

Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho*

JUAN ANTONIO PÉREZ LLEDÓ**

INTRODUCCIÓN

Salvador Ordóñez, el rector de la Universidad de Alicante –donde yo trabajo–, suele advertirnos contra la excesiva tendencia a la autocritica que a menudo mostramos los profesores universitarios (Ordóñez incluido), en relación con nuestra propia labor y con la institución en la que la desarrollamos. No sé hasta qué punto la universidad española estará más o menos desprestigiada/prestigiada ante la sociedad, pero me parece cierto que, al menos en comparación con muchos otros ámbitos profesionales y de la Administración, resulta difícil acusar a los universitarios de autocomplacencia. En agitados contextos como el actual (me refiero, claro, a “lo de la LOU”), quizá no sea precisamente lo más oportuno, en términos de imagen, caer en ciertos excesos de autoflagelación que distorsionan a la baja la auténtica realidad de la universidad española. Mostrar el ejemplo de esta facultad de la Universidad Autónoma de Madrid (UAM), y desde luego lo que yo más conozco: su Área de Filosofía del Derecho, sería un excelente antídoto contra esas actitudes “criticonas”. Pese a ello y, como suele decirse, aprovechando ahora que no nos ve nadie, yo voy a iniciar mi ponencia partiendo de un necesario diagnóstico crítico sobre la situación general de la enseñanza del Derecho en España.

* Este trabajo es una versión muy ampliada de la ponencia que bajo el mismo título fue presentada en el VI Encuentro de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (28-30 de noviembre de 2001). Agradezco a esta Facultad, y en especial a Francisco Laporta, la confianza depositada en mí al invitarme a presentar dicha ponencia.

** Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho (Universidad de Alicante).

Mi diagnóstico será breve, no porque quiera yo eludir esa autocrítica, sino simplemente porque voy a dar por sentado que todos conocemos más o menos cómo estamos, aunque probablemente discrepemos en cuanto a su valoración. Pero, sobre todo, porque lo que hoy me interesa (y es lo que se me pidió que hiciera cuando se me invitó a venir aquí) es transmitirles a ustedes algunas impresiones personales de carácter constructivo sobre cómo podría mejorarse nuestra enseñanza del Derecho... más que aburrirles con un enésimo informe descriptivo o, peor aún, con una enésima letanía de lamentos sobre nuestros defectos. Me temo, sin embargo, que eso de dar por sentado que conocemos nuestra propia situación puede ser despachar demasiado alegremente la necesidad de un diagnóstico serio, completo y ajustadamente valorado. Confieso que yo no conozco tanto como desearía cómo está siendo verdaderamente la enseñanza del Derecho en España (seguro que muchos de los presentes están mejor informados que yo), y tal vez sea una osadía lanzarme, como haré aquí, a sugerir propuestas sobre la base de un puñado de apreciaciones personales y quizá de prejuicios o lugares comunes sobre la actual situación. En fin, he de confiar en que quien comparta “aproximadamente” mi diagnóstico personal (por lo demás, no especialmente original) al menos entienda el sentido de mis propuestas. Y esperar, sin desconfiar de ellos *a priori*, los resultados que arroje, en Derecho, la aplicación generalizada del Plan Nacional de Evaluación de la Calidad de las Universidades.

En cuanto a mis propuestas, sí quisiera desde esta misma introducción mostrar mis cartas (que, de todas formas, se irán viendo enseguida). Bajo el título *Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho*, el propósito general que me anima es el de defender una enseñanza del Derecho que sea “más práctica”, partiendo del postulado de que la misión principal de dicha enseñanza, aunque no sea la única, ha de ser “la formación de buenos profesionales del Derecho” (en las múltiples profesiones jurídicas: no me refiero sólo al libre ejercicio de la abogacía). Entiendo por “más práctica” una formación “más metodológica”, que proporcione una mayor capacidad técnica, argumentativa (dar prioridad a la “formación” en habilidades y aptitudes sobre la “información” de contenidos normativos), y que así “libere al estudiante de una paralizante visión formalista del Derecho, sustituyéndola por una concepción instrumental” del medio

jurídico. Esa capacidad de manejo activo de la herramienta jurídica debe “servir a fines transformadores, orientados por valores debidamente justificados desde un horizonte moral hacia el cual se puede avanzar a través del Derecho. Y nada hay más ‘práctico’ que la teoría, la buena teoría, siempre que no quede aislada” de la formación práctica sino inmersa en ella, para contribuir a esa formación más metodológica y menos formalista que produzca profesionales capaces de un manejo activo del Derecho en un sentido transformador sustentado en valores.

Después de tan ampulosas afirmaciones (que espero poder desgranar a lo largo de la ponencia dándoles algún contenido, para que no se queden en retórica hueca), sólo debo hacer una advertencia previa. En este trabajo me centro en los “aspectos sustantivos” de la enseñanza del Derecho, es decir, en los contenidos y, sobre todo, en la metodología docente (técnicas pedagógicas, orientación de la enseñanza, materiales bibliográficos, sistemas de evaluación, etc.), y, por tanto, me sitúo en un nivel de discurso que es “relativamente” –sólo relativamente– autónomo respecto de los aspectos, digamos, “institucionales” de la enseñanza del Derecho. Quiero decir, me interesa sobre todo lo que ocurre “puertas adentro” en las aulas, y lo que voy a tratar no depende demasiado, en principio (al menos de forma inmediata), de cuestiones tales como, por ejemplo, el grado de autonomía universitaria, cómo sean las facultades de Derecho en cuanto instituciones, cómo se financien y con qué medios cuenten, cuál sea exactamente la estructura formal del plan de estudios (hasta cierto punto), en qué categorías se jerarquice al profesorado, cómo sea la estructura de Departamentos y Áreas de Conocimiento... (si se quiere, de cómo sea la Ley Orgánica Universitaria que tengamos). Dicho esto, soy consciente de la relevancia que los aspectos “institucionales” acaban teniendo sobre los “sustantivos” (si es que se puede trazar nítidamente esa distinción), y por ello no podré evitar alguna referencia a aquéllos.

UN DIAGNÓSTICO CRÍTICO

1. POR LO GENERAL, LOS PROFESORES DE DERECHO CONCEDEMOS ESCASA IMPORTANCIA A LAS CUESTIONES RELATIVAS A LA DOCENCIA

Creo que esto es así, desde luego, si lo comparamos con la importancia atribuida a la otra vertiente de nuestra profesión: la investigación. Cen-

tramos nuestra “identidad” profesional como académicos en torno a la faceta investigadora muchísimo más que a la docente. Nunca he oído hablar de discusiones en un Departamento, a la hora de distribuir la docencia, debido a porque todos desean que se les asignen más horas de clase. Tampoco conozco a nadie que se dedique a la Universidad movido principalmente por el deseo de practicar la docencia. Y, si lo hubiera, sería visto por muchos como una especie de “bicho raro”... o, peor aún, como un investigador perezoso o incompetente que se refugia en la dedicación docente para eludir la investigación. No digo que las cosas deberían ser justo al revés, pero una cosa es atribuir más importancia a la investigación, y otra considerar a la docencia como la “pariente pobre” entre nuestras tareas. Hasta la terminología al uso refleja este hecho sin demasiados escrúpulos: hablamos de “carga docente”, y en efecto, consideramos la docencia como una carga o tributo que tenemos que pagar para poder dedicarnos a lo que de verdad nos interesa: investigar, publicar, dar conferencias y discutir con nuestros colegas en congresos y seminarios.

Institucionalmente, nuestro “sistema” universitario a la vez refleja y reproduce esta actitud. Somos autodidactas en cuanto docentes, y eso parece no importarnos gran cosa; la carrera académica está diseñada para formar investigadores, no para formar docentes; y después, lo que se promociona y reconoce, en el mejor de los casos, es exclusivamente la buena investigación, no la buena docencia. Con el doctorado, que incluye cursos obligatorios de metodología investigadora, obtenemos la “suficiencia investigadora”; ¿dónde está la “suficiencia docente”? En las oposiciones para cubrir plazas, en muchos casos el proyecto docente es poco más que un trámite: en el fondo, se valora exclusivamente el currículum investigador y la calidad del ejercicio en la investigación; el proyecto docente sirve para controlar el dominio del candidato sobre la disciplina, pero no se toma verdaderamente como un proyecto orientado a la docencia (los proyectos son a menudo ficticios en cuanto verdaderos programas docentes). El criterio de concesión de los “tramos docentes” es el de “café para todos”, y que alguien disponga de muchos tramos docentes sólo es un indicativo de lo viejo que es. Hay años sabáticos (y becas, ayudas, etc.) para poder investigar, pero no al menos algún que otro “semestre sabático” para que uno pueda reciclarse como docente

siguiendo cursos de formación pedagógica. Las evaluaciones docentes del profesorado, de aparición relativamente reciente, están mal diseñadas y no se toman muy en serio. Tampoco hay demasiada preocupación por la falta de mecanismos que proporcionen un *feedback* fiable a los profesores sobre qué tal lo están haciendo en cuanto docentes. Hay dos clichés que encarnan esta despreocupación por la docencia: se supone que un profesor llegará a ser un buen docente con la simple práctica y el paso del tiempo (casi al día siguiente de acabar la carrera ponemos a dar clase al joven licenciado recién incorporado al Departamento, y en los años siguientes ese profesor seguirá sin recibir formación alguna en cuanto docente), y se supone que todo profesor que domine la materia, y que sea un buen investigador, necesariamente es un buen docente¹.

La docencia tampoco se toma demasiado en serio en cuanto objeto de estudio o reflexión teórica, o sea, como tema de investigación. Si lo tomáramos en serio, descubriríamos enseguida que el alcance de este tema va mucho más allá del discurso considerado intelectualmente “menor” acerca de los aspectos mundanos de las facultades de Derecho (organización de los Departamentos, admisión de estudiantes, exámenes y convocatorias, categorías del profesorado, expedición de titulaciones, masificación en las aulas, qué estilo o formato pedagógico emplear en ellas, de qué tipo de medios materiales y bibliográficos valerse, etc.). Y es que a través del prisma de la enseñanza pueden y deben plantearse todos los temas “de fondo” y de “verdadera enjundia intelectual” que preocupan a los juristas –incluyendo a los filósofos del Derecho– en su vertiente “investigadora”. Pero yo me temo que en nuestro país el tema de la enseñanza del Derecho se desprecia como algo “demasiado práctico”, carente de verdadera relevancia teórica.² En suma, mientras no cambie

¹ Cfr. PEÑUELAS I REIXACH, Lluís, *La docencia y el aprendizaje del Derecho en España. Una perspectiva de Derecho Comparado*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 8-9.

² Por lo que sé, en algunos Departamentos de Filosofía del Derecho –no en muchos– se ha abordado, pero para muchos “juristas” (por supuesto, con honrosas excepciones; cfr., por ejemplo, las V Jornadas de Estudios de la Asociación Española de Profesores de Derecho Financiero y Tributario, Ávila, 1994) queda relegado como uno más de los temas “periféricos” de los que no está mal que se ocupen los filósofos del Derecho mientras ellos siguen escribiendo sobre cosas más serias. La situación resulta paradójica si se piensa –yo lo pienso– que lo importante no es ya la enseñanza “de la filosofía del Derecho” (que presenta características muy peculiares respecto

la actitud tradicional de los profesores de Derecho hacia la docencia como algo muy secundario en sus vidas respecto de la investigación; mientras siga sin importar demasiado que un profesor enseñe mal si escribe bien; mientras siga apelándose a la masificación como excusa para no hacer nada (y esa excusa cada vez vale menos)... es difícil ser optimista. Pero hay razones, recientemente, para un cierto optimismo: aunque he cargado las tintas en el sentido contrario, yo percibo en los últimos años una mayor preocupación por la enseñanza (este seminario es una muestra más de ello), y cabe confiar en que el actual proceso de los Planes de Calidad contribuya a acentuar ese cambio de actitud, al hacer casi inevitable el debate.

2. PREDOMINA UN MODELO DE ENSEÑANZA/APRENDIZAJE BASADO EN LA TRANSMISIÓN Y MEMORIZACIÓN DE UNA GRAN CANTIDAD DE INFORMACIÓN ACERCA DE CONTENIDOS DE NORMAS (Y DE INSTITUCIONES Y CONCEPTOS JURÍDICOS)

La principal aptitud necesaria para que un estudiante tenga éxito en sus estudios en nuestras facultades de Derecho es la memoria. No hace falta ser especialmente inteligente o brillante, y mucho menos creativo, para sacar buenas notas. Hay que ser “empollón”, dedicarle muchas horas a un esfuerzo casi mecánico de memorización de normas. La idea de que un buen jurista es quien conoce muchas normas sigue muy arraigada en la docencia.

La cantidad de contenidos, de simple información que los profesores y los manuales comunican a los estudiantes, es en mi opinión a todas luces excesiva. Los profesores no terminan de resignarse a reconocer dos datos evidentes: 1) En los ordenamientos jurídicos contemporáneos la “cantidad” de normas es sencillamente inabarcable, y cada vez lo será más. No se puede aspirar a que los estudiantes “se aprendan” una porción tan grande de las normas de cada sector del Derecho positivo como se suele pretender. El índice de “fracaso escolar” en nuestras facultades de

de las demás disciplinas), sino la enseñanza “del Derecho”. Los filósofos del Derecho, si es que otros no lo hacen, deberían ocuparse, o seguir ocupándose, de reflexionar acerca de la enseñanza, pero fijándose sobre todo en cómo se enseña y cómo se debería enseñar (por ejemplo, más “filosóficamente”) el Derecho positivo.

Derecho seguramente tiene bastante que ver con este problema. Problema agravado con la incapacidad de reducir verdaderamente los programas docentes cuando se implantaron asignaturas semestrales con ocasión de la reforma de los planes de estudio en los noventa: muchas veces se ha intentado comprimir en un semestre bastante más de la mitad de la materia, ya de por sí excesiva, que tenían las viejas asignaturas anuales.

2) El Derecho positivo es cada vez más “cambiante”. Lo cual hace sencillamente inútil, al cabo de muy pocos años, la mera información sobre normas. Kirchmann tenía razón cuando decía aquello tan famoso de que “tres palabras rectificadoras del legislador, y bibliotecas enteras de Derecho se convierten en basura”.

Hay mucho de verdad en el tópico de que las facultades de Derecho españolas en realidad para lo que sirven es para formar opositores. Y no lo hacen mal, claro, dado que las oposiciones para acceder a la función pública consisten en evacuar información aprendida “de memorieta”. Desde luego, las facultades no forman buenos jueces, buenos Secretarios locales, buenos Técnicos de la Administración... pero sí forman buenos aprobadores de esas oposiciones. De modo que, superficialmente, las facultades cumplen, en cuanto a este tipo de salida profesional, con lo que se les demanda. Quiero decir, si en las oposiciones no se exigiera esa información memorizada, la enseñanza del Derecho tendría que cambiar, o fracasaría estrepitosamente. Algo parecido ocurre con otra de las grandes salidas, el ejercicio libre de la abogacía; si el acceso a dicha carrera a la abogacía estuviera filtrado, por ejemplo, por un examen práctico (no memorístico), el actual modelo docente se estrellaría. Pero si no se demanda nada (abogacía), o se demanda memoria (oposiciones), al actual modelo no se le notan tanto sus defectos.

3. EL FORMATO PREDOMINANTE DE LA LECCIÓN MAGISTRAL ESTÁ AL SERVICIO DE ESE MODELO DOCENTE DE INFORMACIÓN (MÁS QUE FORMACIÓN) SOBRE CONTENIDOS PARA SU RECEPCIÓN PASIVA Y POSTERIOR MEMORIZACIÓN

Yo no pienso que la tradicional lección magistral, tan denostada y a la vez tan masivamente practicada, sea en sí misma algo perverso. Incluso, bien practicada, puede resultar una delicia para quien la escucha. Pero

creo que la lección magistral debe ser sólo un complemento secundario y no la base fundamental de lo que deberíamos hacer en las aulas. Aun no siendo “brillante”, la lección magistral no es perversa cuando, en el mejor de los casos, sirve para “explicar” aquellos aspectos de la información que por su complejidad necesitan ser aclarados. Pero, incluso entonces, no deja de estar al servicio de ese modelo docente basado en la transmisión de información: explica la información como requisito previo para su posterior memorización. Sin embargo, demasiadas veces resulta perfectamente inútil: la lección magistral es sencillamente prescindible cuando no hace mucho más que reproducir, o resumir, la información contenida en el manual. Valga una experiencia personal para acreditar que esto ocurre. Cuando yo cursaba primer año de carrera, conocí en clase a un compañero que, en ese año, sacó unas notas razonablemente buenas, aunque nada espectaculares. Durante el resto de la carrera, no apareció por la Facultad más que para hacer exámenes. Al final, su expediente académico resultó ser, con diferencia, el mejor de la promoción. Como lo que se exigía era memorizar información, y como las clases magistrales estaban orientadas a comunicar esa información, mi compañero, que era muy trabajador y algo “raro”, se dedicó mañana y tarde a estudiar en casa los manuales (o los apuntes que le pasaba su novia) en vez de perder la mitad del día yendo a clase. Y le fue muy bien. Esto también explica que la formación, el tipo de formación, que adquiere un estudiante en una facultad presencial, no sea básicamente distinta de la de quien estudia en la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Y no hace falta pensar en la UNED: en las universidades presenciales la asistencia a clase rara vez es obligatoria, y quienes no asisten obtienen resultados similares a los de los demás; la clase, o sea, el profesor, es prescindible. Algo falla.

4. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN ESPAÑA ESTÁ FRACCIONADA EN “RAMAS” DEL DERECHO EXCESIVAMENTE SEPARADAS E INCOMUNICADAS ENTRE SÍ

Yo creo que éste es uno de los peores defectos de la enseñanza del Derecho en nuestro país. No voy a entrar aquí en la cuestión de si la rigidez de la división de la enseñanza por ramas es la consecuencia o bien es la causa de una cultura jurídica general (incluyendo la investigación) que aborda el fenómeno jurídico de ese modo tan “comparti-

mentado”: digamos que la enseñanza refleja y a la vez reproduce ese tipo de cultura jurídica “fraccionada”.

Mi problema con ese enfoque tan desintegrado del Derecho y su enseñanza es cuestión de grado. Por supuesto que, por la misma “voluminosidad” del Derecho contemporáneo antes apuntada, un buen grado de especialización resulta inevitable. Pero lo que tenemos es, sencillamente, exagerado. Nuestros profesores-especialistas poseen un conocimiento profundo, a menudo un auténtico dominio, del específico sector del Derecho que cultivan. Pero adolecen de excesivas lagunas acerca de los demás sectores. Peor aún: muestran a veces un cierto desinterés por los desarrollos jurídico-positivos y doctrinales de las demás ramas jurídicas. Y más todavía por los enfoques sistemáticos, integradores, que analizan el Derecho globalmente considerado (por ejemplo, la Teoría General del Derecho). Dominan su árbol, pero desatienden otros árboles, y desatienden también el bosque. Yo prefiero (y, en España, los hay) un académico especializado en un sector pero que sea a la vez un jurista “culto” en los fundamentos de algunos otros sectores (aunque esté lejos de dominarlos) y que, sobre todo, “le quepa el Derecho en la cabeza”... aunque para ello ese jurista algo más generalista tenga que pagar el precio de no dominar todas y cada una de las “quisicosas” de su especialidad. Por supuesto, la estructura institucional de las Facultades de Derecho (su tajante división en Departamentos y áreas prácticamente incomunicadas entre sí), una vez más, refleja y reproduce esa cultura jurídica divisionista. Trabajamos muchísimo más con compañeros de gremio, aunque estén en Canarias (o en Argentina), que con compañeros de otras áreas de nuestra propia Facultad. Ésta, que como institución podría contribuir a la cooperación académica entre áreas, ha sido fagocitada por los Departamentos y estas últimas, enfocándose cada uno en lo suyo.

Todo esto se refleja en la enseñanza. Si ésta ha de orientarse, como yo defiendo, a la formación de buenos profesionales; y si, como es evidente, en la realidad profesional del Derecho los problemas prácticos que se afrontarán no aparecen tan preestructurados por ramas sino que suelen presentar múltiples aristas que atraviesan las tradicionales divisiones del Derecho, entonces una buena enseñanza jurídica debe ser más integrada y menos especializada que la actual.

En todo caso, en la medida en que la especialización es inevitable (el jurista “todo terreno” es hoy imposible, aunque yo no estoy defendiendo tanto como eso, ni mucho menos), quisiera defender dos ideas: 1) La “hiperespecialización”, siendo mala, es menos nociva en la investigación (en la “industria básica” que produce conocimiento “en bruto”) que en la docencia (que ha de producir en el estudiante conocimiento aplicable a una realidad jurídica mucho menos compartimentada). 2) En tanto que inevitable, el problema no es tanto la especialización como la incomunicación, en la investigación y en la docencia, entre especialistas de diversas ramas; no se trata de que todos sepamos de todo (pero tampoco de que cada uno sepa sólo de lo suyo): la interdisciplinariedad ha de entenderse, al menos, como trabajo conjunto, o como transmisión de conocimientos y cooperación docente entre especialistas de disciplinas diversas.

5. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN ESPAÑA INCULCA UNA VISIÓN FORMALISTA DEL DERECHO

Sería una exageración injusta decir que la cultura jurídica española está todavía anclada en el formalismo puro y duro del siglo XIX. Pero, para mi gusto, y dando por advertidas todas las cautelas que han de tomarse cuando uno generaliza, considero que la mentalidad jurídica española sigue siendo demasiado formalista, y que se sigue transmitiendo a los estudiantes una visión formalista del Derecho y una actitud formalista hacia su manejo.

Pido disculpas por el uso descaradamente ambiguo e impreciso que hago aquí de una etiqueta tan manida como la de “formalismo”, que significa tantas cosas. Pero no es éste el lugar ni dispongo ahora de tiempo para introducir rigurosas distinciones analíticas sobre este “concepto-paraguas”. Tampoco creo que sea estrictamente necesario: emplearé este término como una simple etiqueta o “símbolo” para evocar ideas o corrientes muy diversas a las que me refiero de modo general, confiando en que cualquiera pueda entender “por dónde van los tiros”.³

³ Simplemente enunciaré en esta nota, a modo de recordatorio, algunas de esas ideas, estrechamente relacionadas entre sí (muchas se solapan), que solemos englobar dentro de ese “paradigma” del “iuspositivismo” formalista: tomar como objeto de estudio, como dato “positivo”, las normas jurídicas en cuanto que formalmente válidas (textos,

A efectos de lo que aquí me interesa, esas ideas pueden reducirse a dos, que están ligadas entre sí: 1) la de la "certeza" o el carácter "deter-

paradigma del "Derecho en los libros") más que en cuanto judicialmente aplicadas y/o socialmente eficaces ("Derecho en acción"); atención casi exclusiva a la dimensión estructural o jurídico-formal del Derecho, desatendiendo su dimensión funcional o social y su dimensión valorativa (autonomía o "pureza" de la ciencia jurídica y de su objeto); método de estudio basado en el análisis lingüístico de los enunciados jurídicos y en el análisis de las relaciones lógicas entre éstos, extrayendo conceptos y construyendo un sistema a través de un "método jurídico" (el tradicional de la dogmática) que excluye consideraciones tanto empíricas o sociológicas como valorativas o político-morales; concepción estrictamente "estatalista" del Derecho; énfasis en la vinculación entre Derecho y coactividad; énfasis en el Derecho como expresión de una voluntad del soberano o legislador ("imperativismo", "prescriptivismo", o voluntarismo); legalismo en cuanto a las fuentes ("positivismo de la ley", de la que procede la juridicidad de las demás fuentes); creencia en la "sistematicidad" racional del Derecho (plenitud y coherencia lógica y valorativa del ordenamiento); "deductivismo" o mecanicismo en cuanto a la interpretación y aplicación del Derecho (modelo silogístico, negación descriptiva y "prescriptiva" de la discrecionalidad interpretativa); prioridad de la interpretación literal y de la intención del legislador en la interpretación (interpretación subjetiva); énfasis en la certeza y "predecibilidad" del Derecho (posibilidad de una única respuesta correcta extraíble a partir de estándares únicamente jurídicos, no sociales ni morales); la seguridad jurídica como un valor supremo; énfasis en la separación de poderes, en la deferencia al legislador, en el papel declarativo y no creativo de la actividad judicial ("boca de la ley") y en la tajante distinción entre creación y aplicación del Derecho; tendencia a la generalidad y abstracción, y a la elaboración racional del material jurídico mediante conceptos con un elevado grado de abstracción (conceptualismo); preferencia por el carácter estático del Derecho y especial atención a la armonización de sus reformas con el Derecho preexistente.

Insisto: yo no digo que los profesores de Derecho españoles crean a pies juntillas en todas y cada una de estas ideas y que hoy sea una visión *radicalmente* formalista la que transmitan a sus estudiantes. Pero sí creo que su mentalidad jurídica participa todavía de un paradigma "formalista" configurado a partir de estas "ideas-fuerza", y que cabe detectar una significativa tendencia o propensión hacia ellas (esta discusión, obviamente, versa sobre una "cuestión de grado"). El peso de la historia, y por tanto el peso de una tradicional cultura o conciencia jurídica formalista en España desde el siglo XIX, transmitido precisamente a través de la enseñanza del Derecho, ha dejado una huella que aún no se ha borrado. Apenas dejaron huella, en cambio, las corrientes que protagonizaron la llamada "revuelta contra el formalismo", tales como la jurisprudencia finalista del segundo Ihering, la jurisprudencia de intereses (Heck), la Escuela del Derecho Libre (Kantorowicz), la sociología jurídica de Ehrlich, la Escuela Científica (Gény), el pluralismo jurídico (Gierke), la jurisprudencia sociológica (Pound), o los realismos jurídicos escandinavo (Ross, Lundstedt, Olivecrona) y norteamericano (Llewellyn, Frank).

minado" del Derecho, en el sentido de que éste (por su racionalidad, por su determinación lingüística, por su plenitud y consistencia sistemática, por su coherencia valorativa) constriñe al jurista-intérprete y excluye o reduce su discrecionalidad, dictándole –al menos, en la inmensa mayoría de los casos– una única respuesta correcta; o, todo lo más, el Derecho deja un margen muy limitado de posibilidades de decisión (un margen mucho más limitado que el que en realidad suele existir en muchos más casos de los que el formalista suele creer); y 2) la de la "autonomía" o pureza del Derecho, en el sentido de su cerrazón respecto de consideraciones sustantivas, de tipo sociológico y valorativo (político-moral), tanto en el estudio de una verdadera "ciencia" jurídica como –lo que más interesa ahora– en el manejo práctico del Derecho. Ambas ideas están ligadas: el formalismo transmite el mensaje de que pueden y deben tomarse neutralmente (deductiva o cuasideductivamente) las decisiones que los estándares puramente jurídicos (no consideraciones políticas, morales, o de utilidad social que el intérprete considere) "dictan" unívocamente al jurista.

Mi impresión de que la enseñanza del Derecho en España es todavía demasiado formalista no deriva sólo del conocimiento que uno pueda tener sobre la orientación general de los juristas académicos en España (y que se detecta leyendo sus manuales y sus trabajos de investigación, o discutiendo con ellos; hace poco oí decir, precisamente a una "procesalista", que la jurisprudencia de los tribunales no es fuente del Derecho...) Se deriva también de la experiencia personal que uno tiene como docente (experiencia que otros compañeros suelen confirmar cuando me dicen que ellos también la experimentan). Me refiero a un curioso (o no tan curioso) fenómeno que detectamos quienes, como profesores de Filosofía del Derecho, damos clase tanto en primero como en quinto año de carrera. La experiencia nos muestra que los estudiantes de primero entran en la facultad impregnados de una especie de inarticulado "iusnaturalismo" un tanto ingenuo y bienintencionado (aunque jamás hayan oído hablar del "Derecho Natural"), con una serie de preconcepciones acerca del Derecho –si es que tienen alguna– consistentes en la vaga idea de un orden normativo misteriosamente complejo y oscuro que no se distingue muy bien de la moral ni de otros órdenes sociales normativos. Pero llegan a quinto curso transformados en cuasijuristas dotados de una estrecha

visión formalista del Derecho y de su funcionamiento y, lo que es peor, de un “acrítico” positivismo ideológico (la visión de que el Derecho positivo, por el mero hecho de ser Derecho, está necesariamente justificado y existe un deber moral de obedecerlo), fundamentado en un crudo relativismo moral. Lo que quiero decir con esto es que, con independencia del grado mayor o menor de “formalismo” del que adolezcan los profesores de Derecho (quizá, en sus investigaciones, no sea tanto), lo cierto es que, tal vez a su pesar, y no sé muy bien a través de qué extraños mecanismos (tal vez debido a la necesaria simplificación que la docencia inevitablemente conlleva), el caso es que el efecto real que produce la docencia es el de educar juristas formalistas.

¿Y qué tiene el formalismo para ser una cosa tan mala? Más adelante volveré sobre ello, así que me limitaré a decir sólo dos cosas: 1) Desde un punto de vista teórico, una visión formalista es una falsa visión del Derecho. El formalismo está equivocado. El Derecho es mucho más indeterminado que lo que la visión formalista tradicional suponía, y su hermética cerrazón ante la dimensión social y la valorativa es simplemente un mito inalcanzable. Me remito a la batería de argumentos que una inmensa literatura, la de la “revuelta contra el formalismo”, ha desplegado desde hace más de un siglo sobre la indeterminación lingüística y sistemática del Derecho, sobre la indeterminación introducida por las dificultades de fijar objetivamente los hechos a los que se aplica el Derecho, sobre la apertura que requiere la justificación externa de las premisas utilizadas en la aplicación del Derecho, etcétera. Esa crítica ha logrado que, desde un punto de vista teórico, el formalismo esté hoy bastante desprestigiado: también en España, todo el mundo quiere sacudirse de encima esa etiqueta; y sin embargo, yo creo que, por más que cuando uno entra en un discurso teórico acerca de las ideas formalistas presentadas en abstracto casi todos reniegan de ellas, luego, en el trabajo cotidiano, y especialmente en la docencia, muchos vuelven a las andadas, quizá casi sin darse cuenta. 2) Desde un punto de vista práctico, el formalismo representa una imagen de falsa “necesariedad” del Derecho que resulta “autoparalizante”: degrada la actividad del jurista a la de mero autómatas, incapacita al jurista práctico para un ejercicio profesional más activo, para emprender con autoconfianza la tarea de una elaboración argumentativa del Derecho que desemboque en mejores éxitos prácticos.

Y, peor aún, es política y moralmente paralizante. Representa una rendición de antemano ante las supuestamente nulas o muy limitadas posibilidades de actuación política transformadora y de avance moral que permitiría el trabajo práctico con el Derecho tomado éste en su literalidad *prima facie* o a lo sumo estabilizado mediante las interpretaciones dominantes en la comunidad jurídica. En este sentido, el formalismo es conservador. Por eso creo que es fundamental que una buena enseñanza del Derecho se propusiera, entre sus finalidades básicas, la de educar juristas no formalistas.

6. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO ES POCO PRÁCTICA

Es una reivindicación ya “histórica” de los estudiantes la de una enseñanza “más práctica”. Todos hemos oído, muchas veces, esa reivindicación. En mi opinión, con demasiada frecuencia esa exigencia estudiantil está equivocada. Está equivocada cuando por “práctica” los estudiantes están pensando en los aspectos menores, más “de detalle”, y por tanto más variados, de las rutinas de la profesión. Están pensando en una noción muy estrecha de “práctica”, en aspectos y minucias “procedimentales” más que “procesales” del ejercicio del Derecho (por evocar una conocida distinción de los “procesalistas”). Para entendernos, aunque sea caricaturizarlo un poco: están pensando en la “práctica” en el sentido trivial de “saber rellenar papeles”. Buena parte de su fuerte sensación, al acabar la carrera, de que “no han aprendido nada de la profesión”, se debe simplemente, absurdamente, a que no saben, por ejemplo, redactar una demanda. No a que no sepan los requisitos de una demanda y el papel que ésta juega en el proceso, no. A que no saben con qué jerga forense deben redactar el encabezamiento, o si la firma debe ir a la derecha o a la izquierda. Se quejan de no haber aprendido Derecho Tributario, o al menos de no haberlo aprendido “en la práctica”, porque nunca han rellenado en clase el impreso de la declaración sobre la renta.

La respuesta estándar que suele darse a estas quejas es bien fácil: es el eslogan de que “la práctica se aprende practicando”. Es explicarles que saber “de verdad” Derecho Tributario no consiste precisamente en saber rellenar el impreso de la declaración (que cualquier no jurista sabe rellenar aunque la primera vez, también a los licenciados en Derecho,

les cueste un poco). Se les dice que la universidad está para cosas más serias, que no es su función descender a esa práctica entendida como "papeleo". La universidad debe proporcionar una formación mucho más generalista. Hay que tranquilizar al estudiante: ese tipo de práctica al que se refieren se aprende en muy pocos meses, nada más comiencen a ejercer; con una o dos veces que se haga cada papel o cada trámite rutinario, ya se habrá aprendido para siempre. Además, cuando se reclama más práctica en este sentido ¿qué tipo de práctica se pide? ¿la del abogado ejerciente? ¿la del abogado penalista, civilista, mercantilista, matrimonialista, laboralista, laboralista de sindicatos, laboralista de empresa, administrativista, asesor fiscal...? ¿la del juez, el fiscal, el secretario? ¿la del notario, la del registrador de la propiedad? ¿la del inspector de Hacienda, o de Trabajo? ¿la del secretario de Ayuntamiento, la del Técnico de la Administración Civil? ¿la del jurista a sueldo de una empresa y que trabaja en su dirección, en la jefatura de personal, en la sección comercial? ¿qué tipo de empresa, de qué tamaño, en qué sector económico? (y aún podríamos continuar con profesiones jurídicas más "raras", como la de diplomático, legislador, cuerpo jurídico militar, o, por qué no, profesor de universidad). Obviamente, enseñar la práctica "menor" de decenas de salidas profesionales es imposible para la universidad.

Dicho esto, la reivindicación de una enseñanza más práctica sí me parece justificada si por "práctica" se entiende otra cosa: una formación más "metodológica" que capacite "en general" para el manejo del Derecho en las más variadas profesiones jurídicas; y que no se obsesione tanto por comunicar los contenidos de las normas "en los libros" y mire más al funcionamiento del Derecho "en acción", desplazando el "foco atractivo", hoy situado en la perspectiva del legislador, de la norma en el BOE, hacia la perspectiva del juez, de la norma en el Aranzadi (muchos estudiantes acaban la carrera sin apenas haber manejado un repertorio de jurisprudencia, y sin que la Facultad apenas les haya llevado a observar un juicio). A la defensa de una enseñanza más práctica en este otro sentido dedicaré buena parte de esta ponencia. Ahora sólo quiero constatar, como diagnóstico, que el reproche estudiantil hacia el carácter "poco práctico" de la enseñanza del Derecho, aunque a menudo vaya muy desencaminado, apunta hacia algo cierto: nuestra enseñanza es poco práctica, también en el "buen sentido" de "práctica" que desarrollaré después.

7. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO ES POCO TEÓRICA

La queja estudiantil sobre la escasez de práctica se presenta a veces “en negativo”: desde nuestro academicismo, que desprecia el “sucio mundo” del ejercicio profesional, nuestra enseñanza parece ir dirigida no a la práctica sino a la formación de profesores de universidad, que es de lo que sabemos. O sea: la enseñanza es poco práctica, porque es demasiado teórica.

De nuevo aquí, la crítica, y su justa respuesta, resulta ambivalente. Igual que cabe hablar de mala y buena enseñanza práctica (como papeleo o como metodología), también cabe hablar de mala y buena teoría en la enseñanza. Defenderé que la actual enseñanza del Derecho en España es demasiado teórica “en el mal sentido”, pero insuficientemente teórica “en el buen sentido”.

Antes señalé que nuestras facultades forman ante todo opositores, dada la centralidad de la enseñanza memorística sobre contenidos de normas. Eso es sólo una parte de lo que hay. Me refiero a que, dentro de esa enseñanza memorística, no sólo se enseñan normas: también se enseña dogmática, o se enseñan las normas presentadas a través de su elaboración dogmática. Se enseñan discusiones doctrinales sobre la interpretación de las normas, se enseñan conceptos e instituciones jurídicas elaboradas por la dogmática, y se enseñan las sistematizaciones que a partir de ellos realizan los dogmáticos en cada sector del Derecho positivo.

Yo veo la actual enseñanza del Derecho en España (pido perdón por la grosera simplificación: es para explicarme) básicamente como un híbrido que han legado dos de sus grandes progenitores: la escuela de la exégesis francesa y el conceptualismo jurídico alemán (el del primer Ihering, la *pandectística* y la dogmática del Derecho Público alemana). Afortunadamente, con más dosis del segundo ingrediente que del primero. El método (mejor: el no-método) de la escuela de la exégesis me temo que todavía se puede detectar en alguna docencia en las aulas y en algunos malos manuales docentes que, al estilo de ese género de los “Comentarios de leyes” (que siguen publicándose), no hacen en realidad mucho más que reproducir con otras palabras (a veces, ni siquiera tan distintas) el contenido del Código o de la legislación que se enseña, siguiendo la sistemática de la propia legislación, y procediendo casi artículo

por artículo. Ni se interpreta en profundidad, ni se construyen conceptos dogmáticos suficientemente elaborados, ni prácticamente se sistematiza el material jurídico. Estos manuales se parecen demasiado a los textos que se elaboran para la preparación de oposiciones. No es ya que sea “mala teoría”: es que ni siquiera es teoría, apenas es dogmática. Es transmisión pura y dura de información de contenidos de normas. Dan ganas de pedir que, a esta “pseudodogmática” tipo manual de la Academia Adams, el Boletín Oficial del Estado le reclame derechos de autor. A veces estos manuales se publican para llegar apresuradamente al mercado cuando se acaba de producir una importante reforma legislativa, sin tiempo material para que el autor “teorice” en serio sobre la nueva normativa: simplemente, nos la cuenta. Hay también manuales “correctos”, e incluso buenos, que sin embargo caen en este defecto de vez en cuando, en algunos epígrafes. La inutilidad práctica de esta “pseudoteoría” es tal, que los propios estudiantes deciden, y hacen bien, aparcar el libro cuando estudian, y empollarse directamente los artículos en el Código. Creen que “lo más práctico” es conocer las normas, no el libro, que dice lo mismo pero casi “molesta”. Si el libro es de éstos, tienen razón.

El otro ingrediente, el heredero de la jurisprudencia conceptualista, sí que es teoría. Y creo que es el ingrediente mayoritario. En este tipo de docencia y de “manualística” cabe distinguir, aun así, buena y mala teoría. Es mala teoría, en mi opinión, la que se recrea en el vicio academicista de una filología escolástica, plagada de citas, en torno a las opiniones de un sinfín de autores enfrascados en discusiones bizantinas carentes de toda relevancia práctica (aunque he de decir que a veces entrar en esas discusiones, por absurdas e inútiles que sean en cuanto a su contenido, puede tener indirectamente una cierta utilidad para lo que yo más reivindico: formar en capacidades argumentativas, enseñar a discurrir y argumentar; pero esa utilidad también la tendría discutir del sexo de los ángeles). Es mala teoría la que discute sobre interpretaciones y elabora conceptos y clasificaciones sin tener en cuenta y/o sin mostrar al estudiante las consecuencias jurídico-prácticas, sociales y político-morales a que conduciría defender una interpretación distinta o una elaboración conceptual alternativa. Es mala teoría la que incurre en los defectos del esencialismo de los conceptos, la que, como criticaba el segundo Ihering, “rumia en el cielo de los conceptos” y deifica su-

puestas “naturalezas jurídicas” creyéndose sus propias metáforas, la que pierde de vista que los conceptos son creaciones humanas fruto de decisiones valorativas sobre la utilidad cognoscitiva o práctica, e incluso sobre la corrección política y moral, del modo en que decidamos clasificar y representar el mundo jurídico. Es mala teoría la que fosiliza sus propias clasificaciones conceptuales (o las que ha recibido) y pretende meter en ellas con calzador, distorsionándolas, nuevas realidades normativas que requieren nuevas elaboraciones conceptuales (cortan algún dedo al cliente en lugar de fabricarle otros zapatos). Es mala teoría la que no atina con el nivel de abstracción adecuado para el material concreto sobre el cual conceptualiza y para los fines con que lo hace, la que mezcla lo que no debe mezclar o separa lo que no debe separar, y tiende normalmente a elevarse hasta una formidable abstracción de inútiles conceptos-paraguas descontextualizados, desconectados de la realidad que les sirvió de base (o, a veces, en la dirección contraria, se entrega al vicio de distinguir por distinguir, de romper un pelo en diez pedazos sin que eso sirva más que para que dejemos de ver la relación de cada fragmento con los demás). Es mala teoría la que no respeta ciertas reglas básicas del discurso conceptual (por ejemplo, sobre cómo hacer definiciones, o sobre las propiedades técnicas de una buena clasificación, o la regla de no multiplicar categorías innecesariamente...) y presenta sistematizaciones del Derecho que confunden más que aclarar la que ya había hecho el legislador.

A menudo el estudiante se encuentra con esta mala teoría en la docencia: páginas y páginas, u horas de clase, de inútiles disquisiciones sobre si “la naturaleza jurídica” del matrimonio es la de una “institución” o la de un contrato, o sobre si la donación “es” o no un contrato, o sobre la diferencia que trazan los alemanes entre el *wertpapier* y el *papierwert*, o sobre “la unión hipostática entre el negocio cambiario y el título *cartáceo*” (creo que era algo así), o –para no salvarme de la quema– sobre si Kelsen dijo o dejó de decir esto o aquello en según qué edición de su *Teoría Pura del Derecho*, o sobre la distinción entre reglas *tético-constitutivas* y reglas *tético-tético-constitutivas* (sic). Cuando el estudiante se topa con estas cosas, reacciona, de nuevo con bastante razón, quejándose de que la enseñanza que recibe es “demasiado teórica”, hecha por profesores para formar profesores. Hay que introducir aquí un matiz: lo que se enseña

a los estudiantes son los resultados, los productos, de esa mala dogmática (y también los de la buena). Si formar un profesor-investigador fuera enseñarle “teorizaciones” dogmáticas ya elaboradas, en esa medida efectivamente formaríamos profesores. Pero si formar un profesor consiste –así debería ser– no tanto en “informarle” de esas construcciones dogmáticas ya hechas, sino sobre todo en enseñarle a hacerlas él mismo (enseñarle, digamos, el “método” para producir dogmática), entonces nuestras facultades ni siquiera forman profesores.

En nuestras facultades de Derecho también se practica y enseña una teoría, una dogmática, considerada “buena”. No voy a detenerme otra vez a explicar a qué me refiero ahora con lo de “buena dogmática”: sería “el negativo” de mi anterior caracterización de la “mala”, aquella que no incurre en esos defectos: la que elabora conceptos agrupando materiales de forma adecuada para una más fácil comprensión del Derecho, o para facilitar la comunicación entre los juristas, o, sobre todo, para perfeccionar la creación y aplicación del Derecho (una dogmática que verdaderamente sea útil para una mejor práctica jurídica).

Cuando digo, por tanto, que en mi opinión la enseñanza del Derecho es “poco teórica”, lo digo por lo siguiente:

- Esa considerada “buena” dogmática –que técnicamente lo es– aparece en la enseñanza en dosis proporcionalmente insuficientes, cuando en realidad es muy útil para la práctica: ante la buena dogmática, el estudiante no podría (en todo caso, no debería) quejarse de una enseñanza “demasiado teórica” o “para profesores”.
- Como propondré después, se echa mucho más aún en falta mayores dosis de teoría en un sentido distinto de la dogmática (buena o mala) tradicional, que sigue adoleciendo del “pecado” de formalismo.
- También, y sobre todo, defenderé una enseñanza más metodológica, un enfoque más argumentativo de la enseñanza “del Derecho positivo”, y ello comporta una cierta formación previa sobre los rudimentos de la llamada “teoría de la argumentación jurídica”. Este tipo de teoría también es muy escasa o nula en nuestras facultades.

8. EL “NIVEL INTERMEDIO” DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

Con muchos matices, he venido a decir en mi diagnóstico, simultáneamente, que la enseñanza del Derecho en España es “poco práctica” y “poco teórica”. ¿Cómo se entiende esta paradoja? ¿Con qué crítica a la enseñanza del Derecho me quedo, con la de que es poco práctica, o con la de que es poco teórica?

Con las dos. Mucho de lo dicho hasta ahora en cuanto a mi diagnóstico se puede presentar y resumir mostrando cómo la enseñanza del Derecho se desarrolla en un nivel de discurso “intermedio” que devalúa otros posibles niveles de discusión. Este nivel intermedio separa la “teoría” de la “práctica” (cuando convendría superar esa escisión tan tajante), y al final acaba por no enseñar satisfactoriamente ni una ni otra. No se proporciona a los estudiantes una sólida formación intelectual para comprender a fondo, investigar y criticar el fenómeno jurídico en su dimensión social, histórica, filosófica y política; pero tampoco se les muestra el funcionamiento real del Derecho en la práctica cotidiana, ni se les capacita profesionalmente para esa práctica. Hay un divorcio en la enseñanza del Derecho respecto de concepciones tanto más abstractas como más concretas. Ni la “teorización” global ni el funcionamiento real del sistema jurídico o de la práctica de los juristas encaja dentro de esta concepción limitada. La enseñanza ignora o denigra la formación en las capacidades intelectuales e interpersonales necesarias para estudiar y practicar Derecho satisfactoriamente; y opera partiendo del presupuesto de que la enseñanza de la práctica del Derecho debe tener lugar “en” la práctica del Derecho precisamente porque opera con una noción estrecha de “práctica jurídica” (papeleo), sin asumir que es perfectamente posible, y necesaria, una formación práctica “en el buen sentido” (argumentación) proporcionada desde la Facultad.

El nivel intermedio al que me refiero (llamémosle “nivel 2”) es en España el que se practica con la “docencia memorística” de normas, y con la “docencia de dogmática jurídica descriptiva” (descriptiva de normas formales, no de los hechos del Derecho), interpretativa y conceptual, que se presenta como supuestamente objetiva, “avalorativa”, neutral. Este “nivel dogmático-jurídico” pretende cumplir, ante todo, una “finalidad cognoscitiva”. Es “enseñanza (transmisión, información) de conociemien-

tos" (aunque la dogmática en este nivel, cuando es técnicamente buena, resulta enormemente útil para la práctica: nivel 3). Este nivel central arrincona en lugares periféricos de la enseñanza los otros dos niveles.

"Por debajo", digamos, del nivel cognoscitivo cabría hablar de un "nivel 3" que sería el de la "formación metodológica o argumentativa" para el ejercicio del Derecho. Este nivel pretende cumplir, ante todo, una "finalidad práctica": no tanto "saber Derecho", sino "saber usarlo" bien, de un modo técnicamente hábil. Como hemos visto, la presencia de este nivel es escasísima, tanto si entendemos "práctica" en el mal sentido (como papeleo, decíamos), como si la entendemos en el buen sentido: como "formación (capacitación) metodológica en habilidades y técnicas argumentativas" (el absurdo de que la facultad enseñara a hacer papeleo parece como si sirviera de coartada para excluir la formación metodológica y para casi limitarse a la enseñanza de conocimientos normativos y dogmático-jurídicos).

"Por encima" del nivel cognoscitivo, cabría hablar también de un "nivel 1" en el cual se introduciría la formación, ahora en el sentido de genuina "educación" (no ya sólo de enseñanza ni de capacitación) "en la dimensión político-moral del Derecho". Se trata del nivel de discurso abiertamente valorativo en el que se plantean y discuten, en su relación con el Derecho, las "cuestiones fundamentales" sobre el orden social y su transformación. Este nivel pretende cumplir una "finalidad crítica" y también "constructiva". La presencia de este nivel en nuestra enseñanza no es nula, pero sí muy escasa y, sobre todo, está mal ubicada, porque aparece "separada" de lo que se considera "el Derecho". Por este nivel entiendo el discurso valorativo que sólo se suele mostrar en asignaturas "marías" y arrinconadas (a menudo como optativas) en las que se enseñan nociones de filosofía política y/o moral, filosofía y teoría del Derecho, historia del Derecho, sociología del Derecho, derechos humanos, o teoría social (también aparece este discurso en asignaturas tales como Relaciones Internacionales, Derecho Constitucional, Ciencia Política, o Deontología Profesional)... simplificando, humanidades y ciencias sociales. No se sonrían: no voy a pedir más créditos para las asignaturas de mi área de filosofía del Derecho; mi propuesta ideal conllevaría, en todo caso, a regalarles a ustedes créditos de filosofía del Derecho y de esas otras marías, de modo que tuvieran tiempo para introducir este otro tipo de

discurso “en el seno” de sus enseñanzas “científicas” sobre el Derecho positivo; eso es lo que a mí me interesa. Si el nivel 2 era enseñanza de conocimientos, y el nivel 3 era formación en capacidades o aptitudes (con “p”), este nivel valorativo-crítico es “educación en fines, valores y actitudes” (con “c”) hacia el Derecho. Por supuesto, al igual que el hoy preponderante nivel intermedio (el nivel 2 o dogmático-jurídico), este nivel crítico-valorativo es también eminentemente teórico. Pero es teórico en un sentido obviamente bien distinto al que usamos cuando nos referimos a la dogmática tradicional como la “teoría” en la enseñanza del Derecho: no sé si será exacto denominar a esta otra teoría “teoría de segundo orden” (respecto de la dogmática); en todo caso, no tiene esas pretensiones de teoría “científica” o “técnica”: pretende precisamente combatir la imagen de neutralidad valorativa que del discurso jurídico y del trabajo del jurista ofrece la dogmática.

ALGUNAS PROPUESTAS

En la parte constructiva de esta ponencia defenderé una serie de propuestas que parecen estar orientadas hacia dos direcciones opuestas. Reivindicaré, ante todo, una enseñanza más “práctica” orientada al ejercicio de las profesiones jurídicas. Pero también sostendré que se debe aumentar y elevar el nivel de la formación “teórica” del estudiante (reivindicaré la introducción en la enseñanza del discurso moral y político –el planteamiento de las “cuestiones fundamentales” – a través, entre otras cosas, del reforzamiento de los aspectos filosóficos, históricos, de teoría social y política, etc.). Y es que mis propuestas para mejorar la enseñanza del Derecho, fundamentadas en el anterior diagnóstico, irán dirigidas a combatir ese estrecho “nivel intermedio” hasta ahora predominante. Pero mi idea no es simplemente reforzar “cuantitativamente” los niveles 3 (práctico-metodológico) y 1 (político-moral) para intentar igualarlos, en una especie de competición, con el nivel “intermedio” de docencia de conocimientos normativos y dogmáticos. Mi idea es aproximarnos al ideal (probablemente inalcanzable al cien por ciento) de una enseñanza verdaderamente integrada en la que esa separación de niveles “tienda a” desaparecer: se trataría de “fundir entre sí los tres niveles”. Los tres participarían simultáneamente, mezclados, en la docencia “del Derecho

positivo". Pero en la coctelera no habría que meter idénticas dosis, ni mucho menos, de cada uno de esos tres ingredientes, y ello no ha de dejar de notarse en el resultado de esa fusión. Como estrategia, el "foco atractivo" desde el cual aproximar los tres niveles sería el de la formación metodológica en capacidades argumentativas (el nivel 3, el práctico). Dejo para después la "explicitación" de cuál es la finalidad última o profunda de la fusión que propongo (aunque ya la he anunciado desde el comienzo mismo de esta ponencia). Y vaya por delante que, en mi opinión, la mejora real de la enseñanza del Derecho no depende del hallazgo de una panacea que solucione todos los problemas, sino que sería el resultado de la combinación de decenas de reformas y actuaciones concretas, grandes y pequeñas. Pero esas reformas necesitan una orientación general, un norte, y yo pretendo centrarme aquí en ese norte.

Mi punto de partida es el siguiente postulado: *la enseñanza del Derecho debe encaminarse, principalmente, a la formación de buenos profesionales del Derecho*. Hay que renunciar, cuando los hay, a nuestros excesos de academicismo en la enseñanza, a nuestro recelo hacia el mundo de los juristas prácticos; hay que desarmar los posibles argumentos que puedan esgrimir quienes nos acusan de que somos académicos que sólo sabemos formar académicos. No somos una facultad de humanidades, de ciencias sociales, ni de filosofía. Somos antes que nada una escuela profesional (reivindicaré ese tipo de saberes, pero en la medida en que se orienten a la formación no de leguleyos sino de buenos profesionales del Derecho, para la cual resulta que son imprescindibles). El Derecho no es un objeto que "está ahí" para ser conocido. El Derecho es un medio de ordenación de la conducta social según ciertos fines y valores. Y, por tanto, el estudio y la enseñanza del mismo Derecho no es el cultivo de una "ciencia pura" con fines cognoscitivos. La llamada "ciencia del Derecho" ha de ser ante todo, nada más (pero nada menos) que una técnica, una artesanía si se quiere, no por ello menos "noble" que las "ciencias", ni intelectualmente menos "enjundiosa" (todos sabemos la sofisticación que llega a alcanzar), y desde luego de una relevancia social formidable. Por supuesto que el instrumento que es el Derecho ha de ser "conocido". Pero su conocimiento, y por tanto su enseñanza, ha de estar permanentemente orientado a, teñido por, su uso, su aplicación real.

Si se acepta este postulado, esta actitud, inmediatamente salta la gran pregunta: ¿en qué consiste ser un “buen profesional”? Para mí, un buen profesional es un jurista técnicamente competente y, además, política y moralmente bien orientado. “Técnicamente competente” significa, por un lado, que “conozca” su herramienta (el Derecho); pero, sobre todo, que esté dotado de “aptitudes” para manejarla hábilmente en la práctica. Y esto último supone que no se rinda al único uso o al limitado espectro de usos para el que la herramienta se le presenta *prima facie* como apta, sino que, más que someterse a ella, considere la herramienta jurídica como lo que es, un instrumento en sus manos, con el que no puede hacer “cualquier” cosa, ciertamente, pero sí puede optar, si sabe manejarla, entre muchos más usos de los que aparecen en su libro de instrucciones. Dejando ya la metáfora, y por usar etiquetas bien conocidas: un jurista que, además de conocer la “normativa” mediante la “dogmática” en que viene elaborada, domine sobre todo las técnicas de la “argumentación jurídica”, y que con ellas maneje el Derecho de un modo “no formalista” sino “instrumentalista”. “Política y moralmente bien orientado” quiere decir comprometido o activo en una dirección de reforma o transformación social que esté moralmente justificada: que asuma la responsabilidad moral que supone cada una de las opciones que él toma acerca del uso de la herramienta (quedarse en el uso *prima facie* a menudo es en realidad una más de esas opciones), 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.

No es difícil adivinar en el párrafo anterior los tres niveles de los que vengo hablando, que son las tres finalidades que por tanto ha de integrar la enseñanza de “buenos profesionales”: finalidad cognoscitiva (“enseñanza” de conocimientos), práctica (“capacitación” argumentativa) y crítica (“educación” en fines y valores). Analizaré cada una de ellas por este orden.

1. ENSEÑANZA DE CONOCIMIENTOS (FUNCIÓN COGNOSCITIVA, NIVEL 2)

Enfatizaré muchísimo más la formación práctica en razonamiento jurídico que la información sobre conocimientos acerca del Derecho posi-

tivo. Pero esta última no ha de desaparecer, desde luego. Aquí hay que distinguir entre la memorización de normas y la formación teórica en dogmática jurídica.

Antes insistí en la enorme cantidad de normas que deben aprender de memoria los estudiantes. El corolario de ese diagnóstico, como propuesta, es obvio: se puede y debe reducir muchísimo esa cantidad. Quizá reducirla a la mitad –no exagero–, o incluso a menos de la mitad. Hay países –aunque no voy a proponer yo eso– en los que la enseñanza del Derecho, siendo de muy buena calidad, consta de tres años académicos (aquí no son muchos quienes verdaderamente acaban en cinco años). Se podría reducir mucha materia, al menos por tres razones: 1) Buena parte de lo que se estudia es sencillamente obsoleto, apenas relevante en la sociedad actual (p. ej., la enfiteusis), y podría suprimirse o, en todo caso, prestarle una dedicación más básica o más de detalle en proporción a su importancia práctica actual. 2) Mucho de lo que se estudia es enormemente cambiante y carece de sentido estudiarlo (¿para qué aprenderse los tipos de gravamen –¡la cifra!– de impuestos sobre bebidas alcohólicas, gasolina, etc.?). 3) A menudo basta una reducida selección de instituciones-tipo (un par o dos de contratos, o de derechos reales, o de tipos delictivos) que sirvan de modelo. Las normas están en los libros, se pueden consultar, sin necesidad de aprenderse tantas.

Otra propuesta obvia (en el terreno institucional) derivada de lo dicho antes a este respecto: lúchese por cambiar la actual orientación memorística de las oposiciones para la función pública, o establézcase un filtro tipo examen práctico para el acceso a la Abogacía (España es el único país de Europa donde basta con aprobar la carrera), y tal vez la enseñanza cambie en esto. La cosa en realidad no es tan sencilla, porque no se trata simplemente de que la demanda que se le pide a la Facultad sea de “memorizadores” de normas, sino que probablemente la propia oferta de la Facultad (“memorizadores”), incide en la formación misma de esa demanda, por lo que el flujo corre en ambas direcciones.

No quiero pasarme de demagógico. Aunque en cantidad mucho menor, es cierto que un buen jurista debe adquirir también un bagaje de conocimientos sobre contenidos de normas, y retener esa información en su cabeza. Lo que ocurre es que el “método” memorístico con el que se enseña a retener esa información es ineficiente en sus propios términos,

y además hay métodos alternativos. “En sus propios términos” memorísticos, es ineficiente porque el sistema favorece el enorme atracón de “empolle” en época de exámenes, información que, así adquirida, se pierde al cabo de una semana de haber hecho el examen, aunque ese día haya servido para sacar sobresaliente. O sea: puestos a exigir memorización, sería mucho más eficiente un sistema “de colegio”, de evaluación continua, que fuerce a estudiar desde octubre, en pequeñas dosis cada vez y con “repasos”. Las cosas se memorizan de verdad aprendiéndolas, olvidándolas, y volviendo a aprenderlas, y así varias veces. Pero es que hay métodos alternativos, no memorísticos, de retención de información que producen mejores resultados. Quizá sean más lentos, pero la reducción de la cantidad compensaría ese obstáculo. Me refiero a hacer trabajos, discutir la información en clase en lugar de recibirla pasivamente, analizar casos prácticos, prepararse el estudiante lo que se verá en clase antes de acudir a ella... son precisamente los métodos que defenderé para una enseñanza más metodológica. Y aquí aparece una vía para la “fusión” entre el nivel práctico de formación metodológica y el de la enseñanza de conocimientos: resulta que, aunque no sea ésa su finalidad directa, una formación metodológica en razonamiento jurídico, como la que veremos, produce a la vez resultados más sólidos en cuanto a esta (insisto, limitada) necesidad de retención de información. Yo no sé nada de psicología cognitiva o de la educación. Apelo a mi propia experiencia, que estoy seguro que es también la de ustedes. Desde que soy profesor, he aprendido una buena cantidad de información, que retengo en la memoria. Pero desde mi último examen jamás he vuelto a “empollar”: he memorizado, casi sin darme cuenta, a la vez que leía (no “me estudiaba”) libros y artículos, preparaba clases, investigaba en mi tesis, escuchaba conferencias en congresos, discutía con mis compañeros en seminarios y en el pasillo...

El otro aspecto de la docencia de conocimientos es el de la dogmática (y ya sé que están muy ligados, porque las normas se enseñan –lo malo es que no siempre– presentadas en su elaboración dogmática). Por su inutilidad práctica, hay que suprimir, por supuesto, tanto la “pseudodogmática” tipo manual de la Academia Adams, a la que antes me refería (la que viene a repetir lo que dice el Código), como la “mala” dogmática

a la que también me referí (la escolástica, irrelevante, esencialista, técnicamente mal hecha, descontextualizada, etc.).

En cuanto a la “buena dogmática” (la “considerada buena”, o “técnicamente buena”), dado que es útil, mi propuesta es preservarla, incluso aumentarla si es que efectivamente es insuficiente, pero transformándola en el sentido de suprimir su formalismo. Para ello será necesario fusionarla al menos en parte con el nivel de la capacitación metodológica en razonamiento jurídico, es decir, enseñarla con ocasión de la argumentación sobre casos prácticos, haciendo cursos extras tipo “lección magistral” en la discusión sobre éstos para introducir explicaciones conceptuales, o incluso explicando directamente los conceptos tal y como aparecen “aplicados” en los casos. Pero, sobre todo, será necesario fusionarla con el nivel político-moral, que ha de introducirse en ella, ¿me explico?

La buena dogmática, tal y como se cultiva y enseña, resulta muy útil para la práctica. Cuando antes decía que la enseñanza del Derecho debe formar buenos profesionales del Derecho, una posible reacción, por ejemplo, la de uno de esos estudiantes que se quejan de que formamos profesores, sería la de solicitar entonces que se suprima o reduzca tanta teoría. Hay que hacer ver a ese estudiante (y a algún que otro profesor reproductor de artículos “a pelo”) que, dentro de entre lo que le están enseñando hoy por hoy, son precisamente los aspectos más “teóricos”, las “conceptualizaciones” dogmáticas (cuando son buenas), lo más práctico que recibe, de cara a su posterior ejercicio profesional. Ese estudiante piensa que “lo práctico” (ya que no le ofertan suficientes “prácticas-papeleo”) es aprender normas sin más, y que su elaboración dogmática es un engorro de académicos a los que les gusta tanto complicar las cosas. Hay que decirle que esas elaboraciones conceptuales son precisamente el “poso” que le va a quedar (los artículos que se empolló se le van a olvidar, o se los van a derogar), y ese poso es lo que le va a permitir asimilar y comprender la normativa que no llegó a estudiar en la carrera o la nueva normativa surgida de una reforma. Que la diferencia entre un jurista y un leguleyo es precisamente ésa, que el leguleyo sólo sabe contenidos de normas, mientras que el jurista, aunque “se sepa” menos contenidos, domina un método (ese “mismo lenguaje de todos los juristas y de todas las épocas” al que se refería Ihering) que resulta más útil precisamente porque trasciende los contenidos normativos concretos. En

suma, por decírselo más gráficamente, que las “partes generales”, más teóricas, son a la larga mucho más útiles y “prácticas” que las “partes especiales”.

El problema es que esta “buena dogmática” proporciona únicamente una utilidad cognoscitiva y técnica para la mejor comprensión y asimilación del Derecho. Pero, normalmente, busca la objetividad, la neutralidad, la “cientificidad”, y por ello elude la “explicitación” abierta del discurso valorativo, de carácter político y moral. En ese sentido de fondo, sigue siendo “formalista”: ofrece una imagen demasiado “determinada” y “cerrada” del Derecho. De modo que las capacidades que esta dogmática proporciona representan un instrumento útil para el jurista, pero le impiden plantearse, o tomar conciencia, de la verdadera amplitud de posibilidades de manipulación del Derecho y ponerse a jugar dentro de ellas (eso lo posee más el jurista-argumentador/“instrumentalista” que el jurista-dogmático/científico), y le impiden también vislumbrar el terreno valorativo sobre el cual el jurista debería fundamentar esa manipulación (nivel político-moral).

Habría pues que construir un tipo de “teorización” jurídica no-formalista que fuera no sólo más abierta a consideraciones sociológicas, sino sobre todo que introduzca abiertamente, “dentro de la enseñanza del Derecho positivo” y de su elaboración dogmática, el discurso moral y político y el cuestionamiento de las grandes cuestiones de fondo sobre el mundo social que tenemos y sobre cómo contribuir a transformarlo utilizando el Derecho. Este otro tipo de dogmática (no sé si debería seguir llamándose así) que propongo, prácticamente no existe en nuestras facultades. Y sería, para mí, la dogmática ideal, la que sería verdaderamente buena... y práctica.

Hasta aquí, el ingrediente de la docencia cognoscitiva y lo que habría hacer con él: en definitiva, suprimir precisamente su pretendidamente científica “pureza cognoscitiva”, contaminándola de argumentación “instrumentalista”, y de valores. En cuanto a la dosis de este ingrediente, sería mucho más reducida que la que hay hoy: he propuesto una drástica reducción de cantidad de materia a “conocer”, aunque manteniendo e incluso aumentando “proporcionalmente” su esqueleto dogmático-conceptual (pero, al estar referido a menos materia, centrado sobre todo en las partes generales, su cantidad también descendería en valores abso-

lutos). Esto es importante porque liberaría energías (tiempo y esfuerzo docente y de estudio) para dedicarlas al siguiente ingrediente, que es el foco, y que por sus propias características consume mucho más tiempo.

2. CAPACITACIÓN METODOLÓGICA EN TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS (FUNCIÓN PRÁCTICA, NIVEL 3)

La gran carencia de la actual enseñanza del Derecho en España es precisamente el elemento más necesario para formar juristas prácticos que sean “técnicamente competentes”: la formación en “aptitudes”, en capacidades o habilidades intelectuales para el “uso” del instrumento jurídico. Se trata de implantar una formación metodológica sobre las técnicas de creación y, sobre todo, de aplicación del Derecho: capacitar al alumno para el razonamiento o argumentación jurídica.

2.1. EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN (ENFOQUE Y ACTITUD GENERAL)

El tipo de formación práctico-metodológica que propongo hunde sus raíces en un cambio radical de enfoque o de actitud “general” hacia el Derecho y su enseñanza: todo un cambio de mentalidad que representa el prerequisite básico para su comprensión y posterior implantación en nuestras facultades. Me refiero a un enfoque general hacia el Derecho que podemos denominar “instrumentalista”, o el de “el Derecho como argumentación”.

Es un lugar común, al menos entre los “iusfilósofos”, distinguir tres grandes dimensiones o aspectos de ese fenómeno tan complejo que es el Derecho y, correlativamente, tres grandes perspectivas o enfoques desde las que contemplarlo, según nos centremos en cada una de esas dimensiones: la dimensión/perspectiva estructural o normativa, la funcional o sociológica, y la valorativa o axiológica.⁴ Es también un lugar

⁴ Cfr., por todos, DÍAZ, Elías, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1971 (1ª ed.), especialmente Capítulo IV. La perspectiva estructural se centra en la pregunta “¿qué es el Derecho?” (o “¿qué es el Derecho Civil, el Penal, el Procesal, etc.?”) entendida como una pregunta acerca de los elementos que lo componen y cómo éstos están sistemáticamente estructurados entre sí; y responde viendo el Derecho básicamente como un conjunto, un sistema, de normas válidas: se ocupa pues de la dimensión normativa del Derecho, analiza sus normas en cuanto que formalmente –jurídicamente– válidas (interpreta los textos legales tal y como han sido puestos por

común, precisamente entre quienes utilizan “como punto de partida” este conocido planteamiento “tridimensional” (así se le suele denominar, desde Miguel Reale), llamar la atención sobre la necesidad de “integrar” estas tres perspectivas, huyendo de pecaminosos “reduccionismos unilaterales” que se centran con excesiva exclusividad en una sola de esas dimensiones y que, peor aún, de entre las tres cuestiones clave (validez jurídica, eficacia social, justificación moral), “reducen” –reconducen, hacen depender de– las cuestiones propias de las otras dos a la dimensión que ellos han elegido como principal (serían, respectivamente, los “reduccionismos” en que incurren, respectivamente, el “iuspositivismo” formalista, el sociologismo y realismo jurídico extremo, y el “iusnaturalismo”).

el legislador), y las relaciones lógicas entre éstas, elaborando a partir de ellas conceptos jurídicos que ayuden a sistematizarlas racionalmente en cada sector del Derecho positivo; se trata del enfoque que suele calificarse como típicamente, estrictamente, jurídico: el de la dogmática o ciencia del Derecho que se cultiva y enseña en las facultades de Derecho (donde, por más que se pueda reconocer la importancia de otros discursos acerca del Derecho, como el sociológico o el valorativo, se desatienden como no verdaderamente “jurídicos”). La perspectiva funcional entiende en cambio la pregunta “¿qué es el Derecho?” en el sentido de “¿para qué sirve, socialmente, el Derecho?”, cuál es su función social; y se centra por tanto en la dimensión sociológica del Derecho en cuanto que hecho o fenómeno social, analizando las causas sociales que están en el origen de las normas, su aplicación “real” en sede judicial (perspectiva del juez que se antepone a la del legislador, la cual sería la básica para el primer enfoque), y sus fines, eficacia y efectos sociales (socioeconómicos, políticos, etc.); le preocupan las conductas jurídicas o “el Derecho en acción” más que las normas en cuanto que formalmente válidas (el “Derecho en los libros”). Es la perspectiva propia de la sociología del Derecho y, también, la de las diversas versiones de lo que podríamos denominar una dogmática jurídica “sociológicamente orientada” o una “jurisprudencia sociológica” (en sentido amplio) que, desde la llamada “revuelta contra el formalismo” del último tercio del siglo XIX, han sido defendidas y a veces practicadas en muchos países (pero no en el nuestro); me refiero a corrientes como las mencionadas *supra*, nota 3 *in fine*. Por último, la perspectiva valorativa entiende la pregunta “¿qué es el Derecho?” en el sentido de “¿cuáles son los criterios del Derecho justo?” (qué es el –moralmente– “buen” Derecho, cómo debería ser el Derecho); y se centra por tanto en el Derecho en cuanto que expresión de un (o varios) sistema de valores o una concepción de la justicia; se trata ahora de la perspectiva que se ha cultivado desde la filosofía del Derecho en uno de sus sectores tradicionales, la llamada “teoría de la justicia” (la filosofía moral –y política– referida al Derecho). Me imagino que pocos discreparán conmigo si digo que ha sido y sigue siendo el primero de estos tres enfoques el predominante en la enseñanza del Derecho en España.

Pues bien: tal vez una vía para avanzar hacia esa integración consista en añadir un “cuarto enfoque”, que sería precisamente el de “el Derecho como argumentación”, situándolo en un lugar predominante desde el cual incorporar los otros tres.⁵ Este cuarto enfoque consiste en considerar al Derecho como una técnica para la resolución de determinados problemas prácticos, lo cual se lleva a cabo mediante decisiones que necesitan ser justificadas argumentando a su favor. “Se trata –dice Atienza– de una visión eminentemente instrumental, pragmática y dinámica del Derecho”, que presupone, utiliza y da sentido a las otras tres perspectivas. Es, siguiendo una metáfora,

La perspectiva del arquitecto que no sólo proyecta el edificio, sino que se ocupa también de –y que proyecta teniendo en cuenta– los problemas que plantea su ejecución, la funcionalidad del edificio, su valor estético, su integración en el medio, etcétera. En definitiva, se trata de la perspectiva de quien no se limita a contemplar el edificio desde fuera, sino que participa activamente en su construcción y se siente comprometido con la tarea (Atienza, *op. cit.*, p. 23).

Este enfoque no es nada novedoso. En realidad, representa una cierta recuperación, actualizada, de tradiciones y métodos jurídicos muy antiguos (como la retórica aristotélica, la *prudentia iuris* romana, la casuística medieval, o lo que Llewellyn elogiaba como el “Gran Estilo” del *Common Law* tradicional), pero que sin embargo parecían haberse perdido de vista, al menos en la cultura jurídica europea continental heredera de la codificación napoleónica. Sólo en tiempos relativamente recientes (siguiendo el camino abierto, hacia los años cincuenta del siglo XX, por autores como Viehweg, Perelman o Toulmin) se percibe el resurgir de este enfoque “argumentativo” del Derecho en Europa, de la mano de la “nueva” teoría de la argumentación jurídica (Alexy, MacCormick, Aarnio, Peczenik). Y hoy cabría decir que estamos asistiendo a una verdadera revolución en la forma de entender lo que siempre se ha conocido como el “método jurídico”.⁶

⁵ Cfr. ATIENZA, Manuel, *Derecho y argumentación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

⁶ En mi opinión, probablemente este renovado interés por la argumentación tiene bastante que ver con cosas tales como: 1) La importancia adquirida por la interpretación

Pero esta “revolución” (lo dejaré entre comillas, para no exagerar), ya avanzada en muchos países, no ha llegado todavía a impregnar nuestra

(argumentación) constitucional para la aplicación “cotidiana” de “todo” el ordenamiento jurídico, al tomarse conciencia (o empezar a llevarse a la práctica, no sin un buen retraso) del verdadero alcance que supone la genuina supremacía “jurídica” de la Constitución y sus principios y valores en los modernos Estados constitucionales. Hoy está en boca de todos la discusión sobre el nuevo “paradigma” del constitucionalismo o “neoconstitucionalismo”; a diferencia del “pseudonconstitucionalismo” del siglo XIX, que no obstaculizaba el dominio del “positivismo de la ley”, los modernos Estados constitucionales están dotados de “formas constitucionales” escritas, rígidas y con control jurisdiccional de constitucionalidad, sobre cuya base se está generando toda una ideología del constitucionalismo político entendido como un programa sustantivo “juridificado” al máximo nivel y cuyo contenido “pide” un desarrollo argumentativo en un sentido no sólo lógico-formal. 2) Una cierta apertura en los últimos tiempos hacia los desarrollos y mentalidad jurídica procedentes del mundo anglosajón, particularmente norteamericano, donde siempre prevaleció una visión mucho más “argumentativa” del Derecho. 3) En general, la fuerza cada vez mayor que en las sociedades democráticas actuales adquiere la exigencia de que las decisiones jurídicas estén suficientemente justificadas (“motivadas”); con la actual crisis del “iuspositivismo” formalista tradicional y la creciente preocupación por reconstruir la posibilidad de la razón práctica (moral), dicha justificación de las decisiones jurídicas no puede por más tiempo limitarse a invocar su procedencia de una autoridad legítima o el hecho de que las decisiones sean aplicaciones textuales de reglas generales (y cobra fuerza, además, la antes postergada “argumentación sobre los hechos”). 4) En relación con lo anterior: frente al tradicional arrinconamiento, mediante argucias evasivas, de los “principios generales del Derecho”, incómoda piedra en el zapato del leguleyo de la ley, hoy empiezan a tomarse –por parafrasear a Dworkin– “los principios en serio”; también los implícitos. La llamada “jurisprudencia de principios” y las elaboraciones acerca de la “derrotabilidad” de las reglas al subordinar éstas a aquéllos, sitúan en primer plano la importancia de la dimensión argumentativa del Derecho; entendida ésta además de un modo que va mucho más allá de la tradicional visión de la argumentación jurídica como la aplicación de los instrumentos interpretativos tradicionales –gramatical, teleológico, sistemático, etc.– de los que nos habló Savigny (si bien, en mi opinión, mucho de lo que hay ahora ya estaba en realidad en Savigny; pero desde luego no está en la forma estrecha en que se viene entendiendo su plasmación en el art. 3.1 de nuestro Código Civil): así, se enfatiza ahora más la “ponderación” o “balanceo” de principios y “valores” jurídicos; la “elaboración racional” del Derecho para determinar éstos en su contenido y alcance; la retórica de “lo razonable” en su aplicación; el criterio de la “coherencia” (normativa y narrativa) como distinto de la mera consistencia lógica; la apertura de la argumentación jurídica hacia el razonamiento moral (tesis del razonamiento jurídico como “caso especial” del razonamiento práctico –sobre todo moral– general, tesis de la “conexión justificativa” entre Derecho y moral, o de la “no insularidad” del razonamiento jurídico...). La actual teoría de la argumentación jurídica no parte sólo de una concepción lógi-

enseñanza del Derecho cotidiana, que es lo que aquí nos ocupa. Resulta llamativo (perdón por generalizar) lo poco que en nuestra cultura jurídica se ha cultivado el enfoque argumentativo al que me estoy refiriendo. Ello seguramente se explica por el tradicional dominio de los otros enfoques: antes, el valorativo, en su versión “iusnaturalista”; y después, el estructural, en su versión formalista que antes describí como “‘iuspositivismo’ como teoría” (entre los dogmáticos y los prácticos del Derecho; *supra*, nota 3)⁷, o analítica (en buena parte de la “iusfilosofía” reciente, a veces también formalista). Pero esa desatención hacia la dimensión argumentativa del Derecho, aunque podamos explicarla, resulta desde luego difícil de justificar, aunque sólo fuera por el hecho obvio de que la práctica del Derecho consiste, de manera muy fundamental, en argumentar.⁸

co-formal de la misma, sino que sobre ella se superponen, al menos, una concepción “material” (basada en razones sustantivas que apelan a fines sociales y a valores morales) y una concepción “pragmática” (la argumentación vista como actividad o proceso en un contexto dialógico que avanza según los cuestionamientos y concesiones mutuas entre unos participantes orientados hacia la obtención de un consenso). A todo esto y a bastantes cosas más me refiero, en suma, cuando hablo de una revolución en el “método jurídico”.

⁷ Y también antes, porque, durante la oprobiosa dictadura de Franco, muchos juristas se llenaban la boca de soflamas iusnaturalistas-tomistas (de signo cuasifascista, o sin cuasi), pero practicaban de hecho –puestos a elegir, afortunadamente– un positivismo formalista “de libro” cuando se ponían manos a la obra a escribir y a enseñar Derecho (pienso en el “juristón” estándar, rancio, tipo los que salen en *La colmena* de Camilo José Cela, o en *Tranvía a la Malvarrosa* de Manuel Vicent, para que se me entienda).

⁸ Cuando digo que el Derecho es, en gran medida, una cuestión de argumentación, no estoy pensando únicamente en la argumentación judicial para motivar las sentencias (que es normalmente lo primero que nos viene a la cabeza). Esto constituye, por cierto, uno de los defectos de la *teoría* de la argumentación jurídica al uso (la cultivada por iusfilósofos para suministrar –al menos así debería ser– materia prima teórica sobre herramientas argumentativas a quien de verdad interesa, al operador jurídico práctico y al dogmático del Derecho positivo encargado de formarlo): esa teoría de la argumentación a menudo se centra, demasiado estrechamente, en la instancia judicial, tendiendo a identificar razonamiento jurídico con razonamiento judicial. Además del judicial, la argumentación jurídica es central en muchos otros campos: en la instancia legislativa, a la hora de justificar las decisiones de política jurídica en la producción/derogación de leyes, así como su encaje formal y *sustantivo* en el conjunto del sistema jurídico; en la tarea productora y aplicadora de normas desarrollada por la Administración; en la labor de los juristas y expertos o “*policy-makers*” que auxilian

Esto una obviedad. Pero es una de aquellas obviedades a las que, una vez reconocidas con un sonoro “¡por supuesto!”, luego traicionamos, a menudo sin darnos demasiada cuenta de ello. Porque esa “obviedad” tiene después un alcance, se pueden extraer de ella unas consecuencias, que ya no resultan nada obvias. Yo sigo sosteniendo que, en la cultura jurídica española, la dimensión de la argumentación no se ha tomado suficientemente en serio. Al menos, reconózcaseme que no se toma suficientemente en serio “en la docencia”. Y la mejor manera de demostrarlo es mostrar la diferencia, la enorme diferencia, entre el modelo de enseñanza del Derecho predominante en España, y un modelo de enseñanza inspirado en una versión mucho más fuerte de la obviedad que parece ser lo del enfoque de “el Derecho como argumentación”. Aunque no se esté de acuerdo ni mucho menos con todo lo que he dicho en los ocho puntos de mi anterior diagnóstico sobre cómo es la enseñanza del Derecho en España, creo que me basta con que a ustedes ese diagnóstico no les parezca, detalles aparte, del todo desencaminado, y hayan visto en él reflejados al menos algunos rasgos generales del diagnóstico que ustedes también harían (incluso, si alguien tuviera un diagnóstico que nada tiene que ver con el mío, estoy convencido de que, fuera cual fuere el suyo, tampoco se parecerá al modelo que a continuación quisiera mostrar). De paso, al referirme a ese otro modelo, pondré algo más de “carne” a la hora de explicar qué entiendo por ese “cuarto enfoque” argumentativo (hasta ahora, en realidad, con la metáfora del arquitecto y la evocación de precedentes históricos o de tendencias teóricas actuales, he dado poco más que unas pistas). Pero pondré esa carne refiriéndome al específico terreno de la enseñanza, a la que ya es hora de volver.

a los legisladores, a la administración y a los órganos aplicadores; en la tarea del abogado que ha de argumentar para persuadir al juez, para aconsejar a su cliente, o para alcanzar un acuerdo negociado con la parte contraria; en la dogmática jurídica, tanto en su función teórica de conocimiento y sistematización de un determinado sector del Derecho como, sobre todo, en su vertiente práctica, si entendemos que la dogmática, más que una “ciencia”, es ante todo un saber de tipo técnico dirigido a auxiliar a legisladores, administradores y jueces proponiendo soluciones prácticas a los problemas de la producción y aplicación del Derecho.

2.2. *EL MODELO ESTADOUNIDENSE*

El modelo al que me estoy refiriendo es, ya lo habrán adivinado, el de Estados Unidos. Quien ya lo conozca (hoy son ya bastantes los profesores que lo conocen) se puede desconectar un rato. Si, para explicar el tipo de enseñanza del Derecho en general que yo propongo –y, desde luego, lo que propongo en este específico “nivel 3” de “capacitación metodológica (función práctica)” en el que ahora estamos–, tuviera que mostrar un modelo realmente existente, ese modelo es el estadounidense. En cuanto a la enseñanza del Derecho, dentro de lo existente y de lo que yo conozco, es el que más se aproxima a mi ideal. Vaya por delante que, si de ideales hablamos, no los cumple. No los cumple porque, por un lado, la enseñanza del Derecho norteamericana adolece de ciertas carencias en cuanto a lo que yo he llamado “nivel 2 (enseñanza de conocimientos)”; carencias, no tanto porque, en cuanto al aprendizaje de contenidos de normas, habiendo abogado yo por una drástica reducción cuantitativa, tal vez allí se pasen un poco en eso (en realidad, sinceramente, no lo creo, pero admito que es algo a discutir; en todo caso, hay que decir a su favor que el estudiante americano acaba “aprendiéndose” esos contenidos normativos mucho más “trabajando” sobre ellos –como antes he defendido– que “empollándose” a la española); sino más bien porque, en cuanto al otro elemento de ese nivel, el de la dogmática (la “buena dogmática”, las utilísimas y muy prácticas partes generales), en EE. UU. la dogmática, en la medida en que existe algo parecido a ella, no alcanza la calidad de la mejor dogmática europea. Pero, de nuevo, tampoco esto es para mí demasiado grave, en el sentido de que, si de comparar se trata, esa desventaja queda compensada con creces por la superior virtud que para mí supone –también lo defendí en su momento– el que en ese país sí se logra la fusión efectiva de la enseñanza dogmático-jurídica con la formación metodológica/argumentativa a partir de casos (es razonando sobre casos como se introducen conceptos jurídicos generales, aunque no desemboquen en la “construcción” con ellos de imponentes edificios globales tipo “sistema” en que culmina el método de Savigny o el del primer Ihering). No, mi problema fundamental con la enseñanza del Derecho norteamericana, mi discrepancia de fondo, va por otro lado:

por el lado de la insuficiente atención al nivel 1 (el político-moral, el de la educación en fines y valores), como más tarde explicaré.

¿Cómo es la enseñanza del Derecho en Estados Unidos? A continuación ofreceré tan sólo unas pinceladas.⁹ De entrada hay que decir que está efectivamente centrada en la formación metodológica, argumentativa, y que ello hunde sus raíces en una muy norteamericana actitud “instrumentalista”, pragmática, flexible, mucho menos formalista, hacia el Derecho y su funcionamiento.¹⁰ Desde actitudes generales de este tipo,

⁹ Doy más información en “La enseñanza del Derecho en Estados Unidos”, en *Doxa*, nro. 12, 1992, pp. 41-93 [texto incluido en el presente volumen]. Y recojo debates sobre sus defectos en *El movimiento. Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996, Cap. II, especialmente pp. 117-148.

¹⁰ Un inglés allí transplantado, el filósofo Stephen Toulmin, nos lo explica así a los europeos: “En los Estados Unidos la actitud general de la gente, cuando piensa en la sociedad en la que vive, es que esa sociedad está todavía en proceso de construcción. Cuando viví en Inglaterra, allí no era ésa la mentalidad en absoluto, y pienso que todavía no lo es en absoluto. La gente en Inglaterra piensa básicamente que su sociedad tiene una estructura que sería capaz de adaptarse a cualesquiera necesidades futuras. De modo que el Derecho y la gente de toga en Inglaterra, y pienso que esto probablemente es verdad de muchos países de la Europa occidental, y ciertamente de Francia, el Derecho y la gente de toga, digo, se considera que tienen tareas que vienen enteramente definidas dentro de la estructura del Estado tal como ahora existe. Mientras que en los Estados Unidos la actitud más común de la mayoría de la gente hacia el Derecho, y me refiero tanto a los juristas, que hacen el trabajo, como a la gente que no es de profesión jurídica, es la de mirar a la ley como un instrumento de construcción social (...) Consideran que esa tarea de construcción social consiste en inventar nuevas instituciones y hallar nuevos patrones de acción que sostengan esas instituciones, habiendo, por tanto, de introducirse las distinciones y procedimientos legales y los términos de referencia legales que permitan a esas instituciones seguir operando en la forma que se desea. E importa mucho entender bien esto en relación con (...) [el papel de la teoría] como una teoría que ayuda a ejercer influencia y a controlar la práctica, es decir, se trata de teoría en el sentido en que la teoría queda al servicio de la práctica. No es teoría en el sentido en que los intelectuales de la Sorbona discuten sobre teoría tomando una botella de vino en la *Rive Gauche*. Es teoría en el sentido en que tal teoría pasa a controlar las decisiones que se toman en Washington entre la gente que se ocupa de los aspectos jurídicos de la toma de decisiones políticas. Esta distinción (...) es una distinción terriblemente importante. La gente habla de las actitudes americanas hacia el Derecho, como hacia otras muchas cosas, como unas actitudes caracterizadas por el pragmatismo. Y alguna gente, desde un punto de vista europeo, piensa que esto es un defecto del pensamiento americano y de la práctica americana. Piensan que los americanos son muy propensos al compromiso, que no tienen una comprensión suficiente de los principios. Pero yo creo

la enseñanza del Derecho en Estados Unidos no está centrada en la transmisión de información de contenidos normativos a través del Código, el manual de dogmática, y la “lección magistral”, sino en enseñar a manejar prácticamente, argumentativamente (no simplemente a “saberse los”) un número relativamente reducido de reglas, principios, conceptos y doctrinas jurídicas básicas. Y la vía para enseñar ese conocimiento y sobre todo ese manejo consiste en el análisis y discusión de una serie de “casos” o sentencias judiciales cuidadosamente seleccionadas, sentencias concretas en las que esos principios y doctrinas toman cuerpo. Se trata del conocido “método de los casos” o *case method*.¹¹

que decir esto es malentender el significado del pragmatismo en la escena americana. El pragmatismo no es otra teoría más, para ser discutida por la *intelligentia*, el pragmatismo es el nombre de una actitud mental en que el valor de la teoría se juzga por el grado en que esa teoría puede ponerse en práctica, en que cabe efectuar con ella cambios para el bien de los hombres. Y es por esto por lo que pienso que el pragmatismo es un paso en la recuperación, en la reapropiación, de la filosofía práctica que jugó un papel tan grande en el pensamiento europeo anterior a Descartes”.

ATIENZA, Manuel y Manuel JIMÉNEZ REDONDO, “Entrevista con Stephen E. Toulmin”, en *Doxa*, nro. 13, 1993, pp. 353-355.

¹¹ Su padre-fundador, Christopher Columbus Langdell, lo explicaba así en 1871: “El Derecho, considerado como una ciencia, consiste en ciertos principios o doctrinas. Lo que define a un verdadero jurista es poseer la maestría suficiente sobre estas doctrinas como para ser capaz de aplicarlas con constante facilidad y seguridad a la madeja siempre enredada de los asuntos humanos; es por ello que adquirir esa maestría debe ser la tarea de todo buen estudiante de Derecho. Cada una de estas doctrinas ha llegado a su estado actual a través de una lenta progresión; es decir, se trata de un crecimiento, que en muchos casos se extiende durante siglos. Por lo general, este crecimiento puede ser rastreado a través de una serie de casos; y la forma con mucho más rápida y mejor, si no la única, de dominar eficazmente la doctrina es estudiando los casos en que ésta se encarna. Pero los casos que son útiles y necesarios para este propósito en la actualidad guardan una proporción sumamente pequeña en relación con todos los que se han registrado. La inmensa mayoría son inútiles, o peor que inútiles, para cualquier propósito de estudio sistemático. Por otra parte, el número de doctrinas jurídicas fundamentales es mucho menor de lo que comúnmente se cree; las muchas guisas diferentes en que la misma doctrina está constantemente haciendo su aparición, y la gran medida en que los tratados jurídicos son una repetición unos de otros, son causa de muchos malentendidos. Si estas doctrinas pudieran ser clasificadas y dispuestas de forma tal que cada una pudiera encontrarse en su lugar apropiado, y no en otro, dejarían de ser formidables en número”.

LANGDELL, C. C., *A Selection of Cases on the Law of Contracts* (Prefacio), p. 8, 1871. Más adelante criticaré el formalismo que conlleva esta celeberrima cita de Langdell.

Si de analizar casos se trata, el manual teórico, dogmático, donde el material normativo aparece ya sistematizado y los conceptos ya prefabricados, se sustituye por el *casebook* o libro de casos, que recoge esa selección de casos relevantes, representativos, “canónicos”. Porque de lo que se trata es de estudiar el Derecho no “en los libros” –en el BOE, diríamos aquí– sino “el Derecho en acción”, al menos en su acción judicial, en las interpretaciones (argumentaciones) y aplicación “práctica” que de él hacen los tribunales, que es lo que interesa para formar profesionales: el Derecho no es algo que simplemente “está ahí” para ser conocido, sino una herramienta para ser utilizada en la resolución de problemas reales (al abogado que tiene que preparar su demanda lo que de verdad le interesa no es tanto qué es lo que dice el Código, sino qué es lo que los jueces dicen que dice el Código). Tranquilícense: afortunadamente, no en sus inicios “langdellianos” pero sí desde unas décadas después, los libros de casos no sólo recogen sentencias “en bruto” y nada más, sino también otros “materiales” preparados por el autor del libro (ahora, más que *casebooks*, suelen llamarse “*Cases and Materials*”): explicaciones de los casos y de su contexto; fragmentos de las actuaciones del proceso en primera instancia y de su historia procesal (antes los *casebooks* solían centrarse demasiado en sentencias en apelación, ya que es ahí donde más se ventila la argumentación sobre cuestiones “de Derecho”, y no hay que desatender la argumentación sobre los hechos, conocidos en primera instancia); textos legales relevantes para cada caso; fragmentos de libros o artículos doctrinales (académicos) que –nunca mejor dicho– “vengan al caso” aunque no hablen de él; textos y notas del autor –o de otros– sobre aspectos sociológicos, económicos, históricos, filosóficos, etcétera (siempre en relación con el caso); comentarios y preguntas planteadas al estudiante por el propio compilador... y, a veces (para quien le guste la “práctica-papeleo”), hasta formularios. Digo que esto ha de tranquilizarnos porque por la vía de esos otros “materiales” hay espacio para introducir ciertas dosis, yo creo que suficientes, de teorización dogmática. Pero lo interesante es que la elaboración y análisis de conceptos dogmático-jurídicos, clasificaciones, sistematizaciones, etcétera, más o menos del tipo de los manuales que nosotros hacemos estudiar, se deja también, en muy buena medida, para que el estudiante las descubra o elabore por sí mismo, guiado por el profesor: que él mismo vea en (y

aplique a) el caso que analiza ese bagaje de conceptos y de dogmática que sí resulta “útil y práctico”; más allá de ciertos rudimentos necesariamente previos, esas dosis de dogmática no se enseñan “en el vacío” sino aplicadas y construidas desde casos prácticos (me temo que esa sensación de especulación sobre el vacío es la que tienen muchos de nuestros estudiantes cuando no ven, porque no se les muestra, de qué habla y para qué sirve un concepto, una clasificación, una “naturaleza jurídica” de la dogmática). En definitiva: desde lo que vengo llamando nivel 3 como protagonista (argumentación, práctica), se logra la fusión con el nivel 2 (contenidos normativos y dogmática, teoría).¹² ¿Cómo se logra todo esto, más en concreto? Una vez que la estrategia decidida es partir del caso (*case method*), y que contamos para ello con los casos interesantes y ciertas guías para su estudio (*casebook*, con *materials*), lo que queda son básicamente dos cosas: autoaprendizaje (*case brief*) y discusión argumentativa en clase (*socratic method*).

Con algunos días de antelación, se asigna a los estudiantes uno o varios casos que se verán en clase. Antes de esa clase, todos los estudiantes deben analizar cuidadosamente esas sentencias, para sintetizarlas después elaborando por escrito una breve sinopsis: el *case brief*. Para ello –o, en general, para preparar las clases: no todas versan sobre sentencias– se sirven también de los textos, las preguntas, y otros “materiales” que a su propósito figuraban en el libro o propuso el profesor. En su formato tradicional, en el *case brief* el estudiante debe resumir al menos estas cosas: 1) extraer los “hechos” jurídicamente relevantes; 2) resumir la historia procesal relevante; 3) aislar y plantear correctamente la “cuestión” o cuestiones jurídicas suscitadas y que debía responder el tribunal (*issues*); 4) determinar las reglas, doctrinas o principios (las normas jurídicas en

¹² La estrategia docente no va pues, como en España, de lo general, en el mejor de los casos, a lo particular (exposición de normas ya sistematizadas, conceptos, teorías dogmáticas... quizá adornada al final con algún que otro ejemplo jurisprudencial particularmente ilustrativo); sino al contrario, va del caso particular al principio o concepto general argumentativamente construido a partir de él; como si el estudiante produjera –o viera con el profesor cómo se produce– la dogmática. La clase comienza con un ejemplo, con una sentencia, para desembocar al final en generalizaciones sobre el Derecho. Se diría que también en la docencia se pone de manifiesto ese enraizado espíritu empirista anglosajón basado en la inducción, más que el espíritu racionalista “continental” basado en la deducción.

la interpretación dada por el tribunal al motivar el fallo) que, en respuesta a esas cuestiones jurídicas planteadas, verdaderamente fundamentan y son necesarias para el fallo, distinguiéndolas de otras declaraciones jurídicas que en realidad no eran estrictamente necesarias para fundamentarlo (o sea, separar la *ratio decidendi* o *holding* de los meros *obiter dicta* o comentarios marginales); 5) sintetizar el razonamiento (*rationale*), los argumentos dados en la sentencia para llegar a ese resultado (para llegar no ya al fallo concreto *-judgement-*, que es lo de menos en cuanto precedente para el futuro, sino para llegar a la formulación o interpretación de la norma general que lo sustenta y que podrá servir de precedente). En suma, al elaborar el *case brief*, el estudiante va recorriendo las operaciones y el razonamiento que realizaron los jueces y, a la vez que acaba sin gran esfuerzo memorístico “aprendiéndose” la norma (el *holding*), aprende sobre todo las capacidades intelectuales necesarias para el razonamiento jurídico. Y esto, ya sí, con esfuerzo. Se le exige esfuerzo intelectual, no memorístico. Hacer bien un *case brief* no siempre es fácil. Cuando la sentencia es compleja –y suele serlo–, requiere varias horas. Pero son horas de trabajo, no de “empolle”. Y requiere ir aprendiendo una técnica, más o menos estandarizada, que suele empezar a enseñarse desde los primeros meses del primer año, en una asignatura especial dedicada a ello (suele llamarse “*Legal Methods*”, o “*Legal Writing*”), y mediante libritos muy prácticos –escritos en tono de “manual de autoayuda”– con títulos como “Introducción al ‘estudio’ del Derecho” o “Cómo resumir un caso”. Pero, como de verdad se aprende, es practicándola masivamente a lo largo de toda la carrera.¹³

Hechos los “deberes” (el *case brief*) para ese día, el alumno llega por fin a clase. Como se ha inventado la imprenta, y los alumnos ya han podido leer antes la materia (mucho más que eso), nada de escuchar pasivamente cómo el profesor les cuenta en clase el contenido de lo que

¹³ Durante la carrera, los *briefs* resultan además muy útiles para preparar después los exámenes (no deja de haber también cierta dosis de empolle, y contar con breves pero buenos resúmenes reduce el esfuerzo memorístico sobre doctrinas jurisprudenciales). Dominar esta técnica es también importante para los estudiantes de cara a su futuro ejercicio profesional: hacer *briefs* es una de las tareas fundamentales que realizan los jóvenes abogados en las “*Law firms*”, o los “*Law clerks*” (ayudantes o pasantes) de jueces y fiscales, y también los profesionales consagrados suelen realizarla por sí mismos para facilitar su trabajo.

ya han leído: ni a hacer de acelerados taquígrafos tomando apuntes, ni a recostarse para escuchar lo que, cuando se aproxime el examen, ya leerán en el manual. La clase es genuinamente dialogada, dedicada a la discusión colectiva de los casos bajo la dirección del profesor (“método socrático” lo llaman allí, un tanto pretenciosamente). Una clase de este tipo se desarrollaría más o menos así: el profesor comienza su clase seleccionando a uno de sus alumnos –sin previo aviso o previamente determinado, según los casos–; se trata de una especie de “ponente” a quien se pide que “plantee el caso”, lo cual consiste en exponer (pero no leer) total o parcialmente su *case brief*. A continuación, ese mismo estudiante es sometido a un duro interrogatorio sobre lo que acaba de decir, durante el cual el profesor los va presionando para que clarifique sus respuestas, estrechándose el cerco en torno a las cuestiones que el profesor considera más relevantes. Tarde o temprano el alumno queda contra las cuerdas y se ve incapaz de responder satisfactoriamente a una pregunta, y entonces se levantan varias manos de otros compañeros dispuestos a responderla. El profesor llama a uno de ellos (o elige él un “voluntario”) y continúa con él la discusión, aunque a veces ésta se limita a aclarar el punto problemático y se reanuda el interrogatorio del primer estudiante, que puede prolongarse durante la mayor parte de la hora y media que generalmente dura una clase. Pero lo normal es que intervengan al menos una docena de protagonistas principales, y un número aún mayor de participantes esporádicos. Con frecuencia el profesor interrumpe el debate para introducir una breve disertación “magistral” sobre algún punto que requiere ulterior información o explicación, o para mostrar la conexión del caso con otro que ya se ha visto o se verá... pero pronto se retoma la discusión. Al final, el profesor suele recopilar las conclusiones principales que “entre todos” han alcanzado, aunque hay profesores que se limitan a hacer preguntas y plantear problemas durante toda la clase, obligando a que cada estudiante extraiga por sí mismo sus conclusiones.

Unas palabras sobre los exámenes. Suelen ser escritos, lo cual contrasta con el estilo de la docencia, y bien pudiera deberse a la necesidad de dar garantías ante posibles reclamaciones. Constan de uno o varios casos prácticos –casi siempre pueden consultar libros, legislación, jurisprudencia... (¿no puede un profesional en su despacho?)–, sobre los que se plan-

tean diversas preguntas (aunque en asignaturas de materias no estrictamente jurídico-positivas suelen consistir en la exposición de algún tema, o en comentarios de textos). Las alternativas al examen tradicional están bastante extendidas, principalmente su sustitución por pequeños trabajos de investigación o “ensayos”, o el llamado “*take home exam*” que los estudiantes se llevan a su casa y entregan al cabo de veinticuatro o cuarenta y ocho horas. Pero hay algo parecido a una “evaluación continua”, porque el examen, siendo importante, no es el único factor que configura la nota final, ésta se perfila también, en porcentajes muy relevantes, con la evaluación que hace el profesor de la frecuencia y calidad de las intervenciones en clase, así como de los *case briefs* y otros “deberes” de diverso tipo que el profesor va poniendo a lo largo del curso. En breve, los exámenes y la evaluación están diseñados de un modo básicamente adaptado a los métodos docentes.

De toda esta caracterización cabe extraer como conclusión un rasgo general: el énfasis de la enseñanza del Derecho en EE. UU. recae en el estímulo y desarrollo de las “facultades”, “habilidades” o “técnicas” que caracterizan propiamente el trabajo del jurista. En Norteamérica suele emplearse una expresión que sintetiza el sentir generalizado acerca de qué es lo que deben enseñar las facultades de Derecho: a “pensar como juristas” (y a expresar articuladamente ese modo de razonamiento). A través del *case method* y de la “discusión socrática” lo que se busca es proporcionar una buena formación “metodológica”, más que la acumulación memorística de una información enciclopédica acerca de reglas y doctrinas jurídicas. El objetivo primordial no es tanto “enseñar normas”, sino enseñar a plantear, analizar, comparar, construir y evaluar concretas situaciones fácticas y argumentos y decisiones jurídicas (sobre todo judiciales, pero también legislativas, administrativas, doctrinales, etc.), y a “proyectar” líneas de casos y de legislación sobre situaciones nuevas.¹⁴ Se

¹⁴ Véase ATIYAH, P. S. y R. S. SUMMERS, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, Clarendon, 1987, p. 391; FARNSWORTH, Alan, *An Introduction to the Legal System of the United States*, New York, Oceana, 2ª ed., 1983, p. 17. Incluso Duncan Kennedy, un ácido crítico de la enseñanza del Derecho en su propio país (crítico por otras razones, en parte similares a las que luego defenderé), reconoce así las ventajas de esta formación metodológica: “Los estudiantes de Derecho a veces hablan como si no aprendieran nada en la facultad. En realidad, aprenden aptitudes [*skills*], aprenden a hacer

trata pues de fortalecer ante todo la capacidad de análisis y de razonamiento jurídico, así como la de su expresión oral y escrita. Suele decirse además que el *case method*, al menos tal y como se concibe hoy, está “orientado a la resolución de problemas” (“*problem-solving*”) por parte de los estudiantes, más que a la recepción pasiva de la doctrina: tanto o más que conocer los contenidos de soluciones concretas, los estudiantes deben aprender a discernir por sí mismos dónde están los problemas relevantes, cómo surgen y mediante qué procesos jurídicos los tribunales, los legisladores o los abogados intentan resolverlos. Interesa, en suma, que los estudiantes aprendan a hacer preguntas casi más que a saber las respuestas. Al final, mediante los aspectos de autoaprendizaje que supone la elaboración del *case brief* y otros “deberes” y su propia participación en la discusión en el aula, el estudiante aprende sobre todo a extraer por sí mismo las reglas, doctrinas y conceptos, cuyo resultado forma un cuerpo de Derecho quizá no muy voluminoso, pero que es el suyo propio, el producto en buena medida de su razonamiento y de su esfuerzo personal. Quizá hubiera aprendido “más” cosas si el profesor se las hubiera dado ya hechas (este sistema consume más tiempo), pero las cosas se aprenden “mejor” mediante la experiencia de hacerlas uno mismo. Para cuando terminen la carrera ya han aprendido a aprender, y estarán mejor capacitados para la asimilación de reformas legislativas y de nuevas tendencias jurisprudenciales, aunque ya no tengan al pro-

una serie de cosas simples pero importantes. Aprenden a retener un gran número de reglas organizadas en sistemas categorizados (requisitos de los contratos, reglas sobre el incumplimiento, etc.). Aprenden a ‘detectar los problemas’ [*issue spotting*], lo que significa identificar las formas en que las reglas son ambiguas, están en conflicto, o presentan una laguna cuando se aplican a situaciones de hecho particulares. Aprenden elementalmente a practicar el ‘análisis de casos’, que es el arte de generar planteamientos amplios de los casos, de manera que sean aplicables más allá de su alcance intuitivo, y planteamientos estrictos, de manera que no sean aplicables cuando a primera vista parecía que lo eran. Y aprenden una lista de argumentos pro/contra de política jurídica [*policy*] equilibrados, acuñados, que los juristas utilizan al argumentar que una determinada regla debe aplicarse a una situación, a pesar de una laguna, conflicto o ambigüedad, o que un determinado caso debe interpretarse extensiva o restrictivamente. Se trata de argumentos como ‘la necesidad de certeza’ y ‘la necesidad de flexibilidad’; ‘la necesidad de promover la competencia’ y ‘la necesidad de estimular la producción permitiendo a los productores conservar el fruto de su trabajo’” (KENNEDY, Duncan, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy. A Polemic Against the System*, Cambridge, Mass., Afar, 1983, p. 15).

fesor al lado y todavía no se haya publicado un libro que le proporcione “mascadito” ese nuevo material jurídico en bruto.

2.3. ¿UN MODELO ANÁLOGO AL NORTEAMERICANO PARA ESPAÑA?

Y ahora vienen las preguntas que se estarán haciendo ustedes: ¿cómo es posible que verdaderamente “funcione” allí un sistema así? En todo caso, ¿podría funcionar en España? Por supuesto que aquí no podría funcionar bien un sistema “idéntico” al norteamericano. Pero estoy convencido de que podría funcionar un sistema bastante parecido, si lo “traducimos” a nuestra situación con las necesarias adaptaciones.

De entrada, más de uno pensará que esto de discutir sentencias siguiendo el *case method*, claro, podrá estar bien para un sistema jurídico de *Common Law* como el norteamericano, basado en el Derecho jurisprudencial, pero no es exportable a un sistema codificado como el nuestro. Yo sin embargo no veo en absoluto que eso impida la “traducción” que defiendo, por dos cosas:

1) El nuestro no será un sistema jurisprudencial, ciertamente, pero de ahí a la escasísima atención que suele darse a la jurisprudencia de los tribunales en nuestra docencia –escasísima en relación con su verdadera importancia práctica en España– hay un enorme trecho. Por más continental y codificado que sea nuestro sistema jurídico, deberíamos tomarnos la jurisprudencia mucho más en serio. Me temo que no es el Aranzadi de jurisprudencia o una selección de sentencias lo que manejan a diario nuestros estudiantes, y deberíamos hacerles manejarla. Cierto que hoy, además de los teóricos, hay créditos “prácticos”, donde se estudian sentencias; cierto que hoy existe el “Prácticum”. Pero, si somos sinceros, reconoceremos que el estudio de la jurisprudencia en esos ámbitos resulta todavía muy secundario en el conjunto de nuestro modelo de enseñanza (a menudo no son mucho más que créditos-“maría”). No es infrecuente que los créditos prácticos ni siquiera se impartan como tales. Y, cuando se imparten, no pocas veces se convierten en lo que antes yo llamaba “prácticas-papeleo”. Al “Prácticum” también le pasa esto, a veces. En todo caso, unos y otros no suelen enseñarse con un formato docente “metodológico” y “argumentativo” suficientemente parecido al *case method*, cuando podría perfectamente ser así (a veces el

método se aproxima más bien a la lección magistral, aunque la materia sobre la que versa consista en sentencias y los argumentos que hay en ellas).¹⁵ En suma, lo nuestro no será *Common Law*, pero aquí la jurisprudencia también es fundamental (aunque todavía lo sea menos que allí), y desde luego lo es para formar profesionales.

2) En sentido inverso: no todo es jurisprudencia de los tribunales en los países de *Common Law*, ni muchísimo menos. Por supuesto que en el Derecho norteamericano la fuente “legislación” es cuantitativamente enorme, sobre todo –pero no sólo– en Derecho Público y en el que expresa la intervención pública sobre la economía; y además en muchísimos sectores esa legislación está codificada “a la europea” (leyes “uniformes” –que son verdaderos Códigos–, Códigos “modelo”, etc.). Y resulta que esas leyes, códigos y reglamentos, se enseñan allí siguiendo básicamente el mismo método que el utilizado para enseñar las doctrinas jurisprudenciales del *Common Law* tradicional. Y no sólo porque se enseñe “la jurisprudencia” de los tribunales generada por la aplicación judicial de la legislación –se parte de los casos pero desde ellos se enseña la legislación que las sentencias aplican, siendo ésa la estrategia fundamental para enseñar leyes (y yo sigo pensando que es la mejor estrategia)– sino porque también se puede enseñar “directamente” la legislación, sin necesidad de acudir a su correspondiente jurisprudencia, pero utilizando sin embargo el mismo “método” docente, el cual es perfectamente adap-

¹⁵ Sobre esto, por cierto, mi propuesta no consiste sin embargo en aumentar los créditos prácticos de las diversas asignaturas, sino en lo contrario: habría que abolirlos. Porque pienso que esa estructura de X créditos teóricos y Z créditos prácticos que las directrices del Ministerio han puesto en nuestros planes de estudios es una estructura perversa para la enseñanza del Derecho: es una invitación a una separación tajante entre teoría y práctica (dejando además a la práctica en la periferia). Probablemente esa estructura sea razonable para otras carreras, como las Ingenierías o las de ciencias, en las que parece estar inspirada, donde una cosa es la formación teórica en clase y otra distinta las necesarias horas de laboratorio, de sala de ordenadores o de cadáveres, de escuchar idiomas con los cascos o de salir a medir el *campus* con el teodolito. Pero, para aprender Derecho, el análisis argumentativo de sentencias y casos prácticos no debería escindirse del estudio del “Derecho en los libros”: hay que estudiar el Código y su dogmática no en el vacío sino a la vez que, a través de, su realidad judicial. Y la discusión argumentativa no puede relegarse, en el mejor de los casos, al día en que toca clases prácticas. Las prácticas y la argumentación (sea sobre sentencias o sobre el Código, pero también sobre sentencias) deben ser un ingrediente cotidiano y fundamental de la docencia ordinaria.

table a la enseñanza “a pelo” de leyes y Códigos. Y allí funciona también esto segundo. No veo por qué no podría funcionar aquí. Y es que, incluso si a alguien no le convence mi discurso de hace un momento acerca de la verdadera importancia de la jurisprudencia también en España y que por tanto hay que enseñar más jurisprudencia, ni el de que es mucho mejor enseñar leyes desde el foco de su aplicación judicial, y prefiere en cambio seguir enseñando básicamente los Códigos “sobre el papel” porque “aquí no estamos en un sistema jurisprudencial, de *Common Law*”, a ése yo le digo que también puede (y debe) hacerlo siguiendo un método de las características que estoy defendiendo (preparación previa por el estudiante, discusión “socrática” en el aula, etc.). Porque lo más importante de lo que defiende es el “método” docente, y, en lo básico, ese método es aplicable con una relativa independencia respecto de cuál sea el tipo de material sobre el que se estudia verse: sentencias, artículos de leyes, manuales de dogmática, o escritos “no (o no estrictamente) jurídicos” de ciencia política, de filosofía, de sociología, o de historia de Roma. Yo mismo, por ejemplo, enseñé filosofía del Derecho, y muchísimas veces, si quieren “lo normal”, no será que yo enseñe precisamente jurisprudencia de los tribunales (aunque también debería usarla, y no lo hago, para explicar la diferencia entre “iusnaturalismo” y “iuspositivismo”, o qué son las reglas que confieren poderes, o qué decía Kelsen...).¹⁶ Donde, al explicar el modelo norteamericano, yo ponía

¹⁶ En realidad, en el “nivel 3” de formación “argumentativa” en el que estamos, el principal papel que han de jugar los “iusfilósofos” en relación con el conjunto de la enseñanza del Derecho positivo (aparte, claro está, de que sus otras enseñanzas de teoría del Derecho, de conceptos jurídicos generales, de filosofía política y moral, de historia del pensamiento jurídico, de derechos humanos, de sociología jurídica, etc., se enseñen también con un decidido enfoque argumentativo), el principal papel, digo, es el de enseñar “en general” la técnica, el método jurídico: enseñar la “teoría” de la argumentación jurídica, la “teoría” del método jurídico. Incluidos ciertos rudimentos de filosofía del lenguaje, de lógica “formal” –proposicional y deóntica–, y de teoría “tradicional” de la interpretación “jurídica”. Pero mostrando también cómo la argumentación jurídica, la de la práctica jurídica, ha de abrirse a la argumentación sustantiva sobre fines sociales y “política jurídica” o “ingeniería social” (*policy*), sobre política-política (*politics*), y sobre ética pura y dura. Y enseñar por tanto técnicas de argumentación propias también del discurso político y moral que forma parte de la argumentación jurídica. Y todo esto, obviamente, no ha de enseñarse (o no sólo) en un nivel demasiado abstracto “de filósofo”, ni siquiera “de iusfilósofo”, sino de

“sentencias judiciales” póngase entonces “textos ‘iusfilosóficos’”. ¿Pasa algo? ¿Ya no puedo utilizar el método americano? En vez de análisis/síntesis de sentencias, lo que harán por escrito mis estudiantes antes de cada clase serán “comentarios de textos (‘iusfilosóficos’)” (o resumir las tesis básicas que el autor defiende, o responder a las preguntas que yo les formule, sobre el texto asignado). Igual que los estudiantes norteamericanos han de aprender rudimentariamente, en la asignatura *Legal Methods*, a hacer *casebriefs* siguiendo los cinco pasos que antes expliqué, al principio (luego lo harán mejor al practicarlo) yo también tendré que enseñar a los míos ciertas técnicas sobre cómo se hace un “comentario de textos”, y cómo se separa el grano –la(s) tesis defendida(s)– de la paja, cual si de separar la *ratio decidendi* de los *dicta* de una sentencia se tratara. No usaremos un *casebook* ni el Aranzadi, ciertamente, sino un manual de filosofía del Derecho, o mejor aún, una recopilación bien seleccionada de materiales “iusfilosóficos” (fragmentos de manuales, de monografías, de artículos de revistas, tanto literatura “secundaria” como, mejor aún, directamente textos de los autores que enseñó: ésa sería mi selección de “casos canónicos”).¹⁷ Y discutiremos en clase esos textos y

“iusfilósofo’-jurista”. Lo cual comporta que en la enseñanza de esa “teoría” de la argumentación jurídica, al menos ahí sí, se haga un uso masivo de sentencias y casos prácticos: que se enseñe la teoría mostrándola ya “aplicada” (aplicaciones argumentativas que luego irían viendo mucho más en cada asignatura de Derecho positivo si éstas se enfocan como yo defiendo). Esta asignatura de teoría de la argumentación jurídica encomendada a “iusfilósofos”, por cierto, no debería enseñarse en 5º año (¡a buenas horas!), sino hacia el comienzo de la carrera (aunque quizá no al principio del todo: si no se quiere hacer sólo teoría de la argumentación de “iusfilósofo”, lo mejor es que los estudiantes de esta asignatura estén ya en algo familiarizados con alguna que otra rama del Derecho positivo).

¹⁷ Esta traducción del *casebook* a algo equivalente cuando no se trata de estudiar sentencias está ya inventada hace décadas en Estados Unidos: me refiero a los “*Readers*” o “*Readings*”, que son libros ya publicados que contienen una miscelánea de fragmentos (“*excerpts*”) de textos diversos, normalmente tomados de un buen número de autores, clásicos y contemporáneos. Están directamente pensados como soporte para la docencia de materias no jurídico-positivas, pero siguen el patrón del *casebook*: incluyen también preguntas formuladas al estudiante por el autor –el editor/recopilador– del libro, comentarios que ayuden a la comprensión de cada texto, sugerencias de lecturas complementarias, etc. No se parecen en nada a una monografía ni a un manual de los nuestros: la materia no viene previamente “mascada” o sistematizada como si procediera de una sola cabeza, sino que aparece fragmentada y heterogénea: esos fragmentos hacen el papel de “casos” particulares, de materia prima que se

esos comentarios de los estudiantes, para extraer al final ciertas conclusiones y conocimientos “generales”, habiendo aprendido a razonar sobre ellos. Lo que digo es que si esta adaptación del *case method*, en principio basado en sentencias, puede hacerse para enseñar cosas tan aparentemente “alejadas” de la jurisprudencia como es la filosofía del Derecho, ¿cómo no va ser posible realizar la adaptación para enseñar Códigos y dogmática en cualquier asignatura de Derecho positivo, incluso si siguiéramos desatendiendo a la jurisprudencia? Ponga usted textos legales y dogmática jurídica, si es que no quiere poner ni una sola sentencia entre los ingredientes de su docencia. Enseñe las técnicas que usted domina de la interpretación de leyes, si es que no quiere enseñar a interpretar jurisprudencia, y enseñe la técnica para elaborar conceptos dogmáticos útiles a partir de los textos legales, en lugar de la del análisis de casos para hacer *casebriefs* (pero no le dé al estudiante toda la dogmática ya hechita, enséñele a pescar, que luego viene el legislador, le cambia el Código de arriba a abajo, y ya no está usted al lado con sus conceptos para ayudarle a asimilar el nuevo Código: el profesional no puede esperar a que salga la nueva dogmática “buena” sobre el nuevo Código, cuando por fin sale no va sobrado de tiempo para leérsela, y los cursillos acelerados que organiza el Colegio profesional son un mal parche incluso si le invitan a usted a dar una conferencia en ellos). Use fragmentos de manuales, de artículos “doctrinales”, o directamente el BOE, en lugar del *casebook*. Discuta en clase con los alumnos sobre argumentaciones e interpretaciones jurídicas directamente referidas a conceptos abstractos y a “casos genéricos” tal como vienen en las leyes y en la discusión dogmática, si es que no le gusta el engorro de empezar con la discusión

presenta en bruto, porque precisamente de lo que se trata es de que el estudiante vaya construyendo por sí mismo, razonando a partir de esos textos y, con la ayuda del profesor, discutiendo en clase, lo que quepa destilar de ese material como conocimientos e ideas generales básicas correspondientes a ese tema del programa. De nuevo, al final el alumno “se sabrá” éstas, pero se las sabrá comprendiéndolas de verdad porque ha discurrido sobre ellas para extraerlas, y las retendrá en la memoria de una forma mucho más sólida y duradera porque ha trabajado sobre ellas, sin haberlas “memorizado”. Cuando a un profesor no le gusta ninguno de los “Readers” que hay en el mercado, o éstos no versan sobre los contenidos que él quiere enseñar, el profesor elabora su propia recopilación de materiales y los deja a disposición de los estudiantes en la fotocopiadora.

interpretativa sobre casos concretos para luego desembocar ahí. No es exactamente esto ni mucho menos lo que yo defiendo, pero sería todavía una adaptación, al enfoque no-jurisprudencial del Derecho que tiene usted, del sentido de fondo que como método docente cabe extraer del modelo norteamericano; adaptación con la cual su docencia mejorará mucho. En suma, el *case method* se podrá rechazar para España por otras razones, pero no con la excusa de que eso es para los anglosajones, tan “judicialistas” ellos.

Despejado esto, sigamos con nuestra pregunta: ¿cómo logran los norteamericanos que ese modelo funcione satisfactoriamente, y cómo lograrlo nosotros aquí? En concreto: ¿cómo logran ellos que los estudiantes trabajen duro para preparar las clases, asistan todos a ellas, y abran la boca en el aula? Aquí les decimos que se lean diez páginas (no digo ya que preparen algo parecido a un *casebrief*) para discutir las la semana que viene, y luego la discusión es imposible porque, llegado el día, son cuatro gatos los que se las han leído. Y eso si conseguimos que se asomen por clase –comparen lo (des)nutrido de sus aulas con el número de matriculados-.¹⁸ Con los que sí van a clase, es para el profesor una tortura conseguir que por propia iniciativa digan allí algo (sensato o no: “algo”). Suele (y no siempre) haber cuatro que sí, que participan, y “dan mucho juego” –o al menos el suficiente, pero hay que saber sacarles partido

¹⁸ Salvo, claro está, que uno sea de esos “profesores-dictadores”... dictadores de apuntes. En mi facultad al menos, el número de clientes que cada profesor consigue atraer a su clase no depende tanto de la calidad docente del profesor, sino de que para el examen haya un manual o por el contrario la materia “vaya por apuntes”; si es esto último, ya pueden ser malas de remate las clases de ese profesor ignorante de Gutenberg y de Bill Gates, que de todos modos su aula estará más llena que otras, porque los estudiantes necesitan tomarle apuntes con los que estudiar (fotocopiar los que circulan “por ahí” no es muy fiable para un buen número de ellos); pero, si hay manual, como de aprobar se trata, allá el profesor por bueno que sea con sus explicaciones “magistrales” y sus discusiones en clase: me va a aprobar igual si paso de ir a clase y me empollo el manual. Vaya en descargo de los estudiantes que la sobrecarga de créditos, asignaturas y manuales-tocho que padecen les impide asistir a todas las clases porque tienen que empollar (las deserciones aumentan avanzado noviembre); y, desde luego, qué estudiante mínimamente bueno no va a ir a tomar apuntes si ése es el único medio de obtener la información que se tiene que estudiar, aunque para ello tenga que sacrificar la asistencia a alguna clase interesante pero no estrictamente necesaria para aprobar.

hábilmente- para montar con ellos un debate que despierte el interés de la “mayoría silenciosa”. Pero los que hablan son eso: cuatro (precisamente tres de los cuatro gatos que sí se leyeron las diez páginas, más uno que no se las ha leído pero pontifica sobre ellas; a éste también hay que aprovecharlo, qué remedio, si resulta además que es el más parlanchín). Luego sí, algunos estudiantes procedentes de la mayoría silenciosa y que no lee las diez páginas criticarán al profesor que fracasa en su esfuerzo por hacer clases dialogadas decentes (al que ni lo intenta, no lo critican: ¡Qué bueno este otro profesor, dicta despacio los apuntes y se le puede entender todo!). Y lo critican con argumentos del tipo: “es que el profesor no sabe ‘motivarnos’ para que participemos, es un soso, ‘no nos estimula’, no sabe provocar la discusión, no es divertido...” El profesor oye sin querer estos comentarios por el pasillo (o porque, como le preocupa la docencia, quiere obtener algún *feedback* sobre qué tal lo está haciendo para los estudiantes y se lo pregunta a alguno de su confianza, ya que en el aula no hay manera ni de que los critiquen). Su reacción al conocer esto es de irritación al principio, de sentimiento de culpa después: no lo estaré haciendo bien, tendré que apuntarme a un cursillo del ICE, tal vez al de “expresión corporal para la docencia”, a ver si aprendo a hacer payasadas en clase para despertar su interés (¡ah!, y al de *Power Point* en las ciencias sociales”, que con cromos la letra entra, y cuando use las “nuevas tecnologías” no veas el “subidón” que voy a dar en las encuestas de calidad docente que les hacen a los alumnos).

¿Por qué no les pasa nada de esto a los norteamericanos? Por muchas razones, casi todas “importables” a España o respecto de las cuales algo se puede hacer para aquí. Veamos algunas:

1) Para aplicar bien su propio método, los profesores norteamericanos están mejor pertrechados. No son más listos por ser americanos: están más acostumbrados. Igual que nosotros sí llegamos a dar “lecciones magistrales” decentes, porque a ellas estamos acostumbrados desde que las escuchábamos durante la carrera –siempre hemos tenido al menos unos cuantos profesores verdaderamente brillantes en ese formato docente– y luego hemos ido mejorando mediante la simple práctica propia (de la primera clase de nuestra vida a las de hoy hay un buen trecho) y asistiendo a seminarios y conferencias (por lo demás, somos autodidactas en cuanto pedagogos)... a los profesores norteamericanos les enseñaron

Derecho mediante el *case method* con su discusión socrática, eso es lo que ellos han mamado, visto y practicado desde siempre. No me consta que sean menos autodidactas que nosotros (que les enseñen a enseñar mediante cursillos de pedagogía o algo así), y en general les sale bien el método socrático. ¿Qué hacer pues nosotros? Desde luego, dominar la técnica pedagógica del *case method*, preparar y conducir “bien” esas clases, incluido lo de “motivar” al estudiante para que participe, no es nada fácil (tampoco es fácil dar buenas lecciones magistrales, pero buenas clases dialogadas es aún más difícil). Requiere tiempo, quizá incluso generaciones de profesores, hasta que nos manejemos con más soltura en ese estilo. Pero que requiera tiempo no es motivo para no empezar ya, sino todo lo contrario. A veces practicamos ya algo parecido en seminarios para estudiantes complementarios a la docencia ordinaria, y ése es un buen laboratorio para ir ensayando; pero hay que lanzarse de una vez a hacerlo en grupos más grandes y no sólo con estudiantes más motivados que se han apuntado voluntariamente a un seminario. Dicho esto –aprendamos practicándolo–, como el método es distinto al habitual, yo sí deposito “cierta” confianza en los efectos que pueda producir a corto plazo una buena enseñanza en este otro método por parte de expertos en técnicas pedagógicas. Entiéndaseme bien: mis anteriores bromas sobre cursillos de expresión corporal o sobre ponerles estampitas en *Power Point* eran eso, bromas, para caricaturizar ciertos excesos ridículos que parecen llevarnos por la pendiente de acabar haciendo *strip-tease* en clase para que los alumnos no se duerman.¹⁹ Pero, si podemos encontrar quien nos

¹⁹ Dicho sea de paso: el tópico que vemos en las películas del profesor yanqui muy teatrero él en clase, muy demagogo, bueno o malo pero rara vez aburrido porque “se adorna” mucho en clase, es absolutamente cierto. Pero que esto nos irrite bastante no es razón para dejar por ello de ver las ventajas “serias” de aquel sistema. Lo del estilo desenfadado de “profe-colega”, o de “profesor-estrella” que “sobreactúa” en clase con bastantes aspavientos “para la galería”, es algo que tiene que ver más bien con diferencias culturales generales de ese país respecto al nuestro, y se da en muchos otros contextos: en general, los norteamericanos son para nuestro paladar demasiado “historiados”, le echan mucho cuento, mucha labia. Quien desee comprar también esas formas, que lo haga, con la sana intención de que la clase resulte amena y “enganchar” por ahí a los estudiantes (a ellos les funciona; claro está que los estudiantes que les escuchan son también norteamericanos y les va ese estilo). Pero yo no pido comprar a los norteamericanos el juego completo, y desde luego tanto teatro podría ser aquí prescindible.

enseñe (en el ICE, trayéndolos de fuera, o como sea), y le explicamos bien qué queremos que se nos enseñe –para que no nos haga perder el tiempo con “moderneces” absurdas, precisamente copiadas de los norteamericanos–, yo no soy de los que recelan *a priori* de la pedagogía, de la “ciencia” de la educación, de las nuevas tecnologías aplicadas a la enseñanza, y cosas por el estilo. Tampoco veo en ello la panacea, pero desde luego por probar, que no quede. Porque lo que sí me parece del todo lamentable es que a los profesores universitarios nadie nos haya enseñado “en serio” a enseñar, más allá de “mostrárnoslo” nuestros maestros con su propio ejemplo (y yo al menos los he tenido muy buenos). Incluso a quien piense que precisamente ese sistema tradicional autodidacta de aprender a enseñar consistente simplemente en verlo y ponerse a hacerlo es el mejor sistema o –lo cual es más frecuente– “es el único posible, seamos realistas”, “y dejémonos de charlatanería psicopedagógica”, a ése, yo le tomo la palabra: veamos pues, “al menos”, cómo lo hacen nuestros maestros. Sólo que, como nuestros maestros no practican el modelo norteamericano, habrá que buscar otros maestros en este terreno: el que pueda, que vaya a Estados Unidos a verlo; y, para los demás, traigamos a algunos buenos profesores de Derecho de allí (“¡nada de psicopedagogos embaucadores!”) que nos muestren (“¡nada de que ‘nos enseñen’, faltaría más, que yo llevo ya muchos años en esto!”) qué es lo que hacen ellos y los trucos para hacerlo. Por supuesto, de nuevo bromas aparte, sean expertos en pedagogía o “simples juristas docentes” a quienes acudamos, lo que propongo pasa necesariamente por desterrar de antemano la actitud autosuficiente caricaturizada en mi último paréntesis: sin una sincera disponibilidad a aprender, a que nos enseñen a enseñar, no hay nada que hacer.²⁰

²⁰ Quien sí tiene esa actitud para dejarse enseñar se enfrenta sin embargo a otro problema: andamos muy mal de tiempo para poder asistir a cursos de reciclaje o de formación pedagógica. Pero eso es solucionable, si de verdad se quiere. De entrada, a ningún profesor “muy ocupado” porque además de sus clases investiga mucho, se le van a caer los anillos de investigador porque alguna que otra vez a lo largo de toda su vida académica interrumpe tanta investigación y se dedique en serio durante unos pocos meses a formarse para mejorar como docente. Además, se podría institucionalizar algo así como un “semestre sabático” con esa finalidad (empezando con aquellos que pueden justificar esa carencia de tiempo acreditando con publicaciones que la dedicación investigadora les impide asistir a cursos de capacitación pedagógica).

2) Para aplicar bien este método, los estudiantes norteamericanos están mejor pertrechados. No son más listos por ser americanos: están mejor seleccionados. Que no se me ofendan ahora los estudiantes. Aquí está la madre del cordero, algo que explica mucho de cómo puede funcionar bien allí este sistema, y donde más dificultades encontramos para adaptarlo al nuestro. Acabado el bachillerato, el estudiante norteamericano debe ser admitido en el "College" de una universidad, lo cual se determina fundamentalmente mediante el expediente académico y un examen especial de selectividad (el *American College Test* o, si lo exige la universidad, el *Scholastic Aptitude Test*, de nivel algo superior). Sólo tras cursar "cuatro" años en el College y obtener el título de "Bachelor", aproximadamente equivalente a nuestra licenciatura (de nivel quizá un poco inferior, y menos especializado), puede ir -ya con veintidós años- a una "Escuela de Postgrado" profesional, como lo es la de Derecho (y sólo unas pocas más: Medicina, *business*, Ingenierías...). Pero para acceder a ella debe superar antes otro examen de selectividad, específico para Derecho, organizado a escala nacional: el *Law School Admission Test* (LSAT). Como, igual que aquí, el estudiante no había estudiado antes prácticamente nada estrictamente "de Derecho", en el LSAT no se exige tanto conocimientos de Derecho cuanto "aptitudes" básicas para su estudio en el futuro; precisamente las aptitudes necesarias para afrontar con éxito el tipo de formación "metodológica" y "argumentativa" que caracteriza al modelo norteamericano: este examen se centra en la capacidad de lectura y comprensión de textos complejos, saber redactar de manera coherente y ordenada, habilidad para procesar y manejar información,

gica). La concesión no indiscriminada de tramos docentes tampoco sería mal acicate: si las evaluaciones de calidad docente se realizan bien y no todos obtienen los tramos, éstos serían un incentivo para que algunos profesores intentaran mejorar mediante, entre otras cosas, ese tipo de cursos; o su realización podría tenerse en cuenta en esas evaluaciones; o esa formación podría imponerse obligatoriamente a quienes "suspendan" la evaluación docente. Medidas aún más fuertes, como imponer esos cursos con carácter obligatorio para todos los profesores, quizá resulten excesivas, pero debatir al menos sobre esa posibilidad tampoco debe asustarnos: no supondría ningún atentado a los "derechos humanos" del profesor, y si existe esa obligación para la docencia en las enseñanzas medias, no veo por qué sea *a priori* algo inadmisibles para la enseñanza "superior" (como dije: el doctorado nos da la "suficiencia investigadora", pero ¿y la "suficiencia docente"?).

relacionarla, y extraer conclusiones de ella, capacidad de síntesis y de análisis, y en general la aptitud para el razonamiento lógico y la argumentación crítica. Sin ser en lo básico de conocimientos, el LSAT no es nada fácil, y los estudiantes suelen prepararlo concienzudamente durante meses (prolifera cursillos y libros con ejercicios para prepararlo). La puntuación obtenida en el LSAT, promediada con la media de los estudios de *College*, es decisiva, pero la admisión termina de perfilarse mediante factores como entrevistas personales, cartas de presentación, experiencia de trabajo, actividades extracurriculares realizadas por el candidato, o “ensayos” que responden a preguntas como “¿por qué quieres estudiar Derecho?” o “háblanos de ti mismo” (para ver cómo redacta y los rasgos de su personalidad e intereses). El resultado de esta selección tan dura, adecuada a la carrera, y competitiva (globalmente, acceden a una facultad de Derecho acreditada menos de la mitad de los candidatos, y en las mejores se llega a cifras del 6%), es un estudiante que ingresa en Derecho con un nivel de formación y madurez (y acostumbrado al trabajo duro) muy superior al estudiante español medio llegado directamente de bachiller y selectividad (así la llaman...) a los 18 años. Luego, claro, los suspensos en Derecho son allí rarísimos, y no porque una vez admitidos puedan dormirse en los laureles: se les hace trabajar, y ellos responden; basta ver lo concurrida que está la biblioteca un domingo cualquiera –no sólo en época de atracción de exámenes– hasta las 12 de la noche.

¡Claro que con esos mimbres²¹, con estudiantes así de brillantes (porque se han seleccionado los mejores), es mucho más fácil que el *case method* funcione bien! De nuevo la pregunta: ¿podemos hacer nosotros algo parecido aquí? No entraré a fondo en el debate sobre la selectividad académica para acceder a Derecho en España, de entrada porque, lo confieso, no tengo al respecto una postura claramente decidida, sino más bien un montón de dudas (a sabiendas de que se trata de una cuestión clave). De entrada diré –sé que no es decir mucho– que mis dudas se mueven sin embargo dentro de ciertos límites. Por un lado, un sistema tan elitista, también tan académicamente elitista, como el norteamericano, no lo defendiendo para España, aunque sé que adoptarlo facilitaría enormemente la

²¹ Son comunes en España expresiones que usan la palabra “mimbres” en el sentido mucho más general de “materia prima”, de ingrediente o material básico, del que está hecho o con el cual se construye algo más complejo.

implantación del tipo de enseñanza que propongo (¡y cualquier otro tipo!). Quizá sea porque he visto demasiados casos de estudiantes mediocres en bachiller que sin embargo levantaron el vuelo durante la carrera y han llegado a ser unos buenos profesionales del Derecho. No soy partidario de una especie de *track system* inglés, no sólo en la enseñanza primaria, ni en la secundaria, sino que también mantendría la universidad abierta a estudiantes “menos brillantes”. El problema –uno de los problemas, no digo que el principal– es que ello puede desembocar en un sistema dual en el que las universidades privadas sí seleccionan a los mejores y sus egresados acaban ocupando los puestos sociales clave. Ello se podría evitar mediante una más decidida regulación pública de las universidades privadas que, sencillamente, no les permitiera establecer criterios académicos de admisión significativamente más selectivos que los de la universidad pública: que no les permitiera evadir la dimensión de “servicio público” a la que las universidades, por muy privadas que sean, no deben renunciar (ni el Estado hacer dejación de su responsabilidad por asegurar su cumplimiento cuando delega en las privadas la prestación de ese servicio que en principio a él le corresponde). Lo de “servicio público” incluye, para mí, abrir posibilidades no sólo de formación cultural de nivel universitario para amplios sectores de la población, sino también abrir posibilidades de formación “profesional” universitaria que permita a más gente, no sólo a una selecta minoría de los intelectualmente “mejores” y “más esforzados” (no hay ironía en las comillas), acceder al mercado de trabajo que requiere ese nivel académico (léase, Derecho). Sin embargo, por otra parte, que la enseñanza universitaria conserve su dimensión de servicio público no puede llevarnos al extremo contrario de concebirla como una especie de “derecho humano” o “fundamental” (constitucional) a estudiar en la universidad (yo, esto, lo he llegado a oír) del que sería titular todo estudiante tras acabar el bachiller, sin más requisitos. Y no caer en eso es particularmente importante en enseñanzas profesionales como Derecho, donde el “barra libre que yo (Estado: contribuyente) pago” al que nos llevaría el discurso del “servicio público” llevado *ad liminem* ha de ser ponderado por la responsabilidad que ante la sociedad tiene el sistema universitario para formar juristas profesionales de calidad que presten un buen servicio al ciudadano (lo cual exige también ciertos mínimos de calidad en el *input* que la facultad recibe).

Pero en Derecho, hoy, no se selecciona prácticamente nada mediante la selectividad y el *numerus clausus* (donde se hace lo hay, es sólo simbólico, o preventivo ante los peligros del distrito único, que se han revelado inexistentes: hoy competimos entre las facultades por conseguir clientes). Yo sí sería partidario pues de seleccionar académicamente algo más, quizá bastante más (porque mis motivos no son evitar una ya inexistente masificación), sin llegar ni muchísimo menos al sistema norteamericano (queda mucho trecho). ¿Cuánto?, ¿cómo? Sobre el cuánto, ya sé que es difícil cuantificar, pero por expresar más o menos por dónde andaría yo, lo diría así: en una escala de 0 a 100, siendo casi 0 lo que aquí tenemos y 100 lo que hay en Estados Unidos, situarnos en torno a 30 no estaría mal. “¡A las barricadas! ¡No al elitismo ‘meritocrático’!”, dirán algunos estudiantes ante mi (creo yo que) moderada actitud. “¡¿Ahora nos vamos a poner a seleccionar?! ¡¿Justo cuando nos faltan estudiantes para que nos salgan las cuentas del POD y no se congelen las plazas?! ¡Cómo se nota que es usted ya funcionario!” dirán algunos profesores. A los primeros les diría que una enseñanza de calidad (para formar juristas de calidad de cara a la sociedad) no sólo pasa por una mejora –una revolución, si es que somos tan malos– en la calidad del profesorado y de sus métodos docentes (yo estoy defendiendo mejores métodos), empezando por su “formación profesional como docentes” (también lo he defendido ya), y antes aún, por su selección también para acceder a la docencia (y miro ahora de reojo al profesor: si de selectividad hablamos, o todos moros, o todos cristianos); pasa también por una mejora de calidad de la materia prima (con perdón) estudiantil. Y a los profesores los tranquilizaría diciendo que mi propuesta requiere por supuesto que la creación de plazas docentes se desvincule del número de alumnos (no digo del todo, pues dinero no sobra, pero sí muchísimo, que para mucho sí hay en esta España del déficit cero); pero es que eso es algo que, dada la actual caída en picado de ese número, va a caer como fruta madura antes de lo que imaginamos, estoy convencido. Y si no, al (poco) tiempo.

Y en cuanto al “cómo” seleccionar estudiantes, ahí sí que podemos tomar algo del sistema estadounidense. No lo de exigir cuatro años de universidad antes de comenzar Derecho; como docente, puedo fantasear con esa situación de encontrarme con licenciados en mis clases de primero, pero es obvio –¿de verdad tan obvio?– que proponer eso no es

razonable para un sistema universitario como el nuestro. Pero para aplicar esos 30 “selectimiles” de los que hablo sí podríamos, por ejemplo, poner un examen inspirado en el LSAT norteamericano (ahora que con la LOU cada centro puede organizar su selectividad: yo no veo ahí una de las barbaridades de la LOU); no sé si el “LSAT” español debería ser el mismo en todas las facultades de Derecho de España, pero casi me inclino por que sí (sería cuestión de acordarlo entre todas, para lo cual, por cierto –para esto y para un sinfín de cosas más– también sería bueno que existiese una asociación nacional de facultades del tipo de la *American Law Schools Association*, cuyas tareas e importancia van muchísimo más allá de las de nuestras bienintencionadas pero débiles conferencias de Decanos). Habría que promediar –ya veríamos en qué dosis– la nota de ese examen con la de los últimos años de la enseñanza media. Y al cuantificar esta última debería ponderarse según qué asignaturas estudió el candidato en bachiller: no está igualmente preparado para Derecho uno que estudió un bachiller “de letras” que otro que lo hizo “de ciencias” habiendo éste cursado, por ejemplo, algún año menos de historia o de lengua; también en EE. UU. –no lo dije– ponderan el perfil de lo cursado en el *College* de cara a la admisión en Derecho, privilegiando en algo el haber estudiado asignaturas que estimulan el dominio del lenguaje y la capacidad de razonamiento, y materias como historia, ciencia política, sociología, filosofía, lengua y literatura o economía. También podríamos presionar nosotros para que en las enseñanzas medias se estudiaran algunas nociones de Derecho (a los de Medicina les llegan estudiantes que algo saben de biología y ciencias; en otros campos –no en todos– pasa lo mismo; ¿por qué no también en Derecho?). Eso sería un mal sucedáneo, pero algo es algo, de los cursos allí llamados “pre-Derecho” –tampoco lo mencioné– que un estudiante puede escoger al final del *College* si piensa ir luego a Derecho (no es requisito, pero sí es tenido en cuenta en la admisión a Derecho). Sobre las entrevistas personales, currículum complementario, cartas de presentación, “ensayos”, etcétera, importar esto es ya más “delicado”, por subjetivo, menos “baremable”... pero tampoco creo que haya obstáculos legales insalvables para que en nuestras facultades de universidades públicas se constituyan comités de admisiones compuestos por “notables” y dotados de cierto margen de discre-

cionalidad para tener en cuenta estos “otros méritos”, si los hay, en casos de empate o cercanos al empate.

En fin, dejando aparte las “grandes cuestiones” que surgen acerca de si debemos o no seleccionar a nuestros estudiantes, para lo que aquí más me interesa (la relación entre la calidad de los estudiantes debido a su selectividad académica y el buen funcionamiento de un concreto método docente de tipo norteamericano) mi conclusión es que sí, que debemos seleccionarlos en cuantías y de maneras como las que he apuntado, y que ello redundará directamente en un funcionamiento mucho mejor del método. Pero, sobre todo, que si esa selectividad no fuera posible, o mientras no se llegara a implantar, estoy convencido de que la ausencia de este factor, que es importantísima (más que en otros métodos, porque éste descansa más en el trabajo y participación del estudiante), no impediría en absoluto establecer ese método docente en España. Funcionará como buenamente pueda funcionar, no será como el de las más selectivas universidades norteamericanas, pero puede ser bueno y desde luego mucho mejor que el actual. Esto no es cuestión de todo o nada. Tampoco los profesores dominamos este método, y eso se notará, pero las carencias de unos y otros no van a suponer un fracaso estrepitoso.²²

²² Hay además una componenda que provisionalmente podemos ensayar: ofrecer este método, que supone una evaluación continua y mucho más trabajo día a día para el estudiante, a aquellos que voluntariamente se apunten a él, y dejando a quien no lo desee la posibilidad de cursar la asignatura del modo tradicional: manual a estudiar y nos vemos en el examen final. Por supuesto, se invita a estos otros a asistir también a clase y a participar en ella si lo desean. Pero manteniendo una cierta distinción; por ejemplo, que se sienten en el aula detrás de los “apuntados” al nuevo sistema, siendo con éstos fundamentalmente con los que uno monta el debate, y los otros, liberados de las obligaciones del *case method* –no han leído ni trabajado las sentencias o textos antes de ir a clase– quedan, porque así lo han elegido, con un cierto estatus de “público” o de “oyentes” (con derecho a voz, que poco ejercerán si no han leído, y sin sufrir interrogatorios del profesor). Quien, habiéndose apuntado al nuevo sistema, no cumpla después con sus exigencias, “siempre” tendrá abierta la posibilidad del manual más examen final (en todo momento uno se puede retirar del sistema o ser invitado a hacerlo por el profesor), pero en la dirección contraria no será posible cambiarse (la admisión al sistema se cierra después de un par de semanas iniciales del curso para que cada uno lo vea y decida). Esto no es ni mucho menos lo mismo que el conocido “seminario voluntario” como complemento de la docencia ordinaria, porque al sistema de *case method* se apuntará una buena porción de los matriculados, y en él se decide la nota final. La perspectiva de evitar el atracón del examen final (también puede haberlo en el nuevo sistema, pero como un factor más entre muchos otros), donde se la juegan a una

3) Además de por ser buenos estudiantes, el *case method* funciona allí porque los estudiantes están especialmente “motivados”, debido al menos a dos factores que pesan mucho más que en España. A la selectividad académica se añade otra selectividad, la económica: allí estudiar Derecho es carísimo.²³ De modo que no aumentar los gastos por suspender una asignatura (no digamos por “repetir” curso, algo prácticamente desconocido allí) es un poderoso estímulo adicional para que el estudiante de Derecho norteamericano, por muy brillante que sea, lleve además una vida parecida a la del licenciado español que prepara oposiciones de un nivel alto.²⁴

sola carta, es un poderoso atractivo: quizá demasiado, y al principio se apunten muchos para evitarse el examen sin intención de trabajar duro, pero éstos desertarán por sí mismos o serán “expulsados” más pronto que tarde. De manera que, al final, los mejores estudiantes (¡también tenemos nosotros un buen número de estudiantes excelentes!), y los más motivados o interesados en la asignatura aunque sean menos buenos, estarán en el sistema, y se podrá funcionar con este grupo; pero los peores, los que entorpecen su funcionamiento, o no se apuntarán o se saldrán pronto de él (y no importa si son un porcentaje elevado: nos quedamos con los que valen y quieren). Esto no tiene nada de discriminatorio *track-system* ni de elitismo (nadie queda fuera por torpe, sino por vago o porque prefiere autoexcluirse). Lo injusto es más bien negar a los buenos y trabajadores un método mejor sin beneficio alguno para los otros. Estamos probando esto en mi Área en Alicante, y parece que funciona.

²³ En las 25 mejores facultades la matrícula cuesta unos 17.000 dólares al año (unos 10.000 en las públicas). Algo bajan según descendemos en el *ranking* de universidades, pero las 175 facultades acreditadas por la *American Bar Association* siguen siendo muchísimo más caras que nuestras universidades públicas. Si añadimos alojamiento y manutención (suelen estudiar lejos de casa), seguro médico privado (estoy hablando de Estados Unidos), libros, etc., los tres años de Derecho salen por lo menos 90.000 dólares (sin contar los cuatro años previos de *College*, de costes parecidos). Que no sólo los multimillonarios estudien Derecho se explica por un complejo sistema de créditos blandos y a largo plazo (la carta de admisión de una buena facultad sirve de garantía, pues se sabe que el graduado de ella tendrá trabajo inmediato y muy bien remunerado), becas públicas y sobre todo privadas (incluidas las de las propias universidades), cuentas de ahorro familiares abiertas casi desde que los hijos son *nasciturus*, empleos veraniegos o de fin de semana de los estudiantes, etc. Por supuesto que, a pesar de todo esto, grandes masas de la población quedan excluidas de los estudios universitarios, lo cual contribuye notablemente a las escandalosas desigualdades sociales de ese país; pero muchos estudiantes de clase media e incluso baja, no sin esfuerzo, pueden acceder si superan los requisitos académicos.

²⁴ Por si acaso –éste es otro factor “motivador”–, el régimen de permanencia es durísimo: sólo dos convocatorias, sólo se puede suspender una asignatura en primero, el “no presentado” equivale al suspenso... (esta dureza se relaja un poco al descender en

Sobre esto poco tengo que decir: simplemente que no estoy dispuesto a pagar el precio de esos precios por contribuir a un mejor funcionamiento de un método docente. Por lo demás, es que tampoco es necesario: las dosis en que pueda mejorar el funcionamiento del método atribuibles a ese estímulo resultan mínimas –demasiado indirectas, y hay muchos otros factores– en proporción al coste que en términos sociales supone una selectividad económica tan enorme.²⁵

4) El otro factor-estímulo es más importante: la competitividad entre los estudiantes (no ya para el acceso, sino durante la carrera). Esto tiene que ver, por supuesto, con la “cultura” general, mucho más competitiva, de la sociedad estadounidense (el tópico es cierto), de la que también están imbuidos, yo diría que con creces, los estudiantes de Derecho (¡y los profesores!). Tiene aún más que ver con la importancia que para cada estudiante tiene el expediente académico que obtenga durante la carrera “en relación con el de sus compañeros” de cara a su futuro profesional y sus futuros ingresos. Sencillamente porque las empresas que contratan a los recién licenciados –típicamente, pero no sólo, los grandes despachos de abogados que funcionan como empresas: las *law firms*– buscan los mejores expedientes comparándolos dentro de cada promoción (mientras que aquí, para muchas salidas profesionales, el expediente es todavía –cada vez menos– irrelevante o secundario). Pero, encima, el sistema educativo fomenta la competitividad de muy diversas maneras.²⁶ En suma, estos estudiantes no estudian tanto para aprobar (eso se

el *ranking* de facultades). Sin llegar ni mucho menos a esto, yo sí endurecería en algo nuestro sistema: ya está bien de que el contribuyente financie al estudiante que se eterniza en la Facultad.

²⁵ Nuestro sistema tampoco es el más justo posible: todos los contribuyentes, incluidos los de rentas más bajas, financian la educación universitaria de un sector de estudiantes mayoritariamente de clase media o media-alta que en muchos casos podrían (sus familias) sufragar su coste real o una proporción mucho mayor; las tasas no atienden a la capacidad contributiva. Por un mejor sistema de becas iría la solución, pero también por aproximar las matrículas al coste real para quienes pueden pagarlo. El problema es, claro está, el de los fraudes en la declaración de la renta.

²⁶ La facultad colabora en la organización de auténticas “ferias” a las que acuden cazadores de talentos para ofrecer trabajo a los mejores entre los estudiantes del último año; los juicios simulados se organizan como auténticas competiciones por parejas que se enfrentan como defensoras de cada una de las partes en el hipotético pleito, con un sistema de eliminatorias que culmina en una “gran final” y una pareja cam-

da por descontado) cuanto para sacar mejores notas que los demás y situarse en los primeros puestos del *ranking* de su promoción.

Este ambiente tan competitivo es para el *case method* un arma de doble filo. Ciertamente, contribuye mucho a estimular el esfuerzo requerido al estudiante para que el método funcione, y a estimular su participación en el aula. Pero, además, enrarece las relaciones personales, en cuanto al trabajo fuera del aula, y obstaculiza otras formas de sana cooperación entre los estudiantes.²⁷ En el aula, puede llevar a que los estudiantes levanten la mano no ya con la intención de aprender participando en una sana confrontación intelectual, sino con el deseo mal disimulado de “derrotar” y, si es posible, ridiculizar ante el profesor y ante los demás compañeros a aquel que acaba de tener una intervención desafortunada o no supo contestar a la pregunta del profesor, sobre todo si este “compañero” es uno de sus más directos rivales en el *ranking* de su promoción: también en las intervenciones en clase el éxito depende de que se haga no ya un buen papel, sino un papel mejor que el de los demás.²⁸

peona (hay a veces hasta premios en metálico); las revistas jurídicas de facultad, incluidas las más prestigiosas donde publican los grandes juristas norteamericanos, siempre han sido editadas por un consejo de redacción formado por estudiantes, y pertenecer a ese consejo equivale a algo similar –salvando las distancias– a aparecer en aquellos “cuadros de honor” con que se premiaba a los alumnos más destacados en nuestras escuelas (acceden a ese privilegiado consejo los cuatro o cinco mejores expedientes tras el primer año, o quienes vencen en un examen-oposición organizado para este fin); más aún: es que a menudo la calificación de cada estudiante en cada asignatura se hace depender de los resultados medios obtenidos por su grupo, y se les califica dándoles el porcentaje que ha estado por encima o por debajo.

²⁷ Una de esas formas, paradójicamente allí muy extendida –tal vez como reacción ante esa atmósfera competitiva–, y que sería bueno estimular aquí, es la formación de pequeños “grupos de estudio”, donde la colaboración es muy intensa. No es sólo que dos o tres compañeros se juntan en casa de uno para estudiar por la noche: los “grupos de estudio”, algo más numerosos, poseen una cierta organización y regularidad en su funcionamiento, se parecen más a un club informal. Vienen bien para nuestro método porque en su seno también se discute y argumenta (no es sólo estar juntos mientras cada uno “empolla” lo suyo).

²⁸ Por esto, y también porque la participación en clase es evaluada, y porque los profesores pueden tender a ensañarse en clase con el alumno que no hizo “los deberes”, que no sabe una pregunta o que dice una barbaridad, el método socrático puede degenerar en un ambiente represivo y demasiado “de colegio”. Algunos estudiantes

¿Incorporamos a la versión española del modelo norteamericano el estímulo de la competitividad? Desde luego no la estadounidense: los problemas que conlleva no nos compensan, y además no sería muy factible en nuestro contexto, no nos va ni nos gusta. Pero, si la discusión en el aula generara –yo creo que lo hace por sí misma– unas ligeras dosis de mayor competitividad entre nuestros estudiantes –si es que ahora hay alguna–, yo no lo deploraría. Unas gotitas de competencia controlada entre ellos no sería malo. Al menos –y eso sí lo puede provocar el profesor– en un sentido positivo: no ensañarse con los malos pero sí reconocer públicamente en clase a los buenos estudiantes, a las buenas intervenciones. Creo que existe tal cosa como la “sana envidia”, y que los estudiantes la sientan de quienes son mejores puede ayudar a que se esfuercen más.

5) Además de las económicas y de la competitividad, hay también otras razones de las “menos nobles” que explican el funcionamiento del método socrático en Estados Unidos. La participación del estudiante, y un buen nivel en sus intervenciones, se estimula de modo artificial porque el estudiante sabe que de la frecuencia y calidad de sus actuaciones en clase depende en buena medida su nota final en esa asignatura (1), y porque muchas de las preguntas del examen tendrán que ver directamente con lo que ha ocurrido durante la discusión en el aula (2). La asistencia a clase es obligatoria (3), y la participación de hecho casi también (4). Muchas veces los estudiantes tienen asignado un asiento fijo en clase, y durante la clase los profesores tienen delante un diagrama del aula con los nombres de los estudiantes que ocupan cada asiento

(o muchos) pueden padecer un sentimiento agobiante de temor ante la posibilidad de “ser llamados” por el profesor y verse expuestos así al fracaso en público, a una cierta humillación ante el profesor y ante sus compañeros; la asistencia a clase puede convertirse para ellos en una experiencia diaria de tensión y angustia, que explica la aparición de prácticas como el llamado “*backbenching*” o el “*no-hassle pass*”. El verbo “*to backbench*”, acuñado hace ya tiempo en la jerga estudiantil, alude a la práctica de agazaparse semiclandestinamente en los bancos del fondo del aula, con la esperanza de eludir así el peligro de ser llamado a intervenir. El “*no-hassle pass*” evoca los “*Miranda rights*” (los derechos del detenido reconocidos en *Miranda vs. Arizona*): es el “derecho a no hablar” si el profesor te pregunta, sin dar explicaciones ni soportar una posible presión para contestar; el estudiante dice “paso” y el profesor debe dirigirse rápidamente y con toda naturalidad a otro estudiante.

(incluso con su fotografía), de manera que toman buena nota de cuánto y cómo interviene cada uno, e incluso pueden seleccionar a quién dirigir sus preguntas sin esperar a que aparezcan voluntarios (5).

Yo incorporaría estas cinco cosas prácticamente tal cual. Pienso que son más necesarias aún aquí que allí, porque no tenemos el tipo de estudiante que tienen ellos. Sin “incentivos” de este estilo, el método no va a funcionar bien, sobre todo en los primeros tiempos. ¿Que queda muy “de colegio”, muy “policial”? No me importa. Se trata de un sistema de evaluación (y trabajo del estudiante) continua (si es que se mantiene un examen final, yo no le daría un peso mayor de, digamos, un 20% de la nota), y hay que obligar a trabajar, y controlar si se trabaja y quién trabaja. Nuestros estudiantes no están acostumbrados a esto, y conviene, al menos en un principio, empezar “fuerte”. Ya se verá después si uno se puede permitir relajar este control, en función de si “responden”, y también del número de estudiantes que tengamos. Por supuesto que el sistema tiene mucho de “tomar la lección” casi semanalmente: durante la discusión en clase, revisando los *casebriefs* y otros “deberes” o preguntas que encargamos para un día posterior, haciendo en clase brevísimos “miniexámenes” por sorpresa... De modo que, al final, ya no necesitamos “el” examen para conocer y evaluar a nuestros alumnos. Yo siempre he tenido claro que “el truco” de los colegios privados y de las universidades privadas “de toda la vida” (además de la “trampa” de seleccionar mucho en la admisión, de lo cual ya he hablado antes) no es obviamente una plantilla de profesores de mejor calidad, sino un mayor control sobre el alumno: le hacen trabajar de forma más “sostenida”. No veo por qué la universidad pública no puede introducir mecanismos en esa dirección. ¿Es “poco estético”, “poco progre”, “de colegio de curas”? ¿Es “paternalista”, “autoritario”, es tratar a los estudiantes como niños? Me da igual que me digan eso. Puedo revestirlo con otro aire: si un enfoque del Derecho y un método para su docencia que es superior por ser sustantivamente más “metodológico”, “argumentativo” e “instrumental”, lo aplicamos con estos mecanismos de “evaluación continua”, tendremos una enseñanza menos memorística, menos formalista, más práctica, más participativa, más crítica... en suma, de mayor calidad.

3. EDUCACIÓN EN FINES, VALORES Y ACTITUDES (FUNCIÓN CRÍTICA, NIVEL 1)

La formación “metodológica” de tipo norteamericano que definiendo capacitaría sin duda a los estudiantes para un ejercicio profesional práctico mucho más activo, en el cual el jurista estaría dotado de poderosas armas argumentativas para un más hábil manejo de la herramienta jurídica. Enseñemos, sí, a manipular el Derecho, en lugar de una enseñanza memorística y formalista que resulta paralizante porque proporciona una visión demasiado “granítica”, determinada, del Derecho, cuando éste en realidad es mucho más “plástico”. Esto es ya un gran avance: tendremos juristas técnicamente mejores. Pero, en el fondo, no es más que la satisfacción de un prerequisite necesario para abrir las puertas a lo que a mí más me interesa. Supone una “liberación de energías”, pero esas energías argumentativas de nada sirven –pueden ser hasta peligrosas– si no se “orientan” hacia buenas direcciones (manipular el Derecho, sí, pero ¿para hacer qué?). Dicha orientación ha de ser de naturaleza abiertamente político-moral. Se trata de formar juristas comprometidos con una tarea políticamente crítica y transformadora ante las injusticias del presente. Pero tanto esa crítica como esa dirección transformadora, constructiva, ha de estar sustentada en valores justificados. Hay que provocar en el estudiante, ciertamente, una “actitud” emocional de compromiso hacia “la justicia” o hacia ciertos valores: sin esto, sin una educación en “sentimientos morales”, nada hay que hacer. Pero hay que dotar además a ese estudiante político-moralmente “bienintencionado” de una formación “teórica” que, por un lado, lo oriente en la determinación del sentido de su compromiso moral (o, al menos, que lo “desoriente”, lo disuada intelectual y “valorativamente”, de direcciones perversas); y que, por otro lado, le permita justificar racionalmente, antes que nada ante sí mismo, y también ante los demás, las opciones valorativas que él tome. Esa formación teórica ha de consistir, por supuesto, en una reflexión profunda acerca de las “grandes cuestiones” políticas, filosóficas y morales; pero tampoco aquí el discurso teórico debería quedarse en un vacío especulativo: esa enseñanza en teoría social y en filosofía política y moral ha de venir referida al Derecho y al orden social, y no sólo en abstracto, ha de venir referida a nuestro Derecho actual, a nuestro orden social, y a las posibilidades de su transformación o mejora pero partiendo del

presente. Por eso, aunque un bagaje teórico más abstracto sea imprescindible en una enseñanza “filosófica” (en sentido muy amplio) más especializada sobre “los fundamentos”, hay que enseñar al estudiante a “usar” ese bagaje en el conjunto de sus estudios, porque lo importante es que esa apertura hacia la dimensión político-moral que le sirva de guía no quede escindida sino que se incorpore en la enseñanza de cada asignatura de Derecho positivo (para ello no es necesario que el profesor de Derecho Mercantil, por ejemplo, domine a Habermas: basta con que muestre al estudiante la dimensión política y moral de las actuales reglas del juego jurídicas del mercado, y que las muestre no como inamovibles ni “naturales” sino como fruto de opciones humanas que podrían ser otras, y dando pistas sobre esas “otras”, y justificándolas argumentativamente). Por eso hay que “fundir”, en la mayor medida posible, este “nivel 1”, político-moral, en el seno del “nivel 2”, el argumentativo, jurídico, práctico: argumentación jurídica, pero con un norte valorativo. En definitiva, se trata de formar juristas “con principios”, pero que además sepan traducir esos principios a, y usarlos como guía en, su trabajo cotidiano como juristas que operan en “este” mundo. A todo esto me refería cuando hablaba al principio de la formación de juristas no sólo “técnicamente competentes”, sino también, y sobre todo, “política y moralmente bien orientados”. Lograrlo al cien por ciento puede que sea un ideal inalcanzable, pero eso no significa que no podamos adoptarlo como ideal regulativo de nuestra docencia hacia el que sí podemos avanzar. De todo esto me ocuparé en este tercer y último apartado.

El primer paso será abrirles los ojos hacia la dimensión valorativa, político-moral, del Derecho. En última instancia, la cerrazón respecto de esa dimensión –más incluso que respecto de la dimensión “social”– es el núcleo duro de aquello a lo que me refiero cuando hablo, en un sentido más amplio del habitual, de “formalismo”, y esa cerrazón es lo que menos me gusta del formalismo. He hablado muchísimo de la enseñanza del Derecho en Estados Unidos, y no sólo he elogiado sus virtudes sino que también he expuesto sus defectos, y además las dificultades (no insalvables) concretas que surgen para adaptarlo a nuestro país aquí y ahora. Pero no he dicho todavía por qué mi propuesta ideal, aunque se le parece, no se identifica ni mucho menos con el modelo norteamericano. Dejando aparte aspectos más o menos concretos (algunos no de simple “detalle”)

que ya he ido desgranando, la gran diferencia, la de fondo, entre lo que yo defiendo y el sistema estadounidense, radica precisamente en que, aunque les sorprenda a ustedes, yo sigo viendo el sistema norteamericano como demasiado “formalista”, en el sentido de no todavía suficientemente abierto a valores (aunque lo esté más que el nuestro). La conciencia de la plasticidad del Derecho que proporciona una formación argumentativa posibilita pero no necesariamente incorpora la conciencia de que detrás de esas maniobras conceptuales y argumentativas de los juristas (teóricos y prácticos), supuestamente “técnicas”, no hay sino opciones “valorativas” de naturaleza política y moral; maniobras y opciones que podrían haber sido otras, y además valorativamente mejores. Mostrar eso explícitamente a los estudiantes, así como las consecuencias económicas, sociales, políticas y morales tanto de las opciones realmente tomadas como de las bien distintas que cabría tomar, ha de ser un tema central en una enseñanza crítica del Derecho.

3.1. UN MODELO DE ENSEÑANZA NO FORMALISTA-CLÁSICO

En primer lugar, hay que advertir que un *case method* de tipo norteamericano, por muy centrado en sentencias y muy “argumentativo” que sea, es susceptible de ser tratado de un modo formalista; incluso, de un modo formalista en un sentido muy clásico, tradicional (no sólo en el más amplio al que yo me refiero). No sólo es en teoría susceptible de eso: es que así ha ocurrido históricamente (aunque, desde luego, nunca llegó a los excesos del formalismo europeo). El *case method* era formalista en sus inicios langdellianos (1870); lo siguió siendo hasta la “revuelta” de los realistas en los años veinte y treinta; y de esta tradición formalista “clásica” aún queda mucha huella hoy en día, incluso si concedemos que no es ya el enfoque dominante. Era formalista al menos por dos razones:

a) El estudio de sentencias concretas no era más que la vía para abstraer y construir, a partir de ese material casuístico en bruto y desordenado, “un sistema completo y lógicamente consistente de reglas, doctrinas, conceptos y principios de carácter general y abstracto”, que es en lo que, según Langdell, consiste verdaderamente el Derecho (las sentencias no serían más que manifestaciones, plasmaciones concretas,

de esas reglas, doctrinas y principios, y el papel de la ciencia jurídica consiste en sistematizarlos).²⁹ Aunque se tratara de casos “reales”, debía hacerse pues abstracción del contexto particular (social, económico, político, etc.) de los casos, y centrarse en la regla, doctrina o principio que hubiera detrás de la *ratio decidendi*. Una vez establecida esa regla, doctrina o principio (supuestamente extraíble, “deslindable” de los meros *dicta*, de un modo técnico, sin valoración alguna), los jueces debían respetarla escrupulosamente “y aplicarla mecánicamente” a los casos futuros (“con constante facilidad y seguridad a la madeja siempre enredada de los asuntos humanos”, escribió Langdell: rigurosa vinculación al precedente, doctrina rígida del *stare decisis*). Se suponía que las normas jurisprudenciales casi siempre proporcionaban, por mera deducción lógica y sin discrecionalidad del intérprete, únicas respuestas correctas. En el “libro de casos” para la docencia sólo se incluían casos “paradigmáticos”, las principales sentencias en cuya fundamentación jurídica se expresara, con consistencia lógica, una determinada “línea jurisprudencial” (interesaba mostrarlos y estudiarlos en su secuencia lógica, más que cronológica o histórica); si hubiera casos contradictorios con esa línea coherente, se ocultaban o se minimizaba su importancia tachándolos de meras “anomalías”, ofreciéndose así una imagen sistemática de este Derecho jurisprudencial.³⁰ De modo que, a estos casos “canónicos” incluidos en los

²⁹ Recuérdese la cita de Langdell (*supra*, nota 11): “El Derecho, considerado como una ciencia...”; las doctrinas jurisprudenciales han de ser “clasificadas y dispuestas de forma tal que cada una pudiera encontrarse en su lugar apropiado y no en otro”; “la inmensa mayoría [de casos] son inútiles, o peor que inútiles, para cualquier propósito de estudio sistemático” (cursivas mías).

³⁰ En lo de “o peor que inútiles [para un estudio sistemático]” está la trampa formalista: cuando me encuentro sentencias que contradicen la consistencia lógica del sistema, y la univocidad de la “respuesta correcta” que cabe extraer de él, prescindo de ellos sin más, porque “molestan” al objetivo de transmitir una (falsa) representación del Derecho como dotado de “determinación” y “certeza”. Se entiende así que el antiformalista juez Holmes escribiera: “El ideal jurídico del Sr. Langdell, la finalidad de todos sus esfuerzos, es la *elegantia juris* o la integridad lógica del sistema en cuanto sistema. Él es, quizá, el mayor teólogo jurídico vivo. Pero, como teólogo, no está tan preocupado por sus postulados como por mostrar que las conclusiones derivadas de ellos permanecen ligadas entre sí” (HOLMES, Oliver Wendell, “Review of Langdell’s *A Selection of Cases on the Law of Contracts*”, en *14 American Law School Review*, 233 [1880]).

casebooks, se les atribuía un carácter normativo general que los hacía susceptibles de un tratamiento casi tan formalista, aunque fueran sentencias, como el que daría un jurista continental del siglo XIX a los artículos de un código. Y sobre todo: la idea de enseñar a “pensar como juristas” partía de una concepción del razonamiento jurídico como razonamiento lógico-formal, no como razonamiento instrumental en términos de “*policy*” u objetivos sociales a alcanzar, ni menos aún como razonamiento en términos de discurso abiertamente valorativo de carácter político-moral. En todo esto se perciben muchos rasgos del formalismo: el énfasis en la generalidad y abstracción del Derecho; el énfasis en la “sistematicidad” del Derecho (carente de lagunas y antinomias); la confianza en su certeza y “predecibilidad” en cuanto que es aplicable mecánicamente, deductivamente (sin discrecionalidad judicial, sin atender a valoraciones morales o de utilidad social introducidas por el intérprete).

b) En cuanto a la ciencia jurídica, el *case method* aislaba el estudio del Derecho del resto de disciplinas sociales, para mantener así el carácter científico autónomo y “puro” de la “Ciencia” jurídica. El Derecho sólo constaba de principios y doctrinas jurídicas, y en las facultades de Derecho la “dieta” de los estudiantes debía estar compuesta exclusivamente por los casos en que éstas aparecía. La ciencia política, la historia, la sociología o la economía debían confinarse en otras facultades. Y la experimentación sociológico-jurídica empírica y cualquier referencia al entorno social también debía quedar fuera de las facultades de Derecho.

Por supuesto que no es este formalismo jurisprudencial lo que yo deseo importar de Estados Unidos. Por centrarme en el elemento clave: me gusta eso de “enseñar a pensar como juristas” (el enfoque argumentativo), por lo cual, si entre formalismos tuviera que elegir, me quedaría, como mal menor, con el “langdelliano” en comparación con el europeo clásico en la enseñanza. Pero no me gusta nada ese eslogan cuando viene referido al razonamiento jurídico entendido estrictamente como razonamiento lógico-formal, como si éste fuera suficiente para obtener respuestas jurídicas de un modo mecánico, ocultando la argumentación sustantiva y la “inescapabilidad” de tomar opciones valorativas³¹.

³¹ Ojo: esto no tiene nada que ver con sostener la estupidez de que hay que prescindir de la lógica en el Derecho y su enseñanza (¡a ir por ahí incurriendo en contradicciones

3.2. UN MODELO DE ENSEÑANZA NO “NEOFORMALISTA” DE “POLICY”

Me gusta bastante más, porque es más “frágil” para introducir lo que yo quiero (la dimensión político-moral), un modelo de enseñanza para España que se parezca al *case method* tal y como viene siendo entendido hoy en día en el enfoque dominante de la enseñanza del Derecho en Estados Unidos. Pero ese enfoque hoy dominante sigue estando todavía lejos, muy lejos, de lo que yo defiendo.

El enfoque al que me refiero (aquí no nos importa hasta qué punto es o no allí “el dominante”; dejémoslo en “el de la ‘mejor’ enseñanza del Derecho” de allí), aunque no ha perdido del todo la huella del formalismo clásico, es mucho más “sustantivo”: el enfoque argumentativo de la enseñanza –lo de “pensar como juristas”– se entiende ahora no sólo en el sentido de razonamiento lógico-formal, sino que se abre también a argumentos materiales en términos de “*policies*”, de “políticas públicas” u objetivos (directrices) de utilidad social (socioeconómicos, culturales, de “política jurídica”, etc.). Se enseña una especie de “jurisprudencia (ciencia jurídica) sociológica”, un “*policy analysis*” que es el legado –en mi opinión, descafeinado– que dejó la crítica al formalismo realizada por el movimiento Realista. La certeza y neutralidad valorativa del razonamiento jurídico que se ha perdido tras la crítica al formalismo clásico –éste ha quedado un tanto desprestigiado– se intenta hoy recuperar reformulándolo en términos “funcionales” más que “forma-

y en falacias lógicas!). La argumentación lógica es un primer ingrediente de mi “enfoque argumentativo”; lo único que defiendo es su insuficiencia, que no basta sólo con ella, que la argumentación jurídica es muchísimo más que la lógica. Lo que defiendo tampoco es la majadería “pseudoprogre”, en cierto sentido aún peor, de acusar a la lógica por ser “de derechas”. Lo que es conservador (conservador de lo que haya, sea éste un Derecho de derechas o de izquierdas) es otra cosa: es presentar el razonamiento jurídico como “sólo” lógico-formal y por lo tanto incapacitar al estudiante-jurista para la defensa de interpretaciones alternativas y políticamente heterodoxas respecto de las lógicamente extraíbles a partir de una determinación literal –o rendida de antemano a las convenciones interpretativas dominantes– de las premisas. Claro que al final hay que dar un paso lógico (tampoco siempre), que en realidad es trivial (aunque puede resultar técnicamente muy sofisticado), desde las premisas hasta la conclusión. Lo “político” (y moral) está en la argumentación para determinar las premisas. Pero sobre eso –obvio es, pero hay que recordárselo a algunos– la lógica no tiene nada que decir ni lo pretende: no es pues, ni de derechas, ni de izquierdas. Ni siquiera es de centro.

les". En muchos casos el Derecho no se enseña tanto "como un cuerpo autoritativo de doctrina" cuanto

"como un instrumento de *policy* política, económica y social" (...) Los docentes americanos acentúan la necesidad de buscar, por detrás de las reglas impresas, "los problemas subyacentes de política social y de administración práctica" (...) "[Los estudiantes] aprenden a ver el Derecho como un instrumento que está continuamente remodelando la sociedad y la economía americana. Dado que los jueces americanos, al escribir sus sentencias, tienden a discutir las *policies* políticas, económicas y sociales que tienen que ver con sus decisiones, los estudiantes que han hecho de esas sentencias la base principal de su trabajo durante tres años tienden naturalmente a pensar en la significación de reglas y decisiones jurídicas particulares en términos de *policies*".³²

¿Por qué no termina de gustarme este otro enfoque (aunque ojalá tuviéramos más de él en España)? Porque este tipo de "*policy analysis*" no está suficientemente elaborado ni justificado desde un punto de vista teórico general (y tampoco está suficientemente apoyado por la investigación empírica). Le falta el techo (y le falta el suelo). Es el "nivel intermedio" que también padece la enseñanza del Derecho norteamericana, aunque allí esté situado en este otro terreno. Las razones "de *policy*" no se discuten ni argumentan seriamente: no con sus verdaderas implicaciones de carácter moral y político (me refiero a "Político" con mayúscula, *politics*, y no al sentido tecnocrático de *policy* o "políticas públicas" en plural). Tampoco se sustentan empíricamente. Más bien se afirman, sin mucho más, de forma breve y superficial, apelando a un supuesto consenso general sobre determinados valores utilitarios ("la eficiencia en la asignación de recursos", "la seguridad del tráfico jurídico", "la defensa de la libre competencia y la productividad..."), o a una supuesta tendencia

³² ATIYAH, P. S. y Robert S. SUMMERS, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, Clarendon, 1987, pp. 390-91, citando a Cavers. Un claro síntoma de que el enfoque actual de la enseñanza del Derecho en Estados Unidos ya no es el del formalismo "duro" de Langdell, es el paso del *casebook* tradicional a los libros de "*cases and materials*" a los que antes aludí: entre esos *materials* se introducen consideraciones interdisciplinarias, ya no estrictamente jurídico-formales, sobre el contexto sociológico, económico, histórico, etc. de los casos, donde se plantean las cuestiones "de *policy*" que están en juego en la resolución de cada caso.

“cuasi-inevitable” –o sin “cuasi”– de desarrollo histórico (“el crecimiento económico”, “la mayor especialización del trabajo”, “la creciente globalización económica y cultural”...). Cuidado: no es que no me guste –que no me gusta– el tufillo neoliberal-conservador de los “contenidos” concretos que hay detrás de estas etiquetas. Aunque fuesen otros, lo que de verdad deploro es que esos valores y tendencias se presenten en la docencia como constituyentes de una especie de “sentido común” que se da por descontado y no se problematiza críticamente. Se presentan como una especie de “racionalidad funcional” que parece “inmanente” al ordenamiento jurídico y que supuestamente puede resolver los problemas de indeterminación lingüística y valorativa del Derecho, pues se confía en que el jurista-tecnócrata –el jurista-ingeniero social– que maneje con habilidad las técnicas del “*policy analysis*” será capaz de “descubrir” las soluciones socialmente óptimas para prácticamente todos los problemas jurídicos.³³ La racionalidad técnica despolitizada y “desmoralizada” de esos argumentos de *policy* relativamente estandarizados y “acríticamente” asumidos sigue ocultando las “grandes cuestiones” controvertidas de carácter genuinamente moral y “Político” en sentido fuerte sobre los términos básicos del orden social y la posibilidad de su transformación.³⁴

Así, el *policy analysis* se convierte a menudo en una puerta falsa a través de la cual se ha introducido un nuevo tipo de “formalismo”, en

³³ Como decía Tarello, esta “jurisprudencia sociológica” [y también el llamado “análisis económico del Derecho”, añadido yo] indica “esos modos de hacer doctrina jurídica y esos modos de juzgar [y de enseñar, añadido también] por los que se extrae subrepticamente una conclusión jurídica de una premisa ficticia, asignando arbitrariamente carácter normativo a tales premisas que el intérprete o el juez [o el docente] gusta asumir denominándolos ‘hechos sociales’ o ‘la realidad social’” (TARELLO, Giovanni, “La sociologia nella giurisprudenza”, en *Sociologia del diritto*, 1974/I, p. 47). Me temo que mucho de esto es lo que ocurre en España cuando el profesor, en el mejor de los casos, deseando alejarse del formalismo, invoca “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”.

³⁴ El horizonte moral oculto de este enfoque de *policy*, que lo tiene, vaya si lo tiene, es el de un crudo relativismo utilitarista que identifica la moral con la moral socialmente vigente, sea cual sea ésta (o peor aún: con los deseos e intereses, con las “demandas sociales” –sean las que sean–, más que con los “valores sociales”): “El primer requisito de un *buen* cuerpo de Derecho –escribió el juez Holmes (al menos él sí lo explicita)– es que éste debe corresponder con los sentimientos y demandas reales de la comunidad, *sean justos o injustos [right or wrong]*”. HOLMES, Oliver Wendell, *The Common Law*, Boston, Little, Brown & Co., 1881, p. 41 (cursivas mías).

el sentido de que se sigue manteniendo una clara distinción entre, por un lado, el discurso jurídico supuestamente neutral y todavía marcadamente riguroso y determinado (aunque ya no se trate de la racionalidad lógico-deductiva del formalismo clásico) y, por otro lado, el discurso valorativo, abiertamente político-moral, que queda desterrado de aquél cuando está en realidad en la raíz de la argumentación y de las controversias jurídicas. Por eso el *policy analysis* sigue siendo formalista (o, si se prefiere, “neoformalista”). Roberto Unger expresa así ese sentido más amplio de “formalismo” al que me refiero:

Por formalismo yo no me refiero a lo que normalmente se entiende por este término: la creencia en la disponibilidad de un método deductivo o cuasideductivo capaz de dar soluciones determinadas a problemas particulares de decisión jurídica. Formalismo, en este contexto, es un compromiso con, y por tanto también una creencia en, la posibilidad de un método de justificación jurídica que contrasta con disputas abiertas [*open-ended*] acerca de los términos básicos de la vida social, disputas que la gente llama ideológicas, filosóficas o visionarias. Esos conflictos están bien lejos del canon celosamente guardado de inferencia y argumentación que el formalista atribuye al análisis jurídico. Este formalismo sostiene que fines, *policies* y principios son componentes indispensables del razonamiento jurídico. El formalismo en el sentido convencional –la búsqueda de un método deductivo a partir de un sistema de reglas sin lagunas– es solamente el caso anómalo, límite, de esta jurisprudencia. (...) La doctrina jurídica puede existir, según la visión formalista, debido a un contraste entre la racionalidad más determinada del análisis jurídico y la racionalidad menos determinada de las disputas ideológicas.³⁵

³⁵ UNGER, Roberto M., *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard University Press, 1983, pp. 1-2. La última frase de esta cita, al criticar ese contraste trazado por el formalismo, es en mi opinión una exageración si no se matiza, porque podría entenderse como una tajante negación de la idea de que la racionalidad jurídica sea *en algo* más determinada que la racionalidad del discurso político y moral, y hasta ahí yo no llego. Yo pienso, con Unger, y frente a esa escisión formalista, que el razonamiento jurídico no es efectivamente sino un “caso especial” del razonamiento práctico (moral) general; y, en un contexto que me parece demasiado formalista como es el de la enseñanza del Derecho en España, quiero enfatizar mucho más que es “un caso de”, y no tanto lo que tiene de “especial” (que es lo que exageran los formalistas). Pero quiero que mi énfasis no se entienda como que rechazo “a la brava” la especialidad que presenta el razonamiento jurídico respecto del político-moral. Por su-

Centrémonos de nuevo en nuestro elemento clave: el de enseñar a “pensar como juristas”. Respecto de una comprensión formalista-clásica de este eslogan, ya he dicho que lo que no me gusta es que por “pensar” se entienda “sólo” el razonamiento lógico-formal. Ahora quiero añadir algo más respecto de la comprensión “actual” del eslogan. Lo que se pide, y no me gusta, es enseñar a “pensar como juristas”... y no como simples mortales, con sus sentimientos y actitudes políticas y morales. Y menos aún “se educan” esas actitudes: no se enseña a articularlas racionalmente traduciéndolas a principios y valores asumidos y defendibles por el estudiante no como una mera opción emotiva sino como el fruto de una reflexión que le permita justificarlos. Todo esto queda fuera de la enseñanza, también cuando ésta es enfocada al modo “neoformalista” del *policy analysis*. Este último enfoque es desde luego “superior” al formalista clásico, porque es cierto que aquí el razonamiento político-moral se acaricia (por supuesto que el razonamiento sustantivo en términos de utilidad social es “potencialmente” mucho más permeable que el formal para, como he dicho, introducir la dimensión político-moral, por más que se intente “despolitizarlo” con ropajes tecnocráticos de ingeniería social). A veces, incluso hace acto de presencia en la enseñanza. Lo malo es que se trata, cuando las hay, de incursiones esporádicas, periféricas, y que encima son tratadas de un modo que transmite al estudiante el mensaje de su carácter de razonamiento “blando” –si es que es razonamiento y no mero sentimiento–, y además nada central para la formación y el trabajo del “Jurista”. Las mayorías de las veces, en cambio, ese supuestamente “otro” razonamiento se queda simplemente en el umbral del aula, se hurta a los estudiantes, y sólo los más avispados intuyen al menos que bajo el disfraz de toda esa retórica tecnocrática

puesto que el marco institucional en el que se desarrolla el razonamiento jurídico hace de éste algo no identificable sin más con el discurso moral. Lo que critico como “formalista” es el abismo que muchos ven entre una racionalidad jurídica en altas dosis supuestamente objetiva, neutral, avalorativa, rigurosa y “científica”, y una racionalidad moral que, o bien simplemente se niega (“en moral y en política no hay rigor posible, todo es subjetivo, cada uno que opine porque todo vale, son sentimientos más que razón”), o en todo caso se considera (pongamos cuantificadores para matizar las palabras de Unger) “mucho menos determinada” que la jurídica, ya que ésta es “muy determinada” aunque se reconozca que el Derecho no son matemáticas ni lógica deductiva. Y, sobre todo, lo que critico es la separación entre ambas.

hay un cuerpo de valoraciones morales y políticas lleno de seductoras curvas al que se le está intentando tapar sus “vergüenzas”. “Pensar como juristas” se queda en dominar técnicas de “razonamiento instrumental” sobre los medios; y se elude entrar “de verdad” en el cuestionamiento de los fines, en el terreno de una “racionalidad de fines y valores” que les permita criticar algunos y justificar otros.³⁶

La idea de “razonamiento jurídico” se toma demasiado en serio, entendiéndose como un modo mistificado y distintivo de análisis que es patrimonio exclusivo de la comunidad jurídica y que poco tiene que ver con el razonamiento práctico general.³⁷ Inculcar en los estudiantes la mentalidad, tan “de jurista”, de la (falsa) autonomía del discurso jurídico respecto del político-moral, conlleva hacerles creer que el Mr. Hyde político que llevan dentro –si es que lo llevan, mejor sería que no– es un salvaje irracional que deben reprimir o, en todo caso, que deben guardar en el armario cuando se pongan la toga de técnico del Derecho y se conviertan gracias a ella en un racional y morigerado Dr. Jekyll. Y esto supone inculcarles una mentalidad política, y muy política: la mentalidad políticamente conservadora del “jurista apolítico”, el cual eleva a “neutrales” y “necesarias” las opciones –en realidad políticas– subyacentes a la representación dominante del Derecho. Al excluir las consideraciones políticas y morales en la enseñanza, se está desmovilizando

³⁶ Con esto no estoy despreciando ahora –¡después de haberlo defendido hasta la saciedad!– el enorme valor práctico, e incluso intelectual y político-moral, que potencialmente (y a veces también de hecho) tiene una formación “metodológica” orientada a las habilidades y aptitudes del “jurista”: “Uno no debería exaltar estas habilidades, pero tampoco denigrarlas. En comparación con la tendencia del estudiante de primero a dar bandazos entre el formalismo y la mera intuición sobre la equidad, representan un avance intelectual real. Los abogados realmente las utilizan en la práctica. Y, empleadas conscientemente, de manera adecuada, tienen mordiente ‘crítica’. Son una ayuda para pensar sobre política, ‘public policy’, y discurso ético en general, porque muestran la indeterminación y la ‘manipulabilidad’ de ideas e instituciones centrales para el liberalismo” (KENNEDY, Duncan, op. cit., p. 16).

³⁷ “[U]n modelo especial de razonamiento que es capaz de llevamos de premisas jurídicas (por ej, precedentes, nociones de derechos, o de “policy” social) a respuestas determinadas, a soluciones determinadas para casos particulares, sin recurrir a una opción política o ética. Esta tesis acerca del razonamiento jurídico –la de que es autónomo respecto de las opciones políticas y éticas– es una falsedad” (KLARE, Karl, “The Law School Curriculum in the 1980’s: What’s Left?”, en *Journal of Legal Education*, vol. 32, pp. 339-40).

a los futuros juristas a la hora de cuestionarse política y moralmente lo que están aprendiendo, y se está obstaculizando su creatividad para buscar nuevas visiones posibles del universo jurídico.³⁸ Es por esto por lo que resulta imprescindible fusionar, en la enseñanza “argumentativa”, este “nivel 1” de educación en valores, con su función crítica (y también constructiva).

3.3. UN MODELO DE ENSEÑANZA “INSTRUMENTALISTA”...

Hay sin embargo un elemento fundamental en el modelo de enseñanza del Derecho que yo defiendo y que resulta que, básicamente, lo comparte también el enfoque que acabo de criticar por “neoformalista”. Me refiero al carácter “instrumental” de la visión del Derecho, de la mentalidad jurídica, que debemos inculcar. La gran diferencia, como se verá después, es que mi instrumentalismo no es “crudo”: no es apolítico; ni es amoral; ni siquiera descansa en una moral utilitarista. No es “neoformalista”.

Un enfoque “instrumentalista” es a la vez una visión descriptiva y una actitud “prescriptiva” acerca del Derecho y de su uso. Significa que el Derecho (y, en principio, cada una de sus reglas y formas) es visto (descrito), y debe ser empleado, como un instrumento, como un medio (un conjunto de medios) deliberadamente diseñado por el hombre para la satisfacción de ciertos fines que son extrínsecos al propio Derecho. Esto se afirma frente a visiones del Derecho como un fin en sí mismo: por ejemplo, el Derecho como expresión (“iusnaturalista”) de “la Razón”, o de un solo sistema coherente de valores objetivos y absolutos unívocamente determinados; o como expresión (“iuspositivista”-“imperativista”, “voluntarista”) de la libre voluntad de un poder soberano, también si es democrático; o como expresión de “la Historia”, de un implacable devenir histórico en el que se despliega como su motor un “espíritu” (el “hegeliano”, el “del pueblo” “savignyano”...) o una menos metafísica (?) “necesidad” materialista-histórica... devenir que a la vez determina

³⁸ “Les paralizamos como pensadores acerca del Derecho (...) Impartir tales creencias en la necesidad autónoma del razonamiento jurídico es negar a nuestros estudiantes el acceso a la idea de que sólo pueden comprender el Derecho, y trabajar creativamente con sus reglas, al situarlas en su contexto político, moral y cultural” (KLARE, *ibíd.*).

y al que sirve el Derecho siendo ése su fin intrínseco; o como simples normas dotadas de autoridad legítima a las que aceptamos someternos... Para el "instrumentalista", en cambio, el Derecho carece de hecho, y en todo caso debe carecer (o al menos debemos "representarlo" como carente) de fines sustantivos propios, por más que a menudo "declare" –es obvio que lo hace– ciertos fines (después matizaré esta idea). El Derecho es sólo un instrumento con el que "nosotros" podemos hacer cosas sin que él nos diga exactamente qué hacer. Y es que el presupuesto sobre el que descansa el "instrumentalismo" es una visión "fuerte", aunque no necesariamente radical ni menos aún absoluta, del carácter indeterminado del Derecho. Por su carácter indeterminado, por no decirnos exactamente qué hacer con él, el Derecho nos abre un marco de actuaciones diversas que podemos realizar. Ese marco, surgido de las características del instrumento mismo que es el Derecho, sí impone límites sobre lo que podemos hacer (pero también el Derecho *qua* instrumento –no sólo sus fines "declarados"– es en sí mismo "maleable", adaptable para más usos de los que en principio nos parece).

En consecuencia, la perspectiva para estudiar/enseñar el Derecho, y para emplearlo (y enseñar a emplearlo), no será la de indagar cuáles son los fines intrínsecos del Derecho y que éste nos dicta, sino cómo de hecho estamos (la comunidad jurídica está) utilizándolo, cómo podríamos utilizarlo nosotros, y cómo "debemos" utilizarlo: "instrumentalizándolo", manejándolo como manejamos una herramienta, para lograr así la satisfacción de nuestros fines. Desde este enfoque "instrumental", por lo tanto, uno se aproxima al Derecho con determinados fines propios y no para "extenderle un cheque en blanco".³⁹

³⁹ El enfoque no-"instrumentalista", en cambio, sería el de quien se aproxima al Derecho diciéndole: "yo no quiero conseguir nada, no tengo fines *a priori*, preconcebidos, sólo quiero hacer aquello que usted, Derecho, me diga; le acepto a usted como legítimo y me someto a sus dictados: usted será la guía de mi conducta; por eso quiero conocer quién es usted (su concepto, estructura, etc.) y qué ordenan sus normas" (aquí se adoptaría una genuina aceptación del Derecho, por razones *morales*). El "instrumentalista", por el contrario, se aproxima al Derecho diciéndole: "yo sí quiero conseguir ciertos fines, así que voy a ver cómo puedo utilizarle a usted como medio, como aliado, para lograrlos; o al menos cómo podría yo actuar hacia esos fines dentro de los límites que usted me impone, sin que usted me lo impida o me castigue". En este caso, el sometimiento al Derecho es por razones no morales, sino "prudenciales",

Desde esta perspectiva (pragmática, estratégica, algo “cínica” si ustedes quieren) lo importante ya no es tanto enseñar el Derecho en abstracto (el Derecho “en los libros”, formalmente válido), sino enseñar su funcionamiento “real” (el Derecho “en acción”, en la práctica, sobre todo judicial), ya que lo que interesa será poder “predecir” las consecuencias jurídicas reales de nuestra conducta, y actuar así en consecuencia: si adopto esta estrategia, el Derecho me servirá para mis fines, si adopto esta otra, el Derecho me impedirá conseguirlos o incluso me castigará. Habrá que enseñar pues el Derecho como quien enseña el uso de una herramienta: centrando la atención en cuáles de sus aspectos pueden servir y cuáles obstaculizar la persecución de esos fines. La enseñanza no se enfocará como la enseñanza de un objeto de estudio teórico, estático, que está ahí y nos preocupa simplemente saber de qué está hecho, cuáles son sus elementos y en qué estructura sistemática están dispuestos, descuidando el uso que se pueda dar a lo que es en realidad un artefacto para realizar fines. Al contrario, la enseñanza se enfocará como la formación práctica en una tecnología, en una artesanía: la atención a su potencial uso ha de teñir la selección, el carácter y la disposición de los elementos con que nosotros presentamos o “representamos” ante los estudiantes ese artificio. Pero esto, en realidad, corresponde al “nivel 3” de la formación metodológica, argumentativa. Aquí estamos en el “nivel 1”, el de los valores, que han de ser introducidos en un enfoque “instrumentalista”.

3.4. ...PERO UN “ INSTRUMENTALISMO ” PARA FINES Y VALORES MORALMENTE JUSTIFICADOS

“¿Que enseñemos a usar el Derecho como instrumento para ‘nuestros’ fines, no para los del propio Derecho, que según usted no los tiene? Usted es un verdadero insensato. ¿No se da cuenta de lo peligroso que es predicar lo que usted predica? Como le tome a usted la palabra un

estratégicas: acatamiento, más que genuina aceptación; uno obra externamente “de conformidad con” el Derecho, pero no movido “por” el Derecho (por aceptar moralmente sus deberes, sus supuestos fines), sino porque el Derecho puede serle positivamente útil a uno, o bien porque acatarlo supone, negativamente, sortear los obstáculos (por ej., eludir la sanción) que el Derecho representa a la hora de lograr los fines que uno tiene.

estudiante suyo que sea un fascista, va usted apañado. Imagínese a lo que puede llevarnos el ‘instrumentalismo’ ése en manos de un fascista (de un ‘estalinista’, de un racista, de un machista, de un integrista religioso...)”.

Me defiendo: mi propuesta, por más que “en parte” esté inspirada en ideas de autores entre los cuales los hay de una izquierda que puede parecer “insensata” (y a veces incluso puede serlo)⁴⁰, pretende y puede perfectamente ser “no insensata”, sino en todo caso una domesticación de propuestas, algunas radicalmente formuladas, pero que no por ello dejan de tener “un punto” importante de razón que conviene rescatar y poner en práctica de un modo “cuidadoso”. Salvo, claro está, que tachemos de “insensata” –aquí viene mi primera defensa– a cualquier propuesta a favor de un uso del Derecho distinto del convencional, distinto del que se rinde de antemano –o no necesita “rendirse” porque está a gusto con él– al Derecho tal y como opera hoy en día según las interpretaciones dominantes que lo estabilizan (que lo hacen suficientemente predecible en una mayoría de casos “ordinarios” a pesar de la indeterminación potencial de sus textos y de sus principios y valores “declarados”). Esto otro es rendirse ante o estar a gusto con las injusticias sociales actuales a las que el Derecho contribuye por acción y sobre todo por omisión: bien porque no se llega ni a ver esas injusticias (actitud del jurista-técnico-apolítico enfermo de ceguera culpable); bien porque no se quieren ver aunque se han visto, pero se mira a otro lado (el apolítico del yo a lo mío, a mis intereses); bien porque se defiende como justas –o no tan injustas– lo que yo considero injusticias (el conservador convencido); o bien porque no es que se considere que el orden social existente es en todo “justo” o aceptable, sino porque se está convencido –el veneno del pensamiento único lo ha infectado– de que es, en lo básico, “inmutable”, y de que las alternativas, más que “perversas” (idealmente quizá incluso las compartiría), son “imposibles”, “ingenuas”, “infantiles”,

⁴⁰ Me refiero a las ideas sobre el Derecho y su enseñanza del movimiento norteamericano “*Critical Legal Studies*”, que es en algunos aspectos –en otros, ni por asomo– una corriente heredera del “realismo jurídico” de los años ‘30. Pero en los CLS hay de todo, insensatos y no insensatos, y unas cuantas buenas cosas que destilar incluso de algunos de los primeros (si el prejuicio y las caricaturas, o el calor de la polémica, no nos ciegan).

o peor aún: peligrosas porque, si algún resultado puede producir defenderlas, ése va a ser el de que les salga el tiro por la culata. Si para este último mi propuesta es cometer la locura de abrir la caja de los truenos, yo puedo contestarle –a él y a los demás de mi anterior elenco, pero a él sobre todo– con la exageración equivalente pero de signo contrario consistente en decirle que su sensatez equivale al profundo conservadurismo de predicar a los estudiantes que no muevan un dedo.

Es posible sin embargo otra actitud en este debate. Porque en el fondo, en cuanto a los objetivos (corregir esas injusticias, apreciar y conservar lo bueno de lo conquistado, ir más allá en lo que se pueda sin perder lo alcanzado cuando no podamos mejorarlo), yo no estoy tan lejos de él, y menos aún en cuanto a los grandes valores que a ambos nos animan: valores igualitaristas, solidarios, de emancipación individual y colectiva, contrarios a las jerarquías ilegítimas y a las exclusiones políticas y sociales de clase, raza y sexo, y también valores liberales de autonomía individual y dignidad humana. Si hay mucho terreno de fondo en común, la diferencia radica básicamente en las dosis de riesgo que uno está dispuesto a asumir en la estrategia a seguir, cuando predica que formemos juristas “instrumentalistas”. Por supuesto que soy consciente de que el “instrumentalismo” jurídico es, político-moralmente, un arma de doble filo (no ya de doble: es una batidora multiusos con brazos y filos en todas las direcciones). Pero esos riesgos se pueden minimizar (no digo suprimir), y los que queden, merece la pena asumirlos, si es que en algo queremos contribuir como docentes a incidir “transformadoramente” sobre el mundo por la vía de la educación (que es en mi opinión una vía que todo lo que tiene de indirecta, a largo plazo, de difícil comprobación en cuanto a sus efectos, lo tiene también de poderosa, aunque no se le note). De entrada –ésta es mi segunda defensa–, los riesgos no son en realidad “para tanto”, porque el “instrumentalismo” tal y como yo lo entiendo y defendiendo no significa que el Derecho pueda ser usado para lo que nos dé literalmente la gana, ni muchísimo menos. Que el Derecho “como medio” pone límites lo defiende incluso un “exagerado” partidario de la tesis de la “indeterminación radical” del Derecho como es Duncan Kennedy (mi ejemplo es retórico, porque yo no defendiendo esa tesis en “tanta” medida como él lo hace a veces, ni falta que me hace para lo que propongo). Este autor analiza la argumentación jurídica desde el

punto de vista del juez “comprometido” que encuentra un conflicto entre “el Derecho” tal y como a él se le presenta en una primera lectura digamos literal, *prima facie*, y “la solución que yo querría alcanzar”, y nos muestra con una metáfora cuál es el sentido del “instrumentalismo” al que me estoy refiriendo:

El razonamiento jurídico es una especie de tarea con un propósito, y aquí el propósito es hacer que el caso se resuelva de la forma en que mi sentido de la justicia me dice que debería resolverse, a pesar de lo que en principio aparece como la *resistencia* o la *oposición* de “el Derecho” (...) [U]na de las formas en que experimentamos el Derecho [no la única (...)] es como un medio en el que uno persigue un proyecto, más que como algo que nos dice lo que tenemos que hacer. Cuando lo enfocamos de esta manera, el Derecho constriñe igual que constriñe un medio físico: con un montón de ladrillos no puedes hacer absolutamente todo lo que quieras, y lo que puedas hacer depende de cuántos tengas, así como de tus otras circunstancias. En este sentido, el hecho de que estés construyendo algo a partir de un determinado conjunto de ladrillos te constriñe, te controla, te quita libertad. Por otra parte, la restricción que impone un medio es relativa a tu proyecto elegido, a tu opción sobre lo que quieres hacer. El medio no te dice qué hacer con él, que debas convertir los ladrillos en una caseta para el perro en lugar de en un muro para el jardín. En el mismo sentido, yo soy libre para trabajar en el medio jurídico de cara a justificar [la “solución que yo querría alcanzar”]. Cómo quedará mi argumentación al final dependerá de modo fundamental de los materiales jurídicos –reglas, precedentes, *policies*, estereotipos sociales, imágenes históricas–, pero esta dependencia está a años luz de la inevitable determinación del resultado de antemano *por parte de los materiales jurídicos por sí mismos*. La metáfora del medio físico no nos ayuda a resolver el problema de saber exactamente cuánto constriñe el Derecho. Todo lo que hace es sugerir que debemos entender tanto la libertad como la constricción como aspectos de la experiencia de trabajo –un proyecto elegido, restringido por las propiedades materiales del medio–, más que pensar en el fondo de nuestra mente en un sujeto trascendentalmente libre que “puede hacer cualquier cosa”, contrastado con un robot programado por el Derecho (Kennedy, Duncan, “Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology”, en 36 *Journal of Legal Education* 518 [1986], en pp. 526-527).

Claro está, si la “manipulabilidad” del Derecho tiene límites que nos tranquilizan porque impiden un “instrumentalismo” “peligroso”, esos límites también impiden un uso verdaderamente agresivo para contribuir con el Derecho hacia la dirección que nosotros queremos hasta extremos verdaderamente radicales. La elasticidad que yo creo que tiene el Derecho es tal que si lo estiras demasiado se rompe, y se rompe tanto si lo estiras hacia la derecha como si lo estiras hacia la izquierda. Pero esto no ha de preocuparnos si nuestro programa no es disparatado, si no es un disparate simétrico a los disparates de otros signos que tanto miedo nos dan; si no es, por ejemplo, el programa disparatado de una izquierda insensata (que es peligroso en sí mismo, no sólo por abrir la caja de los truenos). La cuestión fundamental es que esto no significa que entonces el elástico Derecho sólo nos permite usarlo para ciertos “ajustes”, moderados ejercicios reformistas que mantienen en lo básico el “orden social existente” con sus injusticias recalcitrantemente presentes aunque algo, o bastante, atenuadas (y lejos de mí despreciar los logros de los atenuadores)... como si el actual “modelo de sociedad” fuera no sustancialmente transformable o no al menos apelando para ello a la contribución de un uso instrumental del Derecho. Mi tesis sobre la maleabilidad del Derecho ni es disparatada, ni es tampoco trivial. Aunque no infinitamente, el Derecho es mucho más maleable de lo que creen incluso muchos juristas “no formalistas”, de modo que incluso podría ser usado en una dirección no simplemente reformista sino profundamente transformadora que tuviera como norte un verdadero orden social alternativo (pero no “cualquier” orden social alternativo): un Derecho como el nuestro puede ser instrumentalizado, es casi obvio, por el reformista, digamos, social-liberal, pero también por defensores de alternativas inspiradas en valores semejantes pero que vayan muchísimo más allá. Y es que además hay otra ventaja, tranquilizadora ante los peligros del “instrumentalismo”. He dicho que los límites que el Derecho como instrumento impone impiden sus usos “peligrosos” (en la dirección fascista, “estalinista”, racista, etc.) pero que también impiden sus usos extremos en la dirección emancipadora que queremos: que el chicle se rompe estirándolo hacia un lado, pero también hacia el otro. Pues bien: yo estoy convencido –basta leer nuestra Constitución y sus valores– de que el límite hasta donde podemos llegar sin salirnos del juego del Derecho está situado en lugares bien

distintos en uno y otro caso. El chicle se rompe mucho antes si lo estiramos en la dirección “mala” que en la “buena”. El “instrumentalista” que quiere manipular el Derecho para contribuir a transformar “sustancialmente” la sociedad haciendo avanzar valores de igualdad material, autonomía individual con capacidad real para ejercerla, dignidad humana, solidaridad en una “comunidad liberal”, emancipación personal y social, efectiva participación social y política, etc., puede ir con el Derecho mucho más lejos (haciéndole cumplir sus promesas declaradas, porque es que resulta que sus promesas van mucho más por ahí) que el “instrumentalista” que desee usarlo en direcciones perversas. El estudiante fascista que me compre el “instrumentalismo” para hacer de las suyas lo tiene, en cambio, mucho más crudo.

Tercera y principal defensa: ¡Claro que, si digo que el “instrumentalismo” consiste en usar (manejar) el Derecho para “nuestros” fines, la gran cuestión, de la que depende tanto la bondad como los peligros del “instrumentalismo”, radica en cuáles sean nuestros fines! (de eso estamos ya hablando, de los fines, de lo importante). Pues bien: cuando digo que es posible practicar un uso “cuidadoso” de la enseñanza “instrumentalista” del Derecho que minimice sus riesgos, la principal vía para minimizarlos es la misma por la que han entrado los riesgos: el complemento imprescindible, inmediato –en realidad, simultáneo– de una formación “instrumentalista” (metodológica, argumentativa, en habilidades manipuladoras) ha de ser el de una decidida educación del estudiante en según qué fines, qué valores y actitudes han de constituir “su” norte político-moral para su manejo del Derecho. Se trata de enseñar un “instrumentalismo” no “crudo”, no descarnado ni amoral/inmoral, sino bien orientado política y moralmente. No veo por qué el efecto educativo que podamos provocar sobre los estudiantes al educarlos en fines y valores “correctos” como los ya mencionados, para orientar “por el buen camino” su “instrumentalismo”, tenga que ser menor que el efecto digamos previo que producimos al hacerles “instrumentalistas” en principio “todo terreno” a pesar de y que nos podrían salir “rana”: como mínimo en la misma medida –poca o mucha– en la que podamos criar “instrumentalistas” a secas (entre los cuales quizá hayamos criado algún cuervo que nos sacará los ojos), podemos incidir en el segundo paso de orientar su “instrumentalismo” hacia buenos fines y valores. La estrategia docente

para minimizar el peligro ha de ser la de no escindir esos dos “pasos” en momentos reales diferentes: hay que educar en valores “a la vez” que enseñamos a manipular e instrumentalizar el Derecho. Hay además –podría ser mi cuarta defensa– una cuestión cuantitativa: bien pudiera ser que nuestra enseñanza “instrumentalista” produzca algún que otro “instrumentalista” peligroso, pero es más probable que por cada uno de éstos produzcamos muchísimos más “instrumentalistas” “con (buenos) principios”, y el riesgo de dar armas a algún peligroso merece la pena tomarlo porque los demás lo compensan con creces. La alternativa, la de una enseñanza formalista, despolitizada y desmoralizada, sería desaprovechar la buena madera político-moral de muchos más estudiantes que, sin embargo, no la pondrán jamás en práctica en sus profesiones jurídicas porque les hemos enseñado que el Derecho no es política y que aparquen sus valores morales cuando operen con él. Claro es que este argumento descansa en una visión optimista de la materia prima que recibimos. Si a mi clase me llegaran unas hordas de juventudes “hitlerianas” con pantalones cortos y camisas pardas, a buenas horas iba yo a ponerme a defender algo distinto de la apolítica sumisión al tenor literal del Derecho español. Cuestión distinta es si me llegan –mucho más probable– estudiantes de ideología y valores de tipo neoliberal-conservador (muchos sin saberlo), porque creo que incluso desde ahí ya es posible sacar algo.⁴¹ Tal vez las mayorías de las veces lo que me llegue sean estudiantes despolitizados y desmoralizados (quizá en los dos sentidos de lo último), y ahí no es tan difícil una educación en valores que sea eficaz (Mi postura también descansa, no lo oculto, en un cierto recelo valorativo hacia buena parte de la legislación española en su tenor literal; la Constitución, sus principios y valores, es caso aparte y ya hablaré de ella).

⁴¹ Por ejemplo, mostrándoles que esos valores liberales hunden su raíz en un proyecto emancipador, como fue el de la Ilustración, que en lugar de ser rechazado *a la* posmoderna ha de ser potenciado y llevado “más allá”: ha de verse como un proyecto en realidad inconcluso cuyo verdadero alcance, cuyas irrealizadas promesas, llevadas a sus últimas consecuencias, son mucho más radicales de lo que se ha hecho de ellas y en el fondo entroncan, desde una cierta lectura, no con el neoliberalismo económico conservador (que sería una “reduccionista” interrupción traidora de aquel proyecto emancipador), sino precisamente con los valores y fines de “izquierda” (?) que he mencionado (o pueden ser ingredientes de una “síntesis superadora” en la que siguen presentes aunque quizá transformados).

Así pues, el “instrumentalismo” puede ponerse al servicio de los más diversos fines y valores. Prescindiendo de contenidos concretos, éstos podrían ser de al menos estos cuatro tipos:

a) *Intereses particulares* (“egoístas”, “privados”, más que políticos o morales). Holmes se refirió al enfoque “instrumentalista” (que él defendía) mediante la metáfora del punto de vista del “hombre malo”: el de quien obedece al Derecho para evitar la sanción o para lograr sus fines (por razones prudenciales), siendo éstos la persecución del autointerés (no fines morales):

Cuando estudiamos el Derecho no estamos estudiando un misterio, sino una profesión bien conocida. Estamos estudiando lo que necesitaremos para comparecer ante los jueces o para asesorar a la gente de tal manera que se mantengan alejados de los tribunales (...) Si queréis conocer el Derecho, y nada más, debéis mirarlo con los ojos del hombre malo, a quien sólo le preocupan las consecuencias materiales que tal conocimiento le permite predecir, y no como un hombre bueno que encuentra las razones de su conducta tanto dentro del Derecho como fuera de él, en las sanciones más difusas de la conciencia. Tomad por ejemplo la pregunta fundamental: ¿Qué constituye el Derecho? Encontraréis algunos tratadistas que os dirán que es algo distinto de lo que deciden los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra, que es un sistema de la razón, que es una deducción de principios de ética, o de axiomas admitidos, o de lo que sea, que puede coincidir o no con las decisiones. Pero si adoptamos la perspectiva de nuestro amigo el hombre malo, descubriremos que a él le importan un comino los axiomas o deducciones, que lo que él quiere saber es qué es lo que probablemente harán de hecho los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra. Yo pienso de manera parecida a la suya. Las profecías acerca de lo que los tribunales harán de hecho, y nada más pretencioso, es lo que yo entiendo por Derecho (Holmes, Oliver W., “The Path of the Law”, en *10 Harvard Law Review* 457 [1897], pp. 457, 459, 460-61).

El “hombre malo” de esta categoría sería, por ejemplo, el delincuente que busca sus intereses (no Robin Hood) y actúa en modos tales que en caso de ser atrapado se minimice su sanción (hurta en vez de robar, o roba procurando no sacar la navaja, y obra así únicamente para evitar peores consecuencias jurídicas para él); también lo sería el delincuente

potencial aunque no llegue jamás a delinquir, en la medida en que lo que le mueva a no hacerlo sea exclusivamente el temor –de cara a sus intereses– a la sanción. Y lo sería típicamente –con perdón– el abogado ejerciente cuando actúa no movido por la intención de hacer lo que el Derecho le dicte, sino con la intención de conseguir sus propios fines: ganar el pleito, satisfacer su interés “particular”, que consiste en satisfacer los intereses “particulares” de su cliente. Obviamente, no es éste el tipo de “instrumentalismo” “para valores moralmente justificados” que yo defiendo. Pero es que no necesariamente el abogado ha de moverse por su fin “interesado” de satisfacer a clientes “interesados”. A veces el cliente no persigue sus intereses particulares, sino intereses públicos [del tipo *b*) que ahora veremos], e incluso “la justicia” (no intereses), la protección o promoción de genuinos valores morales [caso *d*)]; y el abogado puede estar instrumentalizando al Derecho para perseguir los mismos intereses públicos o valores morales de ese tipo de cliente. Y muchas más veces el interés particular del cliente –por muy interesados (no “morales”) que sean sus motivos– puede no contradecir, e incluso favorecer, los valores que persigue el abogado “con (buenos) principios”: interesa la justicia o no de “la causa” del cliente, más que los motivos que éste pueda tener para perseguirla. De manera que la profesión de abogado dista mucho de ser “un caso perdido” para el “instrumentalismo” con valores que yo defiendo. Dicho esto, soy consciente también de que se trata de una de las profesiones jurídicas más “incómodas” para mi proyecto. De manera que, antes o después, no hay más manera que inculcar en los estudiantes la necesidad de ser moralmente “selectivos” en la aceptación de los casos: hay que “educarles” –aquí se ve bien que esto ya no es “enseñanza” de conocimientos ni “formación” técnico-jurídica argumentativa– para que sean capaces de decir “no”; a sabiendas de que eso es mucho pedir, sobre todo al abogado que empieza.⁴² He insistido hasta

⁴² Lo de saber decir “no; hasta aquí es hasta donde puedo llegar sin violar mis principios” hay que inculcarlo de cara a todas las profesiones jurídicas, incluida la de juez. Las armas argumentativas de la formación metodológica que he defendido son poderosísimas para que un juez “instrumentalista” sea un hábil argumentador y pueda salirse con la suya, con “la solución que él querría alcanzar” según valores justificados, incluso en “casos (muy) difíciles”. Pero, si el chicle del Derecho también impone límites, entonces no se puede excluir *a priori* la posibilidad de que el técnico y moralmente buen juez se encuentre con un caso no ya difícil sino (moralmente) “impo-

la saciedad en la necesidad de una enseñanza del Derecho de carácter metodológico, argumentativo -instrumental, añadido ahora-, etcétera (nivel 3). Y uno de mis principales argumentos ha sido el carácter más práctico, más útil para la práctica, de una enseñanza así, tipo norteamericano. Y pensaba no sólo pero también, y típicamente, en la práctica del abogado. Pero ahora, al introducir el nivel 1 de los valores, he de insistir más todavía en que la utilidad práctica que con nuestra enseñanza busquemos tiene que ser muy cuidadosa en cuanto a los modos de ejercicio profesional (no sólo en la abogacía, pero especialmente ahí) a los que queremos servir: tenemos que ser útiles, sí (...) pero para según qué tipos de práctica profesional.

b) *Intereses sociales* (públicos, colectivos). Holmes ha sido muchas veces malentendido. Su defensa del “hombre malo”, de la perspectiva del abogado que quiere satisfacer intereses particulares, no es más que una metáfora, un modo gráfico de explicar en qué consiste el enfoque “instrumentalista”. Holmes no abogaba en realidad por instrumentalizar el Derecho para meros intereses egoístas: esa instrumentalización debe estar según él al servicio de fines colectivos, de las demandas, necesidades e intereses que se impongan en “la comunidad”, tras un “libre intercambio de ideas”. Y en ese sentido, el “instrumentalismo” es auspiciado por Holmes incluso también para los jueces (Holmes mismo fue juez, nada menos que del Tribunal Supremo). Normalmente se supone que, a diferencia del abogado, el juez encarnaría el punto de vista del “hombre bueno”: no ha de tener fines preconcebidos sobre el sentido de su sentencia, hará aquello que el Derecho le diga. Sin embargo, dada la enorme discrecionalidad que muchísimas veces el Derecho, por su carácter indeterminado, deja al juez, es para él “inescapable” la necesidad de tomar

sible” en el que, por más que se pelee argumentativamente con toda su habilidad contra los “materiales jurídicos”, leídos a la luz de principios y valores constitucionales, no consiga al final (no es un juez-Hércules) dar con la argumentación que le permita escapar de tener que decretar un atropello moral que le dicta el Derecho. Mi tesis es que esto es difícilísimo que ocurra, casi “de laboratorio”, en un Estado constitucional como el nuestro y desde una visión de la argumentación jurídica no escindida de la argumentación moral que el constitucionalismo permite (mejor dicho: exige). Pero, si ocurriera, yo le diría a ese juez que entonces su deber es arrojar la toga (y soportar -sin aceptarlas- las consecuencias de su delito de denegación de justicia); o incluso, si el atropello moral fuera verdaderamente grave, prevaricar.

opciones (las decisiones judiciales, decía Holmes, dependen de “un juicio o intuición más sutil que la articulación de una premisa mayor”). Y esa opción, ese “juicio más sutil” que el Derecho no determina, no puede estar guiado por el capricho o el interés personal del juez (Holmes, el “padre” de los realistas, de quienes se ha llegado a decir que predicaban, o poco menos, que los jueces decidan lo que les dé la gana porque el Derecho es indeterminado, fue un fervoroso defensor del “*judicial restraint*”, la autocontención del juez). Esa opción judicial ha de orientarse hacia la satisfacción de demandas sociales.

Éste es precisamente el tipo de “instrumentalismo” característico de lo que antes he denominado “‘neoformalismo’ de *policy*”, heredero del de Holmes y los realistas. Desde luego, es para mí –y supongo que para cualquiera– mucho más “de recibo” que el anterior tipo, cuyos fines eran intereses privados puros y duros. Pero no es todavía el tipo de “instrumentalismo” que yo defiendo. Ya he explicado por qué (*supra*, nota 33): que las demandas sean “sociales” no implica necesariamente que sean “justas”. El gran déficit del “instrumentalismo” “sociologista” norteamericano, el “realista” y el “posrealista” que hoy impregna la enseñanza (ya no formalista-clásica) en ese país, es la ausencia de un horizonte valorativo, genuinamente moral, que guíe una “selección” justificada de según qué demandas sociales debemos perseguir con nuestro uso instrumental del Derecho (frente al fin de Holmes de satisfacer “sentimientos y demandas reales de la comunidad, ‘sean justos o injustos’”). Yo defiendo un “instrumentalismo” “moralista” más que “sociologista”.

Pero quiero que mi “moralismo” se entienda bien, porque si no va a parecer un “panmoralismo” de iluminado al que le importa un comino los intereses, el bienestar utilitario de la gente. Lejos de mí eso. Primero: aunque he titulado este tipo *b)* de fines como “intereses” sociales, podemos sustituir esa palabra (o añadir un nuevo tipo) por la más amplia de “demandas” sociales, para incluir entre éstas no sólo “intereses” entendidos en sentido estricto como fines utilitarios, de bienestar social (por oposición a genuinos valores morales), sino también verdaderos valores morales: por supuesto que en “la sociedad” no sólo encontramos fines utilitarios (sociales, económicos, políticos, culturales), sino también una genuina “moral social” (por cierto: eso parece indicar también Holmes cuando habla de “los ‘sentimientos’ y demandas reales de la comu-

nidad”). Lo que digo es que el norte de un buen “instrumentalismo” jurídico no puede consistir en una rendición ni a los “intereses” socialmente vigentes sean cuales sean, ni tampoco a la “moral” social vigente, sea cual sea.⁴³ El norte ha de ser una esclarecida moral crítica, racionalmente justificada. Segundo: esa moral crítica ha de ser el criterio de selección para perseguir no sólo “ciertos” “valores morales” (“incluidos los de la moral social” cuando estén justificados desde ese norte), sino también, claro que sí, “ciertos” fines utilitarios, intereses, para el bienestar de la gente.⁴⁴

⁴³ Imagínense -podría ocurrir- una moral social partidaria de la pena de muerte, la cadena perpetua o el cumplimiento íntegro de las penas sin espacio para la “reso- cialización”; partidaria de la discriminación al inmigrante, al gitano, o contraria al matrimonio homosexual; piadosa seguidora de las directivas dictadas por las “auto- ridades/pastores morales” de una institución que no permite participar a la mujer en sus cuadros; partidaria de preventivas medidas de seguridad privativas de libertad aplicables a la mínima sospecha para combatir los malos tratos a las mujeres; contraria por razones morales a todo tipo de eutanasia, de despenalización del aborto, o de investigación con embriones humanos aunque pudiera salvar muchas vidas; partidaria del *track system* en la educación desde la adolescencia; capaz de justificar ciertos “atajos” en la lucha contra el terrorismo; que le parece más inmoral y merecedor de mayor pena el robo de un *radiocasete* que el fraude fiscal; partidaria de reducir gastos sociales en un libre mercado del sálvese quien pueda; o que mira para otro lado ante los males del Tercer Mundo. ¿Hablo del planeta Marte?

⁴⁴ Yo no veo una discontinuidad entre una cosa y la otra. Los fines utilitarios están preñados de valor/“disvalor” moral, pero ese valor/“disvalor” moral se lo confieren ciertos valores últimos, situados en un nivel superior, el nivel moral “en sentido estricto”, con los que están instrumental o conceptualmente ligados. Doy por tanto una decidida prioridad a los “valores morales” sobre los fines o intereses utilitarios, incluso si éstos son “sociales”, públicos. Pero eso no significa en absoluto desatender la persecución de intereses; ni siquiera la persecución de intereses privados, particu- lares [tipo *a*)], como ha quedado ya claro al hablar de los abogados. Sólo significa, simplemente -ésta es mi conclusión respecto a los fines de tipo *a*) y *b*)-, luchar por intereses, mejor públicos pero también privados, que estén moralmente justificados. Principalmente -esto es importante-, si ello hace avanzar en positivo los valores que defiendo; pero sin “prohibir” -no soy “panmoralista”- la persecución de intereses que simplemente son compatibles con esos valores y no atentan contra ellos ni los hacen retroceder, aunque tampoco los favorezcan. La prueba de que lo que yo defi- endo no es un “panmoralismo” que desprecia los fines utilitarios está en que, desde el mismísimo principio, me he cuidado muy mucho de hablar siempre de la formación de un jurista “política’ y moralmente bien orientado”: hago acompañar siempre a la palabra “moral” con la palabra “política”. Es en el aspecto “político” donde se insertaría esta persecución, a través de la instrumentalización del Derecho, también

c) El “sentido de la justicia”. En la cita de Duncan Kennedy que antes he reproducido (la de los ladrillos), no sé si habrán reparado ustedes en que, para el juez “instrumentalista” de Kennedy, el fin para el que hay que manipular el Derecho era “hacer que el caso se resuelva de la forma en que *mi sentido de la justicia me dice* que debería resolverse”. Esto está más próximo aún a lo que yo defiendo: Kennedy habla por fin de “la justicia”, ya no es el abogado autointeresado, ni el Holmes de satisfacer demandas sociales “sean justas o injustas”. Pero aún no llega a lo que yo defiendo. El “norte moral” no puede ser simplemente la afirmación sin más de ciertos valores, por excelsos que éstos sean, apelando a que son fruto de “mi sentido [de la justicia]”, “mis sentimientos”, “mis emociones” (otros autores hablan de “nuestras intuiciones morales básicas”, o de “la adopción de un punto de vista moral”).⁴⁵ Así no iremos muy lejos a la hora de educar a los estudiantes. Hay que intentar argumentar, justificar racionalmente, los valores morales que les proponemos como fin hacia el cual instrumentalizar el Derecho. De lo contrario, sin argumentar a favor de su “corrección”, será mucho más difícil convencerles para que los adopten frente a otros valores que puedan ya tener o que les puedan proponer por ahí fuera. Porque el emotivismo o irracionalismo moral, incluso cuando bienintencionadamente no renuncia a abanderar ciertos valores, pero sí se rinde de antemano ante el desafío de dar razones

de fines sociales utilitarios (el título de este epígrafe de mi ponencia incluye “educación en ‘fines’”, no sólo en valores). Claro que hay diferencias entre moral y política. Pero yo no concibo la política sin un horizonte moral que la guíe y la justifique. Y digo esto hablando ahora de política tanto en el sentido de la lucha por el instrumento, por hacerse con el poder estatal y su Derecho, como en el sentido de la persecución de “fines políticos”; y sean éstos tanto los “grandes fines” (ya apenas distinguibles de los valores morales) de “La Política” con mayúsculas –una ideología o filosofía política, como cuando hablamos de liberalismo, socialismo, etc.–, como los fines más mundanos (utilitarios) de “las políticas” en plural y con minúscula, de lo que los norteamericanos llaman “policies” y nosotros a veces “política jurídica” y que tiene un sentido más técnico y despolitizado.

⁴⁵ Que me perdone Duncan Kennedy por haberle “instrumentalizado” con esa cita descontextualizada sugiriendo que él también sostiene que no hay forma de argumentar acerca de valores, porque eso no es cierto, dicho así. Pero su cita me vale para expresar lo que muchísimos juristas piensan en cuanto a la moral; la postura de Kennedy es sin embargo mucho más compleja (tampoco es que él sea un racionalista kantiano, ojo, y entre ambos extremos está mucho más cerca del irracionalismo moral), pero aquí no viene a cuento detenerse en ella.

a su favor (razones que vayan más allá de decir que son “mis” sentimientos, incluso “nuestros” sentimientos), está abocado a un relativismo que deja en el mismo plano de *injustificación* a cualquier propuesta valorativa. Es el relativismo del “todo vale, yo defiendiendo esto pero es sólo mi opinión subjetiva, si alguien defiende justo lo contrario yo no tengo nada que decirle más que discrepo con él, no tengo razones –sólo sentimientos– para decirle que lo suyo es peor que lo mío”.⁴⁶

Dicho esto, hay que matizar: una vez más, este tercer tipo de fin, el que apela a “el sentido de la justicia”, no ha de despreciarse sino que

⁴⁶ A juzgar por lo extendido que está este relativismo subjetivista entre los estudiantes de quinto de carrera, me temo que la enseñanza del Derecho que reciben contribuye en mucho a inculcárselo. Y creo que lo que ocurre es que la enseñanza, en la medida en que transmite la ideología del “liberalismo democrático” como la informadora –aunque en realidad no sea la única, pero eso es otra cuestión– de sistemas jurídicos constitucionales como el nuestro, inculca la idea liberal de que el Estado debe mantenerse neutral ante el pluralismo político y moral y ante los diversos planes de vida de los individuos, sean cuales sean –dentro de ciertos límites constitucionales– los valores a los que éstos obedezcan/contradigan: el Estado, el Derecho liberal, debe permanecer moralmente neutral, no imponer coactivamente un determinado código moral (eso sería incurrir en el *enforcement of morals*, en el perfeccionismo, o en pecados por el estilo), sino limitarse a facilitar la persecución por cada uno de esos diversos planes regulando su coexistencia. Hasta aquí, en lo que en este punto me interesa, ningún problema. El problema surge cuando propiciamos en la enseñanza que el estudiante confunda esa neutralidad liberal con el relativismo moral, cuando obviamente una cosa no implica (necesariamente) la otra (por más que muchos juristas liberales –en absoluto todos– defiendan ambas cosas). Que el liberalismo político-jurídico renuncie (en principio, y en realidad no tanto) a la coactividad del Derecho para imponer o favorecer ciertos valores sobre otros, no significa que entonces unos y otros estén igualmente justificados. Que sea jurídicamente “legítima” (no prohibida) la defensa de muy diversos valores, opiniones, proyectos políticos, etc., y que todos tengamos igualmente “derecho a” perseguirlos, no supone que todos ellos sean moralmente correctos: el liberal tolera proyectos inmorales y el tolerarlos no los convierte en morales. Que el liberal no dese emplear el Estado y el Derecho para prohibir valores incorrectos e imponer los correctos –por respeto a la autonomía, o por motivos epistémicos (cada uno es *prima facie* quien mejor puede conocer su propio bien), entre otras razones– no le impide seguir distinguiendo entre lo justo y lo injusto. A menudo los estudiantes confunden estos dos planos, y creo que nuestra enseñanza contribuye a ello por acción o por omisión (por no aclararles esto). Por otra parte, no impedimos que los estudiantes a veces, incluso, salten del relativismo descriptivo (la constatación de la pluralidad de valores en la sociedad, lo cual es obvio) al relativismo normativo de sostener que todos esos valores de hecho defendidos están, por ello, igualmente justificados/injustificados.

ha de incorporarse en mi propuesta. Lo he dicho antes: un elemento fundamental de la “educación en valores” ha de consistir en algo así como la educación en “actitudes”, en “sentimientos morales” (porque sí hay un margen, confío yo, para la educación en sentimientos); e incidir en este aspecto comporta incidir en dimensiones de la personalidad que no son precisamente racionales. Yo no soy un “ultrarracionalista” que niegue la enorme importancia que los sentimientos juegan en el terreno moral. De manera que hay que entrar también por ahí, por la “fibra” moral del estudiante, mostrar y provocar –o sacar a la luz, y explotar– sentimientos e intuiciones que forman parte de la “pasta” moral de la que está hecho y en la que previamente ha sido educado el estudiante. Y esto a veces es fundamental porque se convierte en un prerequisite sin el cual la argumentación “racional” moral puede estar abocada a darse de cabezazos contra un muro, contra el muro de actitudes, sentimientos e intuiciones moralmente perversas. Pero todo lo demás es eso, un prerequisite, que quizás sea necesario, pero que difícilmente será suficiente.

d) *Valores morales justificados*. Éste es el norte último, el tipo de fin a cuyo servicio hay que desplegar el “instrumentalismo” jurídico que yo defiendo (y desde el cual “seleccionar” la persecución de intereses y valores privados y públicos, y de filosofías y programas políticos, y de valores dictados por sentimientos). Hablo aquí (como en los otros tres casos) no de contenidos concretos, sino del “tipo” de fin: moral-racional. Y ya es decir bastante, más aún en los tiempos que corren, y ante una comunidad, la de juristas, acostumbrada a lo de que el Derecho “es” una cosa y la moral otra bien distinta –hasta ahí, “casi” me vale, en algún sentido– que “poco o nada ha de mezclarse con el Derecho en la enseñanza y en la tarea del jurista” (esto ya sí que no). Además, de contenidos, de cuáles son mis valores político-morales, ya he dicho algo antes. Y diré algo más después.

Quiero añadir algo sobre lo que diferencia este “tipo” de fin *d*) que defiendo respecto del de los sentimientos morales [tipo *c*)]. La clave es lo de “una esclarecida moral crítica racionalmente ‘justificada’”. A pesar de mi insistencia en la necesidad de justificar racionalmente los valores morales, he de manifestar mi escepticismo –y no creo incurrir en contradicción alguna– ante la teorización moral entendida como la búsqueda

de una “gran teoría” a la vez “omniabarcante” e internamente coherente, sistemática. Lo que digo no tiene nada que ver con el irracionalismo moral o con el escepticismo hacia los valores (rechazo la visión de los valores como la simple afirmación de preferencias personales que no pueden ser correctas o equivocadas, rechazo que no haya espacio para evaluarlas racionalmente). Tiene que ver con un cierto (no radical) escepticismo hacia la teoría, hacia la filosofía moral. Este escepticismo surge de haber tomado en serio las dificultades y aporías fundamentales del discurso ético, que de entrada provocan que los esfuerzos por formalizar nuestras creencias morales y nuestros juicios de valor en reglas o principios abstractos conlleven una inevitable propensión a distorsionarlos y a producir fórmulas vacías que luego de poco sirven para la resolución de problemas morales concretos. Esto es ya una dificultad seria de la que debemos ser conscientes; es una llamada de atención ante la ingenua confianza en un discurso moral excesivamente abstracto, descontextualizado: ante los peligros de incurrir en un fetichismo hacia principios morales muy abstractos tratados como dogmas. Esta dificultad hay que afrontarla, no eludirla, y saber extraer sus consecuencias (por ejemplo, como intenta Rawls cuando propone, mediante la noción de “equilibrio reflexivo”, un constante refinamiento mutuo entre nuestra teorización abstracta y nuestra intuición moral, sometiendo cada una al *test* de la otra). Pero es una dificultad ante la cual todavía no hay que rendirse. Cuando la teorización ya se convierte en una empresa faraónica y sospecho (no afirmo) que es imposible es cuando pretendemos pasar a organizar esos principios en un “sistema” teórico moral de amplísimo espectro: una “gran teoría” (del nivel de la del propio Rawls, por seguir con el ejemplo, aunque luego el “segundo Rawls” tuvo precisamente que modificar a la baja sus pretensiones en cuanto al “alcance” de su teoría). El problema de este tipo de ambiciosos sistemas teóricos es su pretensión de ser a la vez coherentes (respetuosos con elevados estándares de coherencia racional) y de amplísimo alcance (pretenden fundamentar el conjunto, o una porción amplísima, de nuestras opciones morales). Porque resulta que nuestras opciones y nuestro discurso moral para justificarlas suelen estar atravesadas por premisas profundas que son dicotomías, pares de opuestos, imposibles de conciliar en una sola teoría coherente (dicotomías del tipo “deontologismo”/“consecuencialismo”,

justicia formal/justicia sustantiva, subjetivismo/objetivismo, individualismo/altruismo, "intencionalismo"/"determinismo", individuo "descarnado"/individuo como animal social, autodeterminación/paternalismo, lo correcto/lo bueno, etc.). Pondré un ejemplo muy simple. El "deontologismo", la ética "de principios" de raíz "kantiana", discute con la ética "consecuencialista" o "utilitarista" acerca de la gran cuestión de si las consecuencias de cara a la maximización de un fin moralmente valioso (la felicidad, el bienestar del mayor número) justifican los medios, nuestra conducta (utilitarismo); o si, por el contrario, debemos cumplir nuestro deber moral de modo categórico, incondicionado: cumplir con "lo correcto", con "el deber por (conciencia de) el deber" y no para conseguir fines por más que éstos puedan ser "lo bueno" ("kantismo"). Pues bien: nadie es hoy un "kantiano" de los de "hágase justicia aunque perezca el mundo", ni tampoco un utilitarista de los de todo vale con tal de maximizar el placer de la mayoría. De hecho, creo que todos, sobre todo cuando nos enfrentamos con problemas morales concretos, optamos por alguna postura intermedia, o por una tendencia hacia uno de los polos de la dicotomía "kantismo"/utilitarismo, pero corregida por consideraciones tomadas del otro polo: un cierto "kantismo" pero no ciego ante consideraciones "consecuencialistas"; o un cierto utilitarismo, pero con algunos frenos "de principios". Lo que digo es que esta tensión me parece racionalmente irresoluble en abstracto, de un modo definitivo, y para cualquier cuestión imaginable, mediante una sola "gran teoría". Esto no significa que no debamos actuar: de hecho tomamos posiciones intermedias, y podemos justificarlas "racionalmente" no sólo ante problemas reales (casos concretos) sino incluso también ante determinadas "clases de problemas" (casos genéricos). Y podemos ayudarnos para esa justificación no sólo de principios morales aislados, sino también de limitadas teorías morales "locales", construidas a pequeña escala. E incluso ayudarnos de "grandes teorías", pero no abrazando una sola y como un todo, sino tomando "un poco de ésta y un poco de la otra" en una especie de "bricolaje" intelectual que no tiene por qué ser incoherente porque no pretende adoptar cada una en su totalidad, sino sólo retazos de cada una que puedan armonizarse entre sí (retocándolos si es necesario en relación con el sentido que tenían en el gran "sistema" del que proceden) para la justificación de esa específica clase de problemas. Pero

aspirar a justificar esas opciones intermedias para todos los problemas, mediante una sola teoría coherente (una “gran teoría-síntesis”), me parece imposible (al menos creo que por ahora ninguna lo ha logrado), porque esa teoría satisfactoria estaría infestada de últimas premisas contradictorias.⁴⁷

La cuestión es que, entre el rechazo a ese estilo de teorización, y el irracionalismo moral puro y duro, queda todavía un espacio suficiente para la racionalidad moral, para la posibilidad de argumentar racionalmente nuestras opciones morales.⁴⁸

Si me he detenido a explicitar mi moderado escepticismo hacia la teorización ética es por lo siguiente: Volvamos a la enseñanza del Derecho. El crucial aspecto de la “justificación” de los valores morales que constituyen los fines de mi “instrumentalismo” jurídico ha de ser introducido, típicamente, en asignaturas encomendadas a filósofos del Derecho. Pero yo insisto en que lo que me interesa es sobre todo introducir la dimensión político-moral en el seno de la enseñanza del Derecho positivo en sus diversas ramas. Pues bien: con mi escepticismo hacia la teorización moral quiero transmitir a los profesores “de Derecho” el mensaje de que las

⁴⁷ Andrei Marmor, cuando incidentalmente alude a la visión que él etiqueta como “no-teoría” (yo sólo hablaría de “no-gran teoría”), parece referirse a un escepticismo hacia la teorización ética (que Marmor atribuye a Thomas Nagel y a Bernard Williams) no muy distinto del mío hacia la “gran” teorización ética. La “no-teoría” –explica Marmor– “no equivale necesariamente al escepticismo radical”, sino que “abraza la idea de que los principios morales, incluso si sostenemos que son objetivos y verdaderos, no pueden ser comprendidos en un conjunto de principios coherentes, ya que las contradicciones entre ellos reflejan genuinas contradicciones inherentes a nuestras vidas morales, o implicadas por la naturaleza de nuestras vidas sociales, etc.” (MARMOR, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon, 1992, pp. 62-63).

⁴⁸ Una cosa es criticar la ambición de esa “gran teoría” por prometer mucho más de lo que puede cumplir, y otra bien distinta es, basándose en ello, dar el bandazo para rechazar *a priori* la posibilidad de construir un discurso ético todavía general desde parámetros de racionalidad menos exigentes y más flexibles. La noción “rawlsiana” de “equilibrio reflexivo”, la retórica de la “ponderación” entre principios, o las teorías actuales de la argumentación con sus “reglas del discurso racional”, incluso con sus frecuentes apelaciones a “nuestras intuiciones morales básicas”, no es que sean precisamente reglas de matemática contable para que nuestras cuentas morales nos cuadren, pero me parece que algo ayudan a la hora de, si no “demostrar”, al menos reforzar teóricamente nuestras precarias opciones y hacemos así más llevadera nuestra contradictoria existencia.

complejidades de una filosofía moral más o menos sofisticada no son tan imprescindibles como para que les sirva de excusa, o les asuste, y dejen por eso de emprender también ellos en su docencia ordinaria la tarea de justificar los valores que les pido que expliciten. La parte “más teórica”, vale, déjensela a los “iusfilósofos” (que también deberían enseñarla no tan en abstracto sino orientada a problemas jurídicos reales). Pero no hace falta ser un filósofo moral profesional, ni haber abrazado una determinada “gran teoría” moral, dominando su contenido, para poder practicar una enseñanza orientada por valores morales y argumentando a su favor. De la misma manera que ustedes no son “políticos” pero pueden perfectamente discutir las cuestiones políticas que hay detrás de la porción del Derecho que enseñan. Tampoco son historiadores, ni siquiera historiadores del Derecho, pero bien que pueden –eso sí lo suelen hacer– enseñar los antecedentes históricos de la legislación que enseñan. Mi “llamada de atención” hacia los problemas del discurso moral basado en principios demasiado abstractos no era sólo una crítica contra cierta tendencia “intelectualoide” de muchos teóricos de la moral, profesionales propensos a despreciar el discurso moral “contextualizado”, *ad hoc*, como si confundieran el universalismo moral o las éticas “formales” con el olvido de que la ética está para resolver problemas de la vida. Era también un reclamo para que los profesores de Derecho positivo se embarquen en discusiones morales contextualizadas en los terrenos que les son más pertinentes. Y mi crítica a la “gran teoría” era una llamada a esos profesores para que se lancen sin demasiados escrúpulos academicistas a justificar racionalmente sus opciones morales, usando principios que resulten pertinentes para cada problema aunque los usen “aislados”, aunque no dominen el sistema filosófico-moral del que proceden, aunque cambien sin saberlo el sentido exacto que les dio el filósofo que los formuló (bastante filología inútil hacemos ya los “iusfilósofos”), y sin obsesionarse por la coherencia de una “posición intermedia” buscando la teoría coherente que la sustente.

3.5. ¿DE VERDAD NO TIENE FINES/VALORES PROPIOS EL DERECHO? INSTRUMENTALISMO Y (NEO)CONSTITUCIONALISMO

Para finalizar, quiero desarrollar una “tranquilizadora” idea antes apenas apuntada: los valores político-morales justificados que han de

orientar la enseñanza del Derecho “instrumentalista” que propongo, sin dejar de poder inspirar un programa fuertemente “transformador” y no simplemente “micro-reformista”, no son sin embargo los valores de un extremista radical. Y el uso instrumental del Derecho para hacerlos avanzar no significa “salirse del juego” del Derecho. *Mis valores y mi propuesta son perfectamente acomodables en los principios y valores de una Constitución como la española de 1978*; por más que a menudo ese acomodo no resulte inmediato, sino que precise de buenas dosis de trabajo argumentativo, de teorización filosófico-política y filosófico-moral sobre el contenido que ha de darse a los valores y principios constitucionales. Ahora bien: si lo que estoy proponiendo resulta que no es en realidad más que hacer avanzar fines y valores constitucionales, ¿no estoy renunciando al “instrumentalismo” y persiguiendo los “fines intrínsecos” del Derecho?

Al explicar lo que es el “instrumentalismo”, prometí matizar la idea de que éste descansa en una visión del Derecho como carente de “fines (valores) propios”, lo cual permitiría perseguir a su través “fines (valores) extrínsecos” al propio Derecho. Pero, ¿de verdad el Derecho no tiene fines/valores “propios”? ¿No es evidente que, por ejemplo, el Derecho español tiene como fines/valores, al menos, los recogidos en la Constitución, de modo que, si como jurista deseo operar desde el Derecho, debo dejar de lado la persecución de mis fines, porque, me guste o no, resulta que el Derecho me impone los suyos (los ladrillos del Derecho no sólo me constriñen como medio –es lo que reconocía Kennedy–, sino que también me dicen lo que tengo que hacer con ellos)? Para responder a esto hay que distinguir entre dos sentidos de “instrumentalismo” jurídico, uno “fuerte” y otro “débil”. Yo defiendo el débil.

a) El “instrumentalismo” fuerte negaría sin más el anterior reproche: insistiría en que el Derecho no tiene verdaderamente fines/valores propios. Ante la evidencia de que hay fines –los principios (derechos) y valores proclamados en la Constitución– respondería que eso son palabras huecas (indeterminación lingüística): son expresiones tan radicalmente indeterminadas (“libertad”, “igualdad”, “justicia”...) que cabe darles prácticamente cualquier interpretación y que por lo tanto, a fuerza de poder significar tantas cosas, acaban por no significar en realidad ninguna, son simples expresiones vacías. Además, los fines y valores declarados en la Constitución, si se les quiere dar algún significado, ine-

vitiblemente entran en insuperable contradicción entre ellos (indeterminación sistemática); y, como bien saben los lógicos, de una contradicción cabe deducir cualquier cosa. Del Derecho se podrá decir que tiene una dimensión regulativa (por cierto, también muy indeterminada, tanto lingüística como sistemáticamente), pero en todo caso carece de dimensión valorativa. Los supuestos valores constitucionales no son sino pura retórica que en todo caso cumple una función ideológica (en el sentido peyorativo de “engaño”) en según qué interpretaciones se les quiera dar. Si la indeterminación valorativa de la Constitución (y del Derecho) es tan grande, no se me impone un “norte”: el “norte” lo pongo yo.

b) El “instrumentalismo” débil se inspira en parte en las anteriores ideas, pero no las lleva tan lejos. Es cierto que los fines y valores del Derecho son, en el texto de la Constitución,⁴⁹ muy indeterminados, y además están muy a menudo en conflicto entre sí. Filosófica, moral y políticamente, las constituciones contemporáneas como la española están simultáneamente comprometidas con un conjunto de fines y valores que corresponden a un amplio abanico de diversas ideologías, intereses sociales, aspiraciones políticas y teorías morales, que han pugnado históricamente entre sí y han logrado dejar su huella –en dosis diversas– en el texto constitucional. El pluralismo valorativo de la constitución (el famoso “consenso constitucional”) resulta ser pues un precipitado inestable, provisional y “abierto” –susceptible de diversas “lecturas”– de esas ideologías políticas y morales en conflicto que se truncan y transigen entre sí. Esa inestabilidad se debe a que el proceso de pugna y precario (incoherente) compromiso no sólo está en el origen causal de la constitución (y del resto del ordenamiento jurídico), sino que continúa presente en su funcionamiento ordinario, en la lucha cotidiana por dar una u otra interpretación o alcance a las proclamaciones de la Constitución. Así, en las discusiones jurídicas –sobre todo, pero no sólo, en la argumentación constitucional, la cual se supone que debe proyectarse sobre el resto de la argumentación jurídica “subconstitucional”– se reproduce prácticamente el mismo espectro de ideologías y argumentos que juegan un

⁴⁹ Me centro en la Constitución para simplificar, y porque en ella se encontraría el fin o los fines “supremos” intrínsecos al Derecho y a los que habrían de ajustarse los fines y valores jurídicos “subconstitucionales”; pero lo que voy a decir sería también predicable del resto del ordenamiento jurídico en su conjunto.

papel significativo en el debate público sobre cuestiones políticas y morales. Los límites dentro de los que se mueve el discurso político-moral “admisible” no son significativamente más amplios que los límites en los que se mueve, o se puede mover, la argumentación jurídica al menos “potencialmente” plausible (por eso decía yo antes que el razonamiento jurídico, aunque tecnificado y sometido a constricciones institucionales, no es en el fondo cualitativamente tan distinto –mucho más racional, determinado, neutral, “científico”...– del razonamiento político-moral general; el cual no es por cierto tan irracional y subjetivo como muchos lo presentan, de modo que la aproximación se produce desde ambos lados).⁵⁰ La inestabilidad e indeterminación de la que hablo, originada por el pluralismo valorativo de la Constitución, se reduce en la práctica debido a que la comunidad jurídica (y no sólo el Tribunal Constitucional) genera determinadas interpretaciones y prácticas constitucionales que privilegian ciertos valores, y/o ciertas versiones y alcances de esos valores, sobre otros valores u otras versiones y alcances de los valores constitucionalmente declarados. Lo cual permite un cierto grado, a veces elevado, de predecibilidad empírica acerca de las decisiones jurídicas adoptadas a la luz de esas interpretaciones dominantes. Pero la indeterminación de la que yo hablo se refiere a los fundamentos argumentativos que cabe aducir para justificar esas decisiones: las convenciones de la comunidad jurídica que “estabilizan” la Constitución y a su través del Derecho son en realidad (y afortunadamente) mucho más frágiles de lo que parece; los valores (o las interpretaciones de los valores) “reprimidos” siguen estando ahí, reconocidos (o potencialmente defendibles) como informadores del Derecho, de modo que, “desde dentro” (sobre todo desde la Constitución) un buen jurista-argumentador puede justificar plausiblemente, apelando a ellos, soluciones “no convencionales”: aque-

⁵⁰ Por supuesto que hay posiciones políticas o morales que están excluidas del ámbito de lo jurídico: que, sencillamente, no son “de recibo” jurídicamente, que no cabe defenderlas desde nuestro Derecho, desde ninguna interpretación posible de nuestros principios y valores constitucionales. Por poner un ejemplo trivialmente claro: la ideología del fundamentalismo islámico no se encuentra plasmada por ningún lado en nuestro Derecho. Pero es que tales posiciones jurídicamente indefendibles tampoco juegan un papel relevante en nuestros debates político-morales.

llas que responden a los fines y valores propios del “instrumentalista” y que éste puede poner en boca de la Constitución.

Esta versión menos radical del “instrumentalismo” jurídico se diferencia de la anterior versión “fuerte” porque reconoce que las proclamaciones de fines y valores en el texto constitucional no son vacías, no son radicalmente indeterminadas e interpretables a favor de “cualquier” programa político-moral. El “instrumentalista” débil reconoce que esas expresiones sí cumplen una función: ponen límites que son relevantes, cierran el (aun así amplísimo) abanico posible de fines y valores perseguibles desde el Derecho. En ese sentido de simple “marco”, el “instrumentalista” débil no tendría empacho en reconocer que, si de eso se trata, de las proclamaciones constitucionales puede decirse si se desea que contienen los “fines intrínsecos” del Derecho. No obstante, el “instrumentalista” débil sigue siendo “instrumentalista”, en el sentido de que sostiene, por un lado –como enseguida explicaré– que la Constitución en realidad “reconoce” fines cuyo valor no es constituido por ella misma sino que es sólo justificable extrínsecamente a ella (aunque no reconozca cualesquiera fines valiosos); y, por otro lado, que lo que queda dentro del marco constitucional es todavía tan amplio e “interpretable” que no podemos escapar a nuestra responsabilidad de tener que ser nosotros quienes, dentro del marco (significativo pero amplio, vago e incoherente) de principios y valores constitucionales, demos contenidos más concretos, fijemos el alcance y tomemos opciones argumentadas sobre el peso relativo de esos plurales fines y valores “del Derecho”. En definitiva, elaborando y argumentando racionalmente esas “determinaciones” constitucionales, seguimos siendo nosotros quienes reconstruimos en positivo, según lo que nosotros queremos defender, el “norte” valorativo que orienta nuestra instrumentalización del Derecho. Precisamente porque el Derecho (la Constitución) no nos proporciona ese norte en positivo y suficientemente determinado es por lo que podemos (y debemos) ir nosotros tras la justicia “mediante” el Derecho, manipulándolo como instrumento. Si el Derecho (la Constitución), más que fijarnos amplios límites, nos determinara un norte valorativo, y éste coincidiera suficientemente con el programa moral que buscamos, no necesitaríamos ir “tras la justicia” a través del Derecho, instrumentalizándolo: nos bastaría con ir “tras el Derecho”. Y si dicho norte indicado por el Derecho no fuera

el de una moralidad aceptable, no podríamos ir tras la justicia a través del Derecho: tendríamos que salirnos del juego del Derecho e ir tras la justicia “contra” el Derecho. Pero lo cierto es que los fines y valores proclamados por el Derecho (por constituciones como la nuestra) pueden ser tomados como banderas de la justicia de las que podemos apropiarnos porque en ellas podemos acomodar nuestros valores, y, precisamente porque esas banderas no están suficientemente determinadas, la lucha por el Derecho será la lucha por hacerse con el instrumento, la lucha por poner nuestros fines morales en boca del Derecho, en boca de esos fines y valores constitucionales “intrínsecos” al Derecho pero que piden ser llenados de contenido y dotados de un determinado sentido.

Completaré mi defensa de este “instrumentalismo constitucionalista” con tres observaciones:

1) Esa dotación de sentido a la Constitución, las “determinaciones” y opciones que nosotros realizamos a partir de los fines y valores proclamados en el “texto” constitucional, han de ser defendidas mediante una argumentación racional que acuda a la filosofía política y a la teoría de la justicia. Porque la corrección moral de esos fines y valores con los que, para perseguirlos, configuramos nuestra lectura de la Constitución no puede fundamentarse en el mero dato de que esos fines “están en” o “caben” en la Constitución: no confundamos nuestra estrategia con la razón de nuestros fines. El peligro del constitucionalismo moderno es el de incurrir en una nueva versión de lo que los “iusfilósofos” suelen denominar “positivismo ideológico”: la inadmisibile tesis de que una regla, un principio o un valor están moralmente justificados por el mero hecho de que sean Derecho positivo, y que por tanto tenemos un deber moral de obedecer normas y proteger o promocionar valores, sean cuales sean, si se trata de normas o valores jurídicos. El constitucionalismo que yo defiendo, precisamente porque no pierde su carácter “instrumentalista”, conjura el peligro de caer en una especie de “positivismo ideológico de la constitución” que acecha al actual “neoconstitucionalismo” cuando a veces parece sacralizar moralmente la constitución por sí misma. La constitución, en su parte dogmática, tiene una dimensión valorativa (a veces explícita en enunciados que directamente proclaman valores, a veces inmediatamente visible en principios regulativos cargados de valor), dentro de la cual hemos decidido movernos; pero ob-

viamente la corrección de los contenidos de esa dimensión valorativa (y por tanto su adopción por nosotros como fines a perseguir) ha de fundamentarse en criterios externos a la propia Constitución, externos al Derecho: ha de fundamentarse en criterios morales. La Constitución, en su dimensión valorativa, “reconoce” estados de cosas como valiosos y los juridifica ordenando con sus principios protegerlos o promoverlos mediante el Derecho; pero la Constitución no “constituye” y el carácter valioso de esas cosas. No es porque la Constitución las protege por lo que son valiosas, sino al revés: es precisamente porque son valiosas por lo que la Constitución se adhiere a ellas, las reconoce y defiende. En cuanto a nuestra opción por movernos dentro de la dimensión valorativa de la Constitución, para defender como una lectura de ésta los valores que (por razones externas) consideramos justificados, ésa es una opción que puede perfectamente ser puramente estratégica (aunque quizá existan, además, razones morales que justifiquen esa opción por perseguirlos jugando el juego del Derecho, el juego de la Constitución).

2) Además de “reconocer” valores (dimensión valorativa, parte dogmática), la Constitución tiene una dimensión constitutiva: “crea” las formas básicas de la acción política y jurídica (órganos y procedimientos, parte orgánica) productora, “hacia abajo”, de Derecho. Lo importante aquí es que, en el constitucionalismo contemporáneo (el dotado de “forma constitucional”: una Constitución escrita, rígida, con control jurisdiccional de constitucionalidad, cuya juridicidad con jerarquía normativa superior a la ley y al resto de fuentes ya no cabe poner en duda), los fines y valores “reconocidos” y “prescritos” por la Constitución (dimensiones valorativa y regulativa) son los que dotan de sentido a las formas de acción política y jurídica creadas por ella misma (dimensión constitutiva), existiendo una prioridad interpretativa y justificativa de aquéllos sobre éstas. Y esto supone que

los valores y los fines reconocidos por la constitución nunca son reducibles a las formas de acción política creadas por la propia constitución y, en este sentido, el ritualismo constitucional constituiría una forma de conducta desviada. (...) [L]a idea de reconocimiento de valores supone que éstos son “anteriores” a las formas de acción política creadas por

la constitución; y la idea de reconocimiento de fines supone que éstos son “externos” a las formas de acción política creadas por la constitución. Lo cual los convierte en un elemento de crítica y valoración de la conducta política efectiva realizada según las formas de acción política creadas por la constitución.⁵¹

Creo que en esta cita queda sintetizado el mensaje de fondo del constitucionalismo moderno: el de “tomarnos en serio” los fines y valores de la Constitución, dotándolos de una marcada prioridad. Prioridad, desde luego, sobre la acción política y jurídica ordinaria (“subconstitucional”) cuyo sentido constitucionalmente legítimo es el de proteger y/o promover esos fines y valores. E, incluso, prioridad sobre los propios diseños institucionales de la Constitución (su dimensión constitutiva) y sobre los propios deberes (reglas, principios, derechos, y sus garantías jurídicas) de la Constitución (su dimensión regulativa), pues unos y otros no son meras imposiciones políticas sino que también representan mecanismos cuya justificación (su interpretación y uso constitucionalmente legítimos)

⁵¹ AGUILÓ, Josep, “Sobre la constitución del Estado constitucional”, en *Doxa*, nro. 24, 2001, pp. 447-48. Sigo algunos aspectos de este artículo en este punto de mi trabajo. Justo en este lugar, Aguiló recoge una cita de Luigi Ferrajoli que resulta para mí de especial utilidad a la hora de reforzar lo que ya he dicho en el anterior punto y expresar el carácter todavía “instrumentalista” del constitucionalismo que yo defiendo: los fines/valores “intrínsecos” del Derecho sólo lo son en la medida en que aparecen recogidos en la Constitución, pero en realidad ésta no hace sino “reconocer” fines/valores extrínsecos que debemos justificar “desde fuera”. En efecto, Ferrajoli –como explica Aguiló– asume “un punto de vista únicamente externo a los fines de la legitimación y de la deslegitimación ético-política del Derecho y del Estado”. Dice Ferrajoli: “...la adopción de un punto de vista externo o político que no esté calcado sobre el interno o jurídico es el presupuesto de toda doctrina democrática de los poderes del estado (...) En un doble sentido: porque el punto de vista externo es el de abajo o ex parte *populi*, frente al interno, que es el punto de vista de arriba o ex parte *principis*; y porque el primero es el que expresa los valores extra –o meta– o pre-jurídicos ‘fundamentales’ (...) cuya satisfacción representa la justificación o razón de ser de esas cosas ‘artificiales’ que son las instituciones jurídicas y políticas. Mientras, la eliminación de un autónomo punto de vista externo o, peor aún, su explícita confusión con el interno son el rasgo específico de todas las culturas políticas autoritarias, unidas de formas diversas por la idea de la autofundamentación y la autojustificación del Derecho y del Estado como valores en sí: no medios, sino fines en sí mismos” (FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1997, 2ª ed., pp. 853-854).

radica en su idoneidad para asegurar y hacer efectivos esos fines y valores de nivel superior (de ahí que el fetichismo de una interpretación y uso de las instituciones y de los derechos y deberes constitucionales que fuese ciega ante esos fines y valores constituiría un “ritualismo constitucional” que sería “constitucionalmente desviado”). Si esto es así, el constitucionalismo representa un poderosísimo aliado para el “instrumentalista” que desea defender fines y valores “externamente” (moralmente) justificados mediante la estrategia de argumentar que son esos fines y valores –en ciertas “determinaciones” de los mismos– los que la Constitución está reconociendo. Ni que decir tiene que, si se tiene éxito en esa lucha por hacerse con la cúspide, el ulterior programa consistirá en instrumentalizar (manipular) las interpretaciones del “resto” del ordenamiento jurídico usándolo como “medio” para hacer avanzar esos fines y valores presentados como constitucionales, presentados como “los ‘fines’ intrínsecos” (en el débil sentido de constitucionalmente “reconocidos”) del Derecho. O, dicho de otra forma: usar a la Constitución “en contra” del Derecho, en contra de lo mucho que hay en la “textualidad” y en las interpretaciones dominantes del resto del ordenamiento jurídico que entorpecen el avance de aquellos fines y valores. Esto ya no le puede parecer una especie de ilegítima politización y tergiversadora manipulación del Derecho a ningún jurista que no sea un “formalista de la ley” y que se tome en serio la supremacía “jurídica” de la Constitución.

3) Pero quizá a ese mismo jurista sí le siga pareciendo que mi alianza con el constitucionalismo supone al menos una especie de desleal manipulación de la propia Constitución, puesta ésta al servicio de mis fines político-morales. Subsistiría para él en mi propuesta ese elemento “cínico” que parece consustancial al “instrumentalismo” en cualquiera de sus versiones. A lo cual yo respondo, en primer lugar, que mi “cinismo” –si con esa etiqueta se quiere connotar un reproche moral por violar un supuesto deber “moral” de lealtad que los juristas tenemos para con el Derecho y la Constitución– sería en todo caso (intenta serlo) un cinismo moralmente justificado, porque para lo que instrumentaliza a la Constitución es para ponerla al servicio de la moralidad. No de “mi” moralidad subjetiva e irracional (mucho menos al servicio de mis deseos e intereses parciales), sino de una moralidad objetiva o “intersubjetivamente” jus-

tificada desde una “teorización” discursivamente abierta a todas las “razones públicas” –las avanzadas con pretensión de corrección racional intersubjetiva– pertinentes en el debate, y además continuamente susceptible de revisión (el discurso moral justificativo no puede imponer de una vez y para siempre –ni a los demás ni a mí mismo– una moralidad “congelada” o atrincherada frente a la crítica y revisión). Un cinismo así puede ser moralmente mucho más “excelso” que la “lealtad” a un Derecho (y a una Constitución) que, en sus interpretaciones supuestamente “no manipuladas”, demasiadas veces da cobertura a las injusticias de nuestro mundo. Y, en segundo lugar, respondo que ese reproche descansa en una visión formalista, textualista, de la Constitución. Porque si lo que se opone a mi cínico “instrumentalismo” constitucional es la “lealtad” a la Constitución, puedo responder preguntando: ¿lealtad a qué? ¿a qué lectura de la Constitución? Tras la “lealtad constitucional” suele esconderse la lealtad a “una” de las muchas lecturas posibles de la Constitución, la que corresponde a las interpretaciones y prácticas constitucionales dominantes en la comunidad jurídica en un momento dado. Y yo no veo por qué tenemos que rendirnos de antemano a esas interpretaciones convencionales renunciando a la posibilidad de generar interpretaciones y prácticas constitucionales alternativas más acordes con principios y valores morales justificados. El Derecho (Constitución incluida) es mucho más que un conjunto de textos normativos: es un fenómeno social complejo, muy complejo, una “empresa” participativa y dinámica que incluye, además de normas, instituciones, agentes, procedimientos, valores, interpretaciones, prácticas, etcétera. El Derecho, incluso el Derecho “en un momento dado”, no es algo que esté ya “dado” como un resultado “acabado” y listo para ser simplemente “ejecutado” (aplicado); sino que es algo que los participantes en esas prácticas vamos construyendo y reconstruyendo, haciendo y rehaciendo, “conformándolo” continuamente (a partir, eso sí, de ciertos “materiales” autoritativamente “dados” –como lo es el texto de la Constitución–, pero necesitados de una “determinación” que les dé “sentido”). Aproximar el “sentido” de la Constitución, la lectura que nosotros le damos, a la justicia, no es precisamente ser “desleal” hacia ella, sino más bien todo lo contrario: supone presentarla en su mejor versión. Y, sin embargo, tratándose de defender una cierta concepción de los fines/valores de la Constitución rivalizando con otras

concepciones posibles, ya que la Constitución como texto sólo fija un marco, supone también que tengo un amplio margen para ser yo –mediante una “teorización” político-moral– quien determine en qué consiste aquello que la Constitución me ordena que haga con sus ladrillos: ese marco como “fin intrínseco” de la Constitución sigue operando para mí como el límite que la Constitución me impone “en cuanto medio” para mi “instrumentalista” persecución del fin de la justicia; de una “determinación” de la justicia que la Constitución no me proporciona, aunque sí me orienta mediante un texto en el que resulta que “cabe” mi (la) justicia.