

# Cómo se enseña el derecho



Dentro de los diversos enfoques que se utilizan para abordar los grandes temas jurídicos de nuestra sociedad, es evidente que cada vez más tendrá que imperar el pluralismo crítico y el permanente debate de las ideas.

**Rodolfo Vázquez**

La enseñanza del derecho y el diseño de cualquier currículum universitario es un asunto que merece atención especial. Como sostiene Owen Fiss, profesor de la Universidad de Yale: “La calidad de cualquier institución académica depende en definitiva de la profundidad y diversidad de su cuerpo docente, que es el que da forma al plan de estudios de la facultad y es responsable de los resultados de la enseñanza, del carácter de su biblioteca, y del tipo de estudiantes que son atraídos por la institución” (Fiss, 1999).

Consciente de la importancia de este tema y de la necesidad de una reflexión que invite a un debate puntual y crítico sobre el mismo, quisiera centrarme no tanto en el problema de qué se enseña y cómo debería enseñarse alguna materia –en particular del currículum jurídico-constitucional, administrativo, civil o de filosofía del derecho; ni algún conjunto de ellas bajo la denominación, por ejemplo, de “derecho público” o “derecho privado”–, sino en analizar la propia enseñanza del derecho en su conjunto y hacerlo precisamente desde un enfoque filosófico.

Con este propósito voy a intentar responder a tres cuestionamientos básicos: 1) qué concepción del derecho se quiere en-

señar; 2) cuál es la metodología adecuada o coherente con tal concepción; y 3) qué objetivos se espera alcanzar en los estudiantes, de acuerdo con la concepción y la metodología elegidas. Las respuestas que se han ofrecido a estas tres preguntas han sido de una gran variedad. Me atrevería a decir que ahí (universidad, facultad o centro) donde se ha tomado plena conciencia del qué, el cómo y el para qué del derecho, se ha podido perfilar un “carácter”, una “manera de ser” que identifica a los mismos profesores y alumnos, y que orienta el rumbo de la institución. La variedad de respuestas conforma, sin lugar a dudas, una pluralidad de identidades jurídicas.

Con la mente puesta en los tres cuestionamientos señalados quiero analizar sucintamente algunas de las “modalidades” o “concepciones” que se han propuesto en la enseñanza del derecho. Comenzaré por una concepción

*formalista* o *positivista ortodoxa* del derecho, a la que algunos juristas se refieren con la expresión “explicación tradicional del derecho” (Cossío, 2001); enseguida diré algunas palabras sobre lo que hoy día se conoce como concepciones *funcionalistas* o *crítico-realistas*; concluiré con la exposición de lo que llamaré concepción *argumentativa* y *democrática* del derecho. Estoy consciente de que no son las únicas, aunque sí creo que son las más representativas o, en todo caso, las que he considerado más interesantes para despertar una fecunda discusión académica.

### CONCEPCIÓN FORMALISTA O POSITIVISTA ORTODOXA

Para esta concepción, en términos de Martín Böhmer:

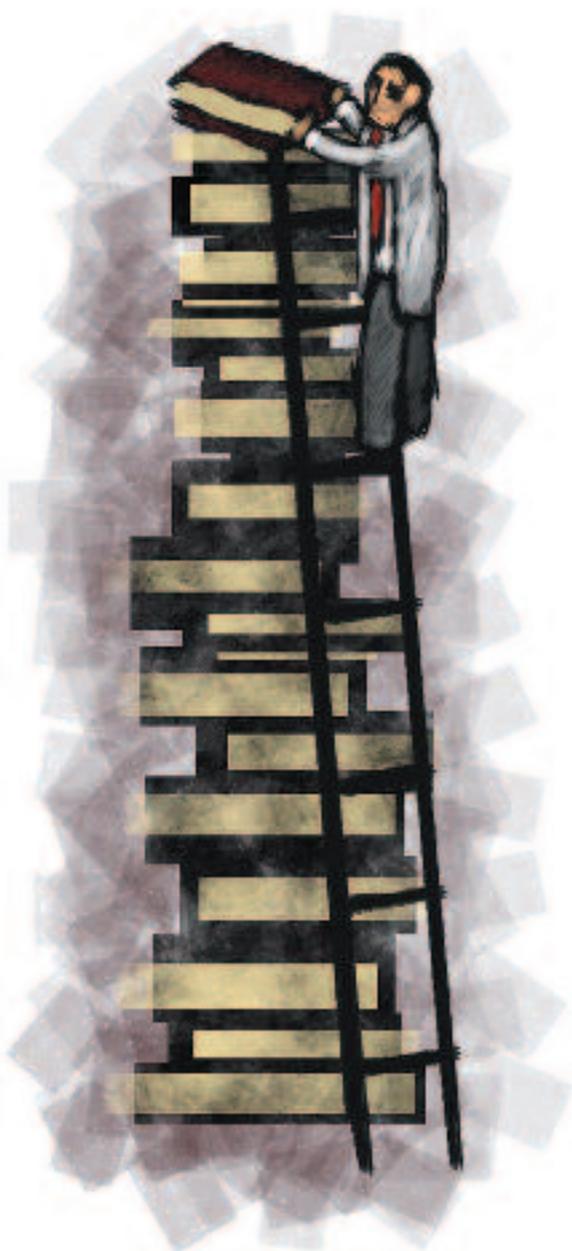
“el derecho es un conjunto de normas generales o particulares emanadas de los órganos creados al efecto, que enseñarlas significa lograr que los alumnos las conozcan, y que esta actividad se encuentra dirigida a formar a quienes trabajen con dichas normas, en cualquiera de las diversas profesiones jurídicas” (Böhmer, 1999, pág. 15).

En términos de José Ramón Cossío, los elementos de esta concepción serían los siguientes:

La consideración puramente normativa del derecho; el estudio exclusivo de las normas generales, particularmente las leyes; la consideración puramente normativa de los órganos del Estado y demás sujetos de actuación dentro de los procesos normativos; la discusión de los temas de estudio mediante las opiniones de los profesores o investigadores del derecho (juristas); [...] la ausencia de consideración de los que suelen denominarse las ‘fuentes reales’ del derecho; la falta de historicidad para la identificación o explicación de las normas jurídicas... (Cossío, 2001, pág. 294).

Tal concepción representa la versión decimonónica del derecho desarrollada en Francia a través de la escuela de la exégesis, en Alemania a través de la jurisprudencia de conceptos y en Inglaterra a través de la jurisprudencia analítica. Si bien esta concepción se enfrentó a fuertes críticas en lo que Renato Treves ha llamado “la revuelta contra el formalismo”, lo cierto es que su influencia rebasa el marco convencional del siglo XIX para insertarse de lleno en el siglo XX y llega hasta los inicios de este nuevo siglo.

En una serie de ensayos escritos a principios de los años sesenta, reunidos posteriormente bajo el título *El problema del positivismo jurídico* (Bobbio, 1965), Norberto Bobbio distingue tres puntos de vista desde los cuales debe entenderse tal concepción: como aproximación o enfoque, que en un sentido amplio



podríamos llamar “metodológico”; como “teoría”, y como “ideología”. Desde el punto de vista metodológico el positivismo jurídico “asume frente al derecho una actitud a-valorativa u objetiva o éticamente neutral; es decir, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables... y no la mayor o menor correspondencia con cierto sistema de valores” (Bobbio, 1965, pág. 42). Este enfoque “científico” en el estudio del derecho es entendido, entonces, desde una perspectiva descriptivista. Cualquier introducción valorativa vulneraría la pretensión de científicidad y convertiría a la ciencia jurídica en “política jurídica”, es decir, en un conocimiento de tipo prescriptivo.

Por lo que respecta al positivismo jurídico entendido como “teoría”, Bobbio lo resume en cinco tesis básicas: 1) el derecho es coactivo, es decir, es un sistema de normas que se aplican por la fuerza o cuyo contenido es la reglamentación del uso de la fuerza; 2) la norma jurídica es imperativa, es decir, debe entenderse como mandato; 3) la supremacía de la ley sobre las otras fuentes del derecho y la reducción de estas últimas a fuentes subordinadas o aparentes; 4) el ordenamiento jurídico entendido como un sistema al que se atribuye el carácter de plenitud o ausencia de lagunas y de coherencia o falta de antinomias; y, por último, 5) la consideración de la actividad del jurista o del juez como actividad esencialmente lógica o aplicación mecánica de la norma bajo el criterio de subsunción (Bobbio, 1965, pág. 45).

Finalmente, en tanto ideología, el positivismo jurídico asume la creencia en ciertos valores y confiere al derecho, por el sólo hecho de existir, un valor positivo. De acuerdo con el mismo Bobbio, un positivista puede argumentar a favor del valor positivo del derecho, bien sea haciendo coincidir el juicio de justicia o injusticia de las leyes con el juicio sobre su validez o invalidez; o bien, mostrando que la sola existencia del derecho, independientemente del valor moral de sus reglas, sirve para la obtención de ciertos fines deseables como el orden, la paz, la certeza, la justicia legal (Bobbio, 1965, pág. 47). Con cualquiera de las argumentaciones, lo que se concluye es que la obediencia a las normas jurídicas es un deber moral. Sea por su validez o por la preservación de “valores intrajurídicos”, el derecho debe ser obedecido no sólo por temor a la sanción, sino por deber moral.

No es mi propósito criticar ahora esta concepción. No se necesita salir del mismo positivismo jurídico para encontrar las réplicas más finas a la concepción “ortodoxa” que he delineado anteriormente. Basta leer con cuidado al propio Kelsen o

adentrarse en esas obras magistrales que deben formar parte de cualquier curso de filosofía del derecho: *Sobre el derecho y la justicia*, de Alf Ross; *El concepto de derecho*, de Herbert Hart, y *El concepto de sistema jurídico*, de Joseph Raz. Lo que me interesa es mostrar cómo de esta concepción general del derecho se desprende un tipo de enseñanza jurídica específica.

Si desde el punto de vista metodológico de lo que se trata es de asumir una posición a-valorativa y descriptivista, la enseñanza del derecho debe corresponder a la misma, es decir, los estudiantes deben conocer y saber explicar

Finalmente, en tanto ideología, el positivismo jurídico asume la creencia en ciertos valores y confiere al derecho, por el sólo hecho de existir, un valor positivo

el contenido del ordenamiento jurídico y reproducirlo con la mayor claridad posible. Cito a Martín Böhmer:

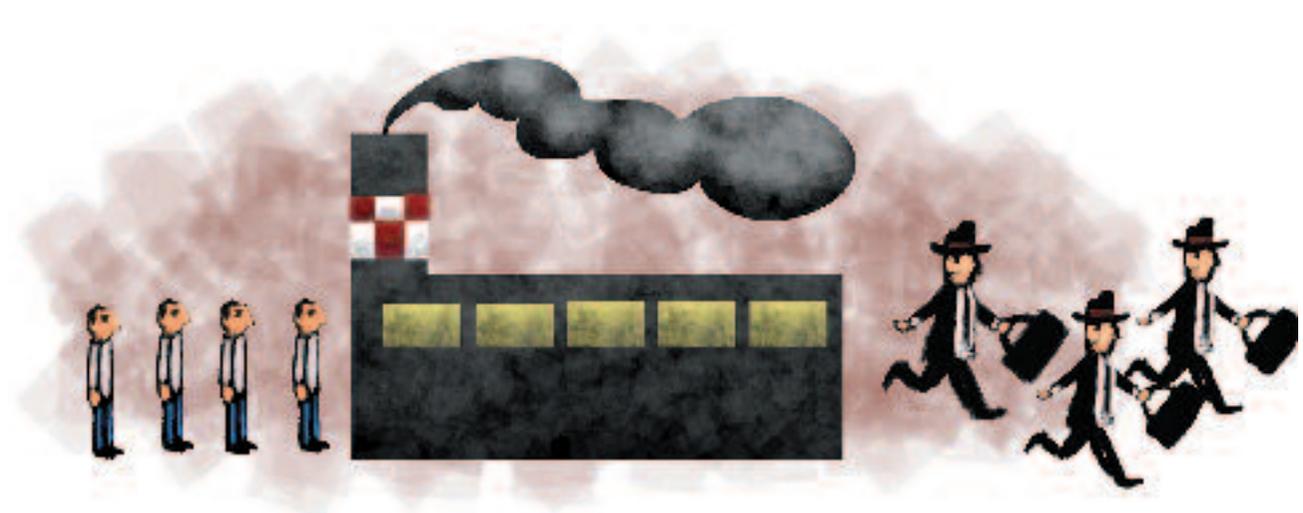
“No deben sorprender la carencia de aulas que permitan un diálogo al estilo de los seminarios, la falta de espacios para el debate y la inexistencia de clases y evaluaciones que tiendan a entrenar en la resolución de casos”

(Böhmer, 1999)

La discusión crítica y la investigación empírica o normativa no tienen cabida en este esquema. No deben sorprender la carencia de aulas que permitan un diálogo al estilo de los seminarios, la falta de espacios para el debate y la inexistencia de clases y evaluaciones que tiendan a entrenar en la resolución de casos, en el análisis crítico de textos legales, o en la defensa de algún cliente. El diseño del plan de estudios calca el diseño del sistema jurídico: un curso para la constitución, otro para el código de procedimientos civil, dos para el código penal y, debido a su extensión, varios para el código civil, etcétera. Las evaluaciones son en general a libro cerrado y con preguntas sobre diversos temas para saber cuánto recuerda el alumno de los textos estudiados o si los ha comprendido (Böhmer, 1999, pág. 16).

Como parece natural, si los textos que se utilizan son los códigos, las leyes o los comentarios a las mismas en el marco de la dogmática jurídica, las bibliotecas reflejarán esa literatura, pero difícilmente se encontrarán otro tipo de materiales o, si los hay, su consulta será espuria.

Por lo que hace al aspecto teórico, la conjunción de algunas de sus tesis va delineando también un tipo especial de jurista. El supuesto teórico que subyace a la idea de la primacía de la ley como fuente del derecho y a la coactividad del derecho es el de una autoridad normativa que surge del consenso mayoritario, que se expresa en el texto constitucional y en las leyes. La estricta separación de poderes garantizaría la independencia y complementariedad de tales instancias de poder. Bajo estos supuestos, los jueces se convierten en meros aplicadores del derecho, manteniendo escrupulosamente una actitud de neutralidad. De no hacerlo así, es decir, si los jueces intervinieran en el proceso de aplicación de la ley, violentarían el principio de



división de poderes asumiendo la posición de legisladores ilegítimos. Esto inhibe la interpretación judicial. Si aceptamos, además, la tesis de una sistematización del ordenamiento jurídico coherente, pleno y cerrado, la docencia se convierte en una especie de espejo de un contenido ya dado y prácticamente inmovible cuyo cuestionamiento es visto con franca sospecha y recelo. Si esta repetición es la que se exige en la enseñanza del derecho, entonces parece claro que no se necesita de docentes profesionales. La tarea universitaria se convertiría más en un *hobby* que en una actividad que demanda una intensa dedicación. 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 (Böhmer, 1999, pág. 16). 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.

Como ideología, la concepción formalista o positivista ortodoxa puede asumir la posición extrema de identificar validez con justicia. La sola existencia de la norma exige no únicamente su obediencia jurídica sino también moral. El estudiante debe habituarse a repetir, sin criticar o cuestionar, el contenido de las normas y a entender que los juicios de orden político o moral deben reservarse al ámbito extra-universitario. El derecho no anuncia ni denuncia, no es un factor de transformación social. El estudiante se va perfilando así con un carácter de tipo conservador. Me refiero, naturalmente, a lo que se ha llamado “positivismo ideológico”, que tantas críticas ha recibido de los propios teóricos del positivismo, pero que es muy frecuente encontrar entre los profesionales del derecho.

En buena medida esta herencia “continental” ha definido y caracterizado a gran parte de nuestras facultades de derecho latinoamericanas, y no creo exagerar si digo que constituye nuestro paradigma más relevante.

### CONCEPCIÓN CRÍTICO-REALISTA

La concepción crítico-realista abarca un conjunto amplio de escuelas y pensadores. Hice alusión a lo que Renato Treves llamó “revuelta contra el formalismo”: Francois Geny en Francia, el juez Holmes en los Estados Unidos, la jurisprudencia de intereses. A éstos habría que agregar otros juristas como Jerome Frank y Roscoe Pound, a los representantes de la escuela escandinava, la escuela del derecho libre, el marxismo jurídico y, más recientemente, las llamadas genéricamente escuelas críticas del

En la concepción positiva el estudiante debe habituarse a repetir, sin criticar o cuestionar, el contenido de las normas y a entender que los juicios de orden político o moral deben reservarse al ámbito extra-universitario



derecho. En un afán de síntesis centraré mis comentarios sobre una de las corrientes contemporáneas cuyo principal desarrollo se ha dado en los Estados Unidos y que ha sido objeto de debates intensos, especialmente a partir del reconocimiento de las minorías: la llamada “Estudios críticos del derecho” o *Critical Legal Studies*.

Este movimiento se desarrolla a partir de una crítica interna de la razón jurídica americana de los años sesenta y setenta. Pese a la variedad de propuestas y de orígenes teóricos diversos, la cohesión de este movimiento opera no tanto en el plano “intelectual-sustantivo”, sino en el plano “político” y “socio-cultural”. En lo político, como afirma Juan Antonio Pérez Lledó, “en un sentido o bien muy general de valores y actitudes de ‘izquierdas’ compartidos o bien muy concreto de ‘activismo’ en

disputas políticas cotidianas. Y ‘sociocultural’ porque los *Critical Legal Studies* son una red de relaciones entre académicos que generacionalmente [...] comparten la herencia de los movimientos sociales de los sesenta...” (Pérez Lledó, 1996a). Obviando las diferencias históricas y geográficas se podría decir lo mismo de nuestros teóricos-críticos del derecho latinoamericanos.

De acuerdo con el mismo Pérez Lledó, podríamos sintetizar las tesis principales de los *Critical Legal Studies* en las siguientes: 1) énfasis en la dimensión histórica y social del derecho, entendiendo a este último con una autonomía relativa; 2) defensa de la interdisciplinariedad frente a la exclusividad de la dogmática jurídica; 3) acento en la dimensión política del derecho y del discurso jurídico contra su supuesta neutralidad valorativa; 4) aceptación de la indeterminación del derecho (lagunas y contradicciones formales e incoherencias sustantivas) y subjetividad del razonamiento jurídico reforzada con la crítica postmoderna; 5) carácter ideológico del derecho y la necesidad, como sostiene uno de los representantes más destacados de los *Critical Legal Studies*, Duncan Kennedy, de “poner al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y de los juristas, que construyen el derecho mientras se ven a sí mismos como un instrumento del mismo” (Kennedy, 1992); y 6) ambivalencia hacia el derecho, al que se le critica como factor de conservación del *statu quo* y, al mismo tiempo, se le aprecia como instrumento de transformación (Pérez Lledó, 1996a, pág. 100).

A partir de esta concepción general del derecho se pueden delinear con relativa facilidad el tipo de enseñanza defendida y promovida por los *Critical Legal Studies*. Por lo pronto, debe asumirse que las facultades de derecho son lugares de gran intensidad política: reproducen y están al servicio de una serie de “jerarquías ilegítimas” que se revelan en la misma profesión jurídica y en la sociedad.

Las facultades de derecho –pensemos sobre todo en aquellas que en Estados Unidos son catalogadas en los niveles superiores– son vistas como auténticas fábricas de abogados corporativos, suministrando la mano de obra inexperta y dócil que requieren los grandes despachos de abogados. Poco a poco, a lo largo de su formación profesional, se va “incapacitando” al estudiante para el conocimiento de otras áreas –política, historia, filosofía– y para el ejercicio de prácticas alternativas, denigrando o menospreciando esas áreas o prácticas alternativas, o bien, ofreciendo un “mensaje emocional” al tenor de la siguiente afirmación de Kennedy:



La facultad de derecho, como extensión del sistema educativo global, enseña a sus estudiantes que ellos son débiles, perezosos, incompetentes e inseguros [...], y que, si tienen suerte y están dispuestos a aceptar la dependencia, grandes instituciones les tomarán a su cuidado pase lo que pase (Kennedy, 1983).

Pero además de preparar a sus estudiantes hacia la práctica del derecho corporativo, las facultades de derecho los preparan para insertarlos en la estructura fuertemente jerarquizada de la profesión jurídica. Ésta comienza por la misma jerarquización de los despachos jurídicos, entre sí y hacia el interior de los mismos, y continúa con la jerarquización en el sistema judicial, entre abogados y clientes y en la propia estructura social, donde el abogado tiene garantizado un lugar en la élite social. La enseñanza del derecho reproduce y sirve a estas jerarquías. Los mecanismos de jerarquización son diversos, pero se podría pensar, por ejemplo, en el criterio de los recursos materiales y la cualificación de los profesores: las facultades más ricas tienden a tener los mejores profesores, y los mejores estudiantes con recursos van a ese tipo de facultades; por el contrario, las facultades más pobres tienen peores profesores y peores estudiantes.

Esta denuncia de las jerarquías ilegítimas y el compromiso de los *Critical Legal Studies* con la acción política concreta en sus centros de trabajo explica, en buena medida, su especial interés por la enseñanza del derecho. Ésta no es una actividad secundaria o subordinada, sino más bien constitutiva de su propia concepción del derecho. Si, como propone Pérez Lledó, un profesor de los *Critical Legal Studies* se preguntara: “¿qué puedo hacer yo, que resulta que soy un profesor de derecho de izquierdas, a favor de mis ideales y actitudes político-morales igualitaristas, solidarias, progresistas, etcétera?”, la respuesta sería: “Actúa en el mundo. Tu mundo es la facultad de derecho. Allí puedes escribir toda la teoría que quieras, pero no te quedes en un mero ejercicio académico más o menos elegante. Organiza además a tu gente para actuar juntos no sólo dentro, sino también fuera del despacho: en las aulas, en las juntas de facultad, en la biblioteca y hasta en el bar” (Pérez Lledó, 1996b, pág. 119).

Por supuesto, el currículum es objeto de denuncia y debe modificarse. Detrás de todo “currículum formal” hay un “currículum oculto”. Éste se construye, más o menos implícitamente, a partir de una jerarquía entre cursos más y menos importantes, y más y menos jurídicos, que transmite un mensaje que hay que saber leer: “El núcleo duro de asignaturas obligatorias”, como hace notar Pérez Lledó, “aparece como algo claro, coherente, racional, preciso, y constituye la parte ‘verdaderamente’ jurídica de la formación de un jurista, limpia de impurezas sociológicas y

Además de preparar a sus estudiantes hacia la práctica del derecho corporativo, las facultades de derecho los preparan para insertarlos en la estructura fuertemente jerarquizada de la profesión jurídica

Para los *Critical Legal Studies* la enseñanza de la teoría social, de la filosofía jurídica y de la historia del derecho, por ejemplo, no se debe dar al lado de las otras materias jurídico-positivas sino dentro de las mismas

valorativas o políticas: es el ‘meollo’ técnico y neutral, el armazón que define su identidad como abogado. [...] La localización de otros cursos en la periferia, pospuesta y desarticulada, transmite el mensaje de que sus contenidos ni son tan centrales en la definición del jurista ni son tan rigurosos y coherentes como en el caso anterior” (Pérez Lledó, 1996b, pág. 124).

Tal estructura curricular, piensan los *Critical Legal Studies*, oculta a fin de cuentas el divorcio entre el razonamiento jurídico y el razonamiento político-moral. El mensaje oculto podría expresarse con el siguiente enunciado: “Si quieres ser abogado, piensa como abogado” es decir, excluye la dimensión político-moral de tu razonamiento. Si quieres ingresar a la comunidad jurídica tienes que acostumbrarte a un modo distintivo de análisis: técnico, neutral, objetivo, riguroso y autónomo.

Si con lo dicho retomamos la división tripartita que propuso Bobbio para referirse al positivismo formalista y la aplicamos para referirnos, ahora, a las propuestas que sugieren los *Critical Legal Studies*, nos encontraríamos con lo siguiente. Por lo que hace al nivel teórico, que se manifiesta en la concepción filosófica, social o histórica que se tiene del derecho, deben reforzarse tales áreas porque es ahí, en esas materias, donde se explicitan los presupuestos político-morales del razonamiento jurídico, facilitando la posibilidad de otras alternativas del universo jurídico. Pero esta propuesta no debe entenderse como excluyente de la dogmática jurídica. Para los *Critical Legal Studies* la enseñanza de la teoría social, de la filosofía jurídica y de la historia del derecho, por ejemplo, no se debe dar *al lado* de las otras materias jurídico-positivas sino *dentro* de las mismas. La teoría del derecho debe hacerse explícita, por ejemplo, en un curso de contratos y la historia del derecho en un curso de derecho constitucional, y así en todas las materias regulares. No deben ser materias separadas, sino integradas.



Desde el punto de vista metodológico, el razonamiento jurídico dejaría de concebirse como un razonamiento autónomo, ya que incorporaría en su argumentación los niveles teórico, político y social. No se debe renunciar al manejo técnico de las reglas. Por el contrario, hay que explotarlo al máximo porque sólo así, desde dentro, se podrá mostrar la indeterminación jurídica con sus lagunas e incoherencias, y así defender la posibilidad de otras visiones alternativas.

Finalmente, desde el punto de vista ideológico, los *Critical Legal Studies* demandan un sentido de responsabilidad y compromiso social del jurista, que es parte constitutiva de la propia concepción del derecho. El derecho no reproduce el *statu quo*, sino que es un factor de transformación y de cambio social. Lo que se demanda del juez, en este contexto, no es una aplicación mecánica y pasiva de la ley, sino un activismo político que facilite y garantice, precisamente, los medios de transformación social.

#### CONCEPCIÓN ARGUMENTATIVA Y DEMOCRÁTICA

La concepción argumentativa y democrática de la educación, que quiero hacer extensiva en este último inciso a la enseñanza del derecho, no es nueva en el escenario filosófico; bastaría pensar en los trabajos pioneros de John Dewey y Emile Durkheim (1991), por ejemplo. Pero ciertamente es a partir del camino abierto por John Rawls que pensadores como Amy Gutmann, Carlos Santiago Nino, Manuel Atienza, Martín Böhmer y Juan Antonio Pérez Lledó, por ejemplo, han desarrollado esta concepción con especial referencia a los campos que ahora nos interesan.

Si seguimos con nuestra división tripartita, de acuerdo con la concepción de Bobbio, tenemos que desde el punto de vista metodológico el derecho, en esta tercera concepción, es concebido como argumentación. Como sostiene Manuel Atienza:

Embarcarse en una actividad argumentativa significa aceptar que el problema de que se trata (el problema que hace surgir la argumentación) ha de resolverse mediante razones que se hacen presentes por medio del lenguaje: oral o escrito. Argumentar supone, pues, renunciar al uso de la fuerza física o de la coacción psicológica como medio de resolución de conflictos (Atienza, 2001, págs. 257-258).

Debemos distinguir tres concepciones sobre la argumentación: formal, material y dialéctica. La primera es característica de la lógica y responde a la pregunta: ¿qué se puede inferir a partir de determinadas premisas?; en la segunda la pregunta fundamental es: ¿en qué se debe creer o qué se debe hacer?;

es decir, dar buenas razones a favor o en contra de alguna tesis teórica o práctica; finalmente, desde la concepción dialéctica, la argumentación se ve como una interacción que tiene lugar entre dos o más sujetos e intenta dar respuesta a la pregunta: ¿cómo se puede persuadir a otro u otros de algo? (Atienza, 2001, págs. 258-260).

En el mundo jurídico se suele distinguir entre los llamados casos fáciles, casos difíciles y casos “trágicos”. Casos fáciles son aquellos en los que no hay más que la aplicación pura y simple del derecho; caso difícil es aquel en el que no hay consenso acerca de su resolución en la comunidad de juristas, no se trata de un caso rutinario de aplicación mecánica de la ley, y requiere para su solución de un razonamiento basado en principios que apelan a la discrecionalidad del juez; caso trágico es aquel sobre

Los *Critical Legal Studies* demandan un sentido de responsabilidad y compromiso social del jurista, que es parte constitutiva de la propia concepción del derecho



El derecho se concibe como un conjunto de normas en las que existen reglas, principios en sentido amplio (directrices o normas programáticas) y principios en sentido estricto

el que no es posible esperar ninguna respuesta correcta, es decir, se presentan como verdaderos dilemas. Mientras que para los casos fáciles es preponderante el uso de la argumentación formal o lógica, para los difíciles y los trágicos, se requiere de la argumentación material y dialéctica o retórica. Aquí lo relevante es el ejercicio de ponderación y, por supuesto, “la utilización de criterios morales dentro de los límites establecidos por el derecho, los cuales, en los estados constitucionales, suelen ser muy amplios, pues los principios constitucionales vienen a ser una juridificación de la moral” (Atienza, 2001, pág. 266).

Desde el punto de vista teórico, la concepción argumentativa y democrática parte de una distinción que a partir de la formulación de Ronald Dworkin ha adquirido carta de ciudadanía en el mundo normativo: me refiero a la distinción entre principios y reglas. El derecho se concibe como un conjunto de normas en las que existen reglas, principios en sentido amplio (directrices o normas programáticas) y principios en sentido estricto. Coherente con esta concepción del derecho es posible referirnos hoy día no sólo a la idea de un *Estado legislativo de derecho* propio de la visión decimonónica del positivismo formal, sino a lo que en la línea de pensamiento desarrollada, entre otros, por Luigi Ferrajoli, se ha dado en llamar un *estado constitucional de derecho*, propio de una visión en la que los principios y los derechos a nivel constitucional juegan un papel preponderante, por ejemplo, en las resoluciones judiciales. En este contexto, apelar a los principios no significa claudicar de una argumentación racional y moral dentro de los límites del derecho, lo que permite distanciar la concepción argumentativa-democrática del indeterminismo y decisionismo de los crítico-realistas.

En un esfuerzo de síntesis –retomo la concepción de Atienza que entiende el derecho como argumentación– la formación del jurista supone, entre otras, las siguientes tesis: la tendencia a una integración entre las diversas esferas de la razón práctica: el derecho, la moral y la política; la idea de que la razón jurídica no es sólo razón instrumental, sino razón práctica (no sólo sobre medios, sino también sobre fines); la actividad del jurista no está guiada –o no está guiada exclusivamente– por el éxito o la utilidad, sino por la idea de corrección, por la pretensión de justicia; la importancia puesta en la necesidad de tratar de justificar racionalmente las decisiones –y, por tanto, en el razonamiento jurídico– como característica esencial de una sociedad democrática; ligado a lo anterior, la convicción de que existen criterios objetivos (como el principio de universalidad o de

coherencia o de integridad) que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones; por último, la consideración de que el derecho no es sólo un instrumento para lograr objetivos sociales, sino que incorpora valores morales y que esos valores no pertenecen simplemente a una determinada moral social, sino a una moral racionalmente fundamentada, lo que lleva también en cierto modo a relativizar la distinción entre moral positiva y moral crítica (Atienza, 2004, págs. 124-126).

Desde el punto de vista ideológico, si por educación se entiende un proceso mediante el cual se preserva, transmite y recrea una cultura común –conocimientos y creencias, ideales y normas, hábitos y destrezas–, tal proceso se justifica desde el modelo argumentativo y democrático cuando se favorece la formación y el ejercicio de la autonomía personal; el fortalecimiento de la dignidad humana; y el trato igualitario de los individuos a través de la no discriminación o, en su caso, de la diferenciación en virtud de rasgos distintivos relevantes.

Una educación justificada de acuerdo con tales principios sólo tiene cabida en una sociedad donde la autoridad educacional esté distribuida de manera que permita participar activamente a los ciudadanos, tanto en el diseño de las políticas educativas como en los contenidos curriculares. Como afirma Gutmann: “La virtud democrática, para decirlo sencillamente, significa la posibilidad de debatir públicamente los problemas educativos... la habilidad para deliberar y, de esta manera, participar en una consciente reproducción social” (Gutmann, 1987, págs. 11 y 46). Lo que se requiere es una sociedad democrática que asegure la enseñanza de aquellos valores necesarios para la reproducción del proceso democrático mismo; por ejemplo, la responsabilidad, la tolerancia y la solidaridad.

En tal sentido, me parece muy razonable la advertencia de Stephen Macedo en cuanto a que las virtudes cívicas no se adquieren en la edad adulta, sino que requieren de todo un proceso educativo que se inicia desde niños:

Desde temprano y a lo largo de sus vidas, los ciudadanos liberales aprenden y aplican normas públicas en su interacción con otros. Los niños aprenden de sus padres y de los juegos infantiles a respetar las reglas y a jugar con justicia. Ellos critican, discuten, escuchan a otros, votan, participan en los debates, cambian de opinión, y ayudan a implementar las reglas en su casa, en la escuela, en sus trabajos, en los juegos, y con sus amigos. De manera gradual aprenden a contener sus impulsos, respetar a otros como iguales, y a dirigir y aplicar sus energías con diligencia. Aprenden a hacer juicios sobre ellos mismos y a adquirir la medida de su individualidad y autonomía. Aprenden algo sobre los procedimientos justos, la imparcialidad, y el respeto hacia aquellos que son diferentes; desarrollan virtudes judiciales, legislativas y ejecutivas. Todo esto sin



Lo que se requiere es una sociedad democrática que asegure la enseñanza de aquellos valores necesarios para la reproducción del proceso democrático mismo; por ejemplo, la responsabilidad, la tolerancia y la solidaridad

“Las virtudes judiciales son aquellas que permiten a las personas tomar distancia de sus compromisos y proyectos personales y juzgarlos desde un punto de vista impersonal”

(Macedo)



control político, aunque fuertemente influenciado por nuestras prácticas políticas. Sería un error, entonces, ver la participación en campañas y elecciones como la única o la sola fuente primaria de la virtud pública: la vida privada ha recorrido un largo camino para ayudarnos a prepararnos en los deberes públicos (Macedo, págs. 273-274).

Macedo hace una clasificación de las virtudes liberales a partir de una distinción entre las actividades judicial, legislativa y ejecutiva consideradas en un sentido amplio. A simple vista este criterio puede resultar un tanto artificial, pero no lo es si se considera, por una parte, que la actividad judicial requiere de la imparcialidad y, por tanto, del reconocimiento del principio de dignidad de la persona; y, por la otra, que las actividades legislativas y ejecutivas son otra forma de reconocer el principio de autonomía. Cito, una vez más, a Macedo:

Las virtudes judiciales son aquellas que permiten a las personas tomar distancia de sus compromisos y proyectos personales y juzgarlos desde un punto de vista impersonal. La imparcialidad es la virtud judicial básica, que implica la capacidad de respetar los derechos de los demás y actuar justamente... Las virtudes legislativas se identifican con las simpatías que se desarrollan a partir del respeto a los derechos de las personas con las cuales tenemos desacuerdos. Estas virtudes incluyen la habilidad de armonizar diferentes ideales en la deliberación personal y la voluntad de comprometer en el diálogo a los que están en desacuerdo... Las virtudes ejecutivas facultan al individuo, después de haber reflexionado y juzgado, a resolver, actuar y perseverar más que ir a la deriva, dudar, y derrumbarse al primer signo de adversidad; a llevar a cabo un acto, más que reflexionar sin fin; a ejercitar una independencia de pensamiento, más que guiarse por los prejuicios y las presiones para adecuarse a las exigencias conformistas de otros... (Macedo, pág. 275).

Para quien acepte una concepción del derecho como una práctica social moralmente relevante, es decir, que permita la argumentación democrática y la justifique a partir de una concepción robusta de la argumentación desde principios, valores y derechos fundamentales, la enseñanza del derecho debe ser algo distinta a las dos concepciones que he presentado anteriormente: la positivista-formalista o la crítico-realista. Enseñar derecho significa ahora:

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. 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 (Böhmer, 1999, pág. 14).

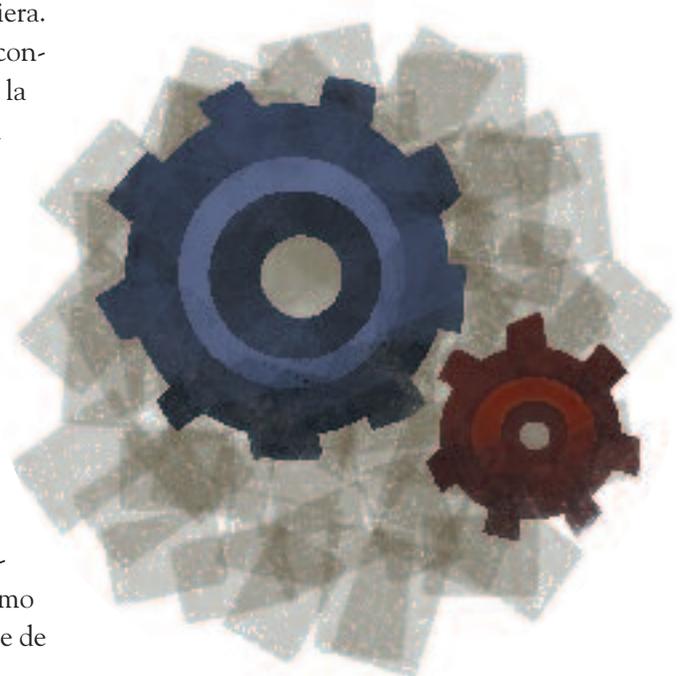
Se trataría, entonces, de formar un jurista “política y moralmente bien orientado”. En términos de Juan Antonio Pérez Lledó:

“comprometido o activo en una dirección de reforma o transformación social que esté moralmente justificada: que asuma la responsabilidad que supone cada una de las opciones que él toma acerca del uso de la herramienta, y las ponga al servicio de objetivos justificados. Dicho con palabras aún más rimbombantes: que busque activamente la justicia (que vaya ‘tras la justicia’) a través (y dentro de los amplios límites) del derecho” (Pérez Lledó, 2003, pág. 213).

He intentado responder en este texto a los tres cuestionamientos señalados al principio: el qué, el cómo y el para qué del derecho. He presentado tres concepciones que, de una u otra manera, recogen tradiciones diversas: la positivista-formalista, la crítico-realista y la argumentativa-democrática. No ha sido mi propósito criticarlas –aunque resulta inevitable manifestar ciertos sesgos preferenciales– sino, más bien, intentar mostrar la íntima relación que existe entre la concepción del derecho, la forma de enseñarlo y el tipo de egresado al que se dará por resultado.

Las preguntas que quedan pendientes son complicadas y se mueven en ese difícil campo de la política educativa, que supone la elección de alternativas y su impacto en la selección de profesores para integrar la facultad o en la selección de alumnos de acuerdo con el perfil del tipo de egresado que se quiera. No encuentro aquí recetas claras. Con mi sesgo hacia la concepción argumentativa-democrática debo reconocer que la universidad en su conjunto y las facultades de derecho en particular deberían comprometerse más con la finalidad de fortalecer y promover el debate público y democrático –en los salones de clase, entre los profesores y de ambos con las propias autoridades–, y abrirse cada vez más hacia posiciones plurales. Cada día estoy más convencido de la necesidad de integrar una planta de profesores plural, si bien con temáticas y proyectos de investigación compartidos, y poner las condiciones necesarias para lograr perfiles diversos de estudiantes. Estoy consciente que se requieren esfuerzos notables, pero también estoy seguro de que no hay mejor antídoto para la intolerancia, para los dogmatismos autoritarios y el eclecticismo paralizante, que el pluralismo crítico y el permanente debate de las ideas.

Cada día estoy más convencido de la necesidad de integrar una planta de profesores plural, si bien con temáticas y proyectos de investigación compartidos, y poner las condiciones necesarias para lograr perfiles diversos de estudiantes



## Bibliografía

- Atienza, Manuel (2001), *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel.
- Atienza, Manuel (2004), *El derecho como argumentación*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés, México, ITAM-Escuela Libre de Derecho, UAM-Azcapotzalco, INACIPE, Fontamara.
- Bobbio, Norberto (1965), *El problema del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires; reeditado en México, Fontamara (1991).
- Böhmer, Martín F. (comp.) (1999), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Barcelona, Gedisa.
- Carbonell, Miguel (2004), *La enseñanza del derecho*, México, Porrúa-UNAM.
- Cossío, José Ramón (2001), *Cambio social y cambio jurídico*, México, ITAM-Miguel Ángel Porrúa, págs. 294 y siguientes.
- Fiss, Owen (1999), “El derecho según Yale”, en Böhmer, Martín F. (comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Barcelona, Gedisa, 1999, pág. 28.
- Geneyro, Juan Carlos (1991), *La democracia inquieta*, México, Antrthropos-Universidad Autónoma Metropolitana.
- Gutmann, Amy (1987), *Democratic Education*, Princeton University Press.
- Kennedy, Duncan (1983), *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy. A Polemic Against the System*, Cambridge, Mass, Afar.

- Kennedy, Duncan (1992), “Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos”, *Doxa*, núm. 11, España, Universidad de Alicante, pág. 284.
- Macedo, Stephens, *Liberal Virtues*, págs. 273-274.
- Pérez Lledó, Juan A. (1996a), “Teorías críticas del derecho”, en Garzón Valdés, Ernesto y Francisco Laporta (eds.) (1996), *El derecho y la justicia*, *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid, Trotta, pág. 96.
- Pérez Lledó, Juan A. (1996b), *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos.
- Pérez Lledó, Juan A. (2003), “Teoría y práctica en la enseñanza del derecho”, en Laporta, Francisco (ed.) (2003), *La enseñanza del derecho*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid y Boletín Oficial del Estado (BOE).

---

**Rodolfo Vázquez** es licenciado y maestro en filosofía por la Universidad Iberoamericana; doctor en filosofía por la Universidad Nacional Autónoma de México y licenciado en derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Es miembro de la Academia Mexicana de Ciencias, del Sistema Nacional de Investigadores y del Colegio de Bioética. Es coordinador del Programa de Teoría, Metodología y Filosofía del Derecho y profesor numerario de tiempo completo en el Departamento Académico de Derecho del ITAM, donde imparte las materias de Teoría del Derecho, Metodología Jurídica y Filosofía del Derecho.  
rvazquez@itam.mx





ILLVSTRISSIMO DOMINO  
FERDINANDO  
BRANCIAE  
PATRITIO NEAPOLITANO,  
ATQVE IN SVPREMO ITALIAE  
SENATV REGENTI,

Domino meo Colendissimo.



DOMINICVS MACCARANVS P. FEL.



Circumferebatur iam inde ab eo tempore, cum Auctor viueret, Ferdinande Illustrissime, Tractatus de Priuilegijs Piaë Cause doctissimi Viri Andree Tiraquel- li: paruus quidem liber in speciem, atq; exilis, si volumen spectemus, sed ma- gnus ad vsum, & plane necessarius. Is veluti primum