

La enseñanza del derecho como actividad subversiva

Dr. Fernando de Trazegnies Granda
Profesor de Filosofía del Derecho e Informática Jurídica.
Facultad de Derecho P.U.C.P.

I

En todo proceso de reforma de la enseñanza -y en particular de la enseñanza del Derecho- existe la tentación de dividir las áreas y objetivos de la reforma en compartimientos estancos, que se tratan de manera separada y de los que se espera una eficacia independiente. Es ésta la forma como generalmente se plantean distinciones tales como las realizadas entre formación e información, entre la insistencia pedagógica en la creación de habilidades (skills) o en la transmisión de conocimientos, entre cursos básicos y cursos de especialización, entre materias positivas y materias teóricas, etc. Una vez planteada la dicotomía, laboriosas construcciones conceptuales se esfuerzan por restablecer una relación entre sus términos; el resultado es necesariamente insatisfactorio e inestable. Se hace, indispensable replantear el hecho mismo de la separación entre los términos y estudiar el problema como un todo.

La reforma de la enseñanza del Derecho que se viene llevando a cabo en las Universidades latinoamericanas durante los últimos años, ha presentado una cierta tendencia a distinguir entre los métodos y el contenido de la enseñanza jurídica. El problema de los métodos se presenta como "el" problema por excelencia de las Escuelas de Derecho, comprendidas fundamentalmente como instituciones orientadas a formar profesionales. El problema del método, se dice, es de naturaleza puramente pedagógica y por consiguiente, neutro frente a las diferentes concepciones del Derecho que puede vehicular. De un lado, nos encontramos con la cuestión "¿Cómo enseñar?", del otro, nos encontramos con la cuestión "¿Qué enseñar?". Y es parte del principio que cada una de estas

cuestiones puede ser respondida con prescindencia de la otra. Aún más, una vez planteada la distinción entre contenido y métodos, se relega el problema del contenido a segundo lugar; sea porque se considera que el Derecho es una "ciencia" con verdades universalmente válidas y que, por consiguiente, no hay necesidad de replantear los principios de dicha ciencia que ya fueron enunciados en los esencial por los juristas romanos; sea porque se considera que el contenido del Derecho es relativo y depende de la opción valorativa asumida, por lo que permanece en el área intocable de la "libertad" de enseñanza. No importa en última instancia qué se enseña con el nuevo método; en la medida que desarrolle habilidades y promueva el razonamiento jurídico ya se ha logrado un resultado positivo, cualquiera que sea la utilización social de tales habilidades y las concepciones implícitas sobre el papel del Derecho en la sociedad.

Más allá de los incrementos logrados en número y calidad de las intervenciones de los alumnos, más allá de la habilidad creada en la mente del alumnos para razonar jurídicamente, surgen preguntas tales como, de qué sirve a la sociedad que los alumnos se encuentren mejor preparados en el tipo de Derecho que se enseña actualmente?, cuál es el papel que cumplirán en la vida social los abogados que estamos formando?, qué tipo de abogados requiere el momento histórico? y, en última instancia, qué entendemos por razonamiento jurídico cuando decimos que estamos desarrollando esta capacidad en el estudiante, qué entendemos por Derecho y cuál creemos que es su rol social.

Desde esta perspectiva, la pregunta ¿Qué enseñar? adquiere una importancia extraordinaria e in-

cluso determinante. Y el primer esbozo de respuesta puede ser formulado como instrumento de cambio, debemos enseñar a legislar, a interpretar en función de los objetivos del cambio, en vez de limitarnos a enseñar la simple aplicación más o menos mecánica del orden establecido.

II

Las consecuencias prácticas de esta primera conclusión son considerables. La ley, el conjunto de normas vigentes en un país, no puede ser tomado en adelante como el punto de partida desde el cual se desarrolla la educación jurídica. Por el contrario, la ley se entiende únicamente como una de las formas en que la vida social se expresa jurídicamente; pero no es intangible ni es el único elemento de la organización jurídica de la sociedad. En consecuencia, no cabe duda que es preciso estudiar las leyes vigentes en forma exhaustiva, pero resulta necesario además superar el marco legal cuestionando el orden vigente, aprendiéndolo a interpretar de manera que cumpla mejor sus funciones sociales y completándolo en todo aquello que desborda con la complejidad de lo real concreto las pautas aún abstractas del Derecho Positivo.

Esto nos lleva, en primer lugar, a la necesidad de enseñar a evaluar críticamente las leyes vigentes y a legislar. La enseñanza tradicional del Derecho ha distinguido entre las llamadas Dogmática y Política Jurídica. La primera asumía el Derecho vigente como "dogma", es decir, como dato cuya refutación es irrelevante dado que, lo querramos o no, la ley permanece vigente en tanto que no haya sido derogada. La Política Jurídica tenía a su cargo proponer nuevas leyes en susti-

tución de las vigentes. Nos encontramos así frente a otra de tales dicotomías que, bajo apariencia metodológica, encubren problemas de fondo. Resulta indudable que la actitud frente al Derecho promovido por cada uno de estos enfoques era radicalmente diferente. En el primero de ellos nos encontramos frente a una ausencia de todo cuestionamiento, a una preocupación únicamente por una "correcta" interpretación, a una sumisión total al orden establecido; al segundo de tales enfoques quedaban relegados el espíritu creador, la imaginación, la superación de lo formal para alcanzar los problemas reales de la sociedad. Pero, de otro lado, la Dogmática Jurídica era considerada como el verdadero campo de acción del abogado; en cambio la Política Jurídica estaba "turbada" por contenidos ajenos al Derecho, como la Política, la economía, la conveniencia social, etc. Por esta razón, las Escuelas de Derecho aportaban algunos elementos de Política Jurídica; pero su tarea fundamental se desarrollaba a nivel de la Dogmática: su misión, se decía, es enseñar la ley, es formar abogados y no políticos. En cambio, si eliminamos la dicotomía entre el método de enseñanza -referido a una "forma" jurídica neutra, independiente de su contenido- y el contenido de la enseñanza referido al contenido la norma misma, comprometido plenamente con el proceso social- no basta enseñar a razonar jurídicamente (formación) no basta enseñar el orden jurídico vigente, no basta indicar la norma aplicable (información); es preciso enseñar también los demás órdenes posibles, es preciso tomar distancia frente a la ley a fin de enjuiciarla y eventualmente proponer su modificación.

Es importante que quede claro que cuando hablamos de enjuiciamiento de la ley no estamos planteando una mera crítica formal de la disposición vigente, sino el análisis de su validez social. La enseñanza tradicional del Derecho también implicaba una cierta crítica legal: en la tarea de aplicar la ley, se encontraban algunas contradicciones con otras disposiciones lega-

les, faltas de concordancia que dificultaban la labor del intérprete. De ahí que el clásico profesor universitario de Derecho debía tener en cuenta estas dificultades, debía afinar su interpretación a fin de limar las aristas y lograr una concordancia sutil; y, eventualmente, le correspondía proponer una modificación del texto legal estudiado. Pero notemos bien. En primer lugar, su propuesta se limitaba a un mero buen deseo, ya que por definición el jurista no tenía a su cargo legislar sino interpretar. En segundo lugar, su preocupación era básicamente lógica pro no sociológica: aspiraba a construir un ordenamiento legal cerrado, perfectamente coherente, cualquiera que fuera su contenido normativo; y, a partir de ese ideal, constataba los fracasos que existían en la realidad jurídica. Pero el elemento clave de su interés creativo estaba dado por la distinción radical entre la "realidad jurídica" y la realidad a secas. El Derecho había sido descarnado y reducido a una forma lógica, a una matemática de la normatividad; y el jurista se quejaba a veces de que la suma no cuadraba, sin importarle mayormente qué era lo que estaba sumando. Al eliminar la distinción entre forma y contenido, la nueva crítica supera el plano lógico para discutir los intereses que están en juego detrás de cada norma legal, se hace indispensable conocer los valores políticos-sociales en los que se ha inspirado la disposición legal, examinar su aplicación efectiva en la realidad concreta y determinar a quién sirve realmente y en qué medida cumple con sus propósitos sociales.

Ahora bien, la abolición de la dicotomía "Política Jurídica-Dogmática Jurídica" nos lleva aun más lejos. Afirmar que una ley debe ser modificada -en base a criterios sociológicos y no meramente lógicos- es bastante; pero si después nos limitamos a esperar que los políticos la cambien y mientras tanto enseñamos a aplicar la norma criticada aceptándola siempre como "dogma", estamos en el fondo conservando la distinción radical entre Política Jurídica y Dogmática Jurídica y, lo que es más grave, estamos

corroborando la idea de que el abogado es esencialmente "dogmático". En realidad, esta actitud bastante usual entre los medios reformistas del Derecho refleja la misma dicotomía a un nivel más profundo y, por consiguiente, más difícilmente perceptible: esta vez se manifiesta como una distinción básica entre vida social y ley. Para algunos, todavía es posible admitir que el Derecho es más la ley vigente y que por consiguiente hay que enseñar también otras alternativas legales a la situación social. Pero todo ello puede influir solamente al momento de crear la norma, una vez que tiene fuerza de ley, hay que someterse con exclusividad a ella prácticamente para todo efecto: No hay ya más comunicación entre vida social y ley, ya que al momento de ser ésta promulgada quedan destruidos todos los puentes entre una y otra y la ley se hace impenetrable a toda consideración social que no haya estado presente desde su nacimiento, se mantiene en pie por sí misma con la dignidad imperturbable de una estatua de mármol.

Por consiguiente, una auténtica integración del Derecho a la vida social no puede darse meramente al momento de la creación de la norma sino también de su interpretación. El campo tradicional del Derecho, ha sido siempre la interpretación, es pues, ahí donde debe reflejarse toda nueva concepción del Derecho, si no quiere verse reducida a una explicación de fenómenos marginales. Afortunadamente estos puentes entre la ley y la práctica, en realidad, no han desaparecido nunca. Algunos juristas tradicionales notables han tenido la lucidez suficiente para denunciar el error cuando ésta era realizada de acuerdo a los criterios más ortodoxos: Han creído que eran "técnicos neutros" que se limitaban a aplicar estrictamente la ley, sin darse cuenta que a cada momento tenían que crear Derecho y reintroducir la vida social por la puerta de servicio. Así H.L. Hart destaca la textura abierta de la ley y Hans Kelsen insiste sobre la "indeterminación intencional" y la "indeterminación voluntaria" que son correla-

tos inevitables de toda ley y que obligan al intérprete a actuar discrecionalmente. La existencia de esta indeterminación en el seno de la norma jurídica es ideológicamente negada en ciertas etapas de la evaluación social capitalista. Como señala Unger, en las sociedades en que existen marcados intereses socio-políticos contradictorios basados en una acentuada estratificación social, los abogados que forman parte de las estructuras de dominación tienden a aislar la controversia jurídica de su base política a fin de facilitar el mantenimiento de la estabilidad del orden social existente. De esta manera la utilización de un razonamiento jurídico formal que reinterpretar las relaciones entre los grupos de intereses como si fueran un efecto importante en el oscurecimiento de los problemas sociales reales. En cambio, cuando la evolución social ha alcanzado un grado de desarrollo en el que se ha obtenido una uniformación ideológica o real de los intereses sociales, los juristas reconocen nuevamente la "textura abierta" de las normas y permiten la reintroducción de categorías socio-políticas en la solución de los problemas legales. La interpretación del derecho enriquece, entonces, con los elementos directamente proporcionados por la práctica social, la cual a su vez tiende a organizarse jurídicamente tomando en cuenta todos los intereses en juego y los verdaderos objetivos que la sociedad se ha propuesto.

Hasta hace algunos años el abogado era fundamentalmente el defensor del interés privado. Dos elementos constituían las notas típicas de su actividad; a) el hecho de ser un defensor, es decir, de entender su papel como quien tiene habilidades naturales y adquiridas para participar en un cierto tipo de lucha argumentativa, en una controversia; b) el hecho de que estas habilidades cuasibélicas se encuentren al servicio de intereses individuales frente a otros intereses individuales o frente al Estado. Sin embargo, esta imagen del abogado tiene cada vez menos importancia en el mundo profesional. Gran parte de los egresados de las

Escuelas de Derecho son ahora absorbidos por las dependencias públicas a fin de prestar asesoramiento a la actividad del Estado. Y no cabe duda que la lógica de los intereses estatales no es la misma que la de los intereses privados: El razonamiento jurídico requiere en este caso incorporar los objetivos político-sociales del Estado. Por esta razón, los criterios jurídicos aprendidos durante los años de universidad que descansaban en una formación esencialmente civilista, hacen crisis; el nuevo abogado público llega a pensar que el Derecho es una institución social en decadencia y que es preciso dar más ingerencia a los técnicos en las tareas que antes correspondían netamente a los abogados. Por otra parte, la distinción entre el acto de legislar y el acto de interpretar desaparece: toda interpretación administrativa tiene un cierto efecto legislativo al crear una práctica que generalmente es proseguida por las dependencias vinculadas y acatada por las empresas privadas relacionadas por su actividad a tal Sector Público; y, aún más, cuando la interpretación de la norma vigente no le permite realizar cabalmente los intereses sociales en juego, el abogado público tiene la posibilidad de solicitar la dación de una nueva norma que le elimine el obstáculo. De hecho, gran parte de su tarea consiste en crear o asesorar en la creación de nuevos dispositivos legales, es decir, en legislar directamente. De manera que el sometimiento absoluto a la norma vigente que constituía una de las piedras angulares de la Dogmática jurídica desaparece en una buena medida dentro de esta forma del ejercicio profesional.

De la misma forma, el abogado privado cada vez es menos un "ángel exterminador de alquiler" cuyos servicios son contratados por un individuo para aniquilar jurídicamente a la otra parte necesariamente contraria. En general, el abogado de foro ha perdido importancia y la profesión se entiende ahora fundamentalmente como la prestación de servicios de asesoría y consulta. El abogado privado es aquel que explica la norma vigente

a la persona o empresa privada a fin de que ésta ajuste sus intereses y conducta a aquellos que la norma establece. Pero, también el abogado privado va más allá de la mera aplicación del texto legal; su función primordial es la de organizar, armonizar, poner en común intereses diferentes creando así nuevas pautas de comportamiento que rigen las relaciones entre las partes. Pero para estar a la altura de sus nuevas tareas no puede limitarse a los criterios que le proporciona el abstracto texto de la ley. Es verdad que los intereses de las partes, las condiciones económicas y técnicas de la actividad de su cliente, el equilibrio de prestaciones que permita realmente en la práctica el cumplimiento de las obligaciones nacientes, la operatividad social y efectiva de las soluciones que propone y de las nuevas formas de organización que constituye.

III

La pregunta ¿qué enseñar? y la respuesta que hemos sugerido (Hay que enseñar un derecho que permita al abogado público o privado desempeñarse dentro de un proceso de cambio), nos ha llevado a plantear reformas bastante radicales en la enseñanza del derecho. Fundamentalmente éstas consisten en acercar el Derecho a las Ciencias Sociales, promover una formación jurídica destinada no sólo a aplicar la ley sino también a crearla, reconocer la "textura abierta" del orden jurídico a fin de introducir a través de la interpretación de los valores y necesidades que surgen del proceso de cambio, desarrollar la inventiva del abogado para que pueda utilizar eficientemente los canales de control u organización social paralelos a la ley; en una palabra, adoptar todas las medidas pedagógicas necesarias para arrancar al abogado de su coraza lógica protectora y para restituirlo al interior de la praxis social.

Evidentemente estas medidas pedagógicas no pueden reducirse a incorporar dentro de los Programas de Derecho algunos cursos sobre "realidad nacional" u otros in-

milares de orientación sociológica o económica. Sólo lograremos que el Derecho y las Ciencias Sociales se integren realmente si la unión se produce en el seno de cada curso de Derecho. Más que nuevos cursos, nuestros planteamientos sugieren un nuevo espíritu de los antiguos cursos.

El elemento primordial de este nuevo espíritu debe ser el reconocimiento abierto y muy concreto de la profunda interrelación entre la actividad jurídica y la actividad socio-económica. El Derecho-cualquiera que sea su área- no es un sistema lógico abstracto sino una forma de canalizar procesos sociales. Si esta afirmación es comprendida y si de ella se derivan las consecuencias necesarias, el contenido de cada curso puede enriquecerse notablemente. Dentro de esta línea, un curso sobre responsabilidad civil-uno de los baluartes del análisis jurídico tradicional-no se limitará a sutiles deducciones conceptuales a partir exclusivamente de las pocas normas de un Código Civil, sino que examinará la solución controversias de esta materia como un medio de distribuir socialmente ciertos costos productivos en base a un determinado modelo económico-social subyacente; el curso de Derecho Civil podrá cuestionar en qué casos la sociedad debe proteger los intereses de los particulares considerando que su violación constituye sólo un acto ilícito o también un delito, atendiendo a la eficiencia económica de la sanción, la operatividad del sistema y los propósitos sociales involucrados; un curso de Contratos o incluso de Derecho Penal podrá estudiar su materia a la luz de criterios de optimalidad social; un curso de Derecho Constitucional demostrará los diferentes resultados económicos a que pueden dar origen las diferentes modalidades de votaciones en los órganos legislativos o la existencia de grupos de presión con intereses contrapuestos; un curso de Derecho Laboral no se reducirá a exponer la ley o a efectuar incluso algunos desarrollos doctrinarios sino que explicará el juego de intereses en lucha, los "modelos" implícitos de empresas que constituyen los presu-

puestos básicos de los trabajadores, de los empresarios y del legislador y los costos sociales de los distintos medios de solución de controversias laborales, etc.

¿Cuáles son los cursos que deben ofrecerse a los alumnos? ¿Cómo debe estar constituido el curriculum? La enseñanza del derecho efectivamente vivido a través de un curriculum fundado en las divisiones tradicionales de materias resulta difícil debido a que el esquema conceptual de clasificación actúa como "camisa de fuerza" frente a la riqueza y complejidad de lo real. El profesor del curso descubre a cada momento que no puede discutir en clase problemas en toda amplitud porque el alumno aún no sabe tal o cual aspecto que corresponde a otro curso. Y si no le es posible discutir los aspectos jurídicos a fin de presentarlos con una totalidad de sentido, tal como existen en la vida real, más difícil aún le será integrar el análisis jurídico con el análisis social que implica un conocimiento más amplio de la situación planteada. Cabe, pues, interrogarse si -con toda la prudencia que un cambio de esta naturaleza implica- no es más conveniente orientar la currícula de manera que agrupen "cursos-problema", es decir cursos en los que se reúna toda la información correspondiente a un cierto problema concreto, realmente detectado en la realidad sin preocuparse por el hecho de que esta información está compuesta por elementos que antes formaban parte de diferentes grupos tradicionales.

Finalmente el objetivo de proporcionar a la enseñanza del Derecho un contenido sociológico puede ser también implementado pedagógicamente a través de medios extra-curriculares de gran efectividad para acercar al alumno a la problemática concreta. Pensamos por ejemplo, en la utilización de las llamadas "Clínicas Jurídicas", en la medida que superen la orientación paternalista que ha predominado en ellas. Pero existe la posibilidad de organizar la "Clínica Jurídica" de manera que preste servicios sociales antes que individuales y preventivos antes que terapéuti-

cos. Se trataría entonces de aplicar un equipo de trabajo al estudio de los problemas jurídicos que son cuantitativa pero sobre todo cualitativamente más importantes dentro de una comunidad o sector de la población, determinar sus causas y sugerir los remedios de carácter general destinados a eliminar tales causas. Dentro de esta línea los estudiantes de Derecho comprenderían pronto las limitaciones de su propia disciplina y su íntima relación con las demás Ciencias Sociales al punto que la necesidad de entender los fenómenos estudiados impulsaría a lograr una colaboración concreta entre juristas, sociólogos, economistas, etc. sobre el terreno mismo. Esta podría ser la ocasión de iniciar una apertura de la Escuela de Derecho hacia las otras unidades académicas y conexas para realizar trabajos en conjunto.

IV

Todo lo dicho nos obliga a dar un paso más: al realizar las reformas propuestas respecto del contenido de la enseñanza jurídica debemos ser conscientes de que no nos estamos limitando a propugnar cambios de los preceptos legales, no es simplemente un cambio en la legislación a fin de que ésta encare los problemas del desarrollo y la transformación social; lo que se está modificando, además, es la idea misma de Derecho.

Toda la enseñanza del Derecho reposa en ciertos presupuestos sobre lo que se considera Derecho y sus características esenciales. A partir de ahí los diversos cursos determinan su materia, establecen criterios para resolver los conflictos e incluso califican o descalifican los diferentes ordenamientos o conductas con el Derecho. Es así como el Derecho se identifica con la justicia y a su vez ésta se entiende como la protección de los derechos subjetivos, todo recorte a la propiedad será considerado con recelo; si el Derecho se concibe como un orden general y formalmente coherente, las áreas en las que la legislación tiene un carácter particularizado -y en consecuencia- con más

riesgo de contradicciones-serán criticadas severamente por los juristas aún cuando en esta forma se cumplan mejor sus objetivos sociales, etc.

No puede, pues, decirse que la idea de Derecho es una forma permanente y universal que sirve para vehicular objetivos sociales de cualquier clase, relativos e históricos; algo así como un recipiente vacío que no merece atención y que lo importantes es más bien aquello que se pone en su interior. Parafraseando a Mc Luhan, podríamos afirmar aquí también que el medio es el mensaje. Hay quienes podrían pensar que no es EL DERECHO MISMO sino LO QUE SE ORDENA A TRAVES del Derecho, que constituye su sentido o mensaje. Pero cada determinada idea de Derecho (el Medio), está relacionada con ciertos procesos sociales específicos, es decir, conlleva un mensaje o sentido implícito que es independiente del mensaje explícito transmitido por lo ordenado por el Derecho. Y aún más, este mensaje implícito puede atenuar o neutralizar el mensaje explícito, la idea que se tiene de lo que es Derecho limita la acción del que crea la norma o de quien la aplica. Si rechazamos entonces, esta nueva dicotomía que aparece ante nosotros y que separa lo permanente (idea de Derecho) de lo transitorio (contenido de la norma legal), el medio del mensaje, la categoría de la historia, podremos advertir más fácilmente las correspondencias entre el llamado Dere-

cho moderno y la denominada economía de mercado. La concepción actual del Derecho responde a la necesidad de comunicarse entre sí que tienen unidades productoras independientes (privadas) que actúan de acuerdo al principio de buscar siempre la maximización de su propio interés. Esto implica, en primer lugar, el reconocimiento de derechos subjetivos individuales. Estos deben ser protegidos por un Poder Superior a cada una de las unidades consideradas aisladamente para que sea capaz de exigir el cumplimiento de las promesas; ya que tales unidades, actuando en función únicamente de su interés individual, estarían siempre más dispuestas a faltar a la palabra a fin de obtener una ganancia. Por otra parte, el Estado debe a su vez estar limitado por el mismo Derecho -que resulta así medio de acción del Estado y al mismo tiempo una barrera contra él- a fin de preservar el carácter privado de las unidades productoras. Nos encontramos así con las principales características de la función del Derecho moderno: limitación de la actividad del Estado (sin desconocer tal actividad, como antes se ha señalado) y seguridad para los intereses privados. La limitación estatal se expresa a través de nociones tales como la de "autonomía del Derecho", el Derecho como "ciencia pura", separación entre Política y Dogmática Jurídica, etc.

Frente a una sociedad que otorga una importancia cada vez mayor

a la economía planificada, en la que la actividad económica descansa en gran parte en la acción de dependencias administrativas, que no persigue la mera expansión de los intereses individuales sino también la consecución de ciertas metas colectivas, que aspira a crear un "hombre nuevo", resulta evidente que la función del Derecho tiene que modificarse profundamente.

La toma de conciencia de que en la idea misma de Derecho exige una modificación, es un punto importante. Sus repercusiones no tienen el alcance restringido de los cursos de Teoría General del Derecho o Filosofía Jurídica sino que se extiende a todos los cursos; podríamos afirmar incluso que constituye una condición esencial para superar el plano meramente metodológico de la reforma de la enseñanza del Derecho y para dar así una respuesta indicada a la pregunta ¿Qué enseñar?.

Enseñanza es más bien cuestionamiento, es revisión de información a la luz de los verdaderos problemas que la praxis social plantea al abogado; en este sentido, la enseñanza no consolida sino subvierte. Por eso la misión de las Escuelas de Derecho actualmente es subvertir el concepto de Derecho aún predominante, debido a que no responde a los problemas del momento; la elaboración de un nuevo Derecho surgirá a posteriori y como resultado de este proceso de crítica y de replanteamiento a niveles cada vez más profundos.