad.

III. ¿Es una teoría adecuada para la formación de abogados?

Lo anterior es, creemos, en líneas generales, la caracterización de la teoría del derecho imperante en nuestras facultades que ahora someteremos a evaluación a fin de ver si resulta adecuada o no para mantenerse como el eje central en torno al cual gira la formación de los abogados. Para ello, nos valdremos de un reciente ensayo de los profesores Atienza y Ruiz Manero en el que, a nivel de metateoría, justifican la necesidad de superar el paradigma positivista, ya que este no reconstruye, de forma adecuada, las prácticas jurídicas actuales.¹³

¹² *Ib.*, *loc. cit.*

¹³ ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. «Dejemos atrás el positivismo jurídico». Artículo incluido en el libro de homenaje al profesor Delgado Pinto de próxima publicación.

Atendiendo al hecho de que compartimos, en su gran mayoría, sus razones, intentaremos reseñar los principales argumentos que luego emplearemos en el debate que nos ocupa sobre la enseñanza del derecho. Así, las principales críticas de estos autores al positivismo como enfoque y como teoría normativista (que esencialmente es el mismo que hemos caracterizado como el paradigma dominante en las facultades de Derecho) son las siguientes:

- Las principales tesis que le caracterizan o bien son irrelevantes (la tesis de las fuentes sociales) o bien impiden el desarrollo de una teoría y una dogmática del derecho adecuadas a las condiciones del Estado constitucional (la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral).
- Su concepción de las normas jurídicas como directivas de conducta, es decir, como producto de otros tantos actos de prescribir, resulta inadecuada, pues, por ejemplo, i) descuida la dimensión valorativa de dichas normas; ii) no explica aquellas normas jurídicas que no son productos de actos de prescripción sino de actos de reconocimiento por parte de las autoridades de contenidos normativos que les preexisten; iii) es incapaz de intervenir competentemente en discusiones centrales, como los conflictos entre principios en general y, muy especialmente, entre derechos constitucionales; y iv) no cuenta con argumentos para explicar las excepciones implícitas a las reglas.
- Su concepción descriptivista de la teoría hace ver al derecho como sistema y no (también) como práctica social. Siendo el derecho no simplemente una realidad que ya viene dada de antemano (esperando al jurista teórico que la describa y sistematice), sino una actividad en la que se participa y que el jurista teórico ha de contribuir a desarrollar, enfatizan la necesidad de considerar al derecho como una práctica social y no tan solo como un conjunto de reglas y principios.

Atendiendo a la seriedad de las críticas planteadas a la teoría del derecho dominante en nuestras facultades uno podría preguntarse cómo, reconstruyendo de forma tan inexacta las prácticas jurídicas actuales, ha podido consolidarse como paradigma en tales facultades y formar a quienes han sostenido el sistema jurídico. Al respecto, y haciendo justicia con este modelo, cabe precisar que surgió como alternativa a otra concepción de derecho entonces dominante —asociada a las doctrinas *iusnaturalistas*, que solían constituir, a su vez, el sustento ideológico de regímenes políticos dictatoriales—, por lo que su enseñanza y práctica permitió alentar y consolidar cambios sociales trascendentales como los que ahora gozamos, emblemáticamente representados en el Estado de derecho.

No obstante ello, no debe desatenderse el hecho de que, desde su surgimiento y consolidación como teoría dominante, sea por distorsiones generadas por el fundamentalismo a sus postulados (el esperpéntico formalismo jurídico) o por insuficiencias en sus premisas (por ejemplo, la desatención a la realidad social y a toda la dimensión fáctica de los fenómenos jurídicos, que fuera destacada por las teorías realistas), el positivismo jurídico ha llegado sumamente desgastado para encarar las nuevas transformaciones sociales. El positivismo jurídico originario no es el mismo que el positivismo jurídico de hoy (que, dada la proliferación de variantes —positivismo excluyente, incluyente y ético—, es difícil, inclusive, encontrar un criterio unívoco para poder definirlo). Aquel era novedoso y transformador al igual que el modelo político que reclamaba presencia en la realidad —el liberalismo—; este resulta obsoleto y retrógrado, pues, si antes sus postulados se erigieron como el acicate para hacer posible la transformación social, hoy constituyen un freno para viabilizar nuevas transformaciones.

Seamos justos con el positivismo jurídico y, tras reconocer los importantes cambios sociales, políticos y jurídicos que permitió concretar, no le pidamos más de lo que sus postulados permiten. El mejor homenaje que debería hacerse a su tradición no es forzar ficticiamente su vigencia y actualidad sino permitir el paso a nuevas teorías del derecho que, apoyándose en los indudables aportes de la tradición positivista, ofrezca una visión de la realidad social más adecuada a nuestras prácticas sociales y que no solo nos la describa, sino que permita hacernos partícipes de ella.¹⁴

Así, el juicio a una teoría de derecho debe ser realizado en función de la realidad que esta explica y reconstruye. Si antes el positivismo jurídico fue la alternativa óptima de transformación social, hoy no cumple tal función, y no porque sea errónea en sus postulados, sino por el significativo cambio que ha sufrido la realidad a la que se dirige. En suma, la realidad social ha cambiado y, por ello, el derecho ha cambiado (o debe cambiar). Más aún,

¹⁴ Excedería los alcances de este trabajo desarrollar en detalle la discusión de si el positivismo jurídico mantiene vigencia o no en el nuevo escenario social y político. Ver las características del actual Estado constitucional de derecho y el paradigma neoconstitucionalista como el momento culminante del positivismo jurídico o verlas como el cese definitivo de su ciclo histórico es una discusión que no abordaremos. Sin embargo, solo por dejar sentada nuestra posición, creemos que la única versión positivista que resulta relevante en la actualidad —aunque con reserva en sus postulados— es el denominado positivismo ético, planteado desde la década de los años sesenta por Uberto Scarpelli y cuya actualidad, consideramos, es de servir de recordatorio a las nuevas teorías del derecho que también cabe tomarse a las reglas —y no solo a los derechos— en serio. Constituiría, entonces, una suerte de «llamado a la conciencia» para las nuevas teorías, a fin de que no se termine diluyendo la dimensión regulativa de los sistemas jurídicos en consideraciones estrictamente morales, tentación en la que ya se incurre a juzgar por algunos énfasis en las nuevas teorías del derecho.

habiendo cambiado (o teniendo que cambiar) el derecho, también debe cambiarse la forma de enseñarlo.

IV. Cambios de la realidad, cambios en el Derecho

Antes de abordar propiamente el tema de este trabajo —la enseñanza del derecho—, es necesario referirnos a dos puntos que debimos haber abordado desde un inicio: de una parte, en qué ha cambiado la realidad social que reclama un cambio en el derecho y, de otra, cuáles son los lineamientos de las nuevas teorías del derecho que dan una adecuada imagen de las nuevas prácticas sociales.

Desde la segunda mitad del siglo pasado, y como consecuencia de la traumática experiencia de las guerras mundiales con los actos de barbarie que supusieron, resultó imperativo recuperar la noción de persona humana, y el respeto de su dignidad, como el objeto prioritario de defensa y protección por parte de los sistemas jurídicos. Desde entonces, el reconocimiento, protección y realización de los derechos humanos se han erigido en el contenido mínimo de lo que podría entenderse como un orden justo.

Tal exigencia de reconocimiento y protección ha determinado que el derecho presente una serie de adaptaciones. La más destacada tal vez sea la fuerza normativa de la Constitución en tanto depositaria de las normas de reconocimiento de los derechos humanos en un sistema jurídico, cuyas normas, a pesar de estar enunciadas en forma abierta, obligan en su contenido a los operadores del sistema y constituyen auténticos límites al legislador ordinario. La carga moral con que cuentan estas normas ha exigido replantear la pregonada separación entre derecho y moral. Como lo señala Atienza, esta «moralización» de nuestros derechos supone que los sistemas jurídicos han positivizado (vía la Constitución) los principios de una moral universal que no pretende ser simplemente la moral de un determinado grupo. Así, continúa este autor, la moral ha emigrado al interior de los derechos, de tal forma que los conflictos morales que tiene que afrontar un jurista no son ya conflictos entre el derecho y la moral, sino entre maneras distintas de interpretar los principios morales incorporados por el derecho.¹⁵ Ejemplo de ello serían los conflictos que plantean situaciones como la pena de muerte, el aborto, la eutanasia, la clonación, la experimentación con «células madre» o la discriminación inversa.

Tratándose de la discusión en torno a principios morales juridificados o reconocidos por el derecho, la fuerza normativa de tales principios radica

¹⁵ ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2001, p. 113.

no solo en provenir de un acto de positivización, sino, sobre todo, en el valor intrínseco de su contenido. Así, en estos casos, la dimensión justificativa resulta tan o más relevante que la normativa; por ello, se le exige al operador del derecho la capacidad de poder resolver casos en los que se armonicen ambas dimensiones, y, para ello, debe aportar las razones necesarias que justifiquen su decisión.

La reivindicación de la dimensión justificativa resulta relevante en este nuevo contexto, de una parte, porque las razones, sometidas a un óptimo proceso argumentativo, no resultan manipulables como las normas que, amparadas únicamente por el criterio de «lo ordenado», pueden servir para concretar arbitrariedades. Pero, de otra parte, el exigir la presencia de razones y argumentos como justificación de decisiones jurídicas se torna relevante, pues, en el contexto actual, signado por la globalización, los Estados han cedido su protagonismo como centros de imputación de poder hasta verse en muchos casos desplazados. Así, existiendo un libre movimiento internacional de factores como el capital, el trabajo, las tecnologías, el comercio y la información, es claro que la posibilidad de regulación de tal realidad trasciende con creces la acción estatal individual.

Los cambios que ha supuesto el impacto de la globalización en nuestras sociedades son considerables y se evidencian, por ejemplo, en el desplazamiento de los Estados como únicos protagonistas en el escenario internacional por parte de organismos y entidades de alcance mundial o de bloques regionales; en la liberalización de las economías y de los mercados; en el desarrollo tecnológico de las telecomunicaciones; o en el avance de las investigaciones científicas.

La posibilidad de regulación de esta nueva realidad exige un esfuerzo conjunto, pues, si algo también se ha globalizado, es el propio derecho. En efecto, siendo el Derecho una disciplina intrínsecamente relacionada con las prácticas sociales, es inevitable que también cambie. Así, por ejemplo, la fuerza expansiva de los derechos humanos, del estado constitucional de derecho y de la democracia como forma de gobierno; la fuerza normativa del texto constitucional; la universalización de la justicia penal; la protección universal de los intereses difusos —como el patrimonio histórico de la humanidad o del medio ambiente—; las regulaciones internacionales en ámbitos de comercio exterior; la importancia adquirida por los tratados internacionales como instrumentos normativos —como los tratados de derechos humanos o de libre comercio—; las nuevas formas de organización política complementarias al modelo estatal como los bloques regionales; etc. son muestras de dicho cambio. En todos estos casos, el carácter imperativo de tales regulaciones no proviene tan solo de la legitimidad de su origen sino del contenido de lo prescrito, y cualquier acción que pretenda

cuestionarlas o concretarlas deberá apelar también a razones y no solo a fuentes.

La rapidez y la cantidad de los cambios mencionados evidencian la imposibilidad del derecho de poder someterlos a una estricta regulación; antes bien, lo que procura es dotarlos de principios, trasladando a los operadores jurídicos la labor de darles contenido. He aquí un cambio radical, ya que cada vez es más frecuente advertir en el derecho la presencia e importancia de principios que, junto con las reglas, procuran dotar de normatividad cierto sector de la realidad. Se trata de una normativa que tiende a mantener su actualidad a costa de su rigurosidad; el legislador cede protagonismo (al que por cierto no renuncia) al juez; las prácticas jurídicas reniegan de la autarquía impuesta desde la teoría del derecho para explicarse desde instancias morales y políticas; las normas dejan de ser dogmas a las que rendir culto para ser vistas como funcionales herramientas de construcción de prácticas sociales.

La presencia de tales normas de enunciado abierto y la forma de aplicarlas exigen una respuesta por parte de la teoría del derecho en tanto que, dada su trascendencia en el sistema y constituyendo límites al poder del legislador, resulta insatisfactoria una respuesta que apele simplemente a la discrecionalidad del operador jurídico para dotar de contenido a tales normas.

En esta línea, como lo destacan Atienza y Ruiz Manero, las principales teorías del derecho no positivistas —las de Ronald Dworkin y Robert Alexy— enfatizan la necesidad de considerar al derecho como una práctica social (una práctica interpretativa en la teoría de Dworkin, una serie de procedimientos en la de Alexy) más que como un conjunto de reglas y principios.¹⁶

Una posible caracterización de esta nueva teoría del derecho —el paradigma constitucionalista en términos de Atienza— incluye los siguientes rasgos:¹⁷

- reivindica la importancia de los principios como elementos necesarios para comprender la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico, en particular de los de las sociedades contemporáneas avanzadas;
- considera las normas —reglas y principios— no tanto desde la perspectiva de su estructura lógica, sino a partir de la función que desempeñan en el razonamiento práctico;

¹⁶ ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. *Op. cit.*

¹⁷ *Ib.*, p. 309-310.

- asume que el derecho es una realidad dinámica que consiste no tanto —o no solo— en una serie de normas o de enunciados de diversos tipos, cuanto —o también— en una práctica social compleja, que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etc.;
- concede importancia a la interpretación vista más que como resultado como un proceso racional y conformador del derecho;
- debilita la distinción entre lenguaje descriptivo y prescriptivo y reivindica el carácter práctico de la teoría y de la ciencia del derecho, que no pueden reducirse ya a discursos meramente descriptivos;
- entiende la validez en términos sustantivos y no meramente formales (una norma, para ser válida, debe respetar los principios y derechos establecidos en la Constitución) y la jurisdicción no en términos legalistas —de sujeción del juez a la ley—, pues la ley debe ser interpretada de acuerdo con los principios constitucionales;
- defiende la tesis de que entre el derecho y la moral existe una conexión no solo en cuanto al contenido, sino de tipo conceptual;
- tiende a una integración entre las diversas esferas de la razón práctica: el derecho, la moral y la política;
- sostiene que la razón jurídica no es solo razón instrumental, sino razón práctica, ya que la actividad del jurista no está guiada —o no exclusivamente— por el éxito, sino por la corrección y la pretensión de justicia;
- destaca la importancia de la argumentación jurídica como característica esencial de una sociedad democrática en la que el poder se somete a la razón y no la razón al poder;
- cree en la existencia de criterios objetivos que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones; y
- plantea que el derecho no es solo un instrumento para lograr objetivos sociales, sino que incorpora valores morales que no pertenecen simplemente a una determinada moral social, sino a una moral racionalmente fundamentada.

En cuanto al método, a diferencia del modelo positivista, en esta concepción no termina el razonamiento jurídico en la norma jurídica a partir de la cual se deba, por estricta deducción, inferir la norma individual que ella contendría para resolver el caso concreto; por el contrario, en la norma jurídica empieza el razonamiento jurídico, ya que esta es solo el material inicial a partir del cual se deberá desplegar un proceso de argumentación que permita construir un significado a dicha norma para el caso concreto. En otras palabras, una vez determinados los materiales jurídicos (razón de ser del «método jurídico» positivista), este nuevo modelo pone el énfasis en su aplicación al caso concreto; esto es, concibe al derecho como sistema y

como práctica, pero con énfasis en esta última dimensión, mediante el despliegue de una adecuada argumentación que implique la capacidad de ofrecer razones que permitan adhesión a lo decidido no solo por la legitimidad de la autoridad que lo dicta, sino por la corrección de los argumentos en que lo sustenta. Es decir, da pautas a los profesionales del derecho para guiar su razonamiento desde que conocen los materiales que deberán ser empleados hasta la resolución del caso concreto.

Esta exigencia al profesional del derecho supone en sí misma una nueva perspectiva de análisis del derecho. En efecto, a la perspectiva estructural (descripción del derecho tal y como es, sin compararlo con uno ideal ni pretender construir otro); sociológica (interés por la funcionalidad del derecho, tanto la de cada una de sus partes como del conjunto), y valorativa (preocupación por mostrar lo que debería ser el derecho para ser justo), se añade esta cuarta, denominada argumentativa. En ella, en términos de Atienza,

[...] se ve al Derecho como un intento, una técnica para la solución de determinados problemas prácticos. Se trata así de una visión instrumental, pragmática y dinámica del Derecho que presupone, utiliza y da sentido a las anteriores perspectivas pues no se limita a contemplar el Derecho desde fuera o a proyectarlo idealmente prescindiendo de los problemas que plantea su ejecución, sino que participa activamente en su construcción y se siente comprometido con la tarea.¹⁸

En este modelo, señala Aguiló, el rol del jurista práctico supone, de una parte, ser el sostenedor y guardián de las «esencias del Derecho», es decir, de los valores y/o bienes morales últimos; y, de otra, ser constructor (no simple reproductor) del derecho sustantivo, ya que la invocación de estándares jurídicos fundados en la idea de coherencia valorativa del derecho no es algo privativo que puede quedar reservado a ciertas autoridades jurídicas.¹⁹

De lo expuesto, creemos que la adaptación de la teoría del derecho a las prácticas jurídicas pasa por un distinto enfoque o énfasis, es decir, por concebir al derecho como práctica social y no solo como orden jurídico; por enfatizar la importancia del método jurídico y no solo la noción de sistema; por destacar el protagonismo del juez y no solo del legislador; por subrayar el rol de las razones (dimensión valorativa), además del de las reglas (dimensión regulativa); por atender a la justificación y no a la imposición; por asumir el razonamiento jurídico más como razón práctica que como razón instrumental; por integrar las diferentes esferas de la razón práctica (derecho,

¹⁸ *Ib.*, p. 251-252.

¹⁹ AGUILÓ REGLA, *Josep. Op. cit.*, p. 197.

moral y política); y, especialmente, por apostar por la argumentación sobre la discrecionalidad.

Como lo destacan Atienza y Ruiz Manero,

[...] buena parte de la teoría del Derecho que hemos conocido y, eventualmente, practicado era fruto intelectual bien extraño: versaba acerca de lo que es indudablemente un artefacto construido por nosotros —nuestros sistemas jurídicos— pero se vedaba a sí misma el plantearse problemas relativos tanto a la justificación como al buen uso del mismo.²⁰

Lo que ahora se reclama desde la teoría del derecho es encarar y no evadir la dimensión justificativa del derecho, es decir, asumirlo como una práctica social justificada.

Finalmente, debemos advertir que, si bien el derecho ha cambiado en función de los cambios que la realidad que regula le ha impreso, no hay que caer en el reductivismo o pretender definir el todo por la parte. Los casos que suponen una mayor carga de justificación y argumentación de la decisión no son los más, lo que no supone que no deban ser incluidos en la concepción del derecho que pretenda reconstruir adecuadamente todas las prácticas sociales: las más y las menos. Con ello, no queremos decir que los más —los casos claros o fáciles— se resuelvan según la concepción del derecho formalista hasta ahora dominante y lo nuevo, controvertible, los casos difíciles, según la nueva concepción argumentativa. De lo que se trata es de que, desde esta última concepción, se está en mejor posición de explicar y proponer justificadas técnicas de razonamiento jurídico aplicables tanto a los casos fáciles como a los difíciles; de esta forma, se dota de integridad al sistema jurídico. Todo ello pasa, en pocas palabras, por proponer un cambio de actitud por parte de los profesionales del derecho, lo que necesariamente tiene como punto de partida el proceso de formación, es decir, la enseñanza de tal derecho.

V. La enseñanza del nuevo derecho

A fin de encauzar los lineamientos con que, a nuestro entender, debe contar la enseñanza del tipo del derecho descrito precedentemente, nos basaremos en las pautas propuestas por Pérez Lledó.²¹ Para él, un buen profesional del derecho tiene dos rasgos principales: i) es técnicamente competente; y ii) es

²⁰ ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. *Op. cit.*

²¹ PÉREZ LLEDÓ, Antonio. *Op. cit.*, p. 213. Adicionalmente, y en la medida que comparten

política y moralmente bien orientado. Por lo primero —la competencia técnica— entiende este autor, por un lado, que el profesional conozca su herramienta (el derecho) y, por otro, que esté dotado de aptitudes para manejarla hábilmente en la práctica. Por lo segundo —la orientación política y moral— entiende que se trate de un jurista comprometido o activo en una dirección de reforma o transformación social que esté moralmente justificada y que asuma la responsabilidad que supone cada una de las opciones que toma acerca del uso de la herramienta, y las ponga al servicio de objetivos justificados.

Siguiendo con este autor, el proceso de enseñanza del derecho debe formar al profesional en las siguientes tres finalidades o dimensiones: cognoscitiva —enseñanza de conocimientos—, práctica —capacidad metodológica en técnicas argumentativas— y crítica —educación en fines, valores y actitudes—. Estas finalidades responderían, respectivamente, a las preguntas ¿qué es el derecho?, ¿cómo se usa? y ¿para qué sirve? Antes de entrar en detalle de lo que supone cada una de ellas, es necesario señalar que estas finalidades no pueden verse por separado, ni media entre ellas prioridades o relaciones de subalternancia. Será parcial y, por tanto defectuoso, cualquier proceso de enseñanza del derecho que omita o minimice alguna(s) de estas dimensiones, pues produciría profesionales que, por ejemplo, usen el derecho sin saber lo que es o para qué sirve; conozcan el derecho sin saber cómo o para qué usarlo; o conozcan el derecho y sepan usarlo pero sin saber para qué.

La primera finalidad —enseñanza de conocimientos— implica proporcionar al alumno la información referida, de una parte, al sistema normativo y, de otra, al desarrollo conceptual de la dogmática. Así, respecto del sistema normativo, el alumno deberá ser capaz de identificar las piezas que constituyen tal sistema normativo y de destacar sus características y distinciones (por ejemplo, identificar y distinguir las reglas de los principios o las directrices); asimismo, deberá saber las funciones que cumple cada una de dichas piezas dentro del sistema, así como los criterios internos de ordenación entre ellas.

Un segundo elemento, en esta primera finalidad, lo constituye el desarrollo dogmático de conceptos que permitan una mejor comprensión del sistema en su conjunto. Es lo que Pérez Lledó denomina «buena dogmática», entendiéndolo por tal

muchos puntos en común, también nos apoyaremos en la propuesta de Rubio Correa sobre el tema. Para él, la formación de un abogado en un pregrado debe contener lo siguiente: el conocimiento de los elementos normativos esenciales del derecho, la idea sistemática del derecho y la capacidad de plantearse y resolver comprensivamente los problemas jurídicos (RUBIO CORREA, Marcial. Ideas sobre qué es aprender (y enseñar) Derecho en un pregrado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, p. 94).

[...] aquella que elabora conceptos agrupando materiales de forma adecuada para una más fácil comprensión del Derecho, o para facilitar la comunicación entre los juristas o, sobre todo, para perfeccionar la creación y aplicación del Derecho (una dogmática que verdaderamente sea útil para una mejor práctica jurídica).²²

Respecto de este elemento, como lo hace el propio autor, resulta imprescindible suprimir su pretendida pureza científica y teñirlo de elementos políticos, sociales y morales —aunque sin diluirlo en ellos—; de esta forma, se da paso a una dogmática instrumentalista que permita conectar el derecho con la realidad a la cual se dirige.

La segunda finalidad —la capacidad metodológica en técnicas argumentativas— supone dotar al alumno de un método que le permita concretar el conocimiento del que dispone en la realidad a la que se dirige. Así, a diferencia de la tradición positivista, la nueva teoría del derecho enfatiza en la importancia del método jurídico y dota al jurista de elementos que le permitan justificar una decisión de acuerdo con su ordenamiento.

Para este efecto, se debe ofrecer al alumno un método jurídico que le permita pasar justificadamente desde los materiales normativos y conceptuales de los que parte a la decisión final y mediante el cual sea capaz de ofrecer razones que sustenten que tal decisión se corresponde con el sistema jurídico al que pertenece. Así, se le debe entrenar en técnicas de interpretación e integración y, principalmente, de argumentación jurídica. En otras palabras, en la capacidad de ofrecer razones y ser capaz de defenderlas frente a otras razones que le puedan oponer para convencer que su decisión es adecuada según un determinado sistema jurídico. Como lo señala Laporta,²³ si resolver los casos apelando a los principios es una actividad de un carácter muy complejo, que no consiste solo en aplicar este o aquel, sino en argumentar moralmente y ponderar y sopesar unos principios con otros para determinar cuándo se aplica cada uno, entonces, hay que dotar a los alumnos de los recursos necesarios para llevar a cabo tales tareas. Es decir, no solamente se trata de que el alumno sepa lo que es interpretar y argumentar, sino que, efectivamente, lo haga y de forma adecuada.

Tal vez sea Rubio Correa quien desarrolla esta finalidad con mayor nivel de detalle. Las aptitudes que, a nuestro entender, estarían comprendidas en esta finalidad están incluidas, dentro de su clasificación, de un lado, entre las destrezas para la comprensión sistemática del derecho y, de otro, entre

²² *Ib.*, p. 209.

²³ LAPORTA, Francisco J. «A modo de introducción: la naturaleza de las reflexiones sobre la enseñanza del Derecho». En Francisco Laporta (ed.). *La enseñanza del Derecho*. Op. cit., pp. 13-24.

las destrezas para la aplicación del derecho. En el primer grupo, estarían incluidas las siguientes: determinación de qué es y qué no es norma, de qué dice la norma, de la jerarquía de la norma, de los encadenamientos de normas, interpretación e integración de normas y relación de lo sustantivo y lo procesal. En el segundo grupo, se incluirían las siguientes destrezas: elaboración de los hechos de un problema, identificación y ordenamiento de los problemas, identificación de las diversas vías de solución de los problemas, discriminación de lo relevante y lo irrelevante, descripción, enunciación, demostración, clasificación, elección, argumentación, discriminación de reglas aplicables, análisis, síntesis y determinación de las relaciones entre derecho y realidad.²⁴

La tercera finalidad, aún más descuidada que la anterior en la tradición positivista, está referida a la formación del alumno en fines, valores y actitudes. Esto implica entender al derecho no como un fin en sí mismo, sino como un instrumento que permite la realización de objetivos sociales; sin embargo, estos últimos no pueden ser arbitrarios ni discrecionales para el jurista; por el contrario, se trata de objetivos correctos que vienen reconocidos por el propio sistema. Si, en esta concepción, el derecho supone la concurrencia o convergencia de la gente en torno al reconocimiento de ciertos bienes y/o valores morales básicos, el abogado debe conocerlos y, luego, orientar su ejercicio a fin de concretarlos en cada una de sus acciones profesionales.

La formación del alumno en este aspecto requiere, necesariamente, familiarizarle en teorías de la justicia que le permitan reconstruir la concepción de justicia reconocida por su ordenamiento e identificar los valores que le caracterizan y la forma como se concretan mediante la razón práctica. Asimismo, el abogado debe conocer adecuadamente la realidad social a la cual se dirige su ejercicio profesional y superar su pretendida asepsia de elementos extra jurídicos para impregnarse de esta realidad a la cual se dirige y que contribuye a transformar o consolidar. En otras palabras, hay que entender que la labor del abogado no es neutral respecto de la realidad a la cual se dirige, por lo que debe conocer las consecuencias de sus actos y ser capaz de justificarlos en las normas y valores reconocidos por el ordenamiento en el cual ejerce su profesión.

Desde una visión unitaria de las finalidades descritas, Bohmer resume que la enseñanza del derecho implicaría

[...] entrenar en esa forma particular de deliberar, entendiendo cuestiones básicas de justificación racional, validez moral y balance entre las exigencias de la moral ideal y los límites de la democracia real. Y, respecto al perfil del profesional del

²⁴ RUBIO CORREA, Marcial. *Op. cit.*, p. 39-58.

Derecho, añade este autor que los graduados deberán ser jueces que entiendan los límites que impone la democracia a su trabajo, y que asuman su responsabilidad como custodios de los procedimientos democráticos, de los derechos fundamentales y de la práctica social en la que consiste el derecho, y como abogados deberán asumir su responsabilidad protegiendo la práctica pero acercándola (favoreciendo a su cliente) a la mejor interpretación posible. En fin, los graduados [abogados, jueces, litigantes, académicos del derecho] deberán ser los guardianes de la deliberación democrática y de las reglas que la definen.²⁵

Siendo esta la agenda de las finalidades perseguidas en la enseñanza del abogado, seguidamente señalaremos algunas precisiones de tipo metodológicas o institucionales que permitan concretarlas:

- Previamente a los estudios de derecho, el alumno debería seguir unos estudios generales orientados a dotarlo de una cultura académica y formación humanista. Esta etapa le permitirá aprender disciplinas de las que directa o indirectamente se nutre la profesión en la que será formado. Aquí, recibiría cursos de filosofía, historia, lógica, psicología, literatura, economía, sociología, lengua y, en general, los cursos que le permitan adiestrarlo en capacidades y habilidades necesarias para el trabajo universitario así como consolidar un conocimiento cabal de la realidad en la que se desenvuelve y los criterios para comprenderla;
- Las facultades de Derecho deberían conciliar la libertad de cátedra con el tipo de derecho que se enseña a los estudiantes, pues, para que el alumno sea adecuadamente formado en la concepción del derecho propuesta, debe existir coincidencia y cierta uniformidad en el tipo de Derecho que se enseñe en cada uno de los cursos que integran el plan de estudios.

En efecto, habiendo muchas formas de entender el derecho —algunas más adecuadas que otras— es nocivo que el alumno reciba elementos de distintas concepciones sin saber de dónde provienen. Al ser esta formación una empresa colectiva, esta falta de sintonía se vería, por ejemplo, como que, en una fábrica de automóviles, cada operario ensamble una pieza del producto final pero que corresponden a modelos distintos. El producto, podría decirse, en sentido lato, sería un automóvil —pues contaría con un motor, frenos, timón, ruedas, etc.—, pero sería, cuanto menos, poco funcional. En suma, se requiere que exista un nivel de consenso sobre el tipo de derecho que se debe enseñar y la forma de llevarlo a cabo en cada uno de los cursos del plan de estudios.

²⁵ BÖHMER, Martín. *Op. cit.*, p. 14.

- Relacionado con lo anterior, se requiere introducir en el proceso de enseñanza todos aquellos elementos que forman parte del derecho, sea la moral, la política, la justicia, la realidad social, etc. Estos elementos deberían contar con asignaturas específicas que presenten sus principales planteamientos, como su relación con el derecho, pero, además, como lo recuerda Laporta,²⁶ cada asignatura debe estar impregnada de estos elementos en su contenido.
- Siguiendo con este autor, coincidimos en que los grandes cambios de la enseñanza se han producido tras la formación y la modificación en las mentalidades del profesorado, puesto que antes de esa formación no había quien enseñara las nuevas cosas; por ello, un primer objetivo en todo proceso de reforma de la educación jurídica pasa por formar a los educadores. Esto supone tanto desmontar tradiciones heredadas de concepciones superadas del derecho, como adaptar su proceso de enseñanza a las prácticas jurídicas actuales, lo que sin duda resulta una tarea de difícil empresa pero clave para el éxito del cambio en la enseñanza del derecho.
- La diversificación y especialización de las profesiones jurídicas es algo de lo que las facultades de Derecho no pueden desentenderse. Cada vez más los profesionales del derecho se desempeñan en actividades hasta hace algún tiempo inusuales en la profesión y se relacionan continuamente con profesionales de otras disciplinas. Esto ha llevado, en la práctica, a que la especialidad termine diluyendo la generalidad, de tal forma que el profesional conoce en detalle el marco normativo de su especialidad a costa de no tener una idea cabal del derecho en su conjunto. No se puede ser especialista si antes no se es profesional. Por ello, es necesario formar abogados que además sean especialistas y no al revés; así, es importante incidir en la importancia del método jurídico que le permita al profesional razonar jurídicamente y desempeñarse en cualquier área o rol en que ejerza el derecho.
- Finalmente, respecto al método de enseñanza —si clases magistrales, si un aprendizaje basado en problemas, si el método socrático, etc.—, hay que enfatizar que este es accesorio respecto de aquello que se está dictando. Usualmente, en los cambios en el proceso de enseñanza, se enfatiza mucho la forma como se enseña sin atender demasiado aquello que se enseña. No creemos posible formar alumnos en la teoría del derecho sugerida en este trabajo simplemente con clases magistrales, pero estas tampoco deberían ser abolidas del todo, pues, así como tienen desventajas

²⁶ LAPORTA, Francisco. *Op. cit.*, p. 19.

(pasividad del alumno, enfoque exclusivo en el campo cognoscitivo, escasa retroalimentación, dependencia de cualidades innatas del profesor, etc.), también presentan algunas ventajas (economía y rapidez en la transmisión de información, aclaración de conceptos difíciles, seguridad del alumno, etc.). Por ello, creemos que la metodología de enseñanza de la nueva teoría del derecho debe ser lo más funcional posible respecto del objetivo del proceso de formación. Así, si alguna idea podríamos establecer, es que no se puede renunciar de antemano a ningún método ni tampoco imponer alguno de ellos de forma exclusiva. Será necesario, sin duda, un énfasis en la participación de los alumnos, que les permita desarrollar su capacidad crítica y constructiva, pero ello no podría ser lo exclusivo en el proceso de enseñanza del derecho. Así, la metodología que se emplee debe adaptarse a la idea del derecho en que va a formarse a los alumnos y no al revés, de ahí que, una vez entendida la idea del derecho en la que se pretenda formar, cada asignatura adecue su contenido y metodología a tal objetivo.

En suma, a nuestro entender, los esfuerzos de la teoría del derecho por ofrecer una adecuada reconstrucción de las prácticas jurídicas actuales no se ve reflejado aún a plenitud en la enseñanza del derecho; por ello, a fin de concretar los ideales y cambios planteados a nivel teórico, es necesario cuestionarse seriamente cómo estamos formando a los nuevos abogados.