

La enseñanza del Derecho en España. Un diagnóstico crítico y algunas propuestas*

The Teaching of Law in Spain. A Critical Diagnosis and some Proposals

Juan Antonio Pérez Lledó

Autor:

Juan Antonio Pérez Lledó
Universidad de Alicante, España
JA.Perez@ua.es

Recibido: 10/06/2022

Aceptado: 10/09/2022

Citar como:

Pérez Lledó, Juan Antonio (2023). La enseñanza del Derecho en España. Un diagnóstico crítico y algunas propuestas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 347-365. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.20>

Licencia:

Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).



© Juan Antonio Pérez Lledó

Resumen

Este texto es un resumen del trabajo «Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho en España» que se publicó en el *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, en un número monográfico –el n.º 6, del año 2002 (págs. 197-268)– dedicado precisamente a la enseñanza del Derecho. El resumen se ha realizado siguiendo la técnica de «selección y exclusión» de párrafos y epígrafes.

Palabras clave: enseñanza del Derecho; dogmática jurídica; instrumentalismo jurídico.

Abstract

This is an abridgment of the paper «Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho en España», published in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, in a monographic issue – number 6, 2002 (p. 197-268) – devoted precisely to the topic of the teaching of law. The abridgment has been made following the technique of «selection and exclusion» of paragraphs and epigraphs.

Keywords: teaching of law; legal dogmatics; legal instrumentalism.

* Este texto es un resumen del trabajo «Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho en España» que se publicó en el *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, en un número monográfico –el n.º 6, del año 2002 (págs. 197-268)– dedicado precisamente a la enseñanza del Derecho. El resumen se ha realizado siguiendo la técnica de «selección y exclusión» de párrafos y epígrafes.

1. UN DIAGNÓSTICO

1.1. Por lo general, los profesores de Derecho concedemos escasa importancia a las cuestiones relativas a la docencia. Centramos nuestra «identidad» profesional como académicos en torno a la faceta investigadora muchísimo más que a la docente.

[...]

1.2. Predomina un modelo de enseñanza/aprendizaje basado en la transmisión y memorización de una gran cantidad de información acerca de contenidos de normas (y de instituciones y conceptos jurídicos).

[...]

1.3. El formato predominante de la lección magistral está al servicio de ese modelo docente de información (más que formación) sobre contenidos para su recepción pasiva y posterior memorización.

[...]

1.4. La enseñanza del Derecho en España está fraccionada en «ramas» del Derecho excesivamente separadas e incomunicadas entre sí.

[...]

1.5. La enseñanza del Derecho en España inculca una visión formalista del Derecho

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

[...]

A efectos de lo que aquí me interesa, esas ideas pueden reducirse a dos, que están ligadas entre sí: 1) la de la *certeza* o el carácter «determinado» del Derecho, en el sentido de que éste (por su racionalidad, por su determinación lingüística, por su plenitud y consistencia sistemática, por su coherencia valorativa) construye al jurista-intérprete y excluye o reduce su discrecionalidad, dictándole –al menos, en la inmensa mayoría de los casos– una única respuesta correcta; o, todo lo más, el Derecho deja un margen muy limitado de posibilidades de decisión (un margen mucho más limitado que el que en realidad suele existir en muchos más casos de los que el formalista suele creer); y 2) la de la *autonomía* o pureza del Derecho, en el sentido de su cerrazón respecto de consideraciones sustantivas, de tipo sociológico y valorativo (político-moral), tanto en el estudio de una verdadera «ciencia» jurídica como –lo que más interesa ahora– en el manejo

práctico del Derecho. Ambas ideas están ligadas: el formalismo transmite el mensaje de que pueden y deben tomarse neutralmente (deductiva o cuasi-deductivamente) las decisiones que los estándares puramente jurídicos (no consideraciones políticas, morales, o de utilidad social que el intérprete considere) «dictan» unívocamente al jurista.

Mi impresión de que la enseñanza del Derecho en España es todavía demasiado formalista no deriva sólo del conocimiento que uno pueda tener sobre la orientación general de los juristas académicos en España (y que se detecta leyendo sus manuales y sus trabajos de investigación, o discutiendo con ellos; hace poco oí decir, precisamente a una procesalista, que la jurisprudencia de los tribunales no es fuente del Derecho...). Se deriva también de la experiencia personal que uno tiene como docente (experiencia que otros compañeros suelen confirmar cuando me dicen que ellos también la experimentan). Me refiero a un curioso (o no tan curioso) fenómeno que detectamos quienes, como profesores de Filosofía del Derecho, damos clase tanto en primero como en quinto año de carrera. La experiencia nos muestra que los estudiantes de primero entran en la facultad impregnados de una especie de inarticulado iusnaturalismo un tanto ingenuo y bienintencionado (aunque jamás hayan oído hablar del «Derecho Natural»), con una serie de preconcepciones acerca del Derecho –si es que tienen alguna– consistentes en la vaga idea de un orden normativo misteriosamente complejo y oscuro que no se distingue muy bien de la moral ni de otros órdenes sociales normativos. Pero llegan a quinto curso transformados en cuasi-juristas dotados de una estrecha visión formalista del Derecho y de su funcionamiento y, lo que es peor, de un acrítico positivismo ideológico (la visión de que el Derecho positivo, por el mero hecho de ser Derecho, está necesariamente justificado y existe un deber moral de obedecerlo), fundamentado en un crudo relativismo moral. Lo que quiero decir con esto es que, con independencia del grado mayor o menor de «formalismo» del que adolezcan los profesores de Derecho (quizá, en sus investigaciones, no sea tanto), lo cierto es que, tal vez a su pesar, y no sé muy bien a través de qué extraños mecanismos (tal vez debido a la necesaria simplificación que la docencia inevitablemente conlleva), el caso es que el efecto real que produce la docencia es el de educar juristas formalistas.

¿Y qué tiene el formalismo para ser una cosa tan mala? [...] Me limitaré a decir sólo dos cosas: 1) Desde un punto de vista teórico, una visión formalista es una falsa visión del Derecho. El formalismo está equivocado. El Derecho es mucho más indeterminado que lo que la visión formalista tradicional suponía, y su hermética cerrazón ante la dimensión social y la valorativa es simplemente un mito inalcanzable. Me remito a la batería de argumentos que una inmensa literatura, la de la «revuelta contra el formalismo», ha desplegado desde hace más de un siglo sobre la indeterminación lingüística y sistemática del Derecho, sobre la indeterminación introducida por las dificultades de fijar objetivamente los hechos a los que se aplica el Derecho, sobre la apertura que requiere la justificación externa de las premisas utilizadas en la aplicación del Derecho, etc., etc. Esa crítica ha logrado que, desde un punto de vista teórico, el formalismo esté hoy bastante desprestigiado: también en España, todo el mundo

quiere sacudirse de encima esa etiqueta; y sin embargo, yo creo que, por más que cuando uno entra en un discurso teórico acerca de las ideas formalistas presentadas en abstracto casi todos reniegan de ellas, luego, en el trabajo cotidiano, y especialmente en la docencia, muchos vuelven a las andadas, quizá casi sin darse cuenta. 2) Desde un punto de vista práctico, el formalismo representa una imagen de falsa necesidad del Derecho que resulta autoparalizante: degrada la actividad del jurista a la de mero autómatas, incapacita al jurista práctico para un ejercicio profesional más activo, para emprender con autoconfianza la tarea de una elaboración argumentativa del Derecho que desemboque en mejores éxitos prácticos. Y, peor aún, es política y moralmente paralizante. Representa una rendición de antemano ante las supuestamente nulas o muy limitadas posibilidades de actuación política transformadora y de avance moral que permitiría el trabajo práctico con el Derecho tomado éste en su literalidad *prima facie* o a lo sumo estabilizado mediante las interpretaciones dominantes en la comunidad jurídica. En este sentido, el formalismo es conservador. Por eso creo que es fundamental que una buena enseñanza del Derecho debe proponerse, entre sus finalidades básicas, la de educar juristas no formalistas.

1.6. La enseñanza del Derecho es poco práctica

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

La respuesta estándar que suele darse a estas quejas es bien fácil: es el eslogan de que «la práctica se aprende practicando». Es explicarles que saber «de verdad» Derecho Tributario no consiste precisamente en saber rellenar el impreso de la declaración (que cualquier no jurista sabe rellenar, aunque la primera vez, también a los licenciados en Derecho, les cueste un poco). Se les dice que la universidad está para cosas más serias,

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

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

1.7. La enseñanza del Derecho es poco teórica

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

De nuevo aquí, la crítica, y su justa respuesta, resulta ambivalente. Igual que cabe hablar de mala y buena enseñanza práctica (como papeleo o como metodología),

también cabe hablar de mala y buena teoría en la enseñanza. Defenderé que la actual enseñanza del Derecho en España es demasiado teórica «en el mal sentido», pero insuficientemente teórica «en el buen sentido».

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

Yo veo la actual enseñanza del Derecho en España (pido perdón por la grosera simplificación: es para explicarme) básicamente como un híbrido que han legado dos de sus grandes progenitores: la escuela de la exégesis francesa y el conceptualismo jurídico alemán (el del primer Ihering, la pandectística y la dogmática del Derecho público alemana). Afortunadamente, con más dosis del segundo ingrediente que del primero. El método (mejor: el no-método) de la escuela de la exégesis me temo que todavía se puede detectar en alguna docencia en las aulas y en algunos malos manuales docentes que, al estilo de ese género de los «Comentarios de leyes» (que siguen publicándose), no hacen en realidad mucho más que reproducir con otras palabras (a veces, ni siquiera tan distintas) el contenido del Código o de la legislación que se enseña, siguiendo la sistemática de la propia legislación, y procediendo casi artículo por artículo. Ni se interpreta en profundidad, ni se construyen conceptos dogmáticos suficientemente elaborados, ni prácticamente se sistematiza el material jurídico. Estos manuales se parecen demasiado a los textos que se elaboran para la preparación de oposiciones. No es ya que sea «mala teoría»: es que ni siquiera es teoría, apenas es dogmática. Es transmisión pura y dura de información de contenidos de normas. Dan ganas de pedir que, a esta pseudodogmática tipo manual de la Academia Adams, el Boletín Oficial del Estado le reclame derechos de autor. A veces estos manuales se publican para llegar apresuradamente al mercado cuando se acaba de producir una importante reforma legislativa, sin tiempo material para que el autor «teorice» en serio sobre la nueva normativa: simplemente, nos la cuenta. Hay también manuales «correctos», e incluso buenos, que sin embargo caen en este defecto de vez en cuando, en algunos epígrafes. La inutilidad práctica de esta pseudoteoría es tal, que los propios estudiantes deciden, y hacen bien, aparcarse el libro cuando estudian, y empollarse directamente los artículos en el Código. Creen que «lo más práctico» es conocer las normas, no el libro, que dice lo mismo pero casi «molesta». Si el libro es de éstos, tienen razón.

El otro ingrediente, el heredero de la jurisprudencia conceptualista, sí que es teoría. Y creo que es el ingrediente mayoritario. En este tipo de docencia y de manualística cabe distinguir, aún así, buena y mala teoría. Es mala teoría, en mi opinión, la que se recrea en el vicio academicista de una filología escolástica, plagada de citas, en torno a

las opiniones de un sinfín de autores enfrascados en discusiones bizantinas carentes de toda relevancia práctica (aunque he de decir que a veces entrar en esas discusiones, por absurdas e inútiles que sean en cuanto a su contenido, puede tener indirectamente una cierta utilidad para lo que yo más reivindico: formar en capacidades argumentativas, enseñar a discurrir y argumentar; pero esa utilidad también la tendría discutir del sexo de los ángeles). Es mala teoría la que discute sobre interpretaciones y elabora conceptos y clasificaciones sin tener en cuenta y/o sin mostrar al estudiante las consecuencias jurídico-prácticas, sociales y político-morales a que conduciría defender una interpretación distinta o una elaboración conceptual alternativa. Es mala teoría la que incurre en los defectos del esencialismo de los conceptos, la que, como criticaba el segundo Ihering, «rumia en el cielo de los conceptos» y reifica supuestas «naturalezas jurídicas» creyéndose sus propias metáforas, la que pierde de vista que los conceptos son creaciones humanas fruto de decisiones valorativas sobre la utilidad cognoscitiva o práctica, e incluso sobre la corrección política y moral, del modo en que decidamos clasificar y representar el mundo jurídico. Es mala teoría la que fosiliza sus propias clasificaciones conceptuales (o las que ha recibido) y pretende meter en ellas con calzador, distorsionándolas, nuevas realidades normativas que requieren nuevas elaboraciones conceptuales (cortan algún dedo al cliente en lugar de fabricarle otros zapatos). Es mala teoría la que no atina con el nivel de abstracción adecuado para el material concreto sobre el cual conceptualiza y para los fines con que lo hace, la que mezcla lo que no debe mezclar o separa lo que no debe separar, y tiende normalmente a elevarse hasta una formidable abstracción de inútiles conceptos-paraguas descontextualizados, desconectados de la realidad que les sirvió de base (o, a veces, en la dirección contraria, se entrega al vicio de distinguir por distinguir, de romper un pelo en diez pedazos sin que eso sirva más que para que dejemos de ver la relaciones de cada fragmento con los demás). Es mala teoría la que no respeta ciertas reglas básicas del discurso conceptual (por ejemplo, sobre cómo hacer definiciones, o sobre las propiedades técnicas de una buena clasificación, o la regla de no multiplicar categorías innecesariamente...) y presenta sistematizaciones del Derecho que confunden más que aclaran la que ya había hecho el legislador.

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

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

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

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

-Esa considerada «buena» dogmática –que técnicamente lo es– aparece en la enseñanza en dosis proporcionalmente insuficientes, cuando en realidad es muy útil para la práctica: ante la buena dogmática, el estudiante no podría (en todo caso, no debería) quejarse de una enseñanza «demasiado teórica» o «para profesores».

-Como propondré después, se echa mucho más aún en falta mayores dosis de teoría en un sentido distinto de la dogmática (buena o mala) tradicional, que sigue adoleciendo del «pecado» de formalismo.

-También, y sobre todo, defenderé una enseñanza más metodológica, un enfoque más argumentativo de la enseñanza *del Derecho positivo*, y ello comporta una cierta formación previa sobre los rudimentos de la llamada «teoría de la argumentación jurídica». Este tipo de teoría también es muy escasa o nula en nuestras facultades.

1.8. El «nivel intermedio» de la enseñanza del Derecho

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

Con las dos. Mucho de lo dicho hasta ahora en cuanto a mi diagnóstico se puede presentar y resumir mostrando cómo la enseñanza del Derecho se desarrolla en un nivel de discurso «intermedio» que devalúa otros posibles niveles de discusión. Este nivel intermedio separa la «teoría» de la «práctica» (cuando convendría superar esa escisión tan tajante), y al final acaba por no enseñar satisfactoriamente ni una ni otra. No se proporciona a los estudiantes una sólida formación intelectual para comprender a fondo,

investigar y criticar el fenómeno jurídico en su dimensión social, histórica, filosófica y política; pero tampoco se les muestra el funcionamiento real del Derecho en la práctica cotidiana, ni se les capacita profesionalmente para esa práctica. Hay un divorcio en la enseñanza del Derecho respecto de concepciones tanto más abstractas como más concretas. Ni la teorización global ni el funcionamiento real del sistema jurídico o de la práctica de los juristas encaja dentro de esta concepción limitada. La enseñanza ignora o denigra la formación en las capacidades intelectuales e interpersonales necesarias para estudiar y practicar Derecho satisfactoriamente; y opera partiendo del presupuesto de que la enseñanza de la práctica del Derecho debe tener lugar *en* la práctica del Derecho precisamente porque opera con una noción estrecha de «práctica jurídica» (papeleo), sin asumir que es perfectamente posible, y necesaria, una formación práctica «en el buen sentido» (argumentación) proporcionada desde la Facultad.

[...]

2. ALGUNAS PROPUESTAS

Mi punto de partida es el siguiente postulado: *la enseñanza del Derecho debe encaminarse, principalmente, a la formación de buenos profesionales del Derecho*. Si se acepta este postulado, inmediatamente salta la gran pregunta: ¿en qué consiste ser un «buen profesional»? Para mí, un buen profesional es un jurista técnicamente competente y, además, política y moralmente bien orientado. «Técnicamente competente» significa, por un lado, que *conozca* su herramienta (el Derecho); pero, sobre todo, que esté dotado de *aptitudes* para manejarla hábilmente en la práctica: un jurista que, además de conocer la *normativa* mediante la *dogmática* en que viene elaborada, domine sobre todo las técnicas de la *argumentación jurídica*, y que con ellas maneje el Derecho de un modo *no formalista* sino *instrumentalista*. «Política y moralmente bien orientado» quiere decir comprometido o activo en una dirección de reforma o transformación social que esté moralmente justificada: que asuma la responsabilidad moral que supone cada una de las opciones que él toma acerca del uso de la herramienta (quedarse en el uso *prima facie* a menudo es en realidad una más de esas opciones), y las ponga al servicio de objetivos justificados.

Las tres finalidades que ha de integrar la enseñanza de «buenos profesionales» son: la cognoscitiva (*enseñanza* de conocimientos), la práctica (*capacitación* argumentativa) y la crítica (*educación* en fines y valores). Analizaré cada una de ellas por este orden.

2.1. Enseñanza de conocimientos (función cognoscitiva)

Hay que distinguir entre la memorización de normas y la formación teórica en dogmática jurídica. Se podría reducir mucha materia de estudio, al menos por tres razones: 1) Buena parte de lo que se estudia es sencillamente obsoleto, apenas relevante en

la sociedad actual (p.e., la enfitheusis), y podría suprimirse o, en todo caso, prestarle una dedicación más básica o más de detalle en proporción a su importancia práctica actual. 2) Mucho de lo que se estudia es enormemente cambiante y carece de sentido estudiarlo (¿para qué aprenderse los tipos de gravamen –¡la cifra!– de impuestos sobre bebidas alcohólicas, gasolina, etc.?). 3) A menudo basta una reducida selección de instituciones-tipo (un par o dos de contratos, o de derechos reales, o de tipos delictivos) que sirvan de modelo. Las normas están en los libros, se pueden consultar, sin necesidad de aprenderse tantas.

Otra propuesta obvia (en el terreno institucional) derivada de lo dicho antes a este respecto: lúchese por cambiar la actual orientación memorística de las oposiciones para la función pública, o establézcase un filtro tipo examen práctico para el acceso a la abogacía (España es el único país de Europa donde basta con aprobar la carrera), y tal vez la enseñanza cambie en esto.

La «buena dogmática», dado que es útil, hay que preservarla, incluso aumentarla, pero transformándola en el sentido de suprimir su formalismo. Para ello será necesario fusionarla al menos en parte con el nivel de la capacitación metodológica en razonamiento jurídico: es decir, enseñarla con ocasión de la argumentación sobre casos prácticos, haciendo excursos tipo «lección magistral» en la discusión sobre éstos para introducir explicaciones conceptuales, o incluso explicando directamente los conceptos tal y como aparecen «aplicados» en los casos. Pero, sobre todo, será necesario fusionarla con el nivel político-moral, que ha de introducirse en ella.

Hasta aquí, el ingrediente de la docencia cognoscitiva y lo que habría hacer con él: en definitiva, suprimir precisamente su pretendidamente científica «pureza cognoscitiva», contaminándola de argumentación instrumentalista, y de valores. En cuanto a la dosis de este ingrediente, sería mucho más reducida que la que hay hoy: he propuesto una drástica reducción de cantidad de materia a «conocer», aunque manteniendo e incluso aumentando *proporcionalmente* su esqueleto dogmático-conceptual (pero, al ir referido a menos materia, centrado sobre todo en las partes generales, su cantidad también descendería en valores absolutos). Esto es importante porque liberaría energías (tiempo y esfuerzo docente y de estudio) para dedicarlas al siguiente ingrediente, que es el foco, y que por sus propias características consume mucho más tiempo.

2.2. Capacitación metodológica en técnicas argumentativas (función práctica). El Derecho como argumentación (enfoque y actitud general).

La gran carencia de la actual enseñanza del Derecho en España es precisamente el elemento más necesario para formar juristas prácticos que sean «técnicamente competentes»: la formación en «aptitudes», en capacidades o habilidades intelectuales para el «uso» del instrumento jurídico. Se trata de implantar una formación metodológica sobre

las técnicas de creación y, sobre todo, de aplicación del Derecho: capacitar al alumno para el razonamiento o argumentación jurídica.

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

Es un lugar común, al menos entre los iusfilósofos, distinguir tres grandes dimensiones o aspectos de ese fenómeno tan complejo que es el Derecho y, correlativamente, tres grandes perspectivas o enfoques desde las que contemplarlo, según nos centremos en cada una de esas dimensiones: la dimensión/perspectiva estructural o normativa, la funcional o sociológica, y la valorativa o axiológica. Es también un lugar común llamar la atención sobre la necesidad de «integrar» estas tres perspectivas, huyendo de pecaminosos «reduccionismos unilaterales» que se centran con excesiva exclusividad en una sola de esas dimensiones.

Pues bien: tal vez una vía para avanzar hacia esa integración consista en añadir un «cuarto enfoque», que sería precisamente el de «el Derecho como argumentación», situándolo en un lugar predominante desde el cual incorporar los otros tres¹. Este cuarto enfoque consiste en considerar al Derecho como una técnica para la resolución de determinados problemas prácticos, lo cual se lleva a cabo mediante decisiones que necesitan ser justificadas argumentando a su favor. «Se trata –dice Atienza– de una visión eminentemente instrumental, pragmática y dinámica del Derecho», que presupone, utiliza y da sentido a las otras tres perspectivas.

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

Pero esta «revolución» (lo dejaré entre comillas, para no exagerar), ya avanzada en muchos países, no ha llegado todavía a impregnar nuestra enseñanza del Derecho cotidiana, que es lo que aquí nos ocupa. Resulta llamativo (perdón por generalizar) lo poco que en nuestra cultura jurídica se ha cultivado el enfoque argumentativo al

1. Cfr. Atienza, Manuel, *Derecho y argumentación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.

que me estoy refiriendo. Pero esa desatención hacia la dimensión argumentativa del Derecho, aunque podamos explicarla, resulta desde luego difícil de justificar, aunque sólo fuera por el hecho obvio de que la práctica del Derecho consiste, de manera muy fundamental, en argumentar.

Esto es una obviedad. Pero es una de esas obviedades a las que, una vez reconocidas con un sonoro «¡por supuesto!», luego traicionamos, a menudo sin darnos demasiada cuenta de ello. Porque esa «obviedad» tiene después un alcance, se puede extraer de ella unas consecuencias, que ya no resultan nada obvias. Yo sigo sosteniendo que, en la cultura jurídica española, la dimensión de la argumentación no se ha tomado suficientemente en serio. Al menos, reconózcaseme que no se toma suficientemente en serio *en la docencia*. Y la mejor manera de demostrarlo, es mostrar la diferencia, la enorme diferencia, entre el modelo de enseñanza del Derecho predominante en España, y un modelo de enseñanza inspirado en una versión mucho más fuerte de la obviedad que parece ser lo del enfoque de «el Derecho como argumentación». Aunque no se esté de acuerdo ni mucho menos con todo lo que he dicho en los ocho puntos de mi anterior diagnóstico sobre cómo es la enseñanza del Derecho en España, creo que me basta con que a ustedes ese diagnóstico no les parezca, detalles aparte, del todo desencaminado, y hayan visto en él reflejados al menos algunos rasgos generales del diagnóstico que ustedes también harían [...].

2.3. Educación en fines, valores y actitudes (función crítica).

La formación «metodológica» de tipo argumentativo que definiendo capacitaría sin duda a los estudiantes para un ejercicio profesional práctico mucho más activo, en el cual el jurista estaría dotado de poderosas armas argumentativas para un más hábil manejo de la herramienta jurídica. Enseñemos, sí, a manipular el Derecho, en lugar de una enseñanza memorística y formalista que resulta paralizante porque proporciona una visión demasiado «granítica», determinada, del Derecho, cuando éste en realidad es mucho más «plástico». Esto es ya un gran avance: tendremos juristas técnicamente mejores. Pero, en el fondo, no es más que la satisfacción de un prerrequisito necesario para abrir las puertas a lo que a mí más me interesa. Supone una «liberación de energías», pero esas energías argumentativas de nada sirven –pueden ser hasta peligrosas– si no se *orientan* hacia buenas direcciones (manipular el Derecho, sí, pero ¿para hacer qué?). Dicha orientación ha de ser de naturaleza abiertamente político-moral. Se trata de formar juristas comprometidos con una tarea políticamente crítica y transformadora ante las injusticias del presente. Pero tanto esa crítica como esa dirección transformadora, constructiva, ha de estar sustentada en valores justificados. Hay que provocar en el estudiante, ciertamente, una «actitud» emocional de compromiso hacia «la justicia» o hacia ciertos valores: sin esto, sin una educación en «sentimientos morales», nada hay que hacer. Pero hay que dotar además a ese estudiante político-moralmente «bienintencionado»

de una formación *teórica* que, por un lado, le oriente en la determinación del sentido de su compromiso moral (o, al menos, que le «desoriente», le disuada intelectual y valorativamente, de direcciones perversas); y que, por otro lado, le permita justificar racionalmente, antes que nada ante sí mismo, y también ante los demás, las opciones valorativas que él tome. Esa formación teórica ha de consistir, por supuesto, en una reflexión profunda acerca de las «grandes cuestiones» políticas, filosóficas y morales; pero tampoco aquí el discurso teórico debería quedarse en un vacío especulativo: esa enseñanza en teoría social y en filosofía política y moral ha de venir referida al Derecho y al orden social, y no sólo en abstracto: ha de venir referida a nuestro Derecho actual, a nuestro orden social, y a las posibilidades de su transformación o mejora pero partiendo del presente. Por eso, aunque un bagaje teórico más abstracto sea imprescindible en una enseñanza «filosófica» (en sentido muy amplio) más especializada sobre «los fundamentos», hay que enseñar al estudiante a *usar* ese bagaje en el conjunto de sus estudios, porque lo importante es que esa apertura hacia la dimensión político-moral que le sirva de guía no quede escindida sino que se incorpore en la enseñanza de cada asignatura de Derecho positivo (para ello no es necesario que el profesor de Derecho Mercantil, por ejemplo, domine a Habermas: basta con que muestre al estudiante la dimensión política y moral de las actuales reglas del juego jurídicas del mercado, y mostrar éstas no como inamovibles ni «naturales» sino como fruto de opciones humanas que podrían ser otras, y dando pistas sobre esas «otras», y justificándolas argumentativamente). Por eso hay que «fundir», en la mayor medida posible, el nivel político-moral en el seno del nivel argumentativo, jurídico, práctico: argumentación jurídica, pero con un norte valorativo. En definitiva, se trata de formar juristas «con principios», pero que además sepan traducir esos principios a, y usarlos como guía en, su trabajo cotidiano como juristas que operan en *este* mundo. A todo esto me refería cuando hablaba al principio de la formación de juristas no sólo «técnicamente competentes», sino también, y sobre todo, «política y moralmente bien orientados». Lograrlo al cien por cien puede que sea un ideal inalcanzable, pero eso no significa que no podamos adoptarlo como ideal regulativo de nuestra docencia hacia el que sí podemos avanzar. De todo esto me ocuparé en este tercer y último apartado.

El primer paso será abrirles los ojos hacia la dimensión valorativa, político-moral, del Derecho. En última instancia, la cerrazón respecto de esa dimensión –más incluso que respecto de la dimensión «social»– es el núcleo duro de aquello a lo que me refiero cuando hablo, en un sentido más amplio del habitual, de «formalismo»; y esa cerrazón es lo que menos me gusta del formalismo [...] La conciencia de la plasticidad del Derecho que proporciona una formación argumentativa posibilita pero no necesariamente incorpora la conciencia de que detrás de esas maniobras conceptuales y argumentativas de los juristas (teóricos y prácticos), supuestamente *técnicas*, no hay sino opciones *valorativas* de naturaleza política y moral; maniobras y opciones que podrían haber sido otras, y además valorativamente mejores. Mostrar eso explícitamente a los estudiantes, así como las consecuencias económicas, sociales, políticas y morales tanto de las opciones

realmente tomadas como de las bien distintas que cabría tomar, ha de ser un tema central en una enseñanza crítica del Derecho.

[...]

Un modelo de enseñanza instrumentalista...

Me refiero al carácter *instrumental* de la visión del Derecho, de la mentalidad jurídica, que debemos inculcar. La gran diferencia, como se verá después, es que mi instrumentalismo no es «crudo»: no es apolítico; ni es amoral; ni siquiera descansa en una moral utilitarista. No es «neoformalista».

Un enfoque instrumentalista es a la vez una visión descriptiva y una actitud prescriptiva acerca del Derecho y de su uso. Significa que el Derecho (y, en principio, cada una de sus reglas y formas) es visto (descrito), y debe ser empleado, como un instrumento, como un medio (un conjunto de medios) deliberadamente diseñado por el hombre para la satisfacción de ciertos fines que son extrínsecos al propio Derecho. Esto se afirma frente a visiones del Derecho como un fin en sí mismo: por ejemplo, el Derecho como expresión (iusnaturalista) de «la Razón», o de un solo sistema coherente de valores objetivos y absolutos unívocamente determinados; o como expresión (iuspositivista-imperativista, voluntarista) de la libre voluntad de un poder soberano, también si es democrático; o como expresión de «la Historia», de un implacable devenir histórico en el que se despliega como su motor un «espíritu» (el hegeliano, el «del pueblo» savignyano...) o una menos metafísica (?) «necesidad» materialista-histórica... devenir que a la vez determina y al que sirve el Derecho siendo ése su fin intrínseco; o como simples normas dotadas de autoridad legítima a las que aceptamos someternos... Para el instrumentalista, en cambio, el Derecho carece de hecho, y en todo caso debe carecer (o al menos debemos «representarlo» como carente) de fines sustantivos propios, por más que a menudo «declare» —es obvio que lo hace— ciertos fines (después matizaré esta idea). El Derecho es sólo un instrumento con el que *nosotros* podemos hacer cosas sin que él nos diga exactamente qué hacer. Y es que el presupuesto sobre el que descansa el instrumentalismo es una visión «fuerte», aunque no necesariamente radical ni menos aún absoluta, del carácter indeterminado del Derecho. Por su carácter indeterminado, por no decirnos exactamente qué hacer con él, el Derecho nos abre un marco de actuaciones diversas que podemos realizar. Ese marco, surgido de las características del instrumento mismo que es el Derecho, sí impone límites sobre lo que podemos hacer (pero también el Derecho *qua* instrumento —no sólo sus fines «declarados»— es en sí mismo «maleable», adaptable para más usos de los que en principio nos parece).

En consecuencia, la perspectiva para estudiar/enseñar el Derecho, y para emplearlo (y enseñar a emplearlo), no será la de indagar cuáles son los fines intrínsecos del Derecho y que éste nos dicta, sino cómo de hecho estamos (la comunidad jurídica está) utilizándolo, cómo podríamos utilizarlo nosotros, y cómo *debemos* utilizarlo: instrumentalizándolo, manejándolo como manejamos una herramienta, para lograr

así la satisfacción de nuestros fines. Desde este enfoque instrumental, por lo tanto, uno se aproxima al Derecho con determinados fines propios y no para «extenderle un cheque en blanco»².

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

...pero un instrumentalismo para fines y valores moralmente justificados

«¿Que enseñemos a usar el Derecho como instrumento para *nuestros* fines, no para los del propio Derecho, que según usted no los tiene? Usted es un verdadero insensato. ¿No se da cuenta de lo peligroso que es predicar lo que usted predica? Como le tome a usted la palabra un estudiante suyo que sea un fascista, va usted apañado. Imagínese a lo que

2. El enfoque no-instrumentalista, en cambio, sería el de quien se aproxima al Derecho diciéndole: «yo no quiero conseguir nada, no tengo fines *a priori*, preconcebidos, sólo quiero hacer aquello que usted, Derecho, me diga; le acepto a usted como legítimo y me someto a sus dictados: usted será la guía de mi conducta; por eso quiero conocer quién es usted (su concepto, estructura, etc.) y qué ordenan sus normas» (aquí se adoptaría una genuina aceptación del Derecho, por razones *morales*). El instrumentalista, por el contrario, se aproxima al Derecho diciéndole: «yo sí quiero conseguir ciertos fines, así que voy a ver cómo puedo utilizarle a usted como medio, como aliado, para lograrlos; o al menos cómo podría yo actuar hacia esos fines dentro de los límites que usted me impone, sin que usted me lo impida o me castigue». En este caso, el sometimiento al Derecho es por razones no morales, sino «*prudenciales*», estratégicas: acatamiento, más que genuina aceptación; uno obra externamente «de conformidad con» el Derecho, pero no movido «por» el Derecho (por aceptar moralmente sus deberes, sus supuestos fines), sino porque el Derecho puede serle positivamente útil a uno, o bien porque acatarlo supone, negativamente, sortear los obstáculos (p.e., eludir la sanción) que el Derecho representa a la hora de lograr los fines que uno tiene.

puede llevarnos el ‘instrumentalismo’ ese en manos de un fascista (de un estalinista, de un racista, de un machista, de un integrista religioso...).

Me defiendo: mi propuesta, por más que *en parte* esté inspirada en ideas de autores entre los cuales los hay de una izquierda que puede parecer «insensata» (y a veces incluso puede serlo)³, pretende y puede perfectamente ser «no insensata», sino en todo caso una domesticación de propuestas, algunas radicalmente formuladas, pero que no por ello dejan de tener «un punto» importante de razón que conviene rescatar y poner en práctica de un modo «cuidadoso». Salvo, claro está, que tachemos de «insensata» –aquí viene mi primera defensa– a cualquier propuesta a favor de un uso del Derecho distinto del convencional, distinto del que se rinde de antemano –o no necesita «rendirse» porque está a gusto con él– al Derecho tal y como opera hoy en día según las interpretaciones dominantes que lo estabilizan (que lo hacen suficientemente predecible en una mayoría de casos «ordinarios» a pesar de la indeterminación potencial de sus textos y de sus principios y valores «declarados»). Esto otro es rendirse ante o estar a gusto con las injusticias sociales actuales a las que el Derecho contribuye por acción y sobre todo por omisión: bien porque no se llega ni a ver esas injusticias (actitud del jurista-técnico-apolítico enfermo de ceguera culpable); bien porque no se quieren ver aunque se han visto, pero se mira a otro lado (el apolítico del yo a lo mío, a mis intereses); bien porque se defiende como justas –o no tan injustas– lo que yo considero injusticias (el conservador convencido); o bien porque no es que se considere que el orden social existente es en todo «justo» o aceptable, sino porque se está convencido –el veneno del pensamiento único le ha infectado– de que es, en lo básico, «inmutable», y de que las alternativas, más que «perversas» (idealmente quizá incluso las compartiría), son «imposibles», «ingenuas», «infantiles», o peor aún: peligrosas porque, si algún resultado puede producir defenderlas, ése va a ser el de que les salga el tiro por la culata. Si para éste último mi propuesta es cometer la locura de abrir la caja de los truenos, yo puedo contestarle –a él y a los demás de mi anterior elenco, pero a él sobre todo– con la exageración equivalente pero de signo contrario consistente en decirle que su sensatez equivale al profundo conservadurismo de predicar a los estudiantes que no muevan un dedo.

Es posible sin embargo otra actitud en este debate. Porque en el fondo, en cuanto a los objetivos (corregir esas injusticias, apreciar y conservar lo bueno de lo conquistado, ir más allá en lo que se pueda sin perder lo alcanzado cuando no podamos mejorarlo), yo no estoy tan lejos de él, y menos aún en cuanto a los grandes valores que a ambos nos animan: valores igualitaristas, solidarios, de emancipación individual y colectiva, contrarios a las jerarquías ilegítimas y a las exclusiones políticas y sociales de clase, raza

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

y sexo, y también valores liberales de autonomía individual y dignidad humana. Si hay mucho terreno de fondo en común, la diferencia radica básicamente en las dosis de riesgo que uno está dispuesto a asumir en la estrategia a seguir, cuando predica que formemos juristas instrumentalistas. Por supuesto que soy consciente de que el instrumentalismo jurídico es, político-moralmente, un arma de doble filo (no ya de doble: es una batidora multiusos con brazos y filos en todas las direcciones). Pero esos riesgos se pueden minimizar (no digo suprimir), y los que queden, merece la pena asumirlos, si es que en algo queremos contribuir como docentes a incidir transformadoramente sobre el mundo por la vía de la educación (que es en mi opinión una vía que todo lo que tiene de indirecta, a largo plazo, de difícil comprobación en cuanto a sus efectos, lo tiene también de poderosa, aunque no se le note). De entrada –ésta es mi segunda defensa–, los riesgos no son en realidad «para tanto», porque el instrumentalismo tal y como yo lo entiendo y defendiendo no significa que el Derecho pueda ser usado para lo que nos dé literamente la gana, ni muchísimo menos. Que el Derecho *como medio* pone límites lo defiende incluso un «exagerado» partidario de la tesis de la «indeterminación radical» del Derecho como es Duncan Kennedy.

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

«peligrosos» (en la dirección fascista, estalinista, racista, etc.) pero que también impiden sus usos extremos en la dirección emancipadora que queremos: que el chicle se rompa estirándolo hacia un lado, pero también hacia el otro. Pues bien: yo estoy convencido –basta leer nuestra Constitución y sus valores– de que el límite hasta donde podemos llegar sin salirnos del juego del Derecho está situado en lugares bien distintos en uno y otro caso. El chicle se rompe mucho antes si lo estiramos en la dirección «mala» que en la «buena». El instrumentalista que quiere manipular el Derecho para contribuir a transformar *sustancialmente* la sociedad haciendo avanzar valores de igualdad material, autonomía individual con capacidad real para ejercerla, dignidad humana, solidaridad en una «comunidad liberal», emancipación personal y social, efectiva participación social y política, etc., etc., puede ir con el Derecho mucho más lejos (haciéndole cumplir sus promesas declaradas, porque es que resulta que sus promesas van mucho más por ahí) que el instrumentalista que desee usarlo en direcciones perversas. El estudiante fascista que me compre el instrumentalismo para hacer de las suyas lo tiene, en cambio, mucho más crudo.

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

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

- a) *Intereses particulares* («egoístas», «privados», más que políticos o morales). Holmes se refirió al enfoque instrumentalista (que él defendía) mediante la metáfora del punto de vista del «hombre malo»: el de quien obedece al Derecho para evitar la sanción o para lograr sus fines (por razones prudenciales), siendo éstos la persecución del autointerés (no fines morales). Obviamente, no es éste el tipo de instrumentalismo «para valores moralmente justificados» que yo defiendo.
- b) *Intereses sociales* (públicos, colectivos).— Holmes ha sido muchas veces malentendido. Holmes no abogaba en realidad por instrumentalizar el Derecho para meros intereses egoístas: esa instrumentalización debe estar según él al servicio de fines colectivos, de las demandas, necesidades e intereses que se impongan en «la comunidad», tras un «libre intercambio de ideas». Normalmente se supone que, a diferencia del abogado, el juez encarnaría el punto de vista del «hombre bueno»: no ha de tener fines preconcebidos sobre el sentido de su sentencia, hará aquello que el Derecho le diga. Sin embargo, dada la enorme discrecionalidad que muchísimas veces el Derecho, por su carácter indeterminado, deja al juez, es para él inescapable la necesidad de tomar opciones (las decisiones judiciales, decía Holmes, dependen de «un juicio o intuición más sutil que la articulación de una premisa mayor»). Esa opción judicial ha de orientarse hacia la satisfacción de demandas sociales, ha de satisfacer, según Holmes, «sentimientos y demandas reales de la comunidad, sean justos o injustos». Yo defiendo un instrumentalismo «moralista» más que «sociologista».
- c) *El «sentido de la justicia»*.— El fin para el que hay que manipular el Derecho es «hacer que el caso se resuelva de la forma en que *mi sentido de la justicia me dice* que debería resolverse». Esto está más próximo aún a lo que yo defiendo: Kennedy habla por fin de «la justicia», ya no es el abogado autointeresado, ni el Holmes de satisfacer demandas sociales «sean justas o injustas». Pero aún no llega a lo que yo defiendo. El «norte moral» no puede ser simplemente la afirmación sin más de ciertos valores, por excelsos que éstos sean, apelando a que son fruto de «mi sentido (de la justicia)», «mis sentimientos», «mis emociones» (otros autores hablan de «nuestras intuiciones morales básicas», o de «la adopción de un punto de vista moral»).
- d) *Valores morales justificados*.— Este es el norte último, el tipo de fin a cuyo servicio hay que desplegar el instrumentalismo jurídico que yo defiendo (y desde el cual *seleccionar* la persecución de intereses y valores privados y públicos, y de filosofías y programas políticos, y de valores dictados por sentimientos). Hablo aquí (como en los otros tres casos) no de contenidos concretos, sino del *tipo* de fin: moral-racional. Y ya es decir bastante, más aún en los tiempos que corren, y ante una comunidad, la de juristas, acostumbrada a lo de que el Derecho *es* una cosa y la moral otra bien distinta [...]

