

Concepciones filosóficas y enseñanza del Derecho*

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. Es el cuerpo docente quien define la facultad.¹

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 centrar mi intervención, no tanto en el problema de qué se enseña y cómo debería enseñarse alguna materia en particular del currículum jurídico -Constitucional, Administrativo, Civil o Filosofía del Derecho-, o 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 enseñar; 2) cuál es la metodología adecuada o coherente con tal concepción, y 3) qué resultados

* Publicado originalmente en *Estudios jurídicos*, nro. 13, Universidad Intercontinental, julio-diciembre de 2000.

** Licenciado en Derecho por el ITAM y Doctor en Filosofía por la UNAM.

¹ Fiss, Owen, "El Derecho según Yale", en *La enseñanza del Derecho y el ejercicio de la abogacía*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 28.

u objetivos se espera alcanzar en los estudiantes de acuerdo con la concepción y la metodología elegidas.² 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”;³ enseguida diré algunas palabras sobre lo que hoy día se conoce como concepciones “crítico-realistas”, para concluir con la exposición de lo que llamaré concepción “deliberativa y democrática” del Derecho. Estoy consciente de que no son las únicas, aunque sí creo que de las más representativas o, en todo caso, de las que he considerado más interesantes para discutir en un encuentro académico como éste.

1. 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”.⁴ En términos de José Ramón Cossío los elementos de esta concepción serían los siguientes:

² Tomo estos cuestionamientos de BÖHMER, op. cit. Su libro-compilación es de los pocos libros -claro y propositivo- en lengua castellana dedicado al tema que nos ocupa.

³ Véase Cossío, José Ramón, *Cambio social y cambio jurídico*, México, ITAM-Miguel Ángel Porrúa, 2001, p. 294 y ss.

⁴ BÖHMER, op. cit., p. 15.

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 lo que suele denominarse las "fuentes reales" del Derecho; la falta de historicidad para la identificación o explicación de las normas jurídicas...⁵

En buena medida, esta 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. En una serie de ensayos escritos a principios de los años sesenta, reunidos posteriormente bajo el título *El problema del positivismo jurídico*,⁶ 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".⁷ Este *approach* "científico" en el estudio del Derecho es entendido, entonces, desde una perspectiva descriptiva. Cualquier introducción valorativa vulneraría la pretensión de cientificidad 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, un sistema de normas que se aplican por la fuerza o cuyo contenido

⁵ Cossío, op. cit., p. 294.

⁶ BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965.

⁷ *Ibidem*, p. 42.

es la reglamentación del uso de la fuerza; 2) la norma jurídica es imperativa, es decir, debe entenderse como mandatos; 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”.⁸

Finalmente, en tanto ideología, el positivismo jurídico asume la creencia en ciertos valores y confiere al Derecho que es, por el solo 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.⁹ 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 descriptiva, la enseñanza del Derecho

⁸ Véase, ídem, p. 45.

⁹ Véase, ídem, p. 47.

debe corresponder a la misma, es decir, los estudiantes deben conocer y saber explicar el contenido del ordenamiento jurídico y reproducirlo con la mayor claridad posible. Cito nuevamente a Martín Böhmer:

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.¹⁰

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 encontrará 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, como es natural, 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 inamovible cuyo cuestionamiento es visto con franca sospecha

¹⁰ BÖHMER, op. cit., p. 16.

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.¹¹ 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 extrauniversitario. 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, para bien o para mal, nuestro paradigma más relevante.

2. CONCEPCIÓN CRÍTICO-REALISTA

La concepción crítico-realista abarca un conjunto amplio de escuelas y pensadores. Hice alusión hace algunos momentos a lo que Renato Treves llamó “revuelta contra el formalismo”: François Geny en Francia, el juez Holmes en 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 Derecho. En un afán de síntesis y por razones

¹¹ *Ibid.*

de tiempo 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*.

El movimiento de los CLS se desarrolla a partir de una crítica interna de la razón jurídica americana de la década de los 60 y 70. 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 “sociocultural”. 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 CLS es una red de relaciones entre académicos que generacionalmente (...) comparten la herencia de los movimientos sociales de los sesenta...”¹² Obviando las diferencias históricas y geográficas se podría decir lo mismo de nuestros teóricos del Derecho latinoamericanos.

De acuerdo con el mismo Pérez Lledó, podríamos sintetizar sus tesis principales 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 posmoderna; 5) carácter ideológico del Derecho y la necesidad, como sostiene uno de los representantes más destacado de los CLS, 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”,¹³ y 6) ambivalencia hacia el Derecho al que se lo critica como factor

¹² Véase PÉREZ LLEDÓ, Juan A., “Teorías críticas del Derecho”, en *El Derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, Trotta, 1996, p. 96.

¹³ KENNEDY, Duncan, “Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos”, en *Doxa*, nro. 11, España, Universidad de Alicante, 1992, p. 284.

de conservación del *statu quo* y, al mismo tiempo, se lo aprecia como instrumento de transformación.¹⁴

A partir de esta concepción general del Derecho se puede delinear con relativa facilidad el tipo de enseñanza defendida y promovida por los CLS. 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, que suministran 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”.¹⁵

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 elite 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

¹⁴ PÉREZ LLEDÓ, op. cit., p. 100.

¹⁵ KENNEDY, Duncan, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy. A Polemic Against the System*, Afar, Mass., Cambridge, 1983.

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 CLS 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 CLS 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.¹⁶

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 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.¹⁷

¹⁶ PÉREZ LLEDÓ, Juan A., *El movimiento*, Critical Legal Studies, Madrid, Tecnos, 1996, p. 119.

¹⁷ Ídem, p. 124.

Tal estructura curricular, piensan los CLS, 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 CLS, 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 CLS, 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 Civil, 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 el nivel teórico-valorativo. 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 CLS 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.

3. CONCEPCIÓN DELIBERATIVA Y DEMOCRÁTICA

La concepción deliberativa 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,¹⁸ por ejemplo. Pero ciertamente es a partir del camino abierto por John Rawls que pensadores como Amy Gutmann y Carlos Santiago Nino han desarrollado esta concepción con especial referencia a los campos que ahora nos interesan.

Si por educación, sostienen los defensores de esta concepción, 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 deliberativo 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 directrices 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”.¹⁹ Lo que se requiere de una sociedad democrática es que asegure la enseñanza de aquellos valores necesarios para la reproducción del proceso democrático mismo, por ejemplo, la responsabilidad, la tolerancia y la solidaridad.

El principio de “autonomía” permite identificar determinados valores sobre los que versan ciertos derechos. El bien más genérico protegido por este principio es la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros, concretamente: el reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad; la libertad de residencia y de circulación; la

¹⁸ Véase GENEYRO, Juan Carlos, *La democracia inquieta*, México, Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, 1991.

¹⁹ GUTMANN, Amy, *Democratic Education*, Princeton University Press, 1987, pp. 11 y 46.

libertad de expresión de ideas y actitudes religiosas, científicas, artísticas y políticas; y la libertad de asociación para participar en comunidades voluntarias que los individuos consideren convenientes. Referido al proceso y al contenido democrático mismo, este principio regula y garantiza la libertad para el ejercicio de la actividad deliberativa y la disposición al discurso y debate públicos que suponen, a su vez, los valores de veracidad y publicidad. Asimismo, el autocontrol, la determinación para las acciones individuales y colectivas y el compromiso consigo mismo y con los demás. Pienso que la virtud cívica que se infiere del principio de autonomía y que ordena los valores mencionados es el de la "responsabilidad".

El principio de "dignidad" permite identificar ciertos valores y los derechos correspondientes, íntimamente relacionados con la identidad del individuo y con la idea de que éste en su persona no debe ser tratado nunca como un medio sino como un fin en sí mismo. Cualquier sacrificio o privación en su persona se justifican sólo si el propio individuo otorga su consentimiento, es decir, hace valer su autonomía personal. Es esta última la que fundamenta su dignidad, no al revés. El bien más genérico protegido por este principio es la vida misma y, concretamente, entre otros, la integridad física y psíquica; la intimidad y privacidad afectiva, sexual y familiar, y el honor y la propia imagen. Referido al proceso y al contenido democrático mismo, este principio regula y garantiza el autorrespeto y el respeto al otro, que supone, a su vez, el reconocimiento de su independencia, separación e identidad personal. Pienso que la virtud cívica que se infiere del principio de dignidad y que puede dar cuenta de los valores mencionados es la "tolerancia".

El principio de "igualdad" se satisface, de acuerdo con Francisco Laporta: "si y sólo si su funcionamiento está abierto a todos en virtud de principios de no discriminación y, una vez satisfecha esa prioridad, adjudica a los individuos beneficios o cargas diferenciadamente en virtud de rasgos distintivos relevantes".²⁰ Ejemplos de rasgos no relevantes que no justificarían un trato discriminatorio entre las personas serían la raza, el sexo, las preferencias sexuales o las convicciones religiosas. En relación con la justicia distributiva, el principio de igualdad tiene que ver con la

²⁰ LAPORTA, FRANCISCO, "El principio de igualdad", en *Sistema 67*, Madrid, 1985, p. 27.

distribución de bienes públicos y el reconocimiento de los derechos que sirven para su protección: los derechos económicos, sociales y culturales. Referido al proceso y al contenido democrático mismo, supone la vinculación del individuo con la comunidad y los valores que se desprenden de tal vinculación: fraternidad, lealtad, sentido de la cooperación, valores que podrían agruparse bajo la virtud de la "solidaridad".²¹

No oculto la simpatía que tengo por esta concepción, y quizás sea por esta razón que me resulta más complicado presentarla de la manera esquemática con la que he intentado hacerlo con las dos anteriores. Por ello no he encontrado una mejor forma de hacer evidente esta concepción deliberativa y democrática que trayendo a cuento algún problema de la teoría jurídica y de la práctica judicial que me parece puede resultar de interés. El problema que he elegido es el de la facultad que tienen los jueces para controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas –leyes o decretos, por ejemplo– que dictan precisamente los órganos democráticos –Congreso o Ejecutivo–. Pese a su relevancia, esta facultad de los jueces ha sido severamente cuestionada poniendo en entredicho su imparcialidad y, por consiguiente, la necesidad de su independencia. Permítanme dedicarle algunos minutos a este asunto para mostrar los alcances de esta concepción.

El principal argumento aducido en contra del control judicial de constitucionalidad es el conocido como "la dificultad contramayoritaria". El constitucionalista estadounidense Alexander Bickel advirtió esta dificultad con los siguientes términos:

La dificultad radical es que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema (...) cuando la Suprema Corte declara inconstitucional una sanción legislativa o una acción de un Ejecutivo electo, ella tuerce la voluntad de los representantes del

²¹ La tipología de virtudes que sugiero se inspira en la división tripartita que propone Kant para la formación del carácter de los educandos: 1) los deberes para consigo mismo; 2) los deberes hacia los otros; 3) el deber de benevolencia. El primero se fundamenta en la conciencia de que el hombre posee dignidad, es decir, el deber de actuar sin violar su propia humanidad, su ser autónomo; el segundo tiene que ver con la reverencia y el respeto por los derechos del otro, y el tercero descansa en la simpatía por los demás, no en el sentido de una pena o lástima sino en el sentido de un deber de ayuda. *On Education*, Thoemes Press, 1992, p. 100 y ss.

pueblo real de aquí y ahora (...) ella ejerce control no en nombre de la mayoría prevaleciente sino en su contra. Esto, sin connotaciones místicas, es lo que realmente sucede. El control judicial pertenece del todo a una pecera diferente de la democracia, y ésta es la razón de que se pueda hacer la acusación de que el control judicial es antidemocrático.²²

Por su parte, el filósofo del Derecho Genaro Carrió ha expresado la dificultad con las siguientes palabras:

Cómo es posible que una ley sancionada tras amplio debate por los representantes del pueblo democráticamente elegidos, quede sometida o supeditada, en cuanto a su validez constitucional, al criterio de los integrantes de un grupo aislado, no elegidos por procedimientos suficientemente democráticos, no controlados en su actuación por los representantes del pueblo y, en la práctica institucional efectiva, no responsables ante ellos.²³

Ahora bien, si se parte de la idea de que el juez sólo se limita a aplicar la ley o la Constitución sin valorarla, la falta de legitimidad democrática del juez parecería no ser relevante. Su actividad sería la de un técnico o la de un científico, y éstos no son seleccionados por el voto mayoritario. Pero si se acepta que la tarea del juez es sustancialmente valorativa –ponderación de los principios básicos de moralidad social y en los distintos pasos de la interpretación jurídica–, surge la siguiente pregunta: ¿quién es un juez para sustituir al pueblo en general y a sus órganos más directamente representativos en tales valoraciones?

La pregunta tiene sentido si se acepta que el juez y especialmente la Corte Suprema deben jugar un papel relevante en una sociedad democrática. ¿Qué razones justificarían un papel activo de los jueces en el contexto de un Estado liberal y democrático de Derecho, aun aceptando

²² BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court and the Bar of Politics*. Citado por NINO, Carlos S., en *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 675.

²³ CARRIÓ, Genaro, "Una defensa condicionada de la *Judicial Review*", en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 148. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial y su crítica, véase GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, cap. 2, Barcelona, Ariel, 1996.

la fuerza de la dificultad contramayoritaria? Pienso, siguiendo a Nino, que un primer argumento en favor de una participación activa de los jueces es la de ser “custodios de la autonomía de los individuos”.

El argumento se sustenta sobre el mismo valor epistémico de la democracia, dado principalmente por la inherente tendencia hacia la imparcialidad que tiene un procedimiento de discusión amplio y con idénticas posibilidades de participación. Por otro lado, si aceptamos que existen dos tipos de principios morales posibles: los “intersubjetivos” (públicos y sociales), que valoran una conducta por sus efectos en los intereses de otros individuos, y los “autorreferentes” (privados y personales), que valoran una acción por los efectos en la propia vida de acuerdo con ideales de excelencia humana, entonces, el principio de imparcialidad, y por lo tanto el valor epistémico de la democracia, no se aplica con respecto a las acciones autorreferentes o privadas, dado que la validez de un ideal de excelencia humana no depende de que sea aceptable por todos en condiciones de imparcialidad. Siendo así, los jueces no tienen razones para observar una norma jurídica de origen democrático que esté fundada en ideales personales, debiendo revisar y si es el caso descalificar las leyes y otras normas democráticas de índole *perfeccionista* que pretendan imponer ideales de virtud personal. En esto consiste la protección judicial de la autonomía personal. Nótese, de paso, que esta defensa incondicional de la autonomía personal supone una posición *activa* por parte de los jueces, muy lejos de la pretendida *pasividad* que defiende el positivismo formalista, pero también distante del activismo político de los críticos.

El segundo argumento en favor de una participación activa de los jueces es el de que se constituyan en “controladores del mismo procedimiento democrático”. Una concepción dialógica de la democracia en el marco de un liberalismo igualitario maximizará su capacidad epistémica si se cumplen algunas condiciones como las relativas a la amplitud de participación de los afectados por las decisiones o medidas que se discuten; la libertad para expresarse en el debate y en la discusión; la igualdad de condiciones con que se participa; la exigencia de justificación de las propuestas; etcétera. Las reglas del proceso democrático deben estar orientadas a garantizar la mejor disposición de estas condiciones.

Ahora bien, son precisamente los jueces quienes están obligados a determinar en cada caso si se han dado las condiciones que fundamentan el valor epistémico del proceso democrático, de modo que la ley en cuestión goce de una presunción de validez que a efectos de justificar una decisión permita al juez poner entre paréntesis su propia reflexión individual. Los jueces, como afirma John Ely, se convertirían entonces en una especie de *referee* del proceso democrático.

Cumplirían con una función de “limpieza de canales” que hiciera posible el cambio político y facilitase, entre otras cosas, la representación de las minorías.²⁴

Por las razones anteriores, la independencia del Poder Judicial no debe confundirse con la neutralidad. Ser imparcial e independiente no es abstenerse de cualquier valoración o asumir un punto equidistante entre las partes. No se trata de que los jueces queden libres de presiones extrañas para asumir una actitud aséptica frente a los conflictos. Supone, por el contrario, un activismo en favor de la defensa de la autonomía personal y del proceso de deliberación democrática. El papel de los jueces debe ser el de procurar la desconcentración del poder, indispensable en una democracia liberal, y evitar los abusos del Poder Legislativo (y también del Ejecutivo) en desmedro de los derechos fundamentales. Por esta razón, si en la actividad de los jueces se quiere ver al Derecho en su fuerza aplicativa, vale decir entonces que es también en ellos donde el Estado de Derecho encarna su mayor función dinámica.

Para quien acepte una concepción del Derecho como una práctica social moralmente relevante, es decir, que permita la deliberación democrática y la justifique a partir de principios, valores y derechos fundamentales, la enseñanza del Derecho:

debe 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

²⁴ ELY, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Véase NINO, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, pp. 694-695.

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 deberán ser los guardianes de la deliberación democrática y de las reglas que la definen.²⁵

He intentado responder en esta plática 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 democrática deliberativa. 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 democrática y deliberativa 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 –con temáticas y proyectos de investigación compartidos– y poner las condiciones necesarias para lograr perfiles diversos de estudiantes. Estoy consciente de 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.

²⁵ BÖHMER, op. cit., p. 14.