

**LA FILOSOFÍA Y LA POLÍTICA EN LOS PLANES DE ESTUDIO DE
LAS CARRERAS DE ABOGACÍA**
**Reflexiones sobre el plan de estudios de la Facultad de Derecho de
la Universidad Nacional de Rosario a partir de la experiencia del
dictado de Filosofía del Derecho ***

por Silvina Pezzetta **

RESUMEN

El trabajo realizado tiene como finalidad la comprensión, a través del uso de categorías de trabajos de Duncan Kennedy y Werner Goldschmidt, de las experiencias vividas como docente de la materia Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la U.N.R. (Argentina). No pretende demostrar una hipótesis, sino que consiste más bien en la aplicación de tales categorías a fin de aventurar explicaciones, en sentido amplio, sobre la importancia que asignan profesores y estudiantes a las distintas materias que componen el currículo. Por último, como objetivo periférico, se pretende relacionar estas conclusiones con algunos de los problemas actuales de la Facultad de Derecho como la articulación entre grado y postgrado.

PALABRAS CLAVE

Filosofía del Derecho - Política - Planes de Estudios - Enseñanza del Derecho - Positivismo - Ciencia Dogmática.

SUMARIO

Introducción. 1.- Metodología. 2.- Sobre los postulados de Duncan Kennedy. 3.- El contraste: la clasificación que hacen los profesores. 4.- Las conclusiones del trabajo de Kennedy. 5.- Otra clasificación de las materias del currículo de Derecho: la visión de Werner Goldschmidt. 6.- Una comparación entre las clasificaciones. 7.- La dogmática jurídica y el positivismo en nuestra Facultad. Conclusiones.

Introducción

Entre quienes nos desempeñamos en la cátedra de Filosofía del Derecho, sobre todo entre quienes nos hemos incorporado más recientemente, se plantea con asiduidad la cuestión sobre la opinión mayoritaria de los estudiantes y de algunos de nuestros colegas docentes sobre la materia que nos ocupa. No sin pesar, y a veces hasta con humor, comentamos la poca importancia que se le asigna o la escasa comprensión que se tiene sobre el papel que cumple la Filosofía del Derecho en la formación de los futuros abogados. Así, no nos resulta sorprendente encontrarnos con personas que propugnan su conversión en materia optativa o bien, directamente, su eliminación.

Estas experiencias fueron motivadoras del presente trabajo, cuyo objetivo es la formalización de una serie de reflexiones e intuiciones en relación a la percepción de estudiantes y profesores sobre Filosofía del Derecho. Cabe aclarar que estas formalizaciones tendrán en cuenta el lugar que ocupa Filosofía del Derecho en el plan de estudios, por tanto, se harán en conjunto con el análisis de las otras materias que lo componen. Por esto mismo, este estudio sigue la línea esbozada por el

* Fecha de recepción: 13 de septiembre de 2006. Fecha de publicación: 4 de enero de 2007.

** Abogada, doctoranda becada por el CONICET (Argentina).

titular de Cátedra, el profesor Doctor Miguel Ángel Ciuro Caldani quien señala en la fundamentación del programa de la materia: *La programación de Filosofía del Derecho en la situación de la Facultad de Derecho de la UNR, a semejanza de lo que sucede en otras Casas de Estudios, de medios análogos, se desenvuelve en un clima donde predomina el “dogmatismo” relativamente oculto por la exclusiva referencia a las normas, consagradas mediante una mezcla de ilusiones exegéticas e invocaciones Kelsenianas.*¹

A la vez, algunas de las ideas aquí expuestas constituyen el objeto de la tesis doctoral en la que estamos comenzando a trabajar. Con esto, quisiéramos tanto advertir sobre el carácter provisorio de las afirmaciones, como de las conclusiones preliminares. No será, por tanto, un trabajo con una hipótesis confirmada. Esperamos, sin embargo, sea útil para repensar y objetivar temas que nos atañen directamente en cuanto partícipes del fenómeno jurídico², tales como: la mirada de los docentes y estudiantes sobre Filosofía del Derecho, la función de ésta en los planes de estudios de las carreras de Abogacía y los perfiles de egresados que efectivamente surgen de los mismos. También, en relación a un tema que ha adquirido importancia en la década de los noventa en nuestro país, será útil para dejar planteados los problemas de articulación entre grado y postgrado³.

1- Metodología

Hemos realizado este trabajo bajo la inspiración de un ensayo del profesor norteamericano Duncan Kennedy. Bajo el título de *La significación política de la estructura del currículo de la Escuela de Derecho*⁴, Kennedy pone de relieve las creencias y valoraciones de estudiantes y profesores sobre las asignaturas que se dictan en las Escuelas de Derecho⁵. Además, sostiene que es sobre la base de tales creencias y valoraciones que se asienta la disputa sobre su importancia curricular. Por lo demás y como conclusión, alega que tal disputa queda condicionada de antemano por las creencias y valoraciones

¹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, programa de Filosofía del Derecho, Cátedra III, UNR, pág. 3. (Disponible en la Facultad de Derecho de la U.N.R).

² Ver CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Derecho de la Educación*, en Revista Academia, Nro. 5, año 3, Buenos Aires, otoño 2005, págs. 135 y ss.

³ En este sentido, se puede ver el artículo de CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Notas acerca de la articulación de la educación jurídica universitaria de grado y posgrado*, en Revista “Investigación y Docencia”, Nro. 36, enero/diciembre 2003, págs. 15 y ss.

⁴ KENNEDY, Duncan; *The political significance of the structure of the Law School Curriculum*, [en línea], [ref. de 15 de noviembre de 2005]. Disponible en Web: <http://www.duncankennedy.net>.

⁵ Al menos hasta la fecha de la publicación del mismo, en el año 1980. Sin duda, en los veintiséis años que transcurrieron entre la publicación del trabajo citado y la actualidad han ocurrido cambios de importancia. No se pretende sostener que lo descrito por Kennedy todavía suceda en las Escuelas de Derecho de los EEUU pues no es objeto de este estudio dilucidar tal problema. Pero ha parecido que lo que describe sí refleja, aproximadamente, lo que sucede en nuestra facultad. En este sentido, ha parecido útil su trabajo.

mencionadas. Consecuentemente, habrá materias “ganadoras” y “perdedoras” en relación con el grado de estimación que se les haya asignado.

Creemos que este enfoque de la realidad universitaria puede ser muy útil para analizar la problemática de nuestra propia Facultad de Derecho, tanto en relación a Filosofía del Derecho como al resto de las materias del currículo. Sostendré aquí que tal disputa, aunque con diferencias, existe también en nuestra facultad. Para ello intentaremos trasladar, con las limitaciones del caso, categorías de análisis del autor elegido. A tal fin, será necesario adecuar sus descripciones y afirmaciones a nuestro ámbito jurídico, distinto en mucho del sistema anglosajón del *common law*. Además, en la tarea de traslado de categorías, hemos tomado como referencia un trabajo versado sobre materia similar del profesor Werner Goldschmidt.

Por último, parece importante destacar que, aún cuando las reflexiones refieren a lo que sucede en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, algunos aspectos son aplicables a otras facultades de Derecho estatales⁶. En particular, por la primaria uniformidad curricular que existe entre ellas.

2.- Sobre los postulados de Duncan Kennedy.

Duncan Kennedy pertenece al movimiento norteamericano denominado *Critical Legal Studies*. Esta corriente, al decir de Robert Gordon, puede definirse de varias maneras. Como...*un paraguas organizacional amplio para una enorme y extraña coalición de abogados de izquierda, tanto profesores como practicantes; una forma de hacer política en las facultades de derecho; una colección de diversas teorías jurídicas, y un nombre distintivo de algunos métodos de historia social y del derecho*⁷. En una de sus posibles versiones, como enseñanza del derecho, trabaja con una tesis fundamental: *que las formas convencionales del discurso jurídico...son prácticas políticas, y más aún, prácticas que producen efectos sociales innecesariamente conservadores en la mente de quienes se involucran en ellas*⁸. Por todo esto, uno de los ánimos rectores de esta corriente es desestabilizar la complacencia

⁶ Se pueden encontrar similitudes con algunas de las conclusiones del presente en el trabajo de investigación que tomó como objeto de análisis a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, de LISTA, Carlos; BRÍGIDO, Ana María; *La enseñanza del derecho y la formación de la conciencia jurídica*, Córdoba, Sima Editora, 2002, ISBN 987-43-5271-X.

⁷GORDON, Robert W.; *Conferencia Brendan Brown: La Teoría crítica del derecho (Critical Legal Studies) como métodos de enseñanza del derecho*, en *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, BÖHMER, Martín F. comp., trads. Martín F. Böhmer, Juan Manuel Aleman, Luciana Sánchez y Christian Gruember, Barcelona, Gedisa, 1999, págs. 147 y ss.

⁸ GORDON, op. cit., pág. 148.

generalizada con que los operadores jurídicos piensan acerca de la actividad que desarrollan⁹.

En esta línea, Kennedy declara que el objeto de su artículo es hacer explícito el *contenido político* del currículo típico de una Escuela de Derecho. A su vez, esa tarea tiene una segunda finalidad: mostrar el contraste entre dicho contenido político y lo que los profesores piensan de éste. A tales fines, se vale de dos instrumentos: por un lado, la descripción de la historia de las materias que conforman el currículo. Por el otro, la utilización de categorías consideradas como “lugares comunes”, que aplica a las materias que componen el currículo. Estas categorías son: centro-izquierda, centro-derecha, liberal y conservador.

De esta forma, inicia su trabajo calificando políticamente a las asignaturas del currículo. Sostiene que la *doctrina de derecho privado* representa a la centro-derecha, mientras que todas las demás *asignaturas del currículo* pueden ser consideradas de centro-izquierda.

La doctrina de derecho privado, según se cree usualmente, es de una constitución sólida, concreta y sus incumbencias están bien definidas, es la que conforma el núcleo en el currículo. En cambio, los elementos de centro-izquierda, diseminados desordenadamente por todo el currículo, no tienen un tema en común. Este conjunto de asignaturas está compuesto por: *public law* –derecho público- (como opuesto al derecho privado), *legal process* – asignatura que estudia el sistema jurídico en su conjunto y a través del rol que ocupan los tribunales, las legislaturas, las agencias administrativas, etc.-, *interdisciplinary studies* –el estudio del derecho en conjunción con otra perspectiva del conocimiento, con la expresa finalidad de mostrar las diferencias entre el “derecho de los libros” y el “derecho de la realidad”-, *clinical legal studies* –consultorios jurídicos para personas de bajos recursos, cuyo objetivo es que los estudiantes tomen contacto con la realidad que viven los pobres a la hora de enfrentarse al derecho- y *policy* –la comprensión del sentido y finalidad de las reglas de derecho-¹⁰.

A manera de verificación de la calificación política efectuada, Kennedy describe el contenido de las materias y la historia de su nacimiento. Comienza por las asignaturas que no conforman la doctrina del derecho privado, las rotuladas como de centro-izquierda. Al respecto, subraya que estas materias han aparecido como consecuencia de los cambios políticos producidos en su país a partir de la década del treinta. En este sentido, por ejemplo, observa que hasta la creación del

⁹ Sobre los Critical Legal Studies también se puede ver CARRINO, Agostino, *Solidaridad y Derecho. La sociología jurídica de los “Critical Legal Studies”*, en Revista “Doxa”, Nro. 12, año 1992, Alicante, págs. 115 y ss.

¹⁰ En este punto es preciso aclarar que ha sido necesario conservar los nombres de las materias en inglés, dada la imposibilidad de una traducción fidedigna ante la inexistencia, en nuestro caso, de materias equivalentes o, al menos, equiparables. La excepción, por supuesto, la constituye el Derecho Público.

Welfare State en los EEUU no hubo un cuerpo significativo de leyes administrativas¹¹. El Estado de Bienestar hizo posible la inclusión de programas de asistencia pública y de intervención de la economía, dando lugar con ello a leyes especiales para su implementación. Es al hilo de tal normativa que aparecen los primeros cursos de Derecho Administrativo. En un principio, esos cursos fueron fieles al objetivo político de cambio del *status quo* a través de reformas legislativas, por lo que podían ser consideradas lisa y llanamente de izquierda. Sin embargo, hoy son más bien materias de centro-izquierda. El resto de las materias enumeradas comparten esta historia y desenlace.

Por su parte, la identificación de la doctrina de derecho privado como de centro-derecha tiene su razón de ser en la creencia que los profesores tienen sobre lo que constituiría su esencia. Es decir, que la doctrina de derecho privado estaría compuesta por *el derecho contractual, el derecho de daños y el derecho de propiedad*. Además, tal creencia se refuerza con los “sentimientos” de los profesores que enseñan doctrina sobre la tarea que llevan a cabo. Esto es, su convicción de que enseñar doctrina es mostrar que *el derecho contractual, el derecho de propiedad y el derecho de daños*, tienen una profunda coherencia como materias propias de derecho, y que gozan de una altísima lógica interna. Aquí hay que tener especialmente en cuenta que las normas y doctrinas que se estudian cuando se analizan el derecho contractual, el derecho de la propiedad y los daños, no incluyen las referencias a las mismas materias (no ya en el sentido de “asignatura”) que hacen el derecho administrativo, las leyes municipales, las leyes de medioambiente y de derecho laboral, entre otras. Luego, estas materias continúan en la periferia.

Dada entonces la importante cantidad de problemáticas que no se abordan desde la doctrina, Kennedy se pregunta qué queda en ella. Su conclusión es que está compuesta por los mismos elementos que conformaban el *common law* de 1890. La doctrina, por tanto, se integra de nociones tales como: *La institución propiedad privada es buena, necesaria, porque refleja nuestros derechos*¹². Ante la existencia de un sistema de propiedad privada, serán necesarias reglas sobre aspectos particulares de ésta. De ahí, las normas que determinan, por ejemplo, lo que constituye el traspaso, la libertad de contratación, el derecho de daños. Las reglas que constituían y constituyen esa doctrina, son las que definían el capitalismo del *laissez-faire* del siglo XIX. No obstante, tal como sucede con las materias de la periferia, el capitalismo

¹¹ En cuanto a la incorporación de materias de derecho público puede ser significativo el hecho destacado por los autores CIRIA A.; SANGUINETTI H., en *La reforma Universitaria*, Buenos Aires, Ed. Centro Editor de América Latina, 1987, pág. 39: *En Buenos Aires, la reforma de estatutos promovida por el rector Uballes en 1918, dio paso a nuevas ideas. La Facultad de Derecho, bajo el decanato de Mario Sáenz, organizó la extensión universitaria y modernizó su arcaico plan de estudios, incorporando la enseñanza práctica junto con varias materias de derecho público*. Esto, en referencia a los cambios producidos a raíz de la Reforma Universitaria de 1918.

¹² KENNEDY, op. cit., pág. 8.

representado en la doctrina de derecho privado está morigerado, siendo, en consecuencia, de centro-derecha. La doctrina de derecho privado, concluye, posee una connotación política de la manera más primaria posible.

3.- El contraste: la clasificación que hacen los profesores

Llegados a este punto, el problema que señala Kennedy es que los profesores de Derecho entienden que las materias que componen el currículo no se diferencian por su calificación política, sino por una causa muy diferente. El cuerpo docente sostiene que las materias se clasifican según integren el *núcleo* o la *periferia* del currículo. Desde ya, esta división según la ubicación implica por sí misma la importancia que se le atribuye a las asignaturas. Las materias que componen el *núcleo* -como su mismo nombre lo indica, centrales y definitorias en una carrera de Derecho-, son las que conforman la doctrina de derecho privado. Luego, la *periferia* consta de todo lo demás (clasificado en el punto anterior como de centro-izquierda). Los sentimientos generados a partir de esta clasificación distorsionan la discusión sobre su importancia.

En orden a ilustrar estas emociones condicionantes, nuestro autor parafrasea algunas de las opiniones más comunes: *...El núcleo es consistente, la periferia es "blanda". El núcleo es derecho, la periferia es política. El núcleo es razón, la periferia es emoción. El núcleo está basado en la neutra, anti-emotiva lógica de la doctrina, mientras que el acercamiento a través de la clínica, interdisciplinaria, legal process, policy y derecho público está basado en pasión altruista. Lógica versus subjetividad. El núcleo es equivalente a realidad. Es el modo en que las cosas realmente son, mientras que la periferia es lo ideal, el modo en que nos gustaría que las cosas fueran*¹³. Aún más, los profesores le atribuyen a las materias periféricas algunas de las siguientes características: dispersión, carencia de un tema en común, apoliticidad.

Todo lo dicho tiene como resultado que la crítica que hacen los profesores de asignaturas periféricas a las nucleares sean, cuanto menos, débil. En cambio, desde el núcleo, desde la posición central, se contesta al cuestionamiento con su muy específica y burocrática función: *...somos una escuela de derecho. Estamos tratando de entrenar gente para hacer cosas. Tenemos objetivos sociales concretos que cumplir... La periferia le responde al núcleo, "Pero hay algo irrelevante en la doctrina." Entonces la respuesta del núcleo no se hace esperar, "¿Qué quieren decir con algo irrelevante?" La corporación de abogados vive de la doctrina...*¹⁴.

Además de estas consideraciones, casi todos los que enseñan materias de la periferia conciben a la doctrina como sumamente

¹³ KENNEDY, op. cit., pág. 10.

¹⁴ KENNEDY, op. cit., pág. 10.

importante. Paradójicamente, los que enseñan doctrina sienten que la periferia no lo es. Es decir, sólo los profesores de la periferia son ambivalentes con respecto a la importancia de su propio rol. La ambivalencia, claro está, proviene tanto de la forma en que se plantea la disputa (entre materias nucleares y periféricas), como de las características que se le asignan: consistencia, lógica y neutralidad a la doctrina en oposición a la blandura, sentimentalismo y subjetividad de la periferia.

4.- Las conclusiones del trabajo de Kennedy

Recapitulando, Kennedy sostuvo desde el principio una diferenciación entre la doctrina del derecho privado y los demás elementos del currículo, en base a sus respectivas orientaciones políticas. Por tanto, y dado este punto de partida, niega la veracidad de la distinción de acuerdo a la división núcleo/periferia, calificando a la misma como ilusoria. Es más, se pronuncia por la verdad de la total fusión entre el núcleo y la periferia.

Como primera razón para tal afirmación, destaca la falsedad de la unicidad de la doctrina, su pretendida lógica y consistencia. La doctrina, dice, es tan contradictoria y ambivalente como la periferia. Hay siempre dos líneas dentro de la misma. En la doctrina coexisten los principios del esfuerzo compartido, de la solidaridad contractual, de la confianza, con los principios de “nada de flexibilidad ni excusas” a la hora de cumplir los contratos. Y se pueden desarrollar perfectamente en conjunto, siempre que se acepte que la doctrina es incoherente.

Por tanto, y ya que uno de los motivos determinantes para considerar a una materia como central es que sea sólida, lógica, consistente, unitaria, y dada la incoherencia intrínseca de la doctrina, la distinción entre núcleo y periferia desaparece. Más aún, Kennedy sostiene que, para entender la incoherencia de la doctrina, para hacerla inteligible, es absolutamente imprescindible acudir a las materias de la periferia. Para entender la doctrina del derecho privado es necesario recurrir a lo que se enseña en la periferia. Por ejemplo, que hay diferentes teorías sobre el crecimiento económico. También es imprescindible acudir a la periferia para explicar cual debe ser el rol de los jueces y que debe considerarse materia justiciable. El dualismo o ambivalencia, luego, aparece en ambas dimensiones. Dentro de la doctrina puede haber concepciones más de centro-izquierda o más de centro-derecha. Lo mismo sucede con las materias de la periferia, que, inicialmente podían ser calificadas como simplemente de izquierda. En síntesis, la periferia es la que otorga al estudiante la formación necesaria para entender al núcleo. Enseguida se verá que en este punto coincide con el profesor Werner Goldschmidt.

5.- Otra clasificación de las materias del currículo de Derecho: la visión de Werner Goldschmidt

Para analizar lo que sucede en nuestra facultad, hemos considerado además lo dicho por el profesor alemán Werner Goldschmidt.

En su libro *Justicia y Verdad*, ofrece una descripción de lo que sucede a la hora de constituir los planes de estudios en las facultades de Derecho. A pesar de los años que han pasado desde la elaboración de su trabajo estimamos que aún es representativo, en gran medida, de nuestra realidad.

Sostiene Goldschmidt que hay dos *principios* rectores que definen la enseñanza del derecho, el *principio de selección* de materias a dictarse, y el *principio constitutivo* de las mismas, que es el que informa su contenido¹⁵.

En la realidad social de las facultades, opera el *principio de selección democrática*. Éste consiste en que las materias que *deben* enseñarse son las que adquieren su importancia por reflejar los hechos sociales que ocurren con mayor asiduidad. Cuanto más frecuentes los hechos que aborda, más importante la materia. Los hechos sociales se convierten así en “votos” que deciden que materias se han de dictar. Siguiendo este punto de vista, las materias se clasifican en:

- 1-Materias Mayoritarias.
- 2-Materias Minoritarias.
- 3-Materias Excepcionales.
- 4-Materias Parasitarias.

Como en la realidad social los actos de derecho civil y comercial son numerosísimos, serán estas materias las que adquirirán mayor importancia. En segundo lugar, tienen preponderancia las materias que se dedican al proceso referido a estos hechos. Por último, también adquieren relevancia, desde luego, el Derecho Laboral y el Administrativo. En síntesis, estas son algunas de las denominadas materias mayoritarias. Es oportuno adelantar ya, que éstas pueden asimilarse a las materias que componen el *núcleo* en la clasificación que hacen los profesores en las Escuelas de Derecho norteamericanas, según lo sostenido por Kennedy.

Las materias minoritarias, en cambio, son aquellas que contemplan hechos sociales menos frecuentes: el Derecho

¹⁵ GOLDSCHMIDT, Werner; *Justicia y Verdad*, Buenos Aires, La Ley, 1978, págs. 575 y ss.

Constitucional, el Derecho Internacional Público, el Derecho Internacional Privado, por ejemplo. Estas materias, por su condición, están expuestas al riesgo de ser declaradas optativas o a la reducción de sus horas cátedra.

En cuanto a las asignaturas excepcionales, estas son las que poseen una importancia circunscripta a determinadas situaciones. Por ejemplo, el Derecho de Minería.

Finalmente, y de acuerdo siempre a este criterio democrático de selección, se encuentran las materias parasitarias. Ellas no se ocupan ni de hechos sociales actuales y, algunas veces, ni siquiera de hecho social alguno. Ejemplos de estas materias son: Historia del Derecho, que se ocupa de hechos sociales, pero pasados, o Filosofía del Derecho, que directamente no se ocupa de ellos. Por supuesto que, de acuerdo al principio democrático, al ocuparse de este tipo de asuntos el tratamiento acorde sería la erradicación de las mismas de los planes de estudio. Las materias parasitarias pueden ser puestas en paralelo, por la importancia y sentido que se les otorga, con las periféricas.

Siguiendo con la descripción de la realidad social, una vez seleccionadas las materias a enseñar en relación con su importancia, queda por aplicar el principio constitutivo, es decir, el otro principio rector de la enseñanza del derecho. Por medio de éste se define el *contenido* de las materias dictadas. Este principio no es otro que el positivismo. Según Goldschmidt, el positivismo más difundido es el normológico. Su preponderancia impone a los alumnos el estudio del contenido de leyes, decretos y sentencias. En consecuencia, rigen como criterios pedagógicos la memoria y el enciclopedismo.

Los principios de selección democrática y el constitutivo positivista se retroalimentan. El principio democrático satisface al positivismo normológico, que preconiza su adhesión a los hechos observables. Ahora bien, Goldschmidt critica y advierte sobre las consecuencias de estos hechos. Ergo, y traspasando los límites de un estudio analítico-descriptivo, propone una reforma de dichos principios.

En primer lugar, sostiene la necesidad de selección de las materias por su *capacidad de formar para el dominio de lo jurídico*. A este fin, el principio de selección debe ser el aristocrático. De acuerdo al principio aristocrático, entonces, las materias se clasificarían en fundantes y fundamentales. Las fundantes serían aquellas que tienen capacidad para formar la conciencia jurídica a través del despliegue del mundo jurídico en todas sus dimensiones, normológica, sociológica y dikelógica. Además, ubican al fenómeno jurídico en tiempo y espacio. El desarrollo de las dimensiones del derecho se puede hacer desde la

Introducción al Derecho¹⁶ y desde la Filosofía del Derecho. Para la comprensión de la ubicación espacio-temporal del fenómeno jurídico, se estudiará el Derecho Comparado y la Historia del Derecho.

En cuanto a las materias fundamentales, serían aquellas que reflejan los hechos que ocurren en la realidad social. Se las considera fundamentales porque preparan al jurista para lo que va a tener que enfrentar con mayor habitualidad, lo que sin duda es necesario. No obstante, la habitualidad no puede ser el único criterio de selección de materias, menos aún, el criterio determinante de su jerarquía.

Finalizando la propuesta, Goldschmidt proclama que el principio constitutivo debe ser antipositivista. Con esto, se refiere no a un criterio jusnaturalista, sino a la necesidad de establecer un criterio que no tenga que ver con lo pesable o medible, como promueve el positivismo tradicional.

En lo que respecta a materias fundantes, no se presentan mayores tensiones con respecto al antipositivismo gracias al criterio aristocrático de selección. En otras palabras, la selección se hará en base a lo que mayor capacidad tenga de formar para el manejo de lo jurídico. El problema podrá surgir en relación a las materias fundamentales. Aquí el antipositivismo reviste un carácter fundamental. *Por un lado, la enseñanza debe comprender la realidad social, el conjunto de las normas y las valoraciones insitas en ambos...pero, por el otro lado, la triple enseñanza del mundo jurídico (realidad, norma y valoración), además de ser estática y enseñar lo que es, debe ser dinámica y enseñar su gestación y valoración*¹⁷. Esta enseñanza está dirigida no sólo al conocimiento del sistema jurídico sino también al de sus orígenes, a la formación para su valoración científica y a la capacitación para su reforma en los casos en que la valoración sea negativa; reforma que puede ser tanto legislativa cuanto judicial en caso de carencias dikelógicas.

6.- Una comparación entre las clasificaciones

Ahora bien, frente a las clasificaciones expuestas, es posible subrayar ahora algunas de las similitudes que fuimos adelantando. De esta manera, podremos dilucidar lo que ocurre con respecto a Filosofía del Derecho considerada siempre en su relación dinámica con las otras materias.

¹⁶ Pero sólo si se la dicta de la manera que Goldschmidt considera apropiada, en el sentido de apta para la formación de la conciencia jurídica, ver su *Introducción Filosófica al Derecho*, 4ta. edición, Buenos Aires, Depalma, 1973, págs. 6 y ss.

¹⁷ GOLDSCHMIDT, *Justicia y Verdad*, op. cit., pág. 584.

Es posible trazar un paralelo entre la clasificación de los profesores norteamericanos¹⁸ y la clasificación que rige de hecho en las facultades argentinas según Goldschmidt. La división entre materias nucleares y materias periféricas puede encontrar una equiparación relativa con la diferenciación entre materias mayoritarias, minoritarias, excepcionales, por un lado y parasitarias, por el otro. Así, las materias mayoritarias, minoritarias y excepcionales compartirían semejanzas con aquellas que componen el núcleo en los currículos de las Escuelas de Derecho estadounidenses. Las materias parasitarias, aquellas que no tienen contenido normativo positivo, son equiparables, en líneas generales, a las que integran la periferia.

¿Qué es lo que permite la asimilación entre clasificaciones? La asimilación es posible dado lo común entre el núcleo y las materias mayoritarias, minoritarias y excepcionales y entre la periferia y las materias parasitarias. En el primer caso, lo que constituye lo común es, por una parte, la creencia compartida de los profesores sobre la utilidad y las características de estas materias. Además, el hecho de que todas son materias que abarcan hechos sociales captados por normas positivas¹⁹. Finalmente, estos hechos sociales, en mayor o menor grado, serán aquellos que tendrán que enfrentar con asiduidad los abogados que litiguen o se desempeñen en la judicatura, lo que responde al perfil del egresado de estas facultades y escuelas. En otras palabras, el profesorado de ambos países está convencido de que dichas materias conforman la esencia de un currículo de Derecho, lo que debe enseñarse. Que las habilidades que realmente utilizarán como abogados sólo se adquieren en dichas materias. Detrás de estas creencias subyacen: un concepto de derecho, una idea sobre el rol que ocupa y debe ocupar en la sociedad y, por tanto, una clase determinada de abogado (litigante o magistrado). En ambos casos, estas creencias son concordantes.

En cuanto la similitud entre las demás materias, esto es las periféricas y parasitarias, esta aparece como más sutil. Por un lado, en ambos casos se trata de materias que no comparten una ilación lógica fuerte. Las materias que en nuestra facultad Goldschmidt califica como parasitarias, no forman ramas ni núcleos doctrinarios. Parecen más bien compartimentos aislados, no tienen un tema ni un abordaje teórico común. En el actual plan de estudios estas materias son: Historia del Derecho, Introducción a la Filosofía y a las Ciencias Sociales, Historia Constitucional Argentina, Introducción al Derecho, Finanzas, Derecho Político, Filosofía del Derecho, Sociología General y del Derecho y Economía Política. En este sentido, sucede lo mismo que lo que señala Kennedy con respecto a la periferia. A más de esto, en ambos casos

¹⁸ Me refiero a la que hacen los profesores norteamericanos siempre según la descripción de Kennedy.

¹⁹ Sobre el common law y las distintas Teorías del Derecho que surgieron en su seno, se puede ver FASSÓ, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, 3era. Ed., trad. José F. Lorca Navarrete, Madrid, Pirámide, 1983, Tomo III, págs. 213 y ss.

muchos de los profesores creen que son materias poco importantes para la formación del abogado (siempre considerando lo dicho en el párrafo anterior). Quizá la diferencia sea que en los EEUU los profesores consideran que en la periferia se ubican las utopías sociales, los deseos irrealizados, cuestiones no susceptibles de ser estudiadas técnicamente. En nuestro caso, la opinión generalizada pareciera ser que sirven para darle una formación general al estudiante de primer año²⁰, que son una especie de propedéutica para el posterior estudio de las materias que “realmente” son propias de una carrera de Derecho. El resto de esta clase de materias, distribuidas a lo largo de la carrera, son útiles para brindar un poco de “cultura general” al futuro egresado. Y lo que es peor, algunas de ellas no serían consideradas ni siquiera materias que tengan una relación estrecha con el derecho. Por lo demás, se acepta bastante mansamente que una “pátina” de cultura general es deseable tanto para los estudiantes de primer año como para completar la formación que impartida en una carrera universitaria.

7.- La dogmática jurídica y el positivismo en nuestra Facultad

Nos hemos explayado sobre los pretendidos rasgos de la doctrina del derecho privado en oportunidad de desarrollar el pensamiento de Kennedy. Hemos creído conveniente detenernos ahora en los trazos que definen al positivismo y a la ciencia dogmática del Derecho en Argentina²¹. Esto es preciso en razón de que son estas las posturas teóricas que sostienen los profesores de nuestra Facultad; en suma, las que determinan la importancia que ha de otorgarse a unas materias en detrimento de otras. A partir de este delineado, volveremos sobre la clasificación que Kennedy propone como correcta: la clasificación política de las materias de los currículos. De esta manera, será posible pensar en tales términos nuestro propio caso al tiempo que se evidenciarán algunas coincidencias con los postulados de Goldschmidt.

En cuanto al positivismo, seguiremos al profesor Norberto Bobbio. En su libro *El problema del positivismo jurídico*²², realiza la siguiente descripción sobre diversos tipos de positivismo:

1- En primer lugar, *Por positivismo jurídico como teoría* –dice Bobbio- *entiendo aquella concepción particular del derecho que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercer la coacción: el Estado. Se trata de aquella común identificación del positivismo jurídico con la teoría estatal del derecho. Históricamente, esta teoría es la expresión o la toma de conciencia, por parte de los juristas, de*

²⁰ Nos referimos a las primeras cuatro de la enumeración.

²¹ Por supuesto que las características descriptas no sólo corresponden a lo que sucede en relación con el fenómeno jurídico en nuestro país sino que es aplicable, en mayor o menor medida, a todos aquellos países con sistema jurídico continental. De hecho, Bobbio no es un autor argentino.

²² BOBBIO, Norberto; *El problema del positivismo jurídico*, 3ra. Ed., trad. Ernesto Garzón Valdéz, México, Distribuciones Fontamara, 1994, ISBN 968-476-137-6.

la formación del Estado moderno, que es la monopolización del poder de producción jurídica por parte del Estado.²³ Para el autor, es Ehrlich quien mejor ha subrayado las características definitorias de esta versión del positivismo:

1- toda decisión judicial presupone siempre una regla preexistente.

2- esta regla está siempre dada por el Estado.

3- el complejo de las reglas dadas por el Estado constituye una unidad.²⁴

2- Además del anterior, hay un positivismo como forma de *approach*²⁵ a la enseñanza y al estudio del derecho que es (como oposición al estudio del derecho que *debe ser*).

3- Por último, el *positivismo ideológico* que, al sostener la creencia en ciertos valores, otorga al derecho que es, y en base a este hecho, una valoración positiva. Sería, más bien, una teoría de la justicia.

El positivismo como *approach* al estudio del derecho, y como teoría del derecho se relacionan fáctica e históricamente. Cuando los juristas al fin del siglo XVIII, dejaron paulatinamente de lado el derecho natural y comenzaron el estudio del derecho positivo, éste era el derecho unificado por el poder estatal de las monarquías absolutas. Bobbio cree que es posible decir que el positivismo jurídico como *approach* y como teoría, nacieron a un tiempo. Pero, la implicación histórica es, valga la redundancia, histórica pero no lógica. En ese momento, el estudio del derecho como hecho conducía a la concepción estatal del derecho porque, en efecto, todas las reglas que los juristas elaboraban como derecho vigente eran puestas directa o indirectamente por el Estado. Esto fue lo que, a juicio de Bobbio, llevó a unir ambas posturas. Es decir, el positivismo jurídico ha aparecido como estatismo por razones históricas. No obstante, con respecto al modo de estudiar el derecho y no al modo de entenderlo, se ha podido hablar de positivismo jurídico con referencia a otros ordenamientos, tales como el ordenamiento internacional y el ordenamiento canónico.

Observando con detenimiento el Plan de Estudios y los programas de las materias que se dictan en la carrera de Abogacía de la Facultad Derecho de la U.N.R., y teniendo en cuenta las percepciones a las que hicimos referencia en la Introducción, debemos coincidir con el diagnóstico del profesor Goldschmidt. En nuestra Facultad predomina, en primer lugar, el *approach positivista*. Y aunque compartimos con Bobbio que este método de acercarse al estudio del derecho no implica

²³ BOBBIO, op. cit., 1994, págs. 43 y ss. Las negritas son mías.

²⁴ BOBBIO, op. cit., pág. 44, citando a E. Ehrlich, en su obra *Die juristische Logik*.

²⁵ Valga aclarar que es este término, proveniente de la lengua inglesa, el que utiliza Bobbio para referirse a este tipo de positivismo.

necesariamente al *positivismo como teoría y/o como ideología*, en nuestra Facultad el vínculo es aún indisoluble. Agregase a esta situación la presencia mayoritaria de la ciencia dogmática, con el recurso a los tratados y manuales escritos por sus representantes, que refuerza el dominio del positivismo ideológico. Por eso, incluimos la tercera concepción del positivismo bobbiano, el *positivismo como ideología*, como parte de los paradigmas jurídicos reinantes en nuestra Facultad. En última instancia, nos encontramos con un producto teórico especial que podría denominarse *positivismo-dogmático*²⁶.

Si se retoma la comparación que asimila la importancia asignada por parte de los profesores a la doctrina del derecho privado – el núcleo en los EEUU y las materias mayoritarias, minoritarias y excepcionales en nuestras Facultades–, es necesario profundizar sobre la ciencia dogmática del Derecho. Porque es esta “teoría” el otro pilar que sostiene la preponderancia de las materias que reflejan hechos sociales captados por normas²⁷. Es la dogmática jurídica la que estudia, analiza y produce teorías con la materia prima normativa²⁸. Ahora bien, este estudio de las normas puede ser considerado, antes que una teoría, un cuerpo de creencias sobre el derecho. Estas creencias están relacionadas con el positivismo. En palabras de Nino, *Esta modalidad de ciencia jurídica se caracteriza por ciertas actitudes ideológicas e ideales racionales respecto del derecho positivo, por determinadas funciones que cumple en relación a él y por ciertas técnicas de justificación de las soluciones que propone...En realidad, como lo han sugerido Ross y Carrió, la dogmática jurídica vigente está fuertemente impregnada de la ideología que analizamos en el primer capítulo, llamada por Ross “seudopositivismo” y por Bobbio, “positivismo ideológico”, que consiste en reconocer la fuerza obligatoria a todo derecho positivo por el sólo hecho de existir, o de ser tal. Esta ideología que, como vimos, constituye una especie de jusnaturalismo conservador a pesar del rótulo de “positivista” que frecuentemente se le ha asignado, se expresa en el lema Gesetz ist Gesetz (“la ley es la ley”), cuyo significado es que la ley positiva debe ser obedecida y aplicada por los jueces independientemente de cualquier disenso axiológico respecto de ella, el cual, en todo caso, habrá de orientarse a proponer su reforma por medios legales.*²⁹ Es decir, la ciencia dogmática, que se ha ocupado mayoritariamente del derecho civil y del penal, se construyó y construye sobre una serie de ideales y

²⁶ En el sentido de la predominancia de este modelo teórico sobre el derecho y sus implicancias, puede verse: LISTA, Carlos Alberto; BEGALA, Silvana, *La presencia del mensaje educativo en la conciencia de los estudiantes: resultados de la socialización en un modelo jurídico dominante*, en Revista “Academia”, Nro. 2, Año 1, Primavera 2003, Bs. As., págs. 147 yss. Los autores describen un trabajo de campo que realizaron con sus propios alumnos que, ante la propuesta de resolver un caso real, muestran las huellas de una educación legal preñada de positivismo jurídico y ciencia dogmática.

²⁷ Ya vimos que el otro es el positivismo.

²⁸ Un caso que puede considerarse típico es el desarrollo de las teorías sobre la “naturaleza jurídica” de tal o cual instituto.

²⁹ NINO, Carlos S.; *Introducción al análisis del Derecho*, 2da. Ed. ampliada y revisada, 13va. reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1998, pág. 326.

creencias sobre el derecho. Estos ideales y creencias no responden necesariamente a la realidad pero, y este es el rasgo esencial de la dogmática, no son susceptibles de ser discutidos y puestos a prueba. Más aun, la dogmática necesita de estos supuestos para desarrollar plenamente su función.

A manera de cierre de este análisis, estamos en condiciones de sostener en este punto que la calificación política de la doctrina del derecho privado estadounidense, es trasladable y aplicable a nuestro positivismo y a la ciencia dogmática que lo reproduce. Como Kennedy considera que la centro-derecha es también una actitud conservadora, en el sentido básico de mantener el *statu quo*, se puede mostrar la coincidencia de su análisis político tanto con respecto a lo dicho por Goldschmidt como por Nino. Efectivamente, Goldschmidt dice: *El Positivismo Jurídico, en primer lugar, fortalece al “establishment”. El Positivismo Jurídico, en efecto, no critica la realidad social, ni los hechos, ni las normas ni tampoco las valoraciones reinantes. Esta falta de crítica se debe en el supuesto de los supremos repartidores al hecho de que la realidad social les encanta siendo ellos quienes la hacen. Los demás son secuaces o conformistas*³⁰. Nino señala, en consonancia, que la dogmática jurídica, a pesar de su aparente positivismo, es una especie de jusnaturalismo conservador y que ha sido criticada como *...instrumento de la ideología liberal en materia económica*³¹.

Por último, cabe decir que tanto Kennedy como Goldschmidt, coinciden en que son la periferia y las materias fundantes, respectivamente, las que otorgan sentido y permiten una formación sólida para la comprensión del fenómeno jurídico.

Conclusiones

A pesar de que la bibliografía utilizada data de muchos años, creemos que es muy significativo que sus categorías aún resulten aplicables a la actual enseñanza del derecho. Es, sin hesitación, indicativo de la falta de dinamismo y cambio en el proceso educativo jurídico. Ya en la introducción citamos a Ciuro Caldani, que menciona una mezcla de *...ilusiones exegéticas e invocaciones Kelsenianas...* La predominancia del modelo positivista-dogmático y su reproducción a través de los cultores de la ciencia dogmática, confirman la “edad” de las teorías jurídicas vigentes en el Plan de Estudios y también en la “conciencia” de los docentes. Este cuadro de situación explicaría la consideración que tienen algunos docentes y estudiantes sobre Filosofía del Derecho. Por eso mismo, estimamos muy esclarecedor para este momento histórico lo que señalaba Fassó cuando el predominio de la Escuela de la Exégesis: *En las “Escuelas Centrales” de Derecho del imperio se procuró que fueran suprimidas las enseñanzas del derecho natural y hasta las de teoría del Derecho, que podían dar ocasión a*

³⁰ GOLDSCHMIDT, *Justicia y Verdad*, op. cit., pág. 581.

³¹ NINO, op. cit., pág. 325.

discusiones y críticas del ordenamiento imperial, procurándose enseñar, por tanto, solamente el Código Napoleón. Cualquier tendencia filosófica fue suprimida como peligrosa por la autoridad del Estado;... acostumbándose a sintetizar el espíritu de la doctrina del Derecho de la época, en la afirmación que se considera realizada en sus lecciones por uno de los exponentes –no de los más importantes- de la escuela de la exégesis, Juan José Bugnet (1794-1866), cuando decía: “Yo no conozco el Derecho Civil, yo enseño el Código Napoleón”³². Por supuesto que hoy no hay prohibiciones, pero si descalificaciones implícitas y subyacentes que actúan desjerarquizando determinadas materias.

Así, la facultad de Derecho se convierte en reproductora de un saber “cristalizado” y no en productora de conocimiento. La cristalización proviene de una doble vía. En primer lugar, es producto de considerar como derecho únicamente a lo que está válidamente sancionado. En segundo lugar, del rol que ocupa la ciencia dogmática que, tomando a la norma como único elemento del fenómeno jurídico a estudiar, reproduce esta situación estática. Por lo demás, sus investigaciones muchas veces no son un producto elaborado en los propios centros de investigaciones de la facultad. Esto se explicaría porque: *Si el jurista teórico no posee un campo propio de investigación, su único quehacer consiste en la enseñanza que se reduce a la información sobre existencia y contenido de normas. En otras palabras, la enseñanza es del tipo enciclopédico.*³³ A la vez, podemos señalar que estos sucesos se relacionan directamente con el perfil de abogado que egresa de nuestra facultad³⁴. Son pocas las oportunidades que tienen los estudiantes de tomar otro camino aparte del señalado: el ejercicio liberal de la profesión o, para quienes pueden acceder a éste, el desempeño en el Poder Judicial. Finalmente, esto influye de manera notable en la articulación de contenidos entre grado y postgrado, especialmente en el caso de las Maestrías y Doctorados, para cuya finalización exitosa se requiere de una preparación teórica de la que muchas veces se carece³⁵. A más de una apertura o creatividad que en el grado no hubo oportunidad de fomentar.

Como cierre, podríamos aventurar que al analizar las consideraciones sobre la materia Filosofía del Derecho, en conjunto con el resto de las materias que componen el Plan de Estudios, se han develado las concepciones teóricas que sustentan una determinada manera de enseñar el derecho. Lo que a primera vista aparecería como una mera yuxtaposición de materias, se puede apreciar ahora como el producto de concepciones bien precisas: un positivismo dogmático,

³² FASSÓ, op. cit., pág. 25.

³³ GOLDSCHMIDT, *Introducción Filosófica al Derecho*, op. cit., pág. 105.

³⁴ El perfil profesionalista de nuestra Facultad no es exclusiva de ella. Se trata de una característica propia de la Universidad en su conjunto. En este sentido se puede ver: PEREZ LINDO, Augusto, *Universidad, conocimiento y reconstrucción nacional*, Bs. As., Biblos, 2003, págs. 10 y ss.

³⁵ CIURO CALDANI, *Notas acerca de la articulación...*, op. cit.

reforzado y reproducido por la recurrencia a la ciencia dogmática. Por lo demás, estas teorías se han observado a la luz de sus orientaciones políticas.

Las corrientes de la Filosofía del Derecho son múltiples y han avanzado notablemente, alejándose de los presupuestos simplistas que se sostienen desde las posturas dominantes descritas; no obstante, podríamos sugerir que sus discusiones y problemáticas parecen no influir en la conformación de los planes de estudio de nuestras facultades. Este hecho es, por sí mismo, objeto de un trabajo de mayor extensión que debería tener por finalidad la explicación teórica de la perpetuación de tal modelo. Queda, luego, revisar cuáles son los factores que lo hacen persistir. Se ha vislumbrado ya el peso que tiene la política, para lo cual ha sido reveladora la aproximación teórica de Kennedy. Asimismo, sus aportes mostraron similitudes con las apreciaciones políticas que hacen Goldschmidt y Nino sobre el positivismo y la dogmática. Esperamos, pese a la brevedad y tipo de trabajo, haber cumplido con el objetivo propuesto: formalizar, o mejor, objetivar, parte las creencias y opiniones existentes sobre la enseñanza del derecho que es y la que debe ser.