



Ius Comitiālis

ISSN: 2594-1356

ISSN-L: 2594-1356

iuscomitalis@uaemex.mx

Universidad Autónoma del Estado de México

México

L. Vigo, Rodolfo

Un plan de estudios para formar un jurista del siglo XXI funcional al Estado de Derecho Constitucional

Ius Comitiālis, vol. 8, núm. 16, 2025, Julio-Diciembre, pp. 7-42

Universidad Autónoma del Estado de México

Toluca, Estado de México, México

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=775285726002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de revistas científicas de Acceso Abierto diamante

Infraestructura abierta no comercial propiedad de la academia

Un plan de estudios para formar un jurista del siglo XXI funcional al Estado de Derecho Constitucional

A study plan to train a 21st-century lawyer functional to the Constitutional Rule of Law

Rodolfo L. Vigo

 <https://orcid.org/0000-0002-8305-0374>

Universidad Austral de Buenos Aires,
Argentina.

vigorodolfo@gmail.com

Recepción: 12 de febrero de 2025

Aceptación: 17 de abril de 2025

Resumen: La importante labor de las Facultades de Derecho como formadoras de juristas funcionales al Estado de Derecho Legal (EDL) debe ser abordada desde una revisión analítica y crítica del ejercicio de la profesión en el marco de la realidad actual y como una característica del Estado de Derecho Constitucional (EDC). Por lo que, el presente trabajo tiene por objeto realizar una revisión y propuesta crítica que constituya elementos a considerar en la formación actual del jurista a partir de criterios teórico-empíricos, por lo que la metodología empleada es cualitativa-documental. Se llega a la determinación de que las facultades deben ir enseñando aquel derecho del EDC que luego los profesionales deberán decir cuando asesoren, aboguen, enseñen o lo impongan autoritativamente en los casos. En ese esfuerzo seguramente aparecerán resistencias y críticas, pero es importante tener claro adonde deben dirigirse las Facultades de Derecho. En ese descubrimiento se le exigirá al jurista que vaya acomodándose al derecho como pueda, aunque ello conlleve un enorme perjuicio a los ciudadanos, a la sociedad, al derecho y a él mismo.

Palabras clave: Teoría constitucional, derecho constitucional, Estado de Derecho, formación jurídica, educación jurídica.

Abstract: The important role of law schools in training jurists functional to the Rule of Legal Law (RL) must be approached from an analytical and critical review of the practice of the profession within the framework of current reality and as a characteristic of the Rule of Constitutional Law (RLC). Therefore, this work aims to conduct a critical review and proposal that constitutes elements to consider in the current training of lawyers based on theoretical and empirical criteria, so the methodology



Esta obra está bajo licencia Creative Commons
Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0
International (CC BY-NC-SA 4.0)

employed is qualitative and documentary. It is determined that law schools should teach the RLC law that professionals will later have to cite when advising, advocating, teaching, or authoritatively imposing it in cases. In this effort, resistance and criticism will surely arise, but it is important to be clear about the direction law schools should take. In this discovery, lawyers will be required to adapt to the law as best they can, even if this entails enormous harm to citizens, society, the law, and themselves.

Keywords: Constitutional theory, constitutional law, rule of law, legal training, legal education.

INTRODUCCIÓN

Las Facultades de Derecho que en Latinoamérica han formado los juristas en los últimos ciento cincuenta años, se inspiraron en el modelo francés napoleónico que acompañó el surgimiento del nuevo paradigma del Estado de Derecho Legal (EDL), surgido de la Revolución francesa y el proceso de codificación consiguiente. Lo sorprendente es la permanencia de esa currícula y su respectivo modelo pedagógico, a pesar de los cambios que a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial se fueron dando tanto en el derecho como en el Estado. La relevancia de esos cambios a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, terminaron de configurar la matriz del Estado de Derecho Constitucional (EDC), que desde Alemania se proyectará sobre el resto de Europa, y desde ahí se importará a nuestro continente. Las relevantes transformaciones jurídicas y políticas se fueron visibilizando dificultosamente, aunque crecientemente, especialmente en los tribunales, sin embargo, la formación académica de los juristas permaneció sin cambios significativos.

Esa paradoja implicó desorientación entre jueces y abogados que fueron anoticiados de nuevos instrumentos jurídicos e institucionales, y que se vieron forzados a invocarlos, aunque sin demasiada convicción ni preparación para ello. La realidad del EDC reclama formar juristas que estén en condiciones de comprender y operar a ese nuevo derecho, de ahí que el camino a recorrer es reconocer las características inéditas del mismo y generar los espacios académicos correspondientes que brinden la capacitación ausente. En definitiva, identificados esos rasgos distintivos –formales y sustanciales– cabe incorporarlos en una currícula que los recepte, de manera que los futuros profesionales del derecho estén en condiciones de hacerse cargo apropiadamente del EDC. Dicho de otra manera, se requiere acomodar los planes de estudios a esa nueva realidad y de ese modo que los futuros juristas puedan ser juristas del EDC, dejando atrás al viejo jurista que fue preparado para un EDL que cuesta cada vez más verlo en la realidad práctica del derecho.

DEL NORMATIVISMO AL PRINCIPIALISMO

El EDL postuló un concepto del derecho asimilado al “conjunto sistemático de normas”. Esa definición fue avalada tanto por el iuspositivismo legalista de la escuela exegética francesa, como por el iuspositivismo normativista kelseniano. En este último expresamente se rechazó la posibilidad de incluir “principios” o derechos humanos dentro del derecho, y ello fundamentalmente porque con esa presencia se incorporaría al derecho la moral, contradiciendo el postulado de “pureza” buscado por Kelsen (2008), y porque, además, generaría serios inconvenientes a forjar un sistema jurídico “fuerte” y potenciaría la judicialización del derecho. En la visión exegética y a tenor de lo previsto en algunos Códigos en torno al recurso a los “principios generales del derecho” para el supuesto de lagunas en la ley (como es el caso

argentino, pero no el francés), esos “principios” del EDL poco tienen que ver con lo que hoy entiende la teoría jurídica neoconstitucionalista, por ejemplo, Dworkin (1977), Alexy (2007) o Atienza (1997) dado que el contenido de ellos queda identificado con los derechos humanos universales e inalienables.

En efecto, los principios en clave legalista decimonónica valían debido a la voluntad del legislador, atento a que se encontraban implícitos en el texto del Código y de ahí que se obtenían por un proceso de generalización; en cambio los principios que hablan los actuales neoconstitucionalistas no positivistas están en el derecho por su propio e intrínseco valor, de ahí que no son –como defiende Dworkin (1977)- susceptibles –como sí lo son las normas- del *test* de origen o *pedigree*. Asimismo, a los principios aludidos en los Códigos sólo podían recurrir a ellos los juristas en el supuesto de lagunas en la ley, pero respecto a los principios donde están los derechos humanos, el jurista puede y debe en todos los casos acudir a ellos, aunque no sea para validar la respuesta prevista explícitamente en la norma. Recordemos que, al tenor de las explicaciones de Alexy (2007), el mejor derecho es el que tiene normas y principios, pues éstos aportan a resolver los inconvenientes que conllevan las normas, evitando que la creación jurídica que posibilitan resulte arbitraria o inválida.

Es que a veces hay más de una norma con soluciones contradictorias, lo que obliga al jurista a optar por una de ellas, precisamente cuenta para ello con el recurso de los principios que lo pueden aconsejar para que termine de escoger la mejor. También puede ocurrir que la norma resulte indeterminada, en tanto le brinda al jurista la posibilidad para que, dentro de cierto margen, elija la solución jurídica, en tal hipótesis los principios contribuyen a orientar racionalmente esa elección. A veces no hay norma, pero el jurista está obligado a brindar la solución para el caso, y ahí los principios funcionan como un mecanismo de integración. Finalmente, el cuarto problema es el más polémico, que aparece cuando hay una solución normativa clara y aplicable para un caso, sin embargo, esa solución es manifiestamente absurda y gravemente injusta, en tal hipótesis el jurista valiéndose de los principios, puede apartarse de aquella solución.

Es indudable reconocer que, dentro del derecho hay principios donde está la moral racional o universal de los derechos humanos, que vienen a conformar una especie de “coto vedado” (según la expresión de Garzón Valdés, 1993) o una juridicidad indisponible para toda autoridad –sea la constituyente, legislativa, administrativa, judicial, social, etc., conlleva consecuencias teóricas y prácticas muy relevantes. Por empezar, compromete a no suscribir una teoría iuspositivista que admite como derecho lo que se pone y se reconoce como tal, al margen del contenido que recepte, dado que cualquiera es compatible con el derecho. La fórmula de Radbruch asumida en el Tribunal de Nuremberg de que “la injusticia extrema no es derecho”, supone que el límite para la existencia del derecho es que no haya una violación grave y evidente de los derechos humanos (como ocurrió con el derecho nazi). El derecho –como asumen las teorías no positivistas- ya no puede asimilarse a lo que se ha puesto como tal por la autoridad, de modo que su existencia es incompatible cuando se contradicen exigencias que, además de morales, deben ser protegidas por el derecho.

Admitir aquellos principios indisponibles para el derecho válido, implica afrontar que la técnica que ellos requieren a la hora de proporcionar soluciones jurídicas para casos concretos es la llamada técnica de “ponderación” o “pesaje” de los principios en juego. No es posible construir silogismos deductivos con principios, dado que ellos no son estrictamente juicios, atento a que

no contemplan –como sí las normas– un supuesto genérico ni una consecuencia jurídica explícita. Por eso, el operador de principios debe ponderarlos y como resultado de dicho trabajo resultará una especie de norma (que finalmente será el precedente conforme al cual se resuelve el caso), y desde ella sí se puede derivar la solución buscada. En torno a la ponderación hay diversas teorías, pero quizás la más extendida sea la creada por Alexy (2007) elaborada desde la jurisprudencia constitucional alemana que remite a tres reglas: adecuación o idoneidad (el medio jurídico en estudio es idóneo para el fin que se pretende), necesidad (su objeto es analizar si no hay un medio igualmente eficaz pero menos restrictivo del principio o derecho en cuestión) y ponderación en sentido estricto (trata de corroborar que las restricciones sean compensadas con la expansión del derecho en conflicto); en síntesis, la ponderación busca establecer que la medida o regla bajo análisis es idónea para conseguir el fin que procura su creador, que no hay otra medida igualmente eficaz pero menos restrictiva del derecho en cuestión, y que cuanto más restricción se le haga a uno de los principios o derechos más se expanda el otro.

Si bien el iusnaturalismo nunca adhirió a una visión exclusivamente normativista del derecho, en tanto partía de la decisividad y contingencia del caso, lo que implicaba la necesidad del ajuste al mismo de la respuesta jurídica genérica contemplada en la norma. Ese trabajo de unir lo genérico con lo concreto correspondía a la prudencia, por eso se sostiene que la iuris-prudencia la hacían los iuris-prudentes. Un buen ejemplo de esa perspectiva tradicional está en el principio de equidad que permitía apartarse de la ley cuando su aplicación a un determinado caso conllevaba un absurdo axiológico. En Tomás de Aquino se lo muestra con el depósito, dado que si bien el depositario debe devolver el depósito al depositante cuanto éste lo requiera, puede ocurrir que resulte racional o equitativo en algún caso apartarse de esa solución que vale en general, así por ejemplo si el depósito es un arma y el depositante se la solicita al depositario para matarlo con la misma. El justificativo de ese apartamiento es que, si el legislador hubiese advertido anticipadamente aquella situación, seguramente habría incluido en la norma dicha excepción por razones de equidad. En una palabra, se recurre a la voluntad racional presunta del legislador para concretar una solución para el caso distinta de la genérica receptada en la ley.

Por supuesto que hay diferentes clasificaciones de principios, veamos al menos cuatro:

1. Desde el punto de vista del sistema jurídico es posible reconocer: principios metasistemáticos o universales (los derechos humanos), principios sistemáticos (propios de cada sistema, por ejemplo, los característicos de uno con monarquía) y principios sectoriales (*in dubio pro reo* o *pro operario*).
2. Según el bien que protegen: principios cuyo objeto es un bien colectivo o común (por ejemplo, el medio ambiente) o un bien individual (por ejemplo, la dignidad humana).
3. Principios que remitan al derecho sustantivo (por ejemplo, el abuso del derecho) o que remitan al derecho adjetivo o formal (la promulgación de las normas).
4. Principios en sentido funcional o fenomenológico (funcionan como principios jurídicos a tenor de que los juristas van a ellos a buscar respuestas jurídicas, pero éstas pueden pertenecer al objeto derecho o puede que no, como sería el principio de una raza superior vigente en el derecho nazi, pues las respuestas derivadas del mismo no eran estrictamente jurídicas) y principios en sentido estricto u ontológico (funcionan como principios y las respuestas que se derivan pertenecen al objeto derecho).

En definitiva, la problemática de los principios es un tema transversal que debe ser conocido y trabajado en el marco del EDC por todo jurista, más allá de su inserción en un fuero o rama

específica. Los derechos humanos reclaman atención y conocimiento de cualquier jurista, pero también hay principios característicos del derecho nacional y principios de algún sector de este. Asimismo, el reconocimiento de los principios conlleva advertir muchos de los nuevos problemas que enfrenta el jurista en el EDC, en particular la técnica de la ponderación a los fines de resolver con ellos los casos que se presenten.

LA CRISIS DE LAS RAMAS DECIMONÓNICAS DEL DERECHO

En las Facultades de Derecho funcionales al EDL, la currícula se estructuró en base a los Códigos en donde estaba “todo” el derecho sancionado por la voluntad infalible del legislador. A partir de ese dogma, lo que correspondía estudiar eran los Códigos y sus respectivos libros, así Civil Uno o Parte General coincidía con el Libro Primero, Civil Dos con el Libro segundo del Código, etc. Consiguientemente, las materias en las que no se estudiaba algún código quedaba fuertemente cuestionada su justificación en los planes de estudio, y por eso, se las suprimió o se las reconoció con una presencia débil, inestable y devaluada. En tiempos del EDC la realidad de aquellas ramas decimonónicas ha quedado visiblemente cuestionada porque algunas de ellas han adquirido un contenido mucho más complejo y amplio de lo que se enseñaba tradicionalmente, por ejemplo, el derecho de familia y de la niñez y también porque han aparecido problemas nuevos que ya tienen un desarrollo teórico importante, por ejemplo, el derecho informático, la inteligencia artificial o el derecho de la bioética.

Cuestionada porque ya la referencia a la soberanía estatal está en interrogantes, como lo revela el *soft law* y el derecho global. Cuestionada porque temas como los derechos humanos pueden llegar a constituir una disciplina específica, pero también son transversales en tanto se hallan presente en todas las materias de la currícula; algo parecido pasa con el derecho constitucional que tiene por objeto la primera parte o la parte dogmática de la Constitución que se proyecta sobre toda disciplina o problema jurídico. Cuestionada porque la importancia del contenido de las ramas ha cambiado con el tiempo, así en el siglo XIX el derecho privado y el contractual eran muy importantes, y hoy pareciera que el derecho público ha adquirido un peso y atención relevante, por ejemplo: el penal, el procesal, el laboral, la seguridad social, etc. Cuestionada porque a la hora de estudiar casos concretos o ciertas instituciones, resulta difícil deslindar ramas dado su solapamiento, por ejemplo, en materia del derecho empresario.

Insistiendo en algunos de los problemas aludidos volvamos al tema de los principios. Reiteremos que mientras las “normas” son respuestas jurídicas explícitas, los “principios” son respuestas jurídicas concentradas o en potencia, que precisamente las normas escogen e imponen autoritativamente. Reiteremos en una clasificación de los principios aludida en el punto inmediato anterior, pues, podemos reconocer a los que podemos llamar “universales”, “inalienables” o “meta-sistemáticos” (aquí están los derechos humanos) cuya presencia en los respectivos derechos es requerible a fin de concluir su validez al margen de su vigencia. Junto a esos principios también se puede hablar de los “sistemáticos”, o sea aquellos núcleos de juridicidad que aportan a la peculiaridad de cada sistema jurídico nacional, por ejemplo, hay principios que son propios de un derecho monárquico muy diferentes de los que caracterizan a un derecho republicano.

Finalmente, están los principios “sectoriales”, como por ejemplo *in dubio pro reo*, *in dubio pro operario*, presunción de legalidad de las normas administrativas, etc. No olvidemos que pueden ocurrir tensiones entre esos tres tipos de principios en cualquiera de las ramas jurídicas, por ende,

todo jurista tiene que estar advertido de esa alternativa y como procurar resolverla. Así por ejemplo, conocemos que hay un principio sistemático en el derecho que consagra la igualdad en derechos y deberes fundamentales, pero al mismo tiempo rige en el derecho laboral el principio sectorial de *in dubio pro operario* y es posible plantear un eventual conflicto entre ambos principios, para esa hipótesis cabe acudir a la siguiente regla: el jurista debe tener en cuenta el principio sectorial, pero antes de resolver el caso según el mismo, corresponde someterlo a un test de compatibilidad con los otros principios superiores, y así se podría argumentar que si bien el principio sectorial implica una tensión con el principio sistemático, ese inconveniente puede superarse apelando a que la eventual desigualdad jurídica se justifica para compensar la desigualdad real que existe entre un empleador y un trabajador.

En base al cuadro de los tres tipos principios jurídicos consignados, parecería obvio que para comprender las normas que pertenecen a una rama o disciplina jurídica hay que previamente comprender los principios de donde las mismas derivan y a los que no pueden contradecir. Sin embargo, parecería que lo habitual es que los científicos jurídicos que predominan en nuestras Facultades se dedican a comentar normas y no le prestan demasiada atención a su origen que está precisamente en principios. No olvidemos que en griego “principio” se dice “arje” y que según Aristóteles equivale al origen, más precisamente “aquello de donde algo es, se hace o se conoce como eso”. Retomando esta definición, se torna necesario que, para una comprensión y operatividad de las normas, es aconsejable remontarse a su origen y seguramente en esa búsqueda se encontrarán importantes y tradicionales principios jurídicos. Pero, además un jurista que expande su conocimiento a los principios accede a la posibilidad de conocer más respuestas jurídicas que si solo presta atención a las explícitas contenidas en las normas.

Asimismo, un jurista principalista asume sin dificultades cambios normativos que se dan a lo largo del tiempo y del espacio, pues en el plano de los principios es fácil descubrir enormes coincidencias entre diferentes derechos vigentes en sociedades distintas. Vale aquí la advertencia formulada por Von Kirchmann (1848) plenamente aplicables a visiones jurídicas normativistas y positivistas, que cuatro palabras diferentes del legislador tornaban carentes de valor a bibliotecas enteras. Dicho de otra manera, seguramente los diferentes derechos en los países de nuestro continente cuentan con principios jurídicos muy similares, más allá de que los textos normativos pueden cambiar mucho. En definitiva, mantener inercialmente el esquema creado hace más de ciento cincuenta años de las ramas generadas por los Códigos, parece contra intuitivo frente a la evidencia de los cambios durante ese tiempo en todos los terrenos.

El modo en que las Facultades han intentado cubrir ese desfase es por medio de los posgrados, pues en estos se dan una visión y una capacitación más actualizada del derecho. Lo razonable sería una currícula dinámica en temas y contenidos, forjada desde la realidad que el jurista necesita comprender para operar apropiadamente. Frente a las miradas inmovilizadoras, advirtamos que en el *common law* los planes formativos de los juristas justamente se constata una enorme movilidad, e incluso anticipación a los problemas y disciplinas que terminarán de aparecer en el derecho.

UNA NUEVA TEORIA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

El EDL elaboró una teoría de las fuentes que le era funcional. Los Códigos y, en particular, el *Code* francés, impuso la misma, en tanto definía adonde tenían que ir los juristas a buscar las respuestas jurídicas que requería su ejercicio profesional y la solución que correspondía a algunos

de los problemas que conllevaba tal trabajo. Por supuesto, que la nueva matriz del EDC también generó una teoría de las fuentes apropiada a sus características centrales. Veamos y contrastemos las tesis incluidas en ambas teorías de los referidos modelos. Las fuentes del derecho en el EDL se las reconocía con una jerarquía clara y rígida, en tanto la ley era la que se ubicaba arriba de todas. Eso se comprobaba cuando sólo se admitía a la costumbre interpretativa (*secundum legem*) o supletoria de la ley (*proeter legem*), pero nunca la contra *legem*. En aquel modelo se suponía que las normas administrativas ejecutaban a las leyes sin alterarlas y que a los jueces les correspondía aplicarlas silogísticamente a los casos que ellas regulaban. Esa jerarquía se altera ya con el EDC en tanto aparece una juridicidad indisponible y originaria que coincide con el *ius cogens* o los derechos humanos constitucional o convencionalmente reconocidos.

Por otro lado, se admite una jerarquía móvil que depende de las circunstancias fácticas y del juicio axiológico respectivo, y así un reglamento de empresa puede valer más que la misma ley a tenor de los mayores beneficios que concede a los trabajadores. La nómina de las fuentes en el EDL era escueta y exhaustiva, mientras que en el EDC se amplían –Perez Luño (2006) habla de su “desbordamiento”– y sólo cabe alguna nómina meramente enunciativa. En efecto, la nómina que mayormente sigue repitiéndose con reminiscencia decimonónica, es la que incluye la ley, la costumbre y con alguna prevención la jurisprudencia.

Sin embargo, la sola mención de los derechos humanos como fuentes del derecho, implica no solo un aumento notable de las mismas sin posibilidad de concluir en un número expreso, pero también a esa nómina corresponde ampliarla con el *ius cogens* (recordemos que la Corte Suprema argentina por mayoría resuelve en la causa “Priebke” que corresponde abrir el Código Penal con aquel *ius cogens* decidiendo la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad), con la Constitución, el derecho consuetudinario (piénsese en el derecho indígena), las normas administrativas (por ejemplo en materia aduanera, bancaria, tributaria, etc.), la jurisprudencia y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (un ejemplo: la Corte Suprema argentina en “Ekmedjian c/Sofovich” se apoya en la OC no. 7 para sostener que tratándose de derechos humanos por jurisprudencia se puede suplir la falta de ley a los fines de tornarlos operativos), el derecho internacional, los convenios colectivos laborales, los reglamentos de empresas, los contratos, los testamentos, etc.

Frente a la eventual sorpresa que puede deparar esa larga nómina, insistamos que las fuentes del derecho remiten a lugares adonde los juristas van a buscar las respuestas jurídicas que brindan en su trabajo profesional y, por eso, ahí donde se crean derechos y deberes estamos frente a una fuente, más allá que el creador sea el constituyente, el legislador, el empresario, un pueblo indígena, un particular, un tribunal, la comunidad internacional, etc. Una referencia a la inclusión de la Constitución: es frecuente que cuando se pide a los juristas la nómina de las fuentes no se incluya a la misma y el modo de justificarse es que ella está incluida en la ley en tanto es una norma general escrita; sin embargo, esa asimilación es un notable error que sólo puede comprenderse en el marco del esquema de fuentes previsto en los Códigos heredados del *Code* francés. Es claro que la ley no es igual a una constitución y por eso cualquier jurista sabe cuál prevalece en caso de contradicción.

Otra característica del sistema de fuentes creado con el EDL es su “estatismo”, en tanto en esa nómina sólo pueden estar aquellas que ha determinado o aceptado el Estado soberano. En efecto, un rasgo de la soberanía en los términos formulados por Jean Bodin en el siglo XVI, es que los Estados tienen una competencia raigal y absoluta para definir cuál será el derecho en sus

territorios y para sus ciudadanos. Pero hoy, en tiempos del EDC esa soberanía estatal aparece restringida y condicionada por algunas de las fuentes ya mencionadas. Así por ejemplo por el *ius cogens*, la *lex mercatoria*, los derechos humanos, el derecho internacional, etc. La evidente globalización, con sus problemas y beneficios, implica también derechos y deberes que no quedan atados a la soberanía de los Estados. El autismo estatal ya no parece una alternativa, ni siquiera viable para ningún miembro de la comunidad internacional y el derecho global.

El modelo surgido con la Revolución francesa y la codificación respectiva partía que el derecho era el contenido en la ley, y que ella se publicaba en un medio específico, comenzando a regir en un plazo preciso sin que nadie pueda invocar su ignorancia como justificativo del incumplimiento legal. Por medio de aquel medio (Boletín Oficial, Gaceta Oficial, Periódico Oficial, etc.) el círculo quedaba cerrado perfectamente, al margen que los destinatarios conocieran o no el lenguaje en el que se publicaba la ley. La preocupación por la realidad, la justicia o la razonabilidad en el EDC, trajo aparejados también cuestionamientos a la aludida ficción que nadie podía invocar que no conocía a la ley, ni siquiera aquellos que estuvieran en posibilidad de probar que no hablan e ignoran el lenguaje de esta. Hay ya numerosa jurisprudencia y cambios normativos que abren la posibilidad de justificar incumplimientos legales en base a que no conocen el lenguaje en el que se publicó la ley o no pudieron materialmente acceder a su contenido.

La exigencia de “generalidad” era otra característica de la teoría de las fuentes del derecho incluida en el EDL. Ella respondía a un modelo epistemológico que remitía a Descartes (2004) y su concepción de la verdad como “clara y distinta”. De ahí que la apertura a la jurisprudencia o a otros poderes con capacidad jurígena, ponía en serias dificultades al modelo político que instauró la Francia revolucionaria apoyado en las enseñanzas de Rousseau. Sin embargo, como ya dijimos, todos estamos en condiciones de crear en el marco de nuestras competencias jurídicas, ciertos derechos y deberes, y si aparecen problemas en torno a ellos, los mismos se dilucidarán en base a las reglas en las que han quedado formulados. Si alguien niega la propiedad sobre mi casa, no bastará traer a colación sólo el Código civil, sino invocaré especialmente el contrato con la que la adquirí, pues aquí está la verdadera fuente de mi derecho de propiedad, al margen de los derechos humanos, la Constitución y alguna otra fuente del derecho.

Un aspecto ya considerado es la asimilación en el EDL de las fuentes del derecho a “normas”, o sea ciertos supuestos genéricos a los que se conectan determinadas consecuencias jurídicas. No estimamos necesario volver sobre la relevancia y actualidad de los “principios” jurídicos. Destaca Zagrebelsky (2005) que mientras la Constitución formula el derecho recurriendo privilegiadamente a los principios, la ley lo hace sobre todo a través de las normas. El derecho del EDC está integrado por normas y por principios, y éstos cuentan como “derecho concentrado”, en tanto el jurista podrá derivar o actualizar desde las mismas respuestas jurídicas inéditas. En el EDC las fuentes del derecho tienen esa cierta indeterminación y posibilidad de generar otras fuentes. Para conocer un jurista la nómina real y operativa de las fuentes del derecho que rigen en el derecho vigente y válido en el que opera, debe remitirse a la jurisprudencia, y especialmente aquella constitucional.

Al margen de las definiciones que pueden hacerse al respecto en los códigos, el derecho finalmente lo dicen los jueces (*iuris dictio*), y al hilo de la jurisprudencia se irán conociendo los derechos y deberes que tienen los ciudadanos, como los lugares adonde hay que ir a buscarlos. Ello sin perjuicio de las sentencias anuladas y las responsabilidades judiciales en las que pueden

incurrir los jueces por sus errores y arbitrariedades. En definitiva, cualquier jurista, y mucho más un académico, necesita contar con una teoría de las fuentes del derecho. A él finalmente se le dirigirán las preguntas sobre si alguien tiene ese concreto derecho o deber jurídico, por consiguiente, debe tener claro los lugares a los que tiene que dirigirse para poder cumplir con su trabajo profesional de “decir” el derecho a la hora de asesorar, enseñar, abogar o imponerlo. Más aún, la pregunta acerca de qué es el derecho incluye necesariamente –explícita o implícitamente– la pregunta por los lugares adonde se lo encuentra y los medios para acceder a los mismos.

LA IMPORTANCIA DE LOS CASOS

Los juristas que hemos sido formados según el modelo académico generado junto al EDL, seguramente coincidimos que a lo largo de la carrera sólo han interesado las normas jurídicas. Por supuesto que los iuspositivismos, tanto el legalista como el normativista, alimentaban esa tesis. Consiguientemente, poca o ninguna atención a los hechos y a la problemática vinculada con el conocimiento de estos. Aquí también otro rasgo diferenciador con respecto al *common law* en donde siempre se ha cultivado una preocupación teórica y práctica sobre los hechos y las premisas fácticas. Más aún, sobre la importancia de los casos también había plena conciencia en la teoría jurídica más tradicional, pues llegó a afirmar Aristóteles y Aquino que era más riesgoso para alcanzar un juicio prudente en un caso, el ignorar sus circunstancias y características (*circumspice* como exigencia de la prudencia), que ignorar la solución genérica prevista al respecto. Es claro que, si parto de un juicio erróneo sobre los hechos, no tendré posibilidades de una solución justa, salvo que ello se logre por el azar.

En este punto cabe remitirnos con generosidad a la obra del procesalista para nuestro gusto más destacado en la actualidad que es Michele Taruffo (1996). Una de sus tesis centrales es que “la verdad es condición de la justicia”, de ahí la preocupación del juez que si quiere ser justo debe volcar, en el marco de su competencia, todo su esfuerzo como para obtener un conocimiento verdadero sobre los hechos que se juzgan. La teoría de la verdad a la que adhiere el maestro italiano es la vieja “correspondencia”, pues ella consiste en decir lo que son las cosas y lo que no son. Esa mirada remite a Aristóteles, aunque se potencia con autores contemporáneos como Tarski y su concepción semántica de la verdad. Taruffo arremete contra los “*verifobics*”, adscriptos a teorías críticas o posmodernas, es Rorty (1991) un ejemplo difundido de ellos, los que en definitiva niegan la verdad o la imposibilidad de acceder a la misma, dado que la subjetividad impide la objetividad. De ahí que la verdad coincide con el acuerdo o el consenso, sin ninguna posibilidad de contrastarla con algo objetivo.

Sin embargo, Taruffo habla de la importancia de la verdad en el terreno moral (sería insostenible un sistema ético basado en la falsedad o en la indiferencia respecto a la verdad), político (la democracia requiere de la verdad, así como los totalitarismos se nutren del engaño), epistemológico (el conocimiento supone la posibilidad de distinguir la verdad del error) y jurídico y procesal (sería irrazonable apoyar la justicia en el error o la mentira). Es que si el proceso tiende por fin a lo justo (que cada uno reciba lo que le corresponda), la condición de ello es precisamente que la premisa fáctica no sea errónea, por eso el proceso –dirigido por el juez– se constituye en una “empresa epistemológica”. Recordemos que Taruffo ha arremetido contra la clásica distinción forjada en las obras de Carnelutti o Chiovenda entre la verdad formal o procesal y la verdad material o real; pues frente a esa tesis se impone que la verdad es necesariamente una, más allá que se alcance, corresponde buscarla. La verdad como “idea regulativa” implica que ella

solo a veces se alcanza, pero que siempre hay que procurarla en los marcos competenciales, dado que ella es condición de la justicia.

Al hilo de la preocupación y relevancia de la verdad, aparece la importancia creciente que ha adquirido el aporte de los peritos y la prueba científica. Hace cincuenta años una demanda de filiación, se ganaba en base a la prueba aportada por la actora, hoy se gana en base al resultado científico del ADN. Al margen que los jueces son “*peritos peritorum*”, lo cierto es que su ignorancia habitual en la materia que se pronuncia el perito hace que el dictamen se constituya habitualmente en una prueba decisiva. No se trata de que el juez supla al perito, sino que tenga algún conocimiento que posibilite establecer apropiadamente el valor probatorio del informe pericial respectivo. En tal sentido la jurisprudencia norteamericana se ha pronunciado al respecto, marcando una serie de exigencias para el trabajo del perito lo que se proyecta sobre el juicio respectivo que debe hacer el juez. Uno de esos antecedentes se remonta a 1993 cuando la Corte Suprema de EU en la causa “Daubert” incluye varias indicaciones para los trabajos del perito y del juez en materia de la prueba científica.

Lo que estamos reclamando es que el jurista tome conciencia de la contingencia inexorable que acompaña a todo caso, y también, advierta la importancia que tiene la verdad de la premisa fáctica. En función de ello se derivan varias consecuencias: 1) los planes de estudios deben incorporar alguna información sobre aquellos saberes no jurídicos que le aportarán al jurista un conocimiento verdadero de los hechos, por ejemplo en materias tales como: genética, ingeniería de accidentes, sicología, siquiatria, informática, etc.; 2) habilitar puentes accesibles y simples para generar preguntas a especialistas que puedan evacuar respuestas confiables en la materia no jurídica propia de los peritos; 3) capacitar peritos en torno a las diferentes responsabilidades que asumen cuando entran a un proceso, y el modo en que deben cumplir los encargos judiciales que se le adjudican; 4) establecer exigencias institucionales que controlen las idoneidades (científicas, tecnológicas y éticas) de los peritos que actúen en los procesos judiciales; 5) superar las visiones exageradamente formalistas o dogmáticas que terminan frustrando el acceso a la verdad en el proceso; 6) fomentar la conciencia que hay un abuso en el proceso cuando el mismo es ejercido de manera deshonesto, temerario o abusivo, y que el juez que lo tolera se hace cómplice del abuso; 7) acceder a jurisprudencia local y comparada que permita reconocer que el razonamiento jurídico comienza con la premisa fáctica; 8) poner en dudas el facilismo que supone la distinción entre la *questio iuris* y la *questio factis*; 9) superar una visión de la cosa juzgada que implique que nunca se puede revisar a la misma; y 10) asumir que los hechos pueden importar inescindiblemente juridicidad y valoración, pues esclavizar en un espacio donde no hay normas ni autoridad, es asumir una conducta que en su juridicidad puede traer consecuencias, y, por otro lado, robar por hambre es distinto que hacerlo para adquirir un reloj de mucho valor.

En definitiva, no es posible reducir la enseñanza del derecho a las normas jurídicas dándole la espalda totalmente a los hechos o suponiendo que los casos que atiende el jurista son fáciles. Hay que volver la mirada cognoscitiva a los mismos, advirtiendo que hoy tenemos confiables saberes no jurídicos que nos pueden proporcionar aquel conocimiento que será condición de la justicia. El jurista debe contar con medios para estar en condiciones idóneas a la hora de establecer el valor probatorio de los informes periciales incorporados al proceso.

LA RELEVANCIA DE LA JURISPRUDENCIA Y DEL PRECEDENTE

El EDL y el modelo académico decimonónico francés supuso que los casos jurídicos que requerían atención de los juristas serían casos fáciles, o sea con una respuesta clara ya prevista en una norma general, en tanto ellos finalmente serían instancias individuales de los casos genéricos contemplados por el legislador. En ese marco llegó a sostenerse por la escuela exegética francesa –coherentemente– que, si aparecía un caso no previsto en la ley, el mismo no era jurídico en tanto todo el derecho estaba en la ley. Agreguemos que la figura del prevaricato remitía a aquel supuesto, dado que cometía ese delito el juez que se apartaba del sentido de la ley, con lo cual había “un” sentido en la misma que el jurista debía “desentrañar”. El “referee” legislativo y el tribunal de Casación eran otras piezas orientadas a la misma finalidad. El conocimiento más elemental del derecho advierte que inequívocamente en el EDC los casos son “difíciles” en mayor o en menor medida, como lo revelan las mayorías y minorías de los tribunales y las distintas y hasta contradictorias tesis jurisprudenciales.

Más aún, sabido es que los derechos humanos y los principios se presentan habitualmente en conflicto ante el jurista que recurre a ellos en búsqueda de una respuesta, de ahí la necesidad de la ponderación en aras de procurar el menor costo de ellos. El control constitucional judicial abona en el mismo sentido de la pluralidad de respuestas jurídicas disponibles normalmente en el derecho vigente y válido. Acudiendo a una idea que en algún lugar escuchamos, podemos asimilar el derecho a una partitura que empieza a escribir el constituyente pero que culmina el juez cuando interpreta a la misma. Así por ejemplo y siguiendo la metáfora, al constituyente argentino se le pide que escriba un tango, lo cual implica condicionar su trabajo no sólo a las exigencias genéricas que supone la música, sino someterlo a la estructura musical propia de los tangos. Pero una vez culminado su trabajo, vienen otros músicos que van agregando detalles a esa partitura, y sobre todo se requerirá montar el escenario y los instrumentos que finalmente posibiliten la interpretación de aquella partitura.

La misma partitura es compatible con muchas interpretaciones, en donde aparece la originalidad de los intérpretes como los condicionamientos que conlleva el tiempo, el lugar, los instrumentos, etcétera. Si alguien quiere conocer exhaustivamente la partitura en cuestión no puede ignorar o desinteresarse de las interpretaciones que se le han brindado a la misma. En una palabra, conocer el derecho –una norma o un principio jurídico– importa arrimarse a ver cómo se ha interpretado o aplicado al mismo, y éste es el terreno de la jurisprudencia. A pesar de la obviedad señalada, sorprende el escaso o nulo interés que despierta la jurisprudencia en la formación de los juristas. En sentido estricto, uno debería pretender que cada análisis normativo vaya acompañado del análisis jurisprudencial correspondiente. La norma que dice el derecho es completada por la jurisprudencia. Uno de los círculos hermenéuticos que ha estudiado la escuela hermenéutica alemana, es precisamente aquel que destaca que la norma es un enunciado lingüístico, pero solo la completamos cuando conocemos los casos que son regulados con el mismo; pues, la norma pide casos para completar su regulación, y los casos piden ese enunciado normativo para ser jurídicos.

Un ejemplo de lo consignado: existe la norma que contempla la caducidad de instancia, que determina que si el proceso no recibe actos impulsorios durante un determinado plazo quedará perimido, pareciera que esa norma es clara, sin embargo, en clave hermenéutica hay que poner de relieve que ella está incompleta porque no sabemos cuáles actos serán impulsorios y cuáles no, a los fines de ese conocimiento corresponde ir a la jurisprudencia, a través de ésta y la definición que brinda a los actos procesales, completaremos el texto normativo. Todavía se discute si los jueces crean o no derecho, a pesar de que una mirada elemental y realista no tiene

ninguna duda de ello. Los jueces tienen por misión y cuentan con el poder autoritativo respectivo, como para “decir” el derecho y decirlo de manera definitiva y última. Los abogados saben perfectamente el valor de un precedente judicial respecto de aquel caso análogo al resuelto, que aguarda sentencia en ese mismo tribunal. La razón no duda en exigir que lo igual debe ser tratado de igual modo.

Las editoriales jurídicas comerciales lucran legítimamente con difundir los precedentes, y el jurista sabe que cuando asume un caso, su interés se orienta a saber si el tribunal donde está el caso tiene criterio jurídico aplicable. En la teoría jurídica decimonónica se sostuvo que los jueces nada creaban para el derecho, en tanto eran –volviendo a la caracterización de Montesquieu– seres inanimados que se limitaban a ser la boca de la ley. Luego Kelsen reconoce que los jueces se limitan a crear una norma jurídica individual que se va a ubicar en la base misma de su famosa pirámide, destacando que la diferencia entre el legislador y el juez era meramente cuantitativa y no cualitativa, en tanto ambos creaban derecho, pero con diferente alcance. Sin embargo, es evidente –así lo explicaron tanto Aristóteles como Kant– que para alcanzar razonando un juicio particular se requiere que en el razonamiento haya alguna premisa general o universal, en tanto de sólo premisas particulares nada se puede concluir. Precisamente, esa premisa general o universal que en definitiva posibilita la solución de un caso individual, es lo que constituye el precedente, o sea los criterios jurídicos que se incluyen y justifican la sentencia.

Un ejercicio que los alumnos pueden hacer con la jurisprudencia es redactar el precedente que la misma contiene, o sea el *obiter* o criterios jurídicos centrales usados por el tribunal para resolver ese caso. Reiterémoslo: en toda sentencia, si bien para las partes de ese proceso lo más importante es el derecho que a ellos se les dice, o sea la definición de que la conducta implicada en el mismo está prohibida, permitida u obligatoria según el derecho vigente y válido, esas definiciones particulares tienen al mismo tiempo un alcance general en tanto se “dice” que para cualquier otra situación igual o análoga le corresponderá las mismas definiciones jurídicas. Pero esta lógica que acompaña la realidad del derecho jurisprudencial enfrenta el inconveniente que se niega o se duda teóricamente de la creación judicial del derecho y que se tolera que los cambios en la jurisprudencia se justifican por los cambios en la integración del tribunal. En el *common law* hay seguridad jurídica a pesar de que el derecho lo hacen los jueces, gracias a que existe una sólida y antigua teoría del precedente o *stare decisis*, según la cual hay conciencia que el cambio del precedente es algo muy serio, y para justificarlo existe una serie de precisiones incluidas fundamentalmente bajo el llamado *over ruling* y *distinguishing*.

Es obvio que no basta la presencia de un nuevo juez para que el mismo se considere desobligado respecto al derecho jurisprudencial que lo antecedió, es que cuando un juez habla, se supone que habla el derecho y no su opinión. Cambiar un precedente es cambiar el derecho, y para ello la prudencia exige considerar muchas cuestiones como, por ejemplo: la antigüedad del precedente, las mayorías judiciales que lo han acompañado, el consenso social y académico al respecto, las consecuencias generadas desde su vigencia, las eventuales nuevas razones esgrimidas para cambiarlo, etc. Sin embargo, si a tenor de nuestra realidad es evidente que los jueces crean derecho para el caso y los casos análogos, al que deben aplicar los jueces que están sometidos al control de aquellos, pero si al mismo tiempo posibilitamos que cualquier juez puede decir el derecho que se le antoja o le gusta, sin considerar ni estar obligado respecto a sentencias anteriores pronunciadas en los mismos casos, es obvio que estamos en un grave problema en relación con la seguridad jurídica.

Deberían los académicos, o sea aquellos juristas que saben el derecho y tienen la responsabilidad de preparar a los nuevos juristas, estudiar la jurisprudencia y formular juicios a favor y en contra, señalando los errores respectivos. Es decir, reclamamos Facultades de Derecho atenta a las interpretaciones judiciales interpretando las partituras del derecho vigente y válido, y operando sobre los jueces juzgándolos en lo que hemos llamado “responsabilidad científica”, porque cuando un juez dice el derecho, éste queda mejor o peor, e incluso los malos pronunciamientos generan daños que son estrictamente irreparables. El aconsejable estudio del derecho por el método del caso supone que el estudiante en todas las clases vea cómo opera el derecho en concreto, y para ello el recurso a la jurisprudencia es fundamental. Más aún, el estudio de la jurisprudencia también permitiría reconocer la importancia y frecuencia de los temas estudiados, sin limitarse a que esos criterios sean los que defina el interés del profesor. Es un lamento extendido y justificado de los egresados de nuestras Facultades de Derecho, que se gradúan con una escasa o nula conexión con la realidad operativa del derecho.

En definitiva, resulta absolutamente insostenible mantener en los términos decimonónicos la distinción que la creación del derecho corresponde solo al legislador, y que los jueces no crean sino aplican al derecho ya dado. También se impone que los académicos estudien y critiquen la jurisprudencia, y que en sus clases se analicen casos y las eventuales soluciones que se han brindado a los mismos, o las que pueden llegar a brindarse. La tarea del aprendizaje jurídico no puede circunscribirse a comentar las normas jurídicas, porque el sentido del derecho es orientar o imponer las mejores conductas concretas en orden a la mejor vida de esa sociedad, y en ese bien común o justicia social y operativa, el trabajo de los juristas es inescindible e importante. Este fin es lo que justifica la existencia del derecho, los juristas y las instituciones implicadas en el mismo, por eso las Facultades deben reorientarse a su servicio.

CIENCIA JURÍDICA Y FILOSOFÍA JURÍDICA

La filosofía moderna inaugurada por Descartes (2004) descartará la posibilidad de obtener la verdad que no sea “clara y distinta”, y ese camino será fortalecido por muchos otros pensadores hasta llegar a Kant en donde se consagra la imposibilidad de conocer las cosas como son. El camino del idealismo implicará concederle al sujeto competencia cognoscitiva como para someter el objeto al sujeto, y enarbolará a la ciencia física y matemática como el modelo epistemológico por excelencia. Ese paradigma acompañará a Savigny a la hora de inaugurar la ciencia jurídica moderna en su obra “Sistema de Derecho Romano actual”; como ha explicado Villey (1998) el derecho romano savignyano tiene poco que ver con el auténtico derecho constituido especialmente en tiempos de la República romana, y es más bien —metafóricamente— un esfuerzo de volcar aquel buen vino jurídico de los cinco siglos anteriores a nuestra era en las nuevas vajillas muy distantes de aquellas del viejo roble. Será especialmente Kelsen con su “Teoría Pura del Derecho” el que consuma ese ideal científico en el derecho ateniéndose rigurosamente a las enseñanzas decretadas en el Círculo de Viena.

Recordemos que, según esta matriz, los caminos del saber eran solamente dos: el de los juicios a posteriori o verificables (propios de la física) y el de los juicios apriorísticos o tautológicos (propios de la lógica y las matemáticas), y Kelsen seguirá este último camino, mientras Ross transitará el primero. Explícitamente en la primera edición de la Teoría Pura, su autor deja claro que su propósito es “elevar” al rango de una verdadera ciencia al saber jurídico, y ello consistía en un saber “objetivo y exacto”, que se alcanzaría limitándose a describir las normas jurídicas positivas coercibles. Pero, además, recordemos el rechazo kelseniano a la posibilidad de alcanzar

algún saber en el campo axiológico, moral o ético, precisamente ese escepticismo emotivista explica su difundida conclusión:” la justicia es un ideal irracional”. Más allá del respaldo al cientificismo que significó Kelsen con su descriptivismo y escepticismo axiológico, en las Facultades del Derecho bastaban las enseñanzas de los “grandes” maestros de la escuela exegética francesa.

Recordemos algunos: Laurent: “Los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, este no tiene ya por misión hacer el Derecho; el Derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el Derecho está escrito en textos auténticos” (cit. en Bonnecase, 1944, p. 141); Aubry: “Los profesores encargados de impartir a nombre del Estado la enseñanza jurídica, tienen por misión protestar, medida, pero firmemente contra toda innovación que tienda a sustituir la voluntad del legislador por una extraña” (cit. en Bonnecase, 1944, p. 146); y Domolombe: “Interpretar es descubrir, dilucidar el sentido exacto y verdadero de la ley. No es cambiar, modificar, innovar; es declarar, reconocer” (cit. en Bonnecase, 1944, p. 150). Nos parece indiscutible que ese modelo de hacer ciencia y enseñar el derecho, fue asumido en las Facultades de Derecho de nuestro continente y se mantiene en buena parte de ellas.

Las cátedras de nuestras Facultades de Derecho fueron ocupadas por profesores que enseñaban y practicaban un modelo de saber jurídico descriptivo, memorístico y no crítico. Coherente y empeñosamente cada uno de ellos volcó su esfuerzo para demostrar que el estudio de su materia ostentaba el honroso título de ser un científico del derecho. Los presupuestos de ese trabajo eran claros y algunos ya fueron consignados: 1) el derecho lo creaba solo y raigalmente por el legislador; 2) la voluntad del legislador era infalible, de modo que siempre era justo, no redundante, claro, etc.; 3) el objeto de la ciencia se limitaba a describir y sistematizar los códigos sin propuestas críticas de *lege ferenda*; 4) el valor jurídico exclusivo y excluyente era la seguridad jurídica; y 5) el juez era la boca la ley que se limitaba a aplicarla, bajo apercibimientos de incurrir en el delito de prevaricato. Del marco conceptual consignado, poco espacio e interés quedaba para la filosofía del derecho, más aún, hasta podía llegar a ser un saber peligroso, en tanto conllevaba dudar o criticar a la ley.

Ese desinterés ius filosófico, seguramente lo advierte cualquier alumno cuando apenas empieza en la Facultad, y sabe que lo importante está en las “codificadas”; de esa manera, lo único que puede recibir en las clases ius filosóficas son cuestiones ajenas al derecho real y que remiten a abstracciones puramente teóricas e irrelevantes. El EDC implica no ir en contra la ciencia jurídica, pero claramente sin incurrir en cientificismo, o sea reducir el saber jurídico a la ciencia. Es que en el origen mismo de ese nuevo paradigma está que el “derecho” no es lo mismo que la “ley”, y ello lo afirma el Tribunal de Nuremberg cuando apela a la “fórmula de Radbruch”, y también lo dice explícitamente la ley fundamental de Bonn de 1949 al exigir que los poderes queden sometidos a la “ley” y al “derecho”. Aquella distinción que rompe la sinonimia del EDL, pone en la agenda del jurista la pregunta de qué es el derecho y otras consiguientes, así, por ejemplo: cómo se conoce, qué estructura tiene y cuál es su valor.

Por supuesto que esos interrogantes desbordan la mera pretensión científica descriptiva de algo que ya estaba en la realidad empírica puesto por el legislador y se instala claramente en otra perspectiva noética: la ius filosófica. En efecto, no caben dudas que hay ciertos problemas que le corresponden tratar a un saber diferente de la ciencia, tales como:

1. Problema ontológico, conceptual o definicional del derecho: aquí la gran divisoria es positivismo y no positivismo, según se sostenga que el derecho es solo aquello que se establece y se reconoce como tal, pudiendo tener cualquier contenido, o entendiendo que no cualquier contenido puede ser derecho, en tanto hay alguno que es necesario o incompatible con el mismo;
2. Problemas gnoseológicos: 2.1 ¿cuáles son los caminos para conocer el derecho? (las alternativas: filosofía jurídica, ciencia jurídica y/o saber jurídico aplicativo o prudencial); 2.2 ¿el saber jurídico es teórico o práctico? (es descriptivo o incluye valoraciones); y 2.3 ¿para conocer el derecho necesitamos otras dimensiones que no son estrictamente jurídicas?, como, por ejemplo, lo social, lo político, lo moral, etc.;
3. Problemas lógicos jurídicos: 3.1 ¿hay en el derecho solo normas y/o principios?; 3.2 ¿hay un sistema jurídico fuerte, débil o abierto, ningún sistema o sistemas en conflicto?; 3.3 ¿el derecho se crea y se aplica solo por medio de la voluntad, solo por la razón o con ambas facultades humanas?; y
4. Problemas axiológicos: 4.1 ¿es posible conocer el mayor o menor valor del derecho o éste siempre vale igual en tanto se identifica con su vigencia?; y 4.2 ¿ese valor o validez del derecho es formal, sustancial o ambos?

Por supuesto que en la síntesis de los problemas ius filosóficos precedentes, hay una descripción muy esquemática y que conlleva cierta carga de alguna perspectiva particular. Pero lo importante es que ningún jurista puede darle la espalda totalmente a esas preguntas si pretende asumir su profesión con coherencia y comprensión de qué es el derecho que está encargado profesionalmente de decirlo (cuando lo enseña, aboga, asesora o lo declara autoritativamente). En la práctica profesional inexorablemente se expondrán las respuestas que se asumen respecto a aquellos interrogantes, por ejemplo: sostendrá el *dura lex, sed lex*, sin incluir juicios de valor o descalificación jurídica de la norma expedida por la autoridad competente; aducirá respuestas jurídicas que derivan de principios jurídicos; resistirá ir más allá del derecho en sus razonamientos y reclamos jurídicos; se atreverá a poner en conflicto a su sistema jurídico a tenor del derecho indígena o el derecho internacional; analizará la validez de una norma claramente vigente jurídicamente; etc.

En una palabra, como el personaje de Moliere que hablaba en prosa sin saberlo, el jurista habla de filosofía jurídica, aunque la odie o declare ignorarla o despreciarla. Tan es así, que en cualquier jurisprudencia relevante es posible identificar muchos de aquellos problemas ius filosóficos y las respuestas que se le brindan. En la totalidad de nuestras clases en la Maestría en Magistratura y Derecho Judicial que dictamos en la Universidad Austral de Buenos Aires, en las que seguimos el método del caso, recurrimos a jurisprudencia nacional, extranjera o supranacional como banco de pruebas de las cuestiones que se estudian. Más aún empezamos nuestro curso advirtiéndolo: “dime que piensas del derecho, y yo te diré que juez eres y puedes llegar a ser (siempre y cuando actúes con coherencia)”, y de algún modo ofrecemos alternativas ius filosóficas paradigmáticas y básicas a los fines que procuren escoger una y mantenerla en sus participaciones (hablamos de “camisetas” con las que deben jugar en el mundo jurídico):

1. Iuspositivismo legalista
2. Iuspositivismo kelseniano
3. Iuspositivismo crítico ferrajoliano
4. No positivismo kantiano o constructivista, según autores como Alexy, Dworkin, Nino, Atienza, etc.

5. No positivismo aristotélico o realista o iusnaturalista, en autores como Finnis, Viola, Kalinowski, Ollero, etc.
6. Teorías posmodernas, críticas o populistas inspiradas en Marx, Freud o Nietzsche, en autores como Duncan Kennedy, Boaventura Santos, Judith Butler, etc.

No se trata de capacitar a los alumnos como para que estén en condiciones de dar clases de filosofía jurídica, sino de proveerles desde dicha disciplina de algunas claves cognoscitivas como para poder hacer mejor su trabajo profesional a partir de entender mejor al derecho y cómo se lo opera. Como ya dijimos, el propósito funcional al EDC no es rechazar la ciencia jurídica, pero sí dejar de lado un modelo epistemológico que empobrece y parcializa el saber jurídico. Al respecto es oportuno recordar las críticas formuladas por Nino a los modelos iuspositivistas epistemológicos de Kelsen, Ross, Bulygin y Alchourrón, que terminan clausurando la posibilidad que el científico critique y concrete propuestas jurídicas de *lege ferenda* superadoras de las vigentes. Alexy no sólo ha defendido “la naturaleza de la filosofía del derecho”, sino que reconoce el provecho que provee una ciencia jurídica cumpliendo respecto del derecho las funciones de estabilización, progreso, descarga, técnica, control y heurística.

En definitiva, pretendemos que se le reconozca a la filosofía jurídica los beneficios cognoscitivos que le provee a un jurista que busca un conocimiento exhaustivo, consistente, coherente, raigal e integral del derecho. Solo presupuesta la filosofía jurídica estará el científico en condiciones de cumplir las importantes funciones que el mismo presta al derecho. Antes de adjetivar se requiere conocer al sustantivo respectivo, de manera que primero está el derecho, y luego lo civil, lo penal, lo comercial, lo administrativo, etc. del mismo. En síntesis, ni científicismo ni filosofismo, sino saber jurídico integral (aludiremos al saber jurídico aplicativo o prudencial cuando analicemos el tema de argumentación).

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

En el EDL se explicó que la aplicación del derecho –alguna norma jurídica- se hacía a través de la interpretación jurídica. Es decir, el jurista recibía un caso y su trabajo consistía en identificar la norma en donde debía subsumirlo, a esos fines tenía que desentrañar el sentido contenida en ella por medio de los métodos interpretativos, y luego construir el silogismo deductivo que permitiría proyectar la consecuencia jurídica prevista en la norma general, para el caso particular del que se ocupa profesionalmente. La célebre y ya moderna definición de interpretación jurídica se remonta a Savigny cuando en su “Sistema de derecho romano actual” la identifica con “la reconstrucción del pensamiento del legislador ínsito en la ley”, y a esos fines indica los cuatro clásicos métodos interpretativos: 1) el gramatical, abocado a establecer el significado de las palabras empleadas por el legislador; 2) el lógico, interesado en seguir la voluntad o lo que quiso el legislador al hacer su ley; 3) el sistemático, para obtener el sentido de la norma debía tenerse en cuenta el lugar que la misma ocupaba dentro del sistema contenido en la ley; y 4) el histórico, cuyo objeto era comparar la nueva norma jurídica con la vieja norma.

A esa lista podemos agregarle el método teleológico auspiciado por el primer Ihering, que se interesaba por recurrir al fin de la ley, de modo que la guía para el intérprete era “toda” la ley (incluido aquello que a lo mejor no fue advertido por su autor), pero “solo” la ley, en tanto la interpretación nada “creaba” jurídicamente en sentido estricto, pues solo sacaba a la luz lo que estaba implícito en la ley. Quizás exageradamente, hemos afirmado que el nuevo nombre de la decimonónica interpretación jurídica es el de la argumentación jurídica. Cualquier jurista podrá

reconocer que su trabajo en el EDC no transita por el simple y fácil modo de aplicar silogística y formalmente el derecho, que era lo prometido en la interpretación jurídica, en tanto nada creaba para el derecho. El profesional del derecho seguramente sabe que el primer problema del que debe ocuparse es conocer los hechos irrepetibles que requieren su trabajo, aunque análogos a otros que pueden ya estar resueltos en la jurisprudencia aplicable.

Esclarecida la premisa fáctica, se dirigirá al derecho, y con sorpresa corroborará que no está la pirámide normativa prometida por Kelsen, sino que hay principios y más de una respuesta jurídica disponible. Esta realidad pondrá en juego con qué criterios elige, o sea si a tenor de su conciencia recta o por las variables apoyadas en su ventaja o comodidad personal. Escogida la respuesta, llegamos al cuarto paso y final del proceso que sigue el jurista, es el momento de la redacción de su alegato o sentencia. O sea, el trabajo del jurista se orienta finalmente a construir un razonamiento en donde habrá juicios o premisas que se conectan entre sí conforme a las reglas de la lógica (justificación interna en la terminología de Alexy), pero lo fundamental es que cada uno de esos juicios o premisas aparezcan avalados, justificados o fundamentados en razones o argumentos válidos, coherentes, suficientes y persuasivos (justificación externa). Respetar la lógica parece más sencillo frente al trabajo de argumentar o dar razones, y por supuesto el empeño y las posibilidades de éxito del jurista quedan más ligados a esa justificación externa.

Autores contemporáneos como Aarnio (2002), han llegado a identificar a las fuentes del derecho con las razones o argumentos que sustentan las sentencias judiciales válidas. Es que la idea central de esta tesis es que si los jueces, que son los encargados en nuestras sociedades políticas de decir en última instancia el derecho vigente y válido, declaran un derecho o imponen un deber apoyándose en un determinado argumento (el *ius cogens*, el derecho indígena, la irracionalidad o la injusticia grave y evidente, etc.), dicho argumento queda reconocido como un lugar al que pueden concurrir los juristas a buscar sus respuestas jurídicas. La amplitud, relevancia y complejidad de la teoría de la argumentación jurídica puede advertirse cuando comprobamos la existencia del dictado de Maestrías en Argumentación Jurídica. Nosotros mismos co-dirigimos junto a Manuel Atienza una que se dicta en la Universidad Nacional del Litoral en la ciudad de Santa Fe, Argentina, que cuenta con más de 400 horas de clase. A la hora de brindar un panorama elemental sobre algunos de los temas o problemas que hoy se estudian en la teoría de la argumentación jurídica, mencionemos lo siguiente:

1. Problemas regulatorios (el viejo tema de las fuentes del derecho): para resolver un caso por medio de normas es posible recurrir a silogismos, pero cuando lo resolvemos a través de principios se torna necesario no solo definirlos, sino ponderarlos, y como resultado de dicha técnica obtendremos una especie de enunciado normativo jurídico general judicial que funcionará como premisa mayor del silogismo práctico que se construya.
2. Problemas fácticos: a ellos aludimos cuando hablamos sucintamente de los casos, pero la amplitud de las cuestiones comprendidas puede advertirse a partir de conocer que hay Maestrías abocadas exclusivamente a ese tipo de problemas, como una que se dicta en la Universidad de Girona.
3. Problemas lingüísticos: en el siglo XX se habla que el conocimiento en general o la teoría experimentó “el giro lingüístico”, en tanto se señala la importancia y complejidad que encierra el lenguaje. Más aún, se constituyó a tales fines una disciplina específica, la semiótica, que abarca: a. la semántica (las relaciones entre las palabras y las cosas que designamos con las mismas, y aquí se estudian principalmente los problemas de vaguedad y ambigüedad); b. la sintáctica (las relaciones entre las palabras en tanto es necesario construir oraciones, y para

ello todos los lenguajes tienen reglas, por ejemplo acerca de los signos lingüísticos, el uso de adjetivos, etc.); y c. la pragmática (lo que hacemos con las palabras en tanto que al decirlas contratamos, regalamos, testimoniamos, etc.). Por supuesto que el interés para el jurista es proyectar los problemas semióticos al campo jurídico, o sea conocer la semiótica jurídica.

4. Problemas lógicos: aquí corresponderá repasar sintéticamente que en el razonamiento jurídico se aplican los principios y las estructuras propias de ese arte y ciencia que estudia los razonamientos en general, o sea la lógica formal. Pero también hay que prestarle atención: a las falacias (en tanto son razonamientos incorrectos, aunque parecen correctos); a la lógica no formal, material o paralógica, que corresponde en la terminología aristotélica o retórica; y la pregunta en torno a si en el derecho es posible configurar un sistema con todas sus características (unidad, jerarquía, completitud, coherencia y economía).
5. Problemas axiológicos: en la búsqueda y construcción del resultado argumentativo, y en este último, seguramente el jurista acudirá a valoraciones guiadas por una mayor o mejor repuesta, más aún, respuestas incompatibles con el derecho, respuestas que, si bien no son las mejores, son compatibles con el derecho, y respuestas que son óptimas jurídicamente hablando. Aquí aparecerán los problemas vinculados con la visión de la ética o la moral de la que luego hablaremos.

En definitiva, el modo en el que se realiza el trabajo del jurista de encontrar y decir el derecho (*iuris dictio*) ha cambiado demasiado como para seguir llamándolo con un nombre (interpretación) que designa un tipo de trabajo muy distinto. Ese nuevo nombre en el marco del EDC es la argumentación jurídica, que pone de relieve que hay que construir un razonamiento justificado (formal y sustancialmente) y persuasivo, que avale la respuesta que se enseña, se asesora, se aboga o se declara autoritativamente. Por eso, hay que enseñar a argumentar y estar en condiciones de reconocer los buenos y malos razonamientos con los que se busca justificar soluciones a problemas jurídicos.

EL JURIDICISMO

La ciencia jurídica decimonónica que identificaba el derecho con la ley hecha por la voluntad infalible del legislador no enfrentaba muchos inconvenientes como para necesitar de alguna otra realidad distinta de la que encontraba en las normas jurídicas. Eso es el “insularismo jurídico” que declara que el derecho es como una isla que solo habitan los juristas y en la que solo hay normas jurídicas. Esa visión, de algún modo está presente en nuestras Facultades de Derecho que desconfían o les atribuyen una existencia débil a las materias en las que no se estudian normas jurídicas. Más aún, a la mirada juridicista kelseniana la refuerza con un desarrollo conceptual y epistemológico muy sofisticado. En efecto, para la teoría pura el derecho es solo el conjunto de normas positivas coercitivas y la ciencia tiene que abocarse a depurarlas, por lo que finalmente ellas quedan reducidas a un juicio hipotético en donde no interesa el contenido, dado que es la coerción la que define la juridicidad de las mismas.

Todo está en las normas jurídicas: el derecho subjetivo es una facultad procesal de pedirle al juez (el destinatario de las normas) que dado que ha acaecido el presupuesto fáctico de la norma, corresponde aplicar la coerción prevista en la misma; el deber jurídico es simplemente la conducta contraria a la sancionada; el Estado es el conjunto de normas jurídicas; la población de un Estado es el ámbito de validez personal del sistema jurídico; el territorio es el ámbito de validez espacial del sistema jurídico; la persona jurídica es el centro de imputación normativa, sin ningún privilegio para el ser humano; etc. Recordemos: la ciencia jurídica kelseniana solo

describe y no valora, en tanto ello incorporaría la irracionalidad que abortaría el propósito de un saber objetivo y exacto. Luego de haber negado Kelsen todo tipo de racionalidad práctica moral o axiológica capaz de valorar y definir la mejor conducta, pues la creación y aplicación del derecho es el fruto exclusivo de la voluntad o querer humano.

La distinción entre el saber teórico y el saber práctico se remonta a Aristóteles. Mientras que aquel se limita a decir cómo son las cosas asumiendo una perspectiva de espectador, el saber práctico es perspectiva de protagonista en tanto su objeto es guiar con la razón las conductas. Por supuesto que la verdad y la certeza que provee uno y otro son diferentes, el saber teórico es capaz de “demostrar” la verdad, por ejemplo, a cuantos grados hierve el agua o si los metales se dilatan, pero el saber práctico solo puede dar razones que respalden la verdad, de ahí que la certeza que suministra es más débil que la teórica. Ejemplifiquemos lo afirmado pensando que aún hoy existen nazis, a pesar de que la razón indique la imposibilidad de postular razas superiores y que hay que aniquilar a las razas inferiores. Esa debilidad del saber práctico en orden a su demostración y certeza se potencia en la medida que nos arrimamos a las conductas concretas, pues uno puede sostener con cierta facilidad que la vida debe ser respetada, pero en algún caso circunstanciado es posible justificar racionalmente que alguien se la prive a otro como un medio último para preservar la propia vida.

Es que admitir esa racionalidad en el terreno de la praxis humana implica la posibilidad de formularle a la razón preguntas morales, es decir, preguntas que ella responderá en torno al bien o la justicia. Esa racionalidad práctica centrada en el bien humano no tolera la separación en las diferentes dimensiones de la realidad humana en donde se hace presente ese bien. Por eso, contemporáneamente autores como Finnis (aristotélico-tomista) o Alexy (kantiano) no dudan a la hora de hablar de racionalidad práctica y de las inescindibles conexiones que se dan entre el derecho, la moral y la política. El elemento unificador central de la racionalidad práctica lo constituye el bien humano, o sea aquello que el hombre busca en sus actuaciones en aras de su felicidad o perfección. Finnis (2011) llega a identificar justicia, bien común o derechos humanos, y por supuesto esos conceptos operan teleológica y raigalmente en el derecho. Algo parecido cuando Alexy suscribe la fórmula que “la injusticia extrema no es derecho” y cuando justifica que la ley proteja una moral pública que opera como un límite que marca la razón a las morales personales.

El derecho no acepta: casamientos entre hijos y padres; tampoco que haya esclavos, aunque sea una decisión voluntaria y con consentimiento informado del esclavo; que se conceda a alguien el derecho a ser muerto por un tercero, o que se publicite la opción de una dictadura que suprima los derechos humanos. Todas esas definiciones y muchas otras, son formuladas por la razón práctica que trasciende lo estrictamente jurídico. No se pueden entender los derechos humanos sin esa apertura a la moral y la política. El jurista no puede realizar su trabajo sin abrirse a la moral y la política. Enseñaba la filosofía clásica que lo mejor puede ser enemigo de lo bueno, y ello queda refrendado con un apotegma que en latín dice que el sumo derecho puede ser la suma injusticia (*summum ius, summum iniuria*). El trabajo con los principios conlleva esa apertura que va más allá del derecho.

Recordemos que los principios son definidos por Alexy (2002) como “mandatos de optimización” en tanto ellos pretenden lo mejor posible, o sea, según las posibilidades fácticas y jurídicas. Determinar esas posibilidades supone ir a la realidad en todas sus dimensiones. Es que un determinado medio jurídico puede funcionar óptimamente en una cierta sociedad, pero

cuando lo trasladamos a otra sociedad diferente, puede ocurrir que resulte un fracaso. Son muy peligrosos jueces jurdicistas que por ejemplo dicten sentencias sin considerar las consecuencias sociales o económicas que pueden derivarse de las mismas, más allá de las buenas intenciones con las que pueden actuar. Pero igualmente pueden resultar peligrosos los académicos que se limitan a estudiar y glosar normas jurídicas sin consideración ninguna a la sociedad en la que vive. Ese pecado de jurdicismo es muy extraño en las teorías que existen en el mundo anglosajón, más bien son propias de Europa continental y del modelo epistemológico que se consagró con el EDL.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un buen ejemplo de superación de los jurdicismos en sintonía con el EDC. Recordemos que el mismo Tomás de Aquino al definir los requisitos de una ley, incluía siguiendo a San Isidoro, que debía tener en cuenta las costumbres de la sociedad donde ella regiría. En definitiva, es importante que habitualmente en las explicaciones jurídicas académicas se incorporen consideraciones morales y políticas, que necesariamente aparecerán cuando se las referencie al fin del derecho que es el bien común político o la buena vida en sociedad. Para ello no solo es necesario formular otro tipo de teorías jurídicas, sino incorporar en las curriculas de nuestras Facultades de Derecho materias que no sean estrictamente jurídicas y que “abran la cabeza” (*open-minded*) a las otras dimensiones de la realidad social y cultural. Reiteramos la utilidad que pueden generar los estudios de la jurisprudencia al respecto, donde habitualmente no hay jurdicismos.

LA MORAL O LA ÉTICA Y EL DERECHO

Empecemos este punto con algunas precisiones conceptuales acerca de las cuales los juristas suelen estar poco familiarizados. El término “ética” deriva del griego “ethos”, que básicamente significaba el “modo de ser”, el que originariamente se conectó con los animales y luego a los seres humanos. Se le atribuye a Cicerón haber traducido al latín “mor” o “mores” a la expresión “ethos”, de ahí viene la expresión “moral”. Como se ve existe una enorme coincidencia etimológica entre “ética” y “moral”, pero será ya especialmente con Hegel cuando se los diferencia y se los pone en tensión. Más allá de que hoy el panorama de la teoría es muy diversificado sobre los significados que se les brinda a los dos términos en cuestión, nosotros a tenor de lo buscado en este trabajo, nos parece innecesario introducirnos en esos debates terminológicos, por lo que insistiremos en utilizarlos como sinónimos. Es cierto que en estas introductorias precisiones de rótulos debemos aludir a otro término al que se recurre bastante, sobre todo en el campo profesional; hablamos de “dentología”, respecto del cual tenemos fuertes reparos.

Es que advirtamos que la etimología “deonto” significa “deber”, por lo que con “deontología” se está mencionando un estudio o un tratado de deberes. Pero en la ética o la moral lo prioritario no es el “deber” sino el “bien”, en realidad el deber es subsidiario o funcional al bien, pues si yo procuro alcanzar un bien, vienen los deberes consiguientes que me permitirán lograr ese fin. Por eso puede sostenerse que el “derecho” es efectivamente “deontológico”, en tanto importan los deberes y nada más que ellos. Avancemos en precisiones. Cuando quiero reconocer el objeto y características de una disciplina, un camino apropiado puede ser identificar el “objeto material” de ella, o sea cual es la materia de la que se ocupa, y su “objeto formal”: desde qué ángulo o perspectiva estudia esa materia. Proyectemos esa metodología para saber qué es la “ética” o “moral”. Al respecto, el objeto material de la ética son las conductas humanas realizadas con razón y libertad, o sea los llamados “actos propiamente humanos”, en tanto hay actos realizados

por los humanos que sin embargo no cuentan con aquellas facultades humanas, y que, en consecuencia, no son susceptibles de un juicio moral, salvo que la voluntad opere como causa de la ausencia de lo propiamente humano (por ejemplo, el acto del borracho que sin embargo es responsable por que puso voluntariamente el alcohol como causa para que no tenga el acto bajo análisis, razón y libertad).

También forman parte de la materia de la ética los hábitos que se generan tras la repetición de los actos sean hábitos buenos (virtudes) o hábitos malos (vicios). En efecto, le interesa a la ética los hábitos porque si el sujeto los tiene, realizará el acto respectivo con facilidad y con agrado o fruición; es obvio que, si logro que mi hijo adquiriera la virtud del orden, el procurará mantener ordenado su dormitorio y encontrará gratificante lograrlo. Una tercera materia de la ética es la vida misma, en tanto cada uno de nosotros va dotando a su vida de un cierto tono o calidad moral, a punto que seguramente todos los que tratan con habitualidad con nosotros tienen una opinión moral de nosotros. El término griego “*bios*” tenía más riqueza y profundidad de lo que hoy llamamos “vida”, mientras ésta puede ser identificada con una sucesión de actos vitales, con *bios* se quería denominar el tipo de calidad ética del proyecto que cada uno tiene para su vida, de ahí que se distinguía el “*bios theoretikos*” (una vida orientada al conocimiento y la contemplación), el “*bios politikos*” (una vida dirigida a lograr y promover el bien entre los ciudadanos) y el “*bios apolaustikos*” (una vida centrada en el disfrute o placer).

Vamos al “objeto formal” de la ética. El concepto central de la misma es el “bien”, pues a tenor del mismo estamos en condiciones de juzgar si cierta conducta, norma o institución es buena o mala. Es cierto que respecto al objeto material hay discusiones, en particular están las visiones antropológicas deterministas que niegan la libertad en el ser humano, por lo que terminan asimilándolo a los animales. Pero no cabe dudas que donde se potencian las discusiones es en torno a la noción del bien, principalmente respecto de quien está habilitado o le corresponde definir al bien. Valiéndonos de este criterio distintivo es posible reconocer diferentes teorías éticas:

1. Subjetivista, individualista, emotivista o irracionalista: le asigna a cada sujeto la competencia para definir qué es el bien, de tal modo que no puede haber mejores o peores morales, e incluso, si alguien cuestiona a la moral escogida por el otro, se coloca en una injustificada situación “paternalista”. En esta matriz no hay racionalidad práctica moral o axiológica, de manera que las definiciones morales tienen como matriz lo irracional o emocional. En sintonía con dicha teoría, Kelsen desde su escepticismo o emotivismo ético sentenció que la justicia era un ideal irracional, y Ferrajoli coincidiendo con esa filosofía afirmó “los valores se asumen, pero no se justifican racionalmente”. Es obvio que desde esos presupuestos las palabras morales carecen de significados objetivos y son “*flatus vocis*”, que cada uno le proporciona el contenido que decide. Entre esos términos morales por supuesto que están los derechos humanos, que, en definitiva, son exigencias de valor intrínseco, como, por ejemplo: la libertad, la igualdad, la dignidad, etc., y esos contenidos tienen tanto valor moral o relevancia para el bien humano, que el derecho se ve compelido a protegerlos con los medios que le son propios. Si uno adopta esta teoría subjetivista resultará imposible en consonancia con la misma, defender los derechos humanos tal cual están consagrados en los respectivos Tratados, o sea como simplemente reconocidos, universales e inalienables; porque la nómima y el contenido de esos derechos los establecerá libérrimamente cada uno, y así, si alguien quiere someterse a esclavitud no debería tener objeciones morales de nadie para ello. De la misma manera se tornaría imposible postular un código de ética profesional

- en tanto cada uno es el único que puede decir quién será y qué debe hacer un “buen” profesional.
2. Intersubjetivista: aquí el sujeto habilitado para definir el bien es la sociedad, pero hay una significativa variedad de teorías que coinciden en ese punto que, sin embargo, difieren en cuanto al modo en que corresponden se hagan esas definiciones. A grandes rasgos distinguiremos dos variantes:
 - a. La sociológica, dogmática e irracional: se trata de reconocerle a la sociedad que puede decir la moral sin interesar el cómo, pues basta que se puedan constatar esas definiciones, resultando irrelevante cómo se alcanzaron. León Duguit podría ser un ejemplo de estas perspectivas, en tanto consideraba al fenómeno moral como un fenómeno social, de igual manera que la moda, en tanto ella se impone sin control racional alguno y sin que se pueda precisar de dónde vienen esos criterios estéticos que resultan imprevisibles y hasta arbitrarios.
 - b. La racional, formal o procedimental: se trata de teorías muy sofisticadas que apuestan a la razón para justificar las definiciones morales, aunque se trata de una razón que no se compromete con lo sustancial, sino que regula formas y procedimientos. Un ejemplo de ellas puede ser Habermas con su acción comunicativa que confía en que la razón sometida a diálogos racionales puede alcanzar definiciones objetivas y cognoscibles. No se trata de un consenso a cualquier precio, sino de consensos alcanzados por reglas como la sinceridad, corrección, universalización, la argumentación, etc. Más allá de esa advertencia reiterada, el problema es que en la realidad o en la práctica, la falta de consenso racional deriva final e irremediamente en la regla de mayoría, y esto sí complica a la teoría a pesar de su reclamo para que se tomen en cuenta los intereses de todos los potencialmente afectados por lo consensuado. Si nos quedamos con esta derivación práctica o realista aparecen objeciones a las teorías intersubjetivistas similares a las ya formuladas contra las subjetivistas. En efecto, si la sociedad es la única encargada de definir al bien, no podemos objetar aquella definición diferente a la que yo o mi sociedad entienden superior. De ese modo, es tan buena como cualquier otra, la ética asumida por una sociedad con castas o que promueve la aniquilación de seres considerados inferiores o que autoriza que ciertos gobernantes saben, etc. La lista y contenidos de los derechos humanos lo puede y debe determinar cada sociedad sin restricciones; y también será ella la que defina lo que se entenderá como un buen profesional, aunque las definiciones que se brinden resulten manifiestamente contra intuitivas.
 3. Consecuencialistas: para estas teorías no es posible decir cuales actos son buenos o malos, porque ese juicio solo se puede hacer después que se esclarezcan las consecuencias de estos. Entre las teorías consecuencialistas se destaca el utilitarismo, que, según la fórmula elaborada por Jeremy Bentham, el bien coincide con la mayor felicidad para el mayor número. De acuerdo con esa matemática, torturar, esclavizar o vender sentencias puede llegar a ser bueno si las consecuencias se ajustan a esa regla. Así queda evidente que tampoco aquí podemos alentar declaraciones de derechos inalienables o códigos de ética profesional que descalifiquen en todos los casos ciertos comportamientos, dado que el juicio moral corresponde que sea efectuado a posteriori y a tenor de las consecuencias derivadas.
 4. Juridicistas: puede llegar a ser una variante de la intersubjetivista, pero nos parece importante estudiarla independientemente porque está muy extendida esa confianza en que por medio de ciertas reglas jurídicas se resuelven problemas morales. Una vez que se dictó esa norma

legal, constitucional, jurisprudencial, administrativa, etc., se considera que su contenido coincide con una respuesta verdadera en el terreno moral, que por ende clausura la posibilidad de abrir nuevos debates al respecto. De algún modo está presupuesta la infalibilidad del sujeto encargado de aquellas definiciones morales, tanto como lo postuló Rousseau con la voluntad general canalizada por el Poder Legislativo y plasmada en la ley. Es cierto que las contemporáneas versiones contractualistas y neocontractualistas (por ejemplo, Rawls) terminan reconociendo en el contrato social la matriz de la ética en la que cabe el derecho y los proyectos de vida individuales. No es difícil plantear las debilidades de estas teorías, bastará acudir a la experiencia acumulada por la humanidad en donde ella en más de una oportunidad debió soportar el “mal radical” y muchas otras calamidades o injusticias o immoralidades extremas, amparadas formalmente por el derecho. En definitiva y a tenor de estas teorías, los derechos humanos y la ética profesional será la que consagre la norma jurídica competente, sin que se pueda cuestionar la misma en nombre de alguna otra autoridad o criterio racional.

5. Teologistas: aquí el bien no lo definen los sujetos individuales, no lo define la sociedad, no depende de las consecuencias, ni tampoco de normas jurídicas, sino que se le atribuye a Dios la autoridad para pronunciarse al respecto, quien lo puede hacer sin recurrir a ninguna razón sino simplemente apoyándose en su voluntad definitoria. Dios habla a los que tienen fe en él y confían en sus definiciones aceptándolas dogmáticamente. Por supuesto que ésta no es la posición de Tomás de Aquino, quien no solo glosó las obras de Aristóteles, sino que llegó a consagrar la tesis de que la fe confirma la razón y la sobre eleva, de modo que Dios no puede exigirle al ser humano que acepte juicios irracionales, pues ello supondría imponerle una violencia a su conciencia moral. El voluntarismo teológico se canalizó dentro de la Iglesia católica por autores como Guillermo de Ockan o Duns Scoto, pero no fue la posición que ella adoptó oficialmente. Sin embargo, fue en las filas del protestantismo donde prendió aquel voluntarismo teológico, por ejemplo, en el mismo Lutero, quien no solo rechazó la razón y la filosofía por ser siervas de Satanás, sino porque suscribió que lo malo era malo porque simplemente así lo había dispuesto Dios. Si se escoge esta teoría, los derechos humanos o los códigos de ética profesional quedarán librados en su contenido y exigencias a lo que dictamine soberanamente Dios, sin que corresponda ningún cuestionamiento de naturaleza racional.
6. Objetivismo: las teorías inscriptas en esta visión confían en que la razón es idónea como para precisar y conocer algunas exigencias morales que son objetivamente buenas o malas, de tal manera que si un sujeto, una sociedad o una autoridad cualquiera, tienen una opinión contraria están equivocados moralmente. Dicho de otra manera, esas teorías afirman la existencia de una razón práctica en el terreno del bien y del mal. En la década de 1970 se habla de una “rehabilitación de la razón práctica”, en buena medida inspirada en Aristóteles y Kant, que tiene nombres como Finnis, Alexy, Rönhaimer, Nino, Atienza, Viola, etc. Por supuesto que al margen de coincidir en una filosofía moral objetivista y cognitivista, los alcances y fundamentos son diferentes. De todas maneras, por esas vías diferenciadas se logra respaldar, que por ejemplo los derechos humanos o la ética profesional establecen ciertas exigencias positivas y negativas que están racionalmente justificadas o fundadas, de manera que si alguien las contradice puede haber un reproche racional en términos morales. No tenemos margen para brindar mayores explicaciones sobre el objetivismo y cognitivismo moral a pesar de lo interesante que pudiera resultar hablar de los “bienes humanos básicos” de Finnis conocidos desde la experiencia más básica de cualquier ser humano y sin necesidad del recurso a la metafísica o la antropología. O también aludir al “diálogo racional” de Alexy

regulado con hasta 28 reglas que puede funcionar como matriz de respuestas morales correctas y presupuesto de los mismos derechos humanos.

De todas maneras, importa afirmar que sólo admitiendo una razón práctica moral es posible fundar o justificar a los derechos humanos como los conocemos y exhiben su enorme valor: simplemente como reconocidos y no creados por los Tratados respectivos, en universal e inalienables, y también estar en condiciones de señalar conductas irremediabilmente buenas o malas en las que pueden incurrir los profesionales. Yendo con el objetivismo a otro terreno más político, advirtamos que, si la democracia valiera porque así lo dicen los sujetos o alguna autoridad, dejaría de valer cuando esas mismas instancias piden dictadura. En el EDL se enseñó que moral y derecho eran regulaciones totalmente distintas sin contacto entre ellas. Siguiendo a Kant se argumentó los difundidos tres criterios diferenciadores: autonomía-heteronomía, unilateralidad-bilateralidad y coercibilidad-incoercibilidad. De ese modo no había moral social, o los únicos deberes que se tenía para el otro eran los dispuestos por la ley, y la moral se identificaba con la libertad de hacer lo que único quiere con su vida. En buena medida esa visión es la que se refleja en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 cuando se declara que el límite de la libertad es la ley. Funcional a esa visión cabe recordar la tesis que el derecho coincidía con la ley y era “creado” por la voluntad infalible del legislador.

Por eso, no parece incoherente que en las Facultades de Derecho no se estudiara la moral o implícitamente se la asumiera como algo subjetivo e individual. En ese distanciamiento con la moral cae también la justicia en tanto su objeto son las deudas que uno tiene para con el otro, pues sobre esa materia tenía competencia el legislador y nadie más. En el EDC la moral racional “emigra” –usando la expresión de Habermas– al interior del derecho bajo los rótulos de “derechos humanos”, “principios”, “valores”, “bienes”, etc. Esa moral remite a la aludida razón práctica que define objetivamente comportamientos injustificados, ello al margen que hay muchas morales personales o sociales que son compatibles con ese núcleo de exigencias morales indisponibles. La moral –yendo con libertad a una definición ciceroniana– es “el modo de conducir la vida”, y por supuesto que hay libertad como para que cada uno pueda asumir esa responsabilidad, pero ello no significa que cualquier moral aporta al bien humano o a su “florecimiento”, pues hay morales personales y sociales mejores o peores, y para ese juicio la razón nos provee de una regla o mensura o medida. Constatamos en el EDC diferentes conexiones entre el derecho y esa moral racional u objetiva. Al menos destaquemos cinco:

1. Como límite a la validez jurídica: la fórmula de Radbruch que la injusticia extrema no es derecho, puede asimilarse a que la inmoralidad o irracionalidad grave y evidente no puede ser impuesta por un derecho que pretende ser jurídicamente válido. En el caso del derecho nazi, éste tenía la apariencia de tal, pero como resultado del análisis racional sólo correspondía invalidarlo haciendo responsable de esa anti-juridicidad a los que la hicieron y a los que la aplicaron;
2. Exigiendo la mejor y más ajustada respuesta para el caso: los casos jurídicos habitualmente pueden ser resueltos con diversas respuestas jurídicas, pues la moral exige que la opción sea en favor de la mejor, pues sería irracional o inmoral que una conducta delictiva grave sea juzgada como leve, o viceversa;
3. Respaldando la objeción de conciencia: la conciencia moral racional del destinatario del derecho puede servir de justificativo como para reclamar su incumplimiento, por ejemplo, un testigo de Jehová frente a la prescripción médica de la transfusión de sangre, pero ello exige el análisis de la racionalidad de la moral invocada por el objetor, en tanto no se aceptará

la objeción cuando pretenda apoyarse en una supuesta moral total e inequívocamente irracional o disparatada;

4. Auxiliando a la eficacia del derecho: el derecho restaurativo que busca recomponer la relación entre la víctima del delito y el victimario es manifestación de medios morales a los que recurre hoy el derecho; como también ello se manifiesta cuando en una condena judicial se impone: levantar un monumento en memoria de la víctima, una parada militar en desagravio de ella, o se exige cursos de derechos humanos a las fuerzas de seguridad; y
5. En los códigos de ética profesional: ellos son discursos racionales que procuran persuadir a sus destinatarios en torno a exigencias de conductas positivas y negativas orientadas a un compromiso –en el ser y en el parecer– con la excelencia en la prestación del servicio; pues los deberes jurídicos no requieren un cumplimiento voluntario y ellos exigen un mínimo, mientras que la moral apela al convencimiento y requiere de un compromiso superior.

En definitiva: en el EDC la moral ha quedado incorporada al derecho, lo que obliga al jurista a interesarse por ella y asumir alguna teoría en ese terreno si pretende comprender y operar el derecho adecuadamente y pronunciarse sobre su validez. No es posible insistir en ese marginamiento de la moral frente a la evidencia de contenidos de esa naturaleza en el derecho, aunque bajo ropaje y formas típicamente jurídicas.

DIÁLOGO RACIONAL Y SOLVENCIA TECNOLÓGICA

Ya hemos criticado el mantenimiento en nuestras Facultades de Derecho de la currícula configurada en el EDL, ahora corresponde ocuparnos de la pedagogía o el método de enseñanza y formación de los juristas. Las notas distintivas de este último son suficientemente conocidas: 1) se enseña dogmáticamente en tanto no se promueve la crítica a la ley ni las propuestas de *lege ferenda*; 2) memorista, los exámenes se reducen a comprobar si se recuerdan textos, autores o números; 3) juridicista, no hay interés por conectar los temas jurídicos con otras dimensiones de la realidad social; 4) el estudiante no requiere generar o consolidar hábitos y capacidades en oratoria o comunicación con otros; y 5) no habría inconvenientes que el estudiante sea un analfabeto en tecnología e informática. Nos parece que la sola mención de esas características pone de relieve que en tiempos del EDC estamos necesitando cambios profundos en la pedagogía de la enseñanza del derecho.

Pareciera que basta con la sintética y obvia referencia que las reformas deben orientarse en un sentido exactamente contrario a las notas señaladas. En efecto, empecemos por la necesidad de alentar la mirada crítica y valorativa del estudiante. El derecho es una práctica racional que procura brindar respuestas justas a los casos que se van generando en un tiempo y lugar determinado, en el marco del derecho aplicable. Hay en el derecho un proceso inescindible de adaptación y cambio que computa las peculiares circunstancias, posibilidades de respuestas y consecuencias de estas.

Recordemos que los principios jurídicos son mandatos de optimización o derecho concentrado o respuestas jurídicas en potencia, que el jurista debe derivar prudencialmente por medio del proceso de ponderación, y ello pone de relieve la importancia de asumir el ejercicio de la “*inventio*” ciceroniana, o sea la práctica de descubrir el derecho para el caso. Siendo la prudencia una virtud, ella se adquiere mediante la repetición de su ejercicio, más aún, en clave aristotélica podemos decir que llegamos a conocer la prudencia mediante su práctica, memoria, apreciar las consecuencias y diálogo.

Resulta oportuno traer a colación la rica y apreciada experiencia de la enseñanza del derecho a través del método del caso con el que enseñamos en la Universidad Austral de Buenos Aires. Según esa matriz la clase se divide en tres tercios de hora y media aproximadamente cada uno de ellos:

1. El primero es cuando el profesor repasa y sintetiza el material de lectura proporcionado con anterioridad (dos semanas antes), y esta primera parte es la menos importante dado que se le brindó al alumno la posibilidad de conocer anticipadamente el discurso del profesor, por lo que su provecho puede estar en aclarar dudas o señalar cuestionamientos al respecto;
2. El segundo tercio es el más importante dado que coincide con el trabajo del grupo. Pues los alumnos se agrupan desde el comienzo de las clases en grupos de seis a ocho alumnos, y ellos se mantendrán a lo largo de las clases que se dictarán en el curso. Aquel trabajo consiste en proyectar los temas vistos en el primer tercio en jurisprudencia que se le ha provisto al grupo, junto al material doctrinario respectivo o procurar resolver un caso que le ha sido proporcionado por el profesor. Un ejemplo: supongamos que el tema de esa clase es el de los “principios jurídicos”, de ese modo en el primer tercio el profesor expuso el aparato conceptual pertinente, y luego la consigna para el trabajo del grupo es identificar principios y los tipos estudiados, en las sentencias judiciales que le han asignado al grupo. Es obvio que dicho trabajo, generará diálogos y debates, como también conclusiones no compartidas por todos.
3. En el tercer y último tercio, los grupos a través de un vocero (que tiene que ir rotando clase a clase) hace conocer al resto de los alumnos las conclusiones a las que se arribaron. Como se anticipó, ellas pueden ser más de una, e incluso contradictorias. A veces la consigna consiste en pedirle al grupo la opinión de si comparte la decisión consagrada en la sentencia bajo estudio o si propone otra diferente. Un beneficio anexo a dicha metodología es que los alumnos van conociendo jurisprudencia relevante que es indispensable en una formación jurídica completa y actualizada. Mi experiencia confirma que es en el trabajo en grupo donde efectivamente se aprehende el tema. Más allá que la clase puede ser muy buena, lo más frecuente es que ella genere una receptividad meramente teórica y pasiva, que fácilmente se olvida. Sin embargo, con el debate grupal los temas se visualizan en concreto y se requiere tener suficientemente claro el aparato conceptual en juego, por lo que antes de empezar el trabajo los alumnos repasan los temas a considerar. El grupo también contribuye a disciplinar personalidades poco dispuestas a tolerar que se las contradiga, y permite apreciar que a las buenas razones hay que brindarlas de manera persuasiva. Reitero: mi experiencia ratifica que el momento en que efectivamente el alumno aprehende el tema es en el segundo tercio cuando deja de verlo sólo conceptual o teóricamente y lo proyecta a la realidad concreta y operativa del derecho. Es que mientras el alumno se limita solamente a escuchar una clase, es muy probable que ese conocimiento no sea aprehendido totalmente y que fácil y prontamente se olvide.

Los exámenes de mi Maestría aludida son igualmente prácticos. Por ejemplo, una vez concluido el módulo dedicado a la “interpretación y argumentación jurídica”, el alumno debe redactar una sentencia referida al caso que el profesor ha dado a esos fines, y en ella debe procurar incluir la mayor cantidad de temas de los dados en las clases, brindando las explicaciones respectivas. Esas referencias temáticas se pueden hacer en positivo o en negativo, así por ejemplo en relación con

“falacias” puede el alumno incluir en su sentencia algún ejemplo de ellas, precisándolo como un error en las notas aclaratorias. Además, se alienta a que el alumno no se limite a reiterar criterios jurisprudenciales ya asumidos en los tribunales, sino que se esfuerce por resolver el caso de una manera original y compatible con el derecho vigente y válido. Insistir en que el valor relevante de la memoria resulta absolutamente inútil con las posibilidades que ofrece hoy la informática, donde en un *pen drive* uno puede tener muchísima información accesible fácil y rápidamente. Por otra parte, frente a la memoria jurídica reiteremos la advertencia de Von Kirchmann (1848) de que tres palabras innovadoras del legislador pueden convertir en basura a bibliotecas enteras.

Hemos criticado las visiones insularistas jurídicas, pues es evidente que el derecho no es una isla sino una dimensión de la realidad social, que guarda relaciones inescindibles con las otras dimensiones sociales. Más aún, esa tesis se remonta al pensamiento iusnaturalista tradicional de Aristóteles o Tomás de Aquino, y hoy la vemos defendida por autores de distintas escuelas como Alexy o Finnis; pero también la comprobamos en posiciones donde el riesgo no es el juridicismo sino el contrario, o sea, que el derecho termine absorbido por la economía, la política, la sicología, etc. No compartimos éste otro extremismo que postulan muchos autores críticos o posmodernos, más bien nos inclinamos por una postura intermedia que rechaza cualquier “ismo”. De todas maneras, desde nuestra experiencia judicial defendemos la necesidad de jueces a los que no solo les interese el derecho, sino que estén al tanto de la cultura en la que viven y deciden. Para decirlo de una manera brutal y exagerada, no es admisible que un juez no lea los diarios, incluido el segmento deportivo.

Resulta difícil de justificar en la formación de los juristas, la típica clase en donde los alumnos asisten pasivamente a escuchar lo que habla el profesor y procuran tomar nota de ello, dado que el examen consistirá en probar que han memorizado -sin valoración alguna- esas enseñanzas. El protagonismo de la clase deben tenerlo los alumnos y no en el profesor. El trabajo de éste debe consistir en alentar la participación racional de aquellos, de modo que los mismos vaya reconociéndose en la coherente personalidad jurídica que van adquiriendo. El profesor no está para buscar adherentes a sus tesis, sino para procurar que los alumnos adopten las que estimen más conveniente dentro del derecho vigente y válido. La matriz del trabajo del jurista es dialógica, por ende, su formación debe incluir la capacitación respectiva. Parece mentira que en la mayoría de nuestras Facultades del Derecho latinoamericanas sea posible graduarse de abogado o licenciado en derecho y estar en condiciones de comenzar a ejercer esa profesión, sin haber cultivado antes de ese momento, el diálogo con otros y la práctica de redacción de escritos o de exposiciones orales.

Es frecuente constatar entre abogados las dificultades que enfrentan a la hora de tener que intervenir o improvisar argumentos en debates escritos u orales, y del freno que les produce tener que exponer ante auditorios extraños y numerosos. Si hay una profesión en donde el uso de la palabra y el diálogo es clara y permanentemente exigido, es la del jurista. Necesitamos no solo inteligencia para descubrir buenos argumentos, sino acudir a la retórica para que sean dichos de manera persuasiva. Sin embargo, habitualmente no se estudia ni se practica nada vinculado a esa viejo e imprescindible arte y ciencia que –según Villey- posibilitó la creación del derecho en Roma. Todos sabemos que no basta tener un buen argumento para que el mismo triunfe, pues es importantísimo decirlo de tal manera que sea aceptado por el auditorio. En broma hemos dicho que no habría inconvenientes en nuestras Facultades de Derecho que alguien que es autista sea el que obtenga la medalla de oro al graduarse. Sabemos que el derecho se aprehende practicándolo, y esa práctica incluye necesariamente diálogo y retórica. No olvidemos que

autores como Habermas o Alexy han hecho del “diálogo racional” una pieza central de sus filosofías, y en esas teorías encontramos una serie de reglas definidas por la razón en aras de alcanzar diálogos estrictamente racionales, que posibiliten respuestas correctas incluso en temas morales o axiológicos.

Esas exigencias formales exceden con creces la filosofía kantiana que en algún sentido las inspiró, por ello no vemos inconvenientes de enriquecer los planteos propios de la filosofía clásica o tradicional con algunos de esos aportes referidos al modo en que se dialoga racional. Advirtamos que en la cuestión que dedica Aquino en su “Suma Teológica” a estudiar la prudencia, también constatamos exigencias de índole formal, como la circunspección, el tiempo dedicado a obtener la decisión, prever consecuencias, etc. Recordemos que, a partir de autores como Habermas o Alexy, se han ocupado detalladamente de definir el “diálogo racional” como matriz para lograr respuestas veraces o correctas a preguntas, incluso morales. En la medida que se respeten las reglas de ese modelo contrafáctico es posible –según dicha propuesta pragmática y discursiva- el consenso racional. Más allá de los desarrollos y precisiones filosóficas que suponen aquellos autores alemanes, podemos extraer algunas reglas muy concretas y prácticas constitutivas de un diálogo racional, como, por ejemplo:

1. El objetivo que orienta el diálogo es lograr un “entendimiento” acerca de la respuesta verdadera o correcta sobre el caso bajo consideración, no hay estrictamente un diálogo racional si nos mueve exclusivamente el triunfo de mi interés individual o lograr derrotar al otro (por supuesto que hay otros tipos de diálogos donde caben negociaciones, falacias, etc., y esos recursos conspiran contra la racionalidad estricta);
2. No hay posibilidad de diálogo racional con aquellos que no afirman lo que estiman correcto o verdadero (este requisito guarda relación con el requisito anterior en tanto si se busca la verdad requiere de afirmaciones y argumentos verdaderos o que se estiman sinceramente como verdaderos);
3. Nadie puede hacer afirmaciones sin aducir razones o argumentos que la respalden (negar este requisito supone afirmaciones dogmáticas, pero frente a ellas y dado que no hay argumentos no es posible rebatirlas racionalmente);
4. Frente a un contraargumento corresponde afrontarlo con argumentos que lo superen (en el diálogo quien guarda silencio, supone implícitamente conceder la afirmación de la contraparte);
5. Un presupuesto del diálogo racional es claridad conceptual-lingüística, lo que exige precisar significados de los términos a los que recurrimos (solo puede haber diálogo si se recurre a la misma matriz gramatical, incluyendo las reglas sintácticas y las definiciones de los términos empleados);
6. La lógica debe ser respetada a los fines que pueda reconocerse un razonamiento, de ahí la exigencia de coherencia y no contradicción (sabemos que la contradicción de la lógica implica renunciar a la inteligibilidad);
7. Lo que se postula en el diálogo, se proyecta universalmente respecto de los casos que resultan suficientemente iguales en los aspectos relevantes (la racionalidad exige tratar igual a lo igual);
8. Queda excluida cualquier modalidad de coerción, y protegida la libertad para introducir las opiniones y aserciones que se estimen oportunas (aquella exclusión implica el respeto integral del contradictor y la posibilidad de afirmar y argumentar con el único límite de la razón);

9. El diálogo racional supone igualdad entre los que dialogan, pues sería incompatible con el mismo que el tiempo asignado a cada uno de ellos para sus respectivas aserciones sea diferente (se trata de una simple proyección de la igualdad intrínseca entre los seres humanos);
10. Los que dialogan deben hacer un esfuerzo para controlar sus prejuicios y someter a crítica racional sus convicciones previas o arraigadas (el prejuicio, pre-comprensión o expectativa de sentido, aunque exista, no impide la racionalidad y de ahí la necesidad de estar alerta y esforzarse por neutralizarlos);
11. Corresponde advertir el respaldo epistemológico y de certeza que acompañan a las aserciones formuladas (las afirmaciones pueden contar con un mayor o menor respaldo científico o demostrativo);
12. El diálogo conlleva cierta inercia que obliga a no reiterar aserciones descartadas o consentidas (ello implica que el diálogo es un camino con la finalidad de la verdad, y, por ende, no puede volver sobre aquellos puntos que se han dado por superado); y
13. En la pretensión postulada deben incluirse una valoración de las consecuencias inmediatas y mediatas de lo postulado (si bien el diálogo tiene por objeto una cuestión definida, en respeto de la racionalidad no pueden perderse de vista las consecuencias cercanas o lejanas que se derivarían de lo que se propone).

No necesitamos mucho discurso para que se acepte que hoy todo está impregnado por la tecnología y la informática. No escapa a esa regla el derecho, que cada vez más funciona y se canaliza a través de sistemas informáticos. Nos consta que hay jueces que ni siquiera cuentan con un correo electrónico que ellos estén en condiciones de administrar, y es obvio que en tales condiciones están fuertemente debilitados como para cumplir de la mejor manera sus funciones valiéndose de los medios que hoy les ofrece la institución a la que pertenecen. El derecho informático se ha ido configurando en una amplia, novedosa, creciente y compleja disciplina, en donde no sólo se brindan medios para la mejor y oportuna prestación del servicio, sino que ha generado nuevos problemas jurídicos en campos muy variados, como el penal, el civil, el procesal, etc. La literatura sobre “inteligencia artificial” y “transhumanismo” por momentos luce casi fantasmagórica, pero ese mundo ya está incorporado al derecho y, por ende, está en la agenda actualizada del jurista.

La enseñanza del derecho debe acudir, asumir y potenciar las nuevas tecnologías, familiarizando al estudiante con ellas. En esa apertura, aparece también la necesidad de una comprensión de un mundo cada vez más globalizado. Podemos decir de una manera exagerada, aunque elocuente, que el jurista que se limite a saber solo su derecho nacional cada vez sabrá menos derecho. Ese proceso de globalización supone conocer otras sociedades y sus respectivos derechos, como también otras lenguas, especialmente aquellas que habla el derecho más influyente en el plano internacional. Esa necesidad no implica entusiasmarse con su ejercicio, sino simplemente asumirlo como algo que impone la realidad, al margen que a uno le guste o pretenda cambiarla. En definitiva, la enseñanza del derecho requiere de una amplia transformación pedagógica. Diálogo racional, capacidad crítica e innovadora, retórica, tecnología e informática y globalización son algunas de esas nuevas claves de bóveda en las que se debe apoyar la formación de los nuevos juristas funcionales al EDC.

Más que memorizar, se requiere generar alumnos que cuenten con capacidad crítica e innovadora capaz de proponer soluciones racionales a problemas nuevos mediante el camino del diálogo

racional. En ese esfuerzo no pueden estar marginados los recursos digitales que se van poniendo a disposición de profesiones como la jurídica.

SISTEMA JURÍDICO

Amplíemos lo ya dicho sobre la importancia de lograr sistematizar el derecho a tenor del modelo epistemológico que alentó el iuspositivismo legalista y el normativista. Según esa matriz, el ingreso a la lista de verdaderas ciencias requería mostrar rigurosamente sistematizada a la materia de la misma. Fue Kelsen uno de los que hizo el mayor y más exitoso esfuerzo en obtener que el derecho alcanzaba a constituir un riguroso, acabado o “fuerte” sistema. Recordemos algunos rasgos de este. El sistema jurídico kelseniano solo contenía normas, o sea juicios hipotéticos en donde se imputaba a ciertos supuestos fácticos determinadas consecuencias jurídicas coercitivas. No interesaba qué contenido tenían esas normas, dado que su juridicidad quedaba garantizada simplemente con su coerción, o sea el ejercicio de la fuerza institucionalizada por el Estado. Kelsen rechazó en todas sus obras la alternativa que la pirámide jurídica contara con principios o derechos humanos. Ese rechazo era coherente con su pretensión de “pureza”, atento a que su incorporación implicaría la presencia en el derecho de valores y moral, pero también el riesgo de admitir principios se conectaba con un exceso de judicialización y una seria dificultad para lograr que cada norma tuviera un lugar preciso en su pirámide.

En segundo lugar, la pirámide tenía “unidad” o membresía en tanto había un punto del cual derivaban todas las normas que así se constituían en miembros de la misma familia. Precisamente la primera Constitución era aquello que permitía identificar a las normas que formaban parte de ese particular sistema jurídico. De ese modo, la pregunta por si una norma integraba o no ese sistema jurídico, se responde con relativa facilidad, pues simplemente hay que configurar una cadena de validez ascendente hasta llegar a la Constitución donde comienza el sistema y que individualiza al respectivo sistema.

Una tercera característica de la pirámide es la jerarquía de las normas jurídicas, pues las hay superiores e inferiores. El criterio de esa jerarquización coincide con el de la generalidad, y la respectiva derivación; así en la base están las normas individuales (sentencias y actos administrativos) y en la cúspide la Constitución que es la norma más general del sistema.

Una cuarta nota es la completitud del sistema que implica que en él los juristas pueden encontrar las respuestas a la totalidad de los problemas que deberán enfrentar. En efecto, ese objetivo se logra a instancia de la norma de clausura del sistema que contempla que lo que no está prohibido está permitido. Así resultan imposibles las lagunas dado que todos los casos están contemplados explícita o implícitamente por el sistema.

Una quinta característica es la coherencia, o sea el sistema no tolera las contradicciones, y para ello existen tres criterios que proveen la solución a la eventual presencia de ellas, a saber: el criterio de jerarquía (según el cual prevalece la superior), el criterio de temporalidad (prevalece la última en el tiempo si están con la misma jerarquía) y el criterio de especialidad. Lo cierto es que la teoría pura kelseniana terminó muy alejada de esa confianza en la coherencia dentro del sistema.

La solución que propuso a los problemas de contradicción normativa que se detectaban en la realidad del derecho vigente, fue la polémica “clausula alternativa tácita”, según la cual cada

norma al mismo tiempo que indicaba quien, como y dentro de que márgenes debía crear la norma inferior, contemplaba “tácitamente” que ella se creara traspasando los márgenes que fijaba. Es indudable que esa solución era coherente con la tesis kelseniana que la existencia de una norma era el fruto de otra norma superior que la hacía existir, pero el costo resultaba oneroso en tanto terminaba afectando de manera radical a todo el sistema jurídico hasta tornarlo inviable.

La estructura sistémica jurídica descrita precedentemente mostraba un derecho con un orden que facilitaba enormemente la operatividad del mismo. El operador finalmente solo tiene normas con respuestas más o menos precisas, y cada una de ellas tenía un lugar dentro de la pirámide. Sin embargo, la realidad del derecho en el EDC está muy lejos de esa ficción. Por empezar en el derecho nadie duda que tiene principios y derechos humanos con una capacidad de generar nuevas respuestas jurídicas. También se comprueba que en el derecho se introducen directamente normas y principios sin consultar con los órganos competentes para esa admisión, y un ejemplo de ello puede ser la Corte Interamericana de Derechos Humanos exigiendo que Chile cambie la Constitución o invalidando la reserva que hizo México en materia de tribunales militares al someterse a su jurisdicción.

Otros ejemplos variados pueden provenir del *soft law* o el derecho global que se incorpora y opera en el derecho nacional, como finalmente lo constata la misma jurisprudencia nacional. En torno a la jerarquía no es posible reclamarla en materia de derechos humanos y principios, dado que por medio de la ponderación ella se va definiendo en cada caso, pero de una manera dinámica y cambiante a tenor de las características de los casos. Incluso a veces es posible que prevalezca una norma de jerarquía inferior, pero más valiosa que la superior aplicable, como se constata en materia laboral en base al principio *in dubio pro operario*. La kelseniana pretensión de plenitud del sistema es insostenible frente a la realidad del ejercicio profesional y a la cambiante y hasta contradictoria jurisprudencia de los tribunales. La coherencia también es otra ficción inconstatable en cualquier derecho, más aún, los principios tienen como característica el presentarse en conflicto o tensión cuando el jurista recurre a ellos para resolver un caso. En síntesis, la pirámide es un sueño quizás muy bello y facilitador de la operatividad del derecho, pero muy distante de la realidad.

Habiendo concluido con la irrealidad e imposibilidad de un sistema jurídico “fuerte” como el propuesto por Kelsen, queda subsistente la pregunta de cómo se presenta el material jurídico al jurista y si es posible someterlo a algún proceso ordenador. Al respecto, una primera respuesta puede ser que no hay ningún sistema y lo único que se necesita es conocer el caso y contar con algunos importantes y tradicionales principios jurídicos que están presente en el origen mismo del derecho y que trascienden los espacios nacionales. Se insiste que así nació el derecho en Roma y en alguna medida se fue consolidando y precisando durante la Edad Media, y lo confirmamos en el *common law* donde el derecho básicamente y según el *stare decisis*, se hace en los tribunales desde abajo (los casos) hacia arriba (el precedente). Más aún, postular sistemas jurídicos adonde los juristas deben ir a buscar las respuestas jurídicas, es dañino para el derecho en tanto se le hace perder el sentido último que lo justifica, que no es otro que el brindar respuestas justas a los casos de modo que cada uno se quede con lo que es suyo; y también es dañino para el jurista que termina poniéndose al servicio del sistema, al que buscará preservarlo y consolidarlo, y así perderá de vista que su profesión no es garantizar la perfección del sistema, sino la mejor solución para el caso. A la hora de criticar las visiones sistémicas del derecho, un autor ineludible es Viehweg con su obra de la década de 1950 “Tópica y Jurisprudencia”.

Una segunda mirada es la vinculada con las perspectivas críticas que asocian o subordinan el derecho al poder. Según ellas, postular un sistema jurídico al modo kelseniano resulta muy funcional a ocultar la realidad que es de permanente y graves conflictos entre dominadores y dominados, y de ese modo se pretende enseñar y mostrar un derecho ordenado y respaldado por la ciencia. No someterse o dudar del sistema implica auspiciar el caos o la barbarie. A la hora de identificar a los beneficiarios del sistema, quedan al desnudo los intereses a los que sirve la teoría sistémica. En definitiva, la pretensión sistémica termina siendo una decisión política dirigida a consolidar al poder y a ocultar el conflicto. Vinculada a esta segunda respuesta, podemos aludir a los que denuncian que en la realidad de los EDC se comprueba la existencia de conflictos de sistemas jurídicos que pretenden tener vigencia en los mismos ámbitos de validez personal, espacial y temporal. Según los críticos no hay un sistema sino sistemas en conflictos, que procuran vencerse recíprocamente, como lo vemos –dicen los críticos– entre el derecho oficial de un Estado y los derechos indígenas dentro del mismo, esforzándose estos últimos por derrotarlo, mientras se elaboran académicamente tesis que intentan disimular o esconder esas guerras.

Una tercera alternativa es quizás la más equilibrada. Se trata de aquella que defiende la idea de construir un sistema, aunque resulte débil, poroso, abierto, dinámico o casuístico. Indiquemos algunas de sus tesis. En el inicio señalemos que no se ve como negativo la búsqueda del sistema u ordenamiento jurídico, pues el mismo genera beneficios inequívocos al ordenar el material jurídico, cubriendo así exigencias vinculadas a conocer cuál es el derecho que integra ese sistema, al presentarlo hasta donde se pueda con sus respectivas jerarquías, con la mayor coherencia y lo más completo posible. Pero la advertencia central es que no se admite que en aras del sistema se sacrifique material jurídico, pues el objetivo es lograr todo el sistema jurídico posible, pero computando todo el derecho como lo exhibe la realidad. De ese modo no se niega la existencia de principios y derechos humanos, ni su disposición al conflicto y su contenido moral.

Una segunda indicación es reconocer la importancia que tienen las definiciones de esos principios, dado que ellas resultan finalmente transversales porque se proyectan a lo largo y a lo ancho del sistema. En efecto, si yo defino en el plano constitucional al principio de libertad como la facultad de hacer lo que quiera siempre y cuando no provoque daños a terceros, por supuesto que el mismo termina impactando e invalidando diversas normas ubicadas en otros planos más inferiores y concretos, como por ejemplo y siempre que lo apliquemos sin miramiento alguno: autorizando un contrato de esclavitud o a suicidarme, a casarme con mi perra o mi madre, etc. Una tercera regla es que en el esfuerzo sistémico debo considerar a todo el derecho, y en particular aquel último derecho que es dicho por los jueces. La jurisprudencia muestra el dinamismo del derecho y su orden, como por ejemplo la jerarquía que le reconocemos a los tratados de derechos humanos, que inicialmente se ubicó al nivel de la ley, luego por sobre ella, pero debajo de la Constitución, y finalmente al nivel de ésta última. A la luz del derecho judicial se reconocen confirmaciones y correcciones del orden del derecho. Vamos a una cuarta prevención.

El material jurídico vigente y válido en esa sociedad, frecuentemente va alterándose por incorporaciones, sustituciones y nuevos ajustes, y ello se ejemplifica con el derecho que viene desde afuera del Estado, de acuerdo con tratados suscriptos por el mismo o instituciones internacionales que integra. Podríamos seguir reseñando algunas de las características que presentan aquellos que quieren un sistema en el derecho, aunque el mismo resulte “débil”, pero nos parece que con las ya referidas tenemos una idea de lo que se busca en dicha alternativa. En

definitiva, insistir en la pirámide construida por la teoría pura del derecho en tiempos del EDC supone un desconocimiento supino de la realidad actual. Más allá de nostalgias y añoranzas por la belleza teórica de aquella propuesta, siempre es aconsejable partir de la realidad, aunque ella resulte perturbadora. Todo jurista necesita tener una respuesta frente a la pregunta de si hay sistema jurídico, pues esa visión impactará ineludiblemente en el modo en que explicará y operará la disciplina de la cual es responsable.

DERECHO COMPARADO, CULTURA E IDIOMA

Es una evidencia que el mundo se globaliza y las viejas identidades nacionales se solapan y hasta se licúan. Por supuesto que ello también se manifiesta en el derecho donde los problemas se reproducen con bastante similitud en los distintos tribunales nacionales. Problemas como el narcotráfico, la violencia de género, la trata de personas, el contrabando, la inmigración, el comercio internacional, la guerra de monedas, el 5G, el respeto a las convicciones religiosas o el coronavirus, son problemas de la humanidad y no de los Estados tradicionales. Pensar en un derecho eficaz supone apertura mental y comprensión de las realidades sociales, culturales y políticas que componen el mundo actual. Los tribunales supranacionales establecen derechos y deberes no en base de las legislaciones nacionales, sino desde una mirada apoyada en el *ius cogens* o *ius gentium* que compromete a la humanidad en su razón moral universal. La vieja y tajante opción entre monismo y dualismo hoy parece superarse frente a una realidad mucho más compleja que refleja una superposición de esa alternativa a tenor de problemas concretos y diversos.

El marco sucintamente señalado sirve para concluir la necesidad para el jurista de no circunscribirse a su derecho nacional como si fuera el único derecho posible y que existe. Recordemos que Haberle ha postulado al derecho comparado como un método más a la hora de la interpretación jurídica, sin embargo, nos parece que esa propuesta se queda muy corta, y de lo que se trata es que tanto en la creación como en la aplicación del derecho corresponde bucear en el derecho y en la experiencia comparada para dilucidar la mejor respuesta jurídica que cabe brindar al problema que enfrentamos. Para decirlo de una manera concluyente y categórica, aunque quizás algo exagerada: el jurista que se limite a conocer solo su derecho nacional cada vez sabrá menos derecho y asumirá más riesgo de equivocarse. Un modo de experimentar ese requerimiento es cuando por ejemplo vemos el problema de los testigos de Jehová resistiendo transfusiones de sangre, y la jurisprudencia respectiva de diferentes tribunales nacionales argumentando de manera bastante similar.

Es que los derechos humanos no tienen enclave nacional, por ende, su argumentación remite simplemente a realidades humanas sin que importe el pasaporte de estos. Es verdaderamente alarmante como nuestras Facultades de Derecho dan la espalda a otras realidades nacionales cercanas, a pesar de que en la realidad social hay un enorme entrecruzamiento entre ellas. Un abogado argentino seguramente ninguna información jurídica tiene del derecho y las instituciones que existen en Uruguay o Paraguay, no obstante que los ciudadanos de esos países les resulten indiferentes las fronteras respectivas a la hora de invertir o comerciar. Algo seguramente similar ocurre en México respecto de Estados Unidos o los países de América Central, no obstante que ciertos problemas jurídicos requieren de abogados que conozcan los distintos derechos nacionales implicados. Por supuesto que resultará imposible manejar con igual solvencia derechos de distintos países, pero lo que sí es posible es informar mínimamente al

jurista de ese derecho y sus instituciones que están cruzando sus fronteras, como para que si lo convoca algún asunto estén en condiciones de saber cómo administrarlo y continuarlo.

Esos autismos nacionales responden a una visión del derecho claramente incorporada al paradigma del EDL, pero mucha agua ha corrido debajo del puente como para que no se reaccionen y cambien los planes de estudios incorporando derecho comparado. Algo ya dijimos sobre lo negativo que resulta formar juristas con convicciones “juridicistas”, o sea, convencidos que para conocer y operar el derecho no es necesario tener presente las otras dimensiones características de la vida social. La experiencia confirma que las mismas normas jurídicas funcionan muy diferentes a tenor de su vigencia en sociedades significativamente distintas. A grandes rasgos es fácil reconocer que el derecho europeo continental se nutre y se integra a una cultura que termina marcando distancia con la cultura que alimenta al derecho del *common law*. En Europa mucho se confía en que la solución de los problemas vendrá de la mano del derecho y sus instituciones, dejándose de lado la moral o la ética, o más bien, pretendiendo que ellas queden confinadas al ámbito estrictamente privado.

En cambio, en el mundo anglosajón la moral nunca quedó alejada del derecho, de ahí que por ejemplo mentir resulte una falta jurídica significativa, a punto que puede constituir una obstrucción a la justicia. Ello explica que, si bien el presidente Clinton logró superar el *impeachment*, su mentira en ese proceso político le trajo aparejado que perdiera la matrícula de abogado en el Estado de Alabama. Otro ejemplo puede ser en materia de designación de los jueces, pues en Estados Unidos se conserva desde su origen el mecanismo de designación política de los mismos, sin que existan demasiados cuestionamientos al respecto. Pero en Europa, el problema de la legitimidad judicial se ha procurado infructuosamente resolverlo creando Consejos de la Magistratura e instituyendo sistemas de concursos y la carrera judicial. Las diferentes culturas permiten comprender las características predominantes de los respectivos derechos. Pero superar el juridicismo exige asimismo que el jurista conozca su propia cultura, dado que de ese modo podrá conocer y operar mejor el derecho.

Distintas voces desde la teoría jurídica han propiciado el encuentro entre literatura y derecho, pues aquella ilustra y expresa claves sociales y morales que resultan enriquecedoras de la mirada propia del jurista. Más allá de esas propuestas, lo que pretendemos es que no se descuide en la formación de los juristas un espacio donde esté la cultura, tanto la local como la universal. Seguramente el conocimiento de la historia, el arte, la religión, la literatura, el cine y otras dimensiones culturales aportan y enriquecen al jurista, y por ende, potenciarán sus posibilidades en encontrar las mejores respuestas jurídicas. El proceso de globalización conlleva la necesidad de encontrar una lengua que permita el encuentro entre las personas y los pueblos. No parece haber dudas que a nivel mundial el inglés ha terminado de predominar por sobre las otras lenguas. Al margen de gustos personales, incorporarse al mundo hoy exige hablar inglés. No solo las ciencias duras y exactas recurren al inglés, sino también las ciencias sociales y humanas. En las Universidades más prestigiosas cada vez más se recurre a clases que se imparten en inglés.

El mundo académico también recurre a publicar en esa lengua y en Revistas del mundo anglosajón. Las Facultades de Derecho no pueden dar la espalda a esa realidad, y se torna imperioso dotar a los futuros profesionales de esa herramienta comunicacional, porque de lo contrario lo estarán forzando a permanecer aislados en su propia y cada vez más distante “tribu”. Europa ha alentado el intercambio estudiantil y la facilidad de que el futuro profesional estudie distintas materias en Universidades de diferentes países. Nuestro continente debería también

emprender caminos análogos, superando el rígido y tradicional derecho que regula lo referido a las Universidades y los títulos profesionales.

En definitiva, se requiere “abrir” la cabeza de los estudiantes para que adviertan que existen otros derechos y otras respuestas, aunque también coincidencias. Esa comparación potenciará su capacidad crítica e innovadora. A la hora de tomar distancias de los juridicismos un camino puede ser el de favorecer el enriquecimiento cultural del estudiante de derecho, pero también esas conexiones servirán para hacerlo crecer como jurista. Contar con la lengua en la que habla el mundo profesional y académico, es capacitar adecuadamente a los futuros juristas, sin que ellos tengan forzosamente que permanecer en su cercano mundo con el que pueden comunicarse.

CONCLUSIÓN

En el presente trabajo hemos intentado cuestionar la inercia de la gran mayoría de nuestras Facultades de Derecho que siguen formando juristas funcionales al EDL, y de ese modo, condenándolos a que descubran ya en el ejercicio de la profesión la nueva realidad característica del EDC. Los doce rasgos señalados constituyen una matriz que responde al EDC, pero ellos dejan margen y libertad para que el plan de estudios que cada Facultad diseñe y responda al derecho que les corresponde enseñar. Se trata de advertir que el sustantivo derecho y el modo de comprenderlo, enseñarlo y operarlo ha cambiado, más allá de los adjetivos que le agreguemos. Ello implica procurar que los profesores asuman esos cambios radicales para que no sigan replicando el modelo anterior. De ahí el trabajo persuasivo que corresponde hacer respecto a los mismos, pues de lo contrario se corre el riesgo de hacer cambios para que nada cambie. La jurisprudencia es un campo particularmente rico y evidente de los cambios y necesidades aludidas. En esa sintonía, el refuerzo de una enseñanza fuertemente práctica intentando dar respuestas jurídicas a casos reales, es un instrumento de enorme importancia para descubrir al EDC. Por supuesto que la lista trabajada no pretende ser exhaustiva, con ella simplemente se aspira en señalar un norte en la formación de los juristas y también indicar medios que pueden permitir alcanzar ese destino. El ritmo de los cambios necesarios remite a los climas e integrantes de cada Facultad.

REFERENCIAS

- Aarnio, Aulis (2002). *Law, Morality, and Argumentation*. Kluwer Law International.
- Alexy Alexy, Robert (2007). *Teoría de los derechos fundamentales* (E. Garzón Valdés & C. Pulido, Trads.). Centro de Estudios Constitucionales. (Obra original publicada en 1985).
- Alexy, Robert (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Atienza Atienza, Manuel (1997). *El sentido del derecho*. Ariel.
- Bonnecase, Julien (1944). *La escuela de la exégesis en Derecho Civil*, Puebla, Editorial (trad. de José María Cajicá).
- Descartes, René (2004). *Discurso del método* (J. Gaos, Trad.). Alianza Editorial. (Obra original publicada en 1637)
- Dworkin Dworkin, Ronald (1977). *Taking rights seriously*. Harvard University Press.
- Finnis, John (2011). *Natural Law and Natural Rights* (2nd ed.). Oxford University Press.
- Garzón Valdés, Ernesto (1993). *El concepto de derechos fundamentales*. In E. Garzón Valdés, *Normativismo y filosofía del derecho* (pp. 233–255). Ariel.
- Kelsen Kelsen, Hans (2008). *Teoría pura del derecho* (2.^a ed., J. Ll. Blasco, Trad.). Editorial Porrúa. (Obra original publicada en 1934)
- Kirchmann, F. Von (1848). *Die juristische Methode*. Leipzig: Breitkopf & Härtel.
- Pérez Luño, Antonio Erique (2006). *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* (8.^a ed.). Tecnos.
- Radbruch, Gustav (2005). *Ley injusta y derecho supralegal*. En M. Atienza & J. Ruiz Manero (Eds.), *El concepto y la validez del derecho* (pp. 143–152). Ariel.
- Rorty, Richard (1991). *Philosophy and the mirror of nature*. Princeton University Press.
- Taruffo, Michele (1996). *El proceso y la búsqueda de la verdad*. Editorial Trotta.
- Villey, Michel (1998). *La filosofía del derecho romano* (J. A. Ruiz de Mendoza, Trad.). Marcial Pons. (Obra original publicada en 1963)
- Zagrebelsky, Luigi (2005). *La ley y los derechos: ensayos sobre teoría y filosofía del derecho*. Trotta.