

Derecho, ciencia y democracia: relevancia profesional y social de la enseñanza del Derecho desde una perspectiva científica y filosófica¹

MIGUEL ALEJANDRO HERSZENBAUN²

RESUMEN

En el presente trabajo nos proponemos analizar una de las notas distintivas fundamentales de la educación universitaria: la adquisición de criterios de cientificidad para un área especializada. En este sentido, analizaremos las consecuencias que tal adquisición supone para el ejercicio profesional y el aprendizaje autodidacta. Sin embargo, en el terreno de la abogacía, advertiremos que tal adquisición de criterios de cientificidad podría tener implicancias en la calidad de las instituciones democráticas. Esto es así en tanto consideraremos a la democracia como la participación pública de los ciudadanos en la tarea de exigir y dar razones en lo referente a los actos de gobierno. En este sentido, los técnicos jurídicos juegan un rol fundamental. Es por eso que el presente texto propone algunas estrategias para impulsar la adquisición de criterios científicos en el ámbito de la abogacía, como también narra algunas experiencias.

PALABRAS CLAVE

Ciencia - Enseñanza - Democracia.

¹ Dedico este texto a dos grandes formadoras de formadores de nuestra Casa de Estudios: la Dra. Noemí Rempel y la Dra. Mary Beloff.

² Abogado, profesor de filosofía, doctor en filosofía. Profesor del Depto. de Derecho Penal y Filosofía del Derecho (F. Der., UBA y UNDAV). CONICET/UBA/CIF/GEK. Correo electrónico: herszen@hotmail.com.

Law, Science and Democracy: Professional and Social Significance of Teaching Law from a Scientific and Philosophical Perspective

ABSTRACT

In the following paper I intend to analyze one character of the higher education: the acquisition of scientific criteria for a specialized area. Therefore, I will analyze the consequences that the mentioned acquisition implies for the professional exercise and the autonomous learning. Nevertheless, in the area of Law, I claim that the mentioned acquisition of scientific criteria may have implications in the quality of democratic institutions. That is the case as long as we understand democracy as the public participation of citizens in the task of demanding and giving explanations in regards of the acts of government. In this sense, the legal technicians play a fundamental role. Thus, this paper proposes some strategies in order to promote the acquisition of scientific criteria in the realm of Law and narrates some experiences.

KEYWORDS

Science – Teaching – Democracy.

INTRODUCCIÓN

Una querida y respetada docente de nuestra Casa de Estudios me manifestó una enorme preocupación: los egresados de la carrera de abogacía desconocían cuestiones del Derecho penal que resultaban necesarias para el ejercicio profesional. Entre dichas cuestiones, se encontraban el abuso de firma en blanco, la falsedad documental, el falso testimonio. Su preocupación radicaba en que los futuros colegas desconocieran cuestiones que ya no solo ocupan al especialista en Derecho penal, sino que serían necesarias para el ejercicio profesional de cualquier rama del Derecho.

Ante semejante inquietud no pude sino meditar si los futuros abogados no estarían en condiciones de aprender solos, de manera autodidacta, aquellos contenidos que no habrían aprendido durante sus años en la facultad como estudiantes. Se supone que el egresado de una carrera universitaria no solo tiene los conocimientos técnicos para desenvolverse en un ámbito profesional, sino también que ha adquirido las capacidades suficientes para actualizarse en la medida en que los avances (o, por lo menos, los cambios) en su campo de experticia así lo requieran.

Semejante habilidad de “aprender por sí mismos” es necesaria y deseable por tres motivos. En primer lugar, el mundo del Derecho va mucho más lejos de lo que se pueda enseñar en un par de años y dentro de cursos de tres horas semanales. Las materias suponen recortes. Los recortes que hace un programa pueden estar mejor o peor pensados, pero son, al fin de cuentas, recortes: presentan una parte (tal vez, lo fundamental), nunca el todo. Se supone que una materia de la facultad brinda el puntapié inicial con el cual comenzar el ejercicio profesional, pero no exime de ulteriores complementaciones. En segundo lugar, como ya hemos dicho, el mundo del Derecho está sujeto al cambio. Un egresado de la facultad de Derecho que no estuviera capacitado a adaptarse a los cambios legislativos en pocos años estaría desactualizado, con lo que su aptitud laboral estaría deteriorada y su función social, frustrada. Creo que estos dos puntos son claros e innegables, motivo por el cual no amerita considerarlos con más detenimiento.

Hay un tercer elemento a tener en cuenta y que sí debe ser analizado en mayor detalle. En primer lugar, sostengo que la adquisición de las aptitudes que permiten el aprendizaje autodidacta en el marco de una carrera universitaria supone la adquisición de *criterios de científicidad*, que son un aporte diferencial de la educación universitaria en relación con otros niveles educativos. En segundo lugar, sostendré que en el caso de la formación de abogados, este criterio de científicidad repercute en un *robustecimiento de las instituciones democráticas*, a través del rol que el futuro abogado tendrá en las dependencias públicas y particularmente en la administración de justicia, habida cuenta del papel fundamental de la argumentación racional en la democracia.

I. LA FORMACIÓN UNIVERSITARIA

En la presente sección me propongo presentar la que entiendo sería la nota distintiva de la formación universitaria. A fin de esclarecer dicha particularidad, quisiera comenzar por considerar el ejemplo de algunos destacados pensadores que se desarrollaron en el ámbito universitario.

Podríamos comenzar con la figura de Friedrich Schelling: filósofo destacado, profesor universitario a los 21 años, uno de los más notables representantes del romanticismo alemán a sus 23 años, influyente tanto en el pensamiento filosófico como en la rama de las ciencias naturales, hombre de peso en las cortes de Luis I de Baviera y del rey Federico Guillermo IV de Prusia, presidente de la Academia de Ciencias.³ En 1800, unos años antes de graduarse en medicina, Schelling debe enfrentar una grave tragedia: Augusta Böhmer, hija de su esposa, cae gravemente enferma de disentería y en pocos días muere. Tras esta muerte, surge un profundo debate sobre la responsabilidad de Schelling en esta tragedia.⁴

Schelling, defensor de la fisiología y el método del médico escocés John Brown, había participado del tratamiento de Augusta.⁵ La tragedia familiar de Schelling se ve atravesada por una serie de discusiones morales, médicas y científicas. Por una parte, algunos contemporáneos entenderán que la muerte de Augusta tendría que ver con la supuesta vida pecaminosa de su madre, Carolina Schlegel (refiriéndose con esto a su divorcio y casamiento con Schelling). Otros conducirán la cuestión a un terreno más interesante: ¿es la medicina de John Brown responsable por la muerte de Augusta? ¿Debe renunciarse a la fisiología browniana y retornar a la medicina tradicional o Schelling es responsable de una mala utilización de una fisiología en esencia correcta?

Si bien hay acuerdo en la bibliografía especializada en que Schelling seguía la fisiología y el método científico de John Brown, lo cierto es

³ Cfr. CASTAÑO PIÑÁN, Alfonso, "Estudio introductorio", en SCHELLING, Friedrich, *La relación del arte con la naturaleza*, Madrid, RBA, 1985, pp. 8-9, 11, 24, 27.

⁴ Más detalles históricos y del debate científico que implicó el caso pueden verse en WIESING, "Der Tod der Auguste Böhmer. Chronik eines medizinischen Skandals, seine Hintergründe und seine historische Bedeutung", en *History and Philosophy of the Life Sciences*, 11, 1989, pp. 275-95.

⁵ Según DUQUE, en *Historia de la filosofía moderna*, p. 250, Schelling habría despachado al médico para tratar a la paciente él mismo con medicina especulativa.

que hay matices en lo que se refiere a cómo entender la discusión emergida.⁶ La fisiología de Brown se caracteriza por explicar el fenómeno biológico a partir del concepto de excitabilidad. La excitabilidad es la aptitud de un cuerpo vivo de responder a estímulos externos. La salud y la enfermedad se dan en razón del balance de los estímulos. Esta teoría permitía una medición y cuantificación matemática de los fenómenos fisiológicos y se apoyaba en el método empírico, priorizando la observación.⁷ A pesar de aceptar la fisiología de Brown, Schelling pretende brindarle un suelo científico más firme que la experiencia y así impulsa una medicina especulativa. Tal medicina especulativa pretendía deducir la naturaleza biológica a partir de principios a priori, es decir, a través del mero uso de la razón. De esta manera, la ciencia empírica ideada por Brown alcanzaría una fundamentación más sólida e inalterable.⁸

El caso de Augusta no es solo una dolorosa tragedia, sino que también es la ocasión para un intenso debate académico, en el que se someten a disputa los criterios de científicidad y fundamentación del conocimiento. ¿Dónde colocar el suelo último del conocimiento, en la observación o en la especulación puramente racional? La vida universitaria europea

⁶ En la bibliografía mencionada pueden advertirse pequeños matices en cómo entender el debate generado por el caso Augusta: ¿Schelling es un representante de la fisiología de Brown y por tanto debe ésta ser rechazada o Schelling la ha tergiversado parcialmente y, por tanto, lo que debe rechazarse es su presunta fundamentación especulativa? En este sentido, puede compararse los textos ya citados de Duque y Wiesing, y finalmente el texto de BEISER, *The genesis of Neo-Kantianism. 1796-1880*, al que me refiero en la nota al pie 7.

⁷ Sobre la fisiología de Brown, véase LÓPEZ MUÑOZ y ÁLAMO, *Historia de la psicofarmacología*, tomo 1, p. 80.

⁸ Este es precisamente, según Beiser, uno de los puntos de disputa entre Schelling y Jakob Friedrich Fries. Aunque Fries reconoce el valor de la filosofía de Schelling, eleva críticas contra su método científico: Schelling pretende deducir la naturaleza misma a través de principios puramente racionales. Según Fries, esta deducción es imposible. Schelling no deduce la naturaleza a partir de meros conceptos, sino que describe en una jerga filosófica la naturaleza ya conocida por medios sensibles. Contra la posición de Schelling en el terreno médico, Fries sostendrá que la fisiología debe basarse en la observación y debe ser heurística. Aunque Fries también sigue la fisiología de John Brown, rechazará el intento de Schelling de brindarle un supuesto fundamento más firme en principios a priori. Véase BEISER, F., *The genesis of Neo-Kantianism, 1796-1880*, pp. 43-45, 50.

especialmente entre los siglos XVIII y XIX muestra fuertes debates en lo referente a la fundamentación última de distintas ciencias, su método, su objeto de estudio.⁹ Se trata, entonces, de debates en torno a los *criterios de científicidad*. Como vemos, los grandes pensadores que participan de la vida universitaria se involucran en la construcción y definición de sus disciplinas científicas.

Schelling no es el único ejemplo que puede mencionarse. De manera similar, podemos ver la genialidad de intelectuales como Schiller y Goethe. Las dos figuras más importantes de la poesía alemana, el primero graduado en medicina, el segundo graduado en derecho. Schiller escribe su tesis de doctorado sobre los fundamentos filosóficos de la medicina, retomando ideas de Ferguson.¹⁰ Goethe, poeta laureado, representante del romanticismo, luego del clasicismo, crea una teoría de los colores, estudia botánica y hace un importante aporte en el terreno de la osteología: descubre el hueso intermaxilar que probaría cierto vínculo entre los animales y el ser humano, brindando así algún indicio para la posterior teoría de la evolución.¹¹

La lista de ejemplos puede continuar. Descartes, matemático, jurista, escribe textos sobre el funcionamiento de los organismos vivientes. Kant, filósofo revolucionario, dicta lecciones que abarcan temas tan amplios que pueden ir desde la lógica, la matemática hasta el Derecho. Como puede apreciarse, las mentes destacadas a que aquí nos referimos tienen como notas distintivas una *formación multidisciplinaria* y la aptitud para evaluar la *fundamentación racional y epistemológica* de dichas disciplinas. Los autores mencionados se mostraron capaces de generar conocimiento

⁹ Esto se extenderá, incluso, hasta fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, período en el que encontraremos a las corrientes neokantianas, al positivismo de Kelsen, a la filosofía de Dilthey o la sociología de Weber.

¹⁰ Schiller adopta una posición filosófica influenciada por la antropología empírica y por autores como Thomas Reid y Adam Ferguson. A pesar de ello, señala Safranski, Schiller morigeró el materialismo del pensamiento inglés y evita el nihilismo adoptando lo que él caracteriza como una "filosofía del amor". Véase SAFRANSKI, Rüdiger, *Schiller o la invención del idealismo alemán*, Buenos Aires, Tusquets Editores, 2013, pp. 76-79, 86-87. Para ver más detalles sobre las tesis de doctorado de SCHILLER, véase *ob. cit.*, pp. 84. 85.

¹¹ Cfr. WARLEY, Jorge, "Introducción", en VON GOETHE, Johann Wolfgang, *Las penas del joven Werther*, Buenos Aires, Colihue, 2010, pp. xxiii y xxviii.

por sí mismos y someter a discusión los criterios de cientificidad en el área considerada. En otras palabras, Goethe, Schelling, Schiller, entre otros, no solo debaten cuestiones puntuales al interior de la medicina y las ciencias naturales, sino que son capaces de tener una visión integral de su disciplina y sentar principios generales sobre ella: sobre cómo se debe proceder en ella, sobre cuál es su objeto de estudio. A su vez, tienen una visión integral del conocimiento: integran su concepción de la medicina y fisiología con sus concepciones filosóficas, el método científico general, etc. Es decir, el carácter multidisciplinar de su abordaje científico no es un punto de partida adoptado dogmáticamente, sino que es el resultado de una concepción unitaria del quehacer científico.

En otras palabras, lo que aquí nos interesa es que las mentes más destacadas de la época se mostraron capaces de discutir los fundamentos de las ciencias en las que se involucraron, capaces de plantear nuevos principios y de crear nuevos conocimientos. Y esto debe ser, a su vez, la nota distintiva de la educación universitaria.

La educación primaria y secundaria parece brindar ciertos conocimientos y ciertas aptitudes necesarias para una participación no específica en la vida civil, económica y política de la comunidad. Resta a la universidad, entonces, brindar una formación técnica específica (conocimientos técnicos específicos sobre un área de competencia). Pero, además, es la instancia específica donde corresponde no solo enseñar un contenido teórico y procedimental determinado, sino corresponde además transmitir los criterios por medio de los cuales evaluamos la cientificidad del presunto conocimiento y de acuerdo con los cuales nos volvemos capaces de producir nuevo conocimiento. En otras palabras, la formación universitaria está destinada a exigir del estudiante un posicionamiento científico, tomar posición en lo que se refiere a las grandes preguntas científicas sobre el ámbito de especialización. Esta es, precisamente, la gran tarea de la formación universitaria.

Estas grandes preguntas sobre la disciplina en la que el estudiante está involucrado van a delimitar y posibilitar el terreno del aprendizaje autodidacta. En otras palabras, el criterio de acuerdo con el cual juzgamos un presunto conocimiento a fin de determinar si debemos confiar en él, si supera las pruebas de rigurosidad y verdad necesarias, serán también

los criterios por medio de los cuales el futuro abogado evaluará la información que le permitirá actualizarse. En otras palabras, la contrastación empírica de las fuentes normativas, su análisis gramatical, lógico, hermenéutico y racional, su coherencia interna, son las reglas por medio de las cuales el abogado (haciendo las veces de científico) tomará posición en su disciplina.

Y los mismos procedimientos por los que se investiga, permitirán guiar el aprendizaje autodidacta: cotejo de la fuente normativa, interpretación lógica, hermenéutica y gramatical del texto, lectura juiciosa de los comentarios especializados y de la jurisprudencia pertinente, etc. Procedimientos por medio de los cuales el abogado comienza a acopiar la información pertinente y la juzga desde una mirada crítica, científica y especializada.

Es, en consecuencia, deber fundamental de la educación universitaria proveer al estudiante de una mirada científica: instruirlo en los criterios científicos propios de su rama de estudio y con ello abrirle el eventual camino de una posible revisión crítica de dichos criterios. Con esto, se convierte al estudiante de Derecho en alguien capaz de formarse a sí mismo y de someter a prueba los criterios por medio de los cuales juzgar la verdad de una doctrina jurídica.

II. LA FUNCIÓN POLÍTICA DEL APRENDIZAJE DE CRITERIOS DE CIENTIFICIDAD

Como hemos visto en la sección anterior, el aprendizaje de los criterios que permiten determinar qué conocimiento es fiable resulta fundamental para todo profesional. Pero en el caso del estudiante de abogacía tiene una consecuencia política de especial importancia.

Partamos de una concepción de la democracia que haga foco en su faceta racional y comunicacional antes que en los criterios formales y jurídicos. Creo que podríamos entenderla como un orden social en el que el debate de las cuestiones públicas cumple las siguientes dos reglas: (1) está permitido pedir razones sobre cualquier cuestión pública y (2) los actos públicos deben estar suficientemente fundados en razones. En otras palabras, la democracia descansa sobre la posibilidad de discutir de manera fundada las cuestiones que resulten pertinentes para la supervivencia y

bienestar de la comunidad.¹² En este debate resulta, por supuesto, fundamental la libertad de expresión, pero también la racionalidad. Para que haya verdadera democracia no basta con la mera libertad de la voluntad, la mera manifestación irracional, infundada e inmediata de la voluntad (el capricho), sino que se requiere que los involucrados en los procesos de toma de decisión puedan (y deban) dar cuenta de sus posicionamientos a través de motivos que puedan ser evaluados en términos valorativos y en términos de valor de verdad a través de criterios intersubjetivos.

En palabras más claras, todo ciudadano debe poder evaluar según criterios compartidos de verdad las decisiones relevantes para la esfera pública, tomadas por el legislador, el juez y los restantes operadores de la democracia. Si un legislador afirma apoyar la ley X porque provocará la consecuencia Z, es pertinente juzgar y solicitar razones para sostener semejante afirmación. ¿Acaso es un enunciado verificable y -más aún- verificado? ¿Cómo se sabe que la ley X provocará la consecuencia Z?¹³

La capacidad de tener presentes los criterios por medio de los cuales evaluamos el valor moral y el valor de verdad de las decisiones resulta, entonces, fundamental. La educación universitaria debe proveer, al menos, algunos criterios para evaluar el valor de verdad de dichas

¹² Sobre esta caracterización de la democracia, véase RUIZ, Alicia, "Derecho, democracia y teorías críticas al fin de siglo", p. 16. De manera análoga, Oscar PÉREZ DE LA FUENTE caracteriza a este orden social como democracia deliberativa o discursiva, "Qué democracia(s)", p. 56.

¹³ En la obra de Jasanoff puede encontrarse una reflexión sobre la articulación entre ciencia y derecho. La autora atiende a diversas aristas de esta cuestión, tales como la función de la ciencia en el proceso de toma de decisión judicial, como también los intentos (muchas veces fallidos) de reglamentar la actividad científica y tecnológica por medio de políticas públicas. Por otra parte, la autora se refiere al problema del monopolio de la justificación que habría si solo los científicos expertos pudieran tener la legitimidad para justificar las decisiones políticas, lo que supondría un daño para la democracia, en tanto la población en general y los jueces serían incapaces de participar en el debate y comprenderlo. Véase JASANOFF, *Science at the bar*, pp. 5-6, 91. Por otra parte, en "Scientific knowledge, controversy and public decision making", MARTIN y RICHARDS presentan la tensión entre las discusiones estrictamente científicas sobre cuestiones de interés público y los debates que incluyen la opinión pública, no basada en datos científicamente comprobados (lo que incluye aspectos valorativos, desconfianza sobre lo que los expertos afirman, etc.), véase "Scientific knowledge, controversy and public decision making", pp. 510 y ss.

justificaciones. Y, paralelamente, la calidad de nuestra democracia estará determinada por la calidad de las razones y justificaciones que sostengan a las decisiones de los órganos políticos y la calidad de los criterios de verdad que utilicemos para evaluar los argumentos que fundamentan los actos públicos.

Por el contrario, la actividad judicial está abarrotada de malas prácticas que atentan contra los criterios de racionalidad mencionados y, en consecuencia, de manera mediata, contra la democracia.¹⁴ La cita excesiva e irreflexiva de autores, la reiterada copia de pasajes de sentencias anteriores, la utilización de figuras retóricas y literarias que buscan persuadir al lector desde su esfera emocional, la caída en falacias lógicas.

Es en este sentido que sostengo que la nota distintiva de la formación universitaria –i. e. la adquisición de criterios de científicidad y racionalidad sofisticados– debe ser tomada presente a lo largo de los distintos cursos en nuestra carrera de Abogacía,¹⁵ a la espera de que este rasgo distintivo de la educación universitaria no solo haga de los futuros

¹⁴ En *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Duncan KENNEDY presta especial atención a la argumentación en la tarea del juez, lo que él presenta como la búsqueda por parte del juez de buenos argumentos para fundar debidamente su sentencia. Sin embargo, la reflexión que propone Kennedy conduce a admitir que los criterios por medio de los cuales definiríamos a dichos argumentos como *buenos* son, en muchos casos, de carácter pragmático. A la hora de elegir un argumento para fundar una sentencia, aparece una multiplicidad de criterios que poco tienen que ver con el uso de fuentes normativas y la lógica, la racionalidad, la hermenéutica o la gramática. Se trata de criterios basados en lo que se supone que harán las instancias judiciales superiores (un argumento irrefutable que la Corte rechazará es *peor* que un argumento falaz que la Corte aceptará), en la opinión y eventual reacción de la comunidad académica, en los efectos políticos y económicos de la sentencia, etc. Si bien es cierto que los criterios de carácter pragmático se pueden llegar a imponer por sobre los criterios estrictamente racionales a la hora de fundar una sentencia, también es cierto que el mismo criterio pragmático puede conducir a un reforzamiento de la fundamentación racional de las sentencias y a una mejora de la calidad de la democracia, en la medida en que los jueces de instancia superior exijan a los jueces de instancia inferior el uso de criterios racionales, provocando una suerte de efecto en cascada.

¹⁵ Ya desde hace unos años, la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires ha impulsado una serie de programas que buscan acentuar la formación científica entre los estudiantes de Derecho, promoviendo que los estudiantes se integren en proyectos de investigación o ponderando de manera diferenciada aquellos cursos que tienen un enfoque fuertemente orientado a la actividad científica y académica.

abogados buenos autodidactas o “protocientíficos”, sino que a mediano plazo genere un cambio gradual en las prácticas de argumentación pública¹⁶ de las instituciones políticas en las que los abogados juegan un rol fundamental.

III. LINEAMIENTOS GENERALES PARA LA PUESTA EN PRÁCTICA

No hay una única respuesta a la compleja cuestión que se presenta como título en la presente sección. No hay un procedimiento mágico que pueda garantizar que nuestros estudiantes se vuelvan “científicos” al final de la cursada. Pero, creo que todos los docentes debemos reflexionar, investigar y tratar de tomar posición sobre los siguientes puntos. Los avances que hagamos en esto repercutirán en la posibilidad de que los estudiantes se vuelvan “científicos” y autodidactas:

- (A) Investigación y posicionamiento explícito en lo que se refiere a la naturaleza científica (o no-científica) de la disciplina que estudia al Derecho.
- (B) Abordajes metodológicos autodidactas progresivos.

El punto (a) se refiere a lo siguiente: creo que cualquier abogado que haya reflexionado sobre la siguiente cuestión habrá advertido lo difícil que resulta brindar una respuesta certera: ¿qué es el Derecho? ¿La disciplina que lo estudia es una *ciencia*?

Una vez que el docente de Derecho se enfrenta a estas preguntas, habrá abierto la caja de Pandora. Las posibilidades de hallar una respuesta

¹⁶ En el prólogo a *Justicia poética*, Martha NUSSBAUM se refiere explícitamente al rol político y ético de lo que ella llama *razonamiento público*. En este texto, opondrá el rol de la imaginación a lo que ella intitula “pseudocientificismo jurídico”. Este pseudocientificismo no se refiere a la utilización de criterios racionales en la decisión judicial, sino a creer que el mero análisis lógico de la norma y una suerte de subsunción automática de los hechos bajo dichas normas basta para dictar una sentencia justa. En concordancia con la autora, no pretendemos defender este pseudocientificismo, sino que aquí consideramos la relevancia de la argumentación racional, sin dejar de reconocer por ello el valor de la “imaginación literaria”, esto es, la aptitud de los jueces para comprender los hechos involucrados en los casos judiciales desde el punto de vista de los propios involucrados y así dilucidar de forma más precisa el sentido social de las conductas y, con ello, su eventual caracterización jurídica. Como se puede ver, son dos aspectos distintos de un mismo problema que se complementan. Véase NUSSBAUM, *Justicia poética*, pp. 17, 123.

última y definitiva son, a mi criterio, imposibles. ¿El Derecho son las normas? ¿O son las interpretaciones de los jueces? ¿O incluye también las interpretaciones de los juristas que influyen sobre los jueces? ¿O también abarca los procesos político-económicos que terminan teniendo consecuencias no solo sobre la legislación, sino sobre la doctrina de la Corte y los tribunales inferiores? ¿Abarca el proceder de los diversos operadores que hacen que el Derecho pase de letra muerta a cuerpo viviente y acción? En cuanto a la supuesta ciencia del Derecho, ¿qué criterio de cientificidad utilizamos para decidir si este *conocimiento* es *científico*? ¿Las opiniones de los juristas son contrastadas con algún dato empírico? ¿Las decisiones judiciales son nuestra ‘experiencia contrastadora’? Si eso es así, ¿qué hacemos cuando los jueces cambian de criterio? ¿Se puede afirmar legítimamente que un juez *se equivoca*? ¿La “ciencia” del Derecho *describe* o *prescribe*? Como puede verse, el campo de preguntas que se abre es suficientemente amplio. Y es imposible no perderse si uno no tiene algunos criterios rectores generales para transitar por él.

Si el docente de Derecho no se hace estas preguntas, no ensaya respuestas tentativas y no comunica sus posicionamientos al estudiante, irremediablemente cierra el camino para que el estudiante comience a ensayar sus propias respuestas y a formar su propio criterio.

El segundo punto mencionado (b) se refiere a la metodología de enseñanza que impulsa al estudiante en esta dirección. Se puede llevar a cabo de diversas maneras: resolución de casos, discusión de sentencias, investigación teórica de algún tema del programa de la materia, etc. El objetivo es que el estudiante se enfrente a una pregunta y deba resolverla impulsando una investigación relativamente autónoma. En los primeros años, esta investigación puede ser guiada: se le puede indicar cómo hacer una investigación, qué criterios utilizar para evaluar la viabilidad y verosimilitud de la información encontrada, mostrar a través del ejemplo cómo criticar de manera razonada información dudosa o que nos parezca objetable (en otras palabras, suprimir el temor reverencial a los grandes nombres y desmotivar la mera repetición dogmática de opiniones de terceros no comprendidas).

Aunque no se lo crea, de esta manera hacemos homenaje a los grandes nombres. Tomar en serio a un autor supone leerlo en detalle, intentar comprender las razones de sus posiciones (no solo saber qué dice,

sino por qué lo dice). Y sopesar dichas razones. Discutirlas. Pensar contraargumentos. No aceptar nada simplemente porque haya sido impreso por una editorial prestigiosa y se encuentre en un gran volumen en la biblioteca. Pero tampoco pasar por alto la necesidad de bucear en dicha biblioteca. Construir una opinión formada, crítica y analítica.

Supongamos que los docentes de los primeros años logramos encarilar al estudiante por esta vía metodológica. Los docentes de los años venideros podrán confiar investigaciones con mayor grado de autonomía a sus estudiantes.¹⁷

Ahora bien, seguramente muchos de mis colegas considerarán que su materia no es la adecuada para probar algo así. Dirán, probablemente, que su materia tiene mucho contenido y el tiempo no alcanza. Lo cierto es que la docente a la que me referí en el comienzo de este artículo viene aplicando hace varios años una metodología acorde con lo aquí dispuesto. Veamos su ejemplo.

IV. ALGUNOS EJEMPLOS DE LA PUESTA EN PRÁCTICA

Se trata de una materia de Ciclo Profesional Orientado en Derecho Penal. La primera clase se indica a los estudiantes que tendrán que dar dos clases a lo largo del cuatrimestre. Se asignan grupos, temas, fechas y tutores (docentes que acompañan al estudiante en su investigación). En distintos cuatrimestres, el rol del tutor ha cambiado con diferentes resultados. En algunas ocasiones, fue condición necesaria para la aprobación la entrega y aprobación previa a la clase de la investigación realizada. En otras oportunidades, resultó opcional.

En términos generales, el tutor indica los puntos centrales que la investigación debe abordar. Pero la investigación no acaba aquí. Se supone que estos puntos centrales deben conducir al estudiante en su investigación. Y si es necesario, el tutor indicará una bibliografía inicial para comenzar a comprender la cuestión y buscar bibliografía ulterior más especializada.

¹⁷ Una gran ventaja que tienen los programas de formación en investigación dirigidos a los estudiantes de grado -mencionados *ut supra*- es que recorren todo el programa de estudios de la carrera. Es decir, no se agotan en una única asignatura, sino que corren en paralelo durante toda la formación del futuro abogado.

Durante el transcurso de la clase, el estudiante expone su investigación. Pero no se trata de una mera transcripción y repetición de lo leído. Se espera que el estudiante pueda dar razones de lo que dice: si acuerda con un autor, debe expresar los motivos; si discrepa, también. Y, por supuesto, el análisis detallado, razonado, gramatical y dogmático de la norma positiva no puede faltar.

Ahora bien, es precisamente en estas exposiciones donde se da la ocasión de poner en discusión los criterios de cientificidad que han guiado al estudiante en su investigación. Suelen presentarse en estas exposiciones algunos inconvenientes, algunas discusiones, algunos malentendidos que terminan siendo la ocasión ideal para que el alumno enriquezca la forma en que pensó la metodología según la cual llevó a cabo su investigación. Veamos algunos ejemplos problemáticos de esta cuestión:

1) Un estudiante debía explicar un homicidio agravado. Afirmó que se trataba de un delito de resultado, por lo que *no* admitía tentativa. Claramente, se trataba de un error. Uno de los docentes pidió ulteriores explicaciones en este punto. El alumno advirtió que debía tratarse de una errata: había transcripto mal lo que un autor decía. Admitió el error. Pero le resultó difícil razonar por qué sería un error. El docente que realizó la intervención continuó preguntando sobre la cuestión. El alumno parecía encerrado en un círculo vicioso consistente en admitir ante la autoridad del docente que había cometido un error, pero sin poder dar un paso hacia adelante en su comprensión de qué hacía que su afirmación fuera falsa.

La intervención del docente tiene un objetivo claro en esta ocasión: procura actuar de manera mayéutica y ayudar al estudiante a razonar, advertir el error lógico, las consecuencias lógicas de caracterizar a un delito como *delito de resultado* y advertir que la separación de la *acción* y el *resultado* hacen posible la *tentativa*. La intervención del docente fue adecuada y tendiente a retomar conceptos conocidos para, a partir de ellos, sacar conclusiones que serían relevantes para el análisis del tipo penal ahora estudiado. Lamentablemente, no se alcanzó el resultado deseado. Pero está claro que si el docente hubiera logrado lo que buscaba, habría conseguido que el estudiante tenga una mirada más conceptual sobre el Derecho, menos centrada en los dogmas de la repetición bibliográfica y más cercana al análisis estrictamente conceptual de las instituciones jurídicas.

2) Por otra parte, la metodología y los procedimientos involucrados en la exposición de los estudiantes también se vinculan con el carácter científico de su investigación. En este sentido, podemos referirnos a la habitual utilización de ejemplos. La tarea del jurista es comprender conceptualmente la cuestión normativa y posteriormente ser capaz de articular la norma con los hechos. En consecuencia, está claro que el mero ejemplo no basta: ningún ejemplo es una explicación conceptual. Los ejemplos son meros hechos y nada más si no vienen acompañados de un esclarecimiento conceptual. Esto mismo debe poder ser apreciado por los alumnos. Pero no solo para que la exposición *sea mejor*, sino para que puedan comprender el carácter estrictamente conceptual de un abordaje de la disciplina. El juez no es un banco de datos de *ejemplos* de distintos delitos. Por el contrario, debe conocer el concepto de la institución jurídica y tener la habilidad para aplicarla a casos concretos. En otras palabras, los procedimientos que el estudiante usa para exponer la cuestión investigada se emparentan con los procedimientos a través de los cuales él comprende tal cuestión.

Una situación relacionada con esta cuestión suele darse cuando trabajamos el homicidio agravado por ensañamiento. Habitualmente, los estudiantes comienzan su exposición con una serie de ejemplos: el que mata provocando a su víctima múltiples heridas que no son en sí mismas mortales; el que mata quemando a su víctima, etc. Muy probablemente, todos estos casos puedan ser ejemplos pertinentes del homicidio agravado por ensañamiento. Pero lo cierto es que reconocemos a estos casos como *casos de ensañamiento* solo si comprendemos previamente el *concepto* de ensañamiento. No llegaremos muy lejos en la comprensión del Derecho si avanzamos por el camino de los ejemplos.

Es por este motivo que considero necesario hacer notar al estudiante la insuficiencia del ejemplo. Para ello, propongo rechazar las exposiciones que en el momento de abordar la cuestión estrictamente conceptual pretenden partir de un ejemplo. Esto no quiere decir no recurrir jamás a ejemplos o a casos. Se trata, en cambio, de no confundir el momento de la *definición* conceptual con el momento de su aplicación. En consecuencia, propongo los siguientes pasos: (a) la definición conceptual debe ser, en principio, netamente teórica y brindarse primero. (b) Luego, pasar a los ejemplos, para luego retornar a la definición, evaluando cómo y por qué

el supuesto ejemplo en cuestión, en efecto, *es ejemplo* de aquello que se supone debe ejemplificar.

3) Por último, aunque sin pretender agotar la cuestión, quisiera volver sobre el carácter conceptual de la disciplina estudiada. En este punto, se debe superar un fenómeno que se presenta recurrentemente en clase y que me gusta llamar el *para-mí*. El estudiante afirma algo y, al ver que su posición puede ser discutida, agrega “para mí”. “Para mí, S es P”. El estudiante parece sentir que con solo matizar su afirmación, con solo acotarla al terreno de su opinión, con solo volverla una descripción de sus sentimientos personales, la afirmación se hace inobjetable.¹⁸

Si la afirmación en juego (“S es P”) en verdad versara sobre los estados internos subjetivos del enunciador, entonces el enunciado no podría ser discutido de manera intersubjetiva y sería siempre verdadero (siempre que el enunciador describa con verdad sus estados subjetivos). Los enunciados tales como “tengo sed”, “para mí X es malo”, “aquella figura me resulta parecida a un árbol” son verdaderos, toda vez que al enunciador le parezca que eso es así. Es decir, el enunciador describe un estado que es accesible solo a sí mismo (un sentimiento suyo, una opinión, una percepción subjetiva, etc.). Pero este tipo de enunciados no tienen ningún valor para una disciplina científica.

Veamos un ejemplo: se discute en clase el orden establecido en el Código Penal para los delitos. Se afirma que dicho orden responde a una jerarquía: los delitos antecedentes se refieren a bienes jurídicos de mayor importancia que los posteriores. Una alumna discrepa y afirma que “para ella” es más importante la propiedad que la vida. Con lo cual, afirma, el orden establecido por el Código (persona y vida en primer lugar, propiedad en el sexto) no refleja una valoración adecuada. El argumento con el que la alumna defiende su posición es que ella no le teme a la muerte: en consecuencia, le parece más grave perder su propiedad que su vida. Ante una situación de robo con arma, estaría dispuesta a poner en riesgo su vida para proteger su propiedad.

¹⁸ En *Teeteto* 151e-187a, PLATÓN discute la posición del sofista Protágoras, según quien el hombre es la medida de todas las cosas. Tal doctrina implicaría que todas las cosas son según el parecer de cada ser humano, con lo cual, ningún enunciado podría ser falso.

El docente afirma que la ponderación de los bienes jurídicos es la contraria, fundando su posición en un elemento normativo: la escala penal de los delitos y el orden de los bienes jurídicos en el Código Penal indicarían que la vida es más valiosa que la propiedad (es decir, el homicidio es más grave y reprochable que el hurto o el robo, lo cual se puede ver, por ejemplo, en las penas). El docente ofrece un argumento más: si la propiedad fuera más valiosa que la vida, el robo con arma sería una contradicción lógica. Si, en efecto, la propiedad fuera concebida como más valiosa por los miembros de la comunidad que la vida o la integridad física, no tendría sentido intentar un robo con arma. Pues el mismo ladrón sabría que la víctima jamás se sentiría amedrentada ante la amenaza de muerte (pues, objetivamente, según se está suponiendo, el ladrón y todos los miembros de la comunidad dan prioridad a la propiedad frente a la vida). Se trata de un argumento conceptual: si la propiedad es más valiosa que la vida, intentar un robo a mano armada es un absurdo, es contradictorio e inútil. Y, en consecuencia, sería incongruente que hubiese un tipo penal tipificando tal conducta. El propio proceder del ladrón (amenaza la vida de la víctima para que esta ceda su propiedad) supone que (según su propio criterio y el que espera que tenga su víctima) la vida es más valiosa que la propiedad. Si este no fuera el caso, no se entendería por qué el ladrón creería que la víctima va a ceder su propiedad si se ve amenazada su vida.

La estudiante responde al argumento dando un ejemplo: hay muchos casos en los que la víctima se defiende y afirma que ella misma se defendería ante un robo. El docente intenta explicar que su argumento opera a nivel conceptual: no se basa en lo que este o aquel hagan o prefieran (siempre cabe que alguien se comporte de manera contradictoria o contradiciendo principios generalmente admitidos, o de manera irreflexiva), sino que se basa en los conceptos de las acciones mismas y que estos conceptos valen para toda la comunidad. Es un argumento conceptual y, por tanto, válido de forma universal (a menos que sea contradicho por un argumento también de carácter conceptual): si la propiedad fuera más valiosa que la vida, la propia noción de "robo con arma" sería contradictoria. El intercambio entre docente y alumna se repite sin ulteriores modificaciones y termina por falta de tiempo. El docente cree que si hubiera logrado que la estudiante comprendiera su

argumento, habría logrado también que la estudiante razonara de otra manera: ya no partiendo del ejemplo o del caso singular, sino partiendo del concepto mismo, deduciendo consecuencias necesarias incluidas en el concepto mismo de la institución jurídica.

Si se hace un avance en el terreno de lo conceptual, se hace un avance también en el terreno de la fundamentación racional. En el terreno de lo conceptual, se suprime el “para mí” y se avanza en el “para nosotros”, en el “para todos”. Lo que vale conceptualmente, vale para todos los seres racionales. Las demostraciones matemáticas no valen para el que las piensa y mientras las piensa. No son afirmaciones que describen estados subjetivos, sentimientos, convicciones personales. Una demostración conceptual o matemática no describe lo que en ese momento está pensando el sujeto involucrado en ella: describe algo que vale para siempre y para todos.

Consecuentemente, el descubrimiento de lo estrictamente conceptual supone hacer un avance en el terreno de la racionalidad, de la discusión racional intersubjetiva. Un terreno en el que se pueden exigir razones y se pueden refutar razones. Un terreno sin el cual no hay ciencia ni democracia.

BIBLIOGRAFÍA

- BEISER, Frederick, *The fate of reason. German philosophy from Kant to Fichte*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.
- *The genesis of Neo-Kantianism. 1796-1880*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- CASTAÑO PIÑÁN, Alfonso, “Estudio introductorio”, en SCHELLING, Friedrich, *La relación del arte con la naturaleza*, Madrid, RBA, 1985.
- DUQUE, Félix, *Historia de la filosofía moderna. La era de la crítica*, Madrid, Akal, 1998.
- JASANOFF, Sheila, *Science at the bar. Law, Science and Technology in America*, Cambridge, Harvard University Press, 1995.
- KENNEDY, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1999.
- LÓPEZ MUÑOZ, Francisco y Cecilia ÁLAMO, *Historia de la psicofarmacología. De los orígenes a la medicina científica: sobre los pilares biológicos del nacimiento de la psicofarmacología*, t. I, Buenos Aires-Madrid, Médica Panamericana, 2005.

- MARTIN, Brian y Evelleen RICHARDS, "Scientific knowledge, controversy and public decision making", en JASANOFF, Sheila, Gerald MARKLE, James PETERSEN y Trevor PINCH, *Handbook of Science and Technology Studies*, London, Sage Publications, 1995.
- NUSSBAUM, Martha, *Justicia poética. La imaginación literaria y la vida pública*, Santiago de Chile, Andrés Bello, 1997.
- PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, "Qué democracia(s)", en *Revista Co-herencia*, vol. 9, nro. 16, enero-junio 2012, pp. 53-79.
- PLATÓN, *Diálogos V. Teeteto*, Madrid, Gredos, 1988.
- RIVERA DE ROSALES, Jacinto y Oscar CUBO, *La polémica sobre el ateísmo: Fichte y su época*, Madrid, Dykinson, 2009.
- RUIZ, Alicia, "Derecho, democracia y teorías críticas al fin de siglo", en RUIZ, Alicia, *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- SAFRANSKI, Rüdiger, *Schiller o la invención del idealismo alemán*, Buenos Aires, Tusquets Editores, 2013.
- WARLEY, Jorge, "Introducción", en VON GOETHE, Johann Wolfgang, *Las penas del joven Werther*, Buenos Aires, Colihue, 2010.
- WIESING, Urban, "Der Tod der Auguste Böhmer. Chronik eines medizinischen Skandals, seine Hintergründe und seine historische Bedeutung", en *History and Philosophy of the Life Sciences*, 11, 1989, pp. 275-95.

Fecha de recepción: 20-12-2017.

Fecha de aceptación: 24-6-2018.