

# Enseñanza jurídica y el uso de la historia del Derecho

---

POR JUAN MANUEL OTERO (\*)

**Sumario: I. Introducción.- II. El uso de la historia.- III. Las crisis.- IV. La época de transición.- V. La enseñanza del Derecho.- VI. Desafíos.- VII. Bibliografía.**

*Tutto era allora così semplice.*

Capograssi (1959: 359)

## I. Introducción

El objetivo central de este trabajo es reflexionar acerca de las ideas de crisis del Derecho y de su enseñanza. El punto de partida de estas líneas podría situarse en una genérica remisión a la forma en la que, cotidianamente, observamos hoy al Derecho. Es simple percibir que el Derecho va gradualmente perdiendo su simplicidad, su claridad, las certezas y la pretendida coherencia sistemática (1). Algo está cambiando. La bella imagen propuesta por S. Benhabib nos sirve para describir un estado de situación en el que se encuentran juristas, académicos, estudiantes, todos nosotros inmersos en un territorio repentinamente desconocido con la ayuda apenas de viejos mapas, dibujados en tiempos diversos, a partir de necesidades diversas, todos, en parte, desorientados al percibir que, mientras que el

---

(\*) Abogado. Doctor en Teoría e Historia del Derecho, Universidad de Firenze. Prof. Asociado regular, Universidad Nacional de Río Negro. Secretario Académico UNRN (Sede Atlántica). Estancias de investigación académica en IISJ, Instituto Internacional de Sociología Jurídica (Oñati), Center for the Justice and International Law -CEJIL- (Costa Rica), Universidad Autónoma de Madrid (España), Instituto Carioca de Criminología (Brasil).

(1) Sobre la simplicidad del Estado Moderno y su Derecho y su contraposición con la realidad que había existido previamente, el Derecho medieval, Grossi, P. "Dalla società di società alla insularità dello Stato: fra medioevo ed età moderna", en: Grossi, P. (2006). *Società, diritto, Stato - Un recupero per il diritto*, Milano: Giuffrè, pp. 75 ss.

terreno se modifico, abruptamente nuestros instrumentos, nuestros mapas, no lo hicieron (2).

¿Qué es lo que estamos dejando atrás? ¿En qué terreno nos estamos adentrando? Estamos frente al paso una transición desde un paisaje jurídico moderno a uno posmoderno (Grossi, 2015: 16). Nuestro tiempo, jurídicamente, se coloca precisamente más allá de lo moderno porque se encuentra caracterizado por la creciente y progresiva “toma de conciencia de la complejidad del universo jurídico” (Grossi, 2006: 60). En la actualidad, la escena jurídica se complicó. Se trata de un período histórico en el que se verifica la pérdida de centralidad del Estado como exclusivo y monopólico creador y aplicador del Derecho y la incapacidad y el letargo de la enseñanza jurídica para reaccionar ante un escenario que se complejizó, que cambió, que ya no se corresponde con las coordenadas fijadas a partir de la consolidación del Estado moderno. El Derecho es cada vez más plural, el escenario jurídico contemporáneo se comienza a volver a poblar de manera ya indisimulable, por una multiplicidad de fuentes productoras que exceden a la labor del Estado (3). Dentro aún de un mismo territorio, se logran generar múltiples ordenamientos que coexisten en un mismo espacio y tiempo. De esta forma, realizando un análisis desde el plano socio jurídico, nos encontramos, contemporáneamente, en una situación donde se hace cada vez más indisimulable la distancia entre la escenografía imaginada para nuestro universo jurídico –lo que Grossi llamó “los telones del escenario”– y el paisaje real que, efectivamente, domina la escena (Grossi, 2006: 60).

Si antes la legalidad nos remitía fundamentalmente a un significado que consistía en el respeto de la voluntad parlamentaria (Grossi, 2006: 62), hoy vivimos en un entorno jurídico donde, frente a la crisis del Estado como sujeto capaz de producir exclusivamente el Derecho, se genera una “multiplicación y superposición de diferentes estratos de legalidad” (Grossi, 2006: 62).

---

(2) Benhabib, S. (2006). “La globalizzazione e i diritti degli altri, Stranieri, residenti, cittadini”. Raffaello Cortina Editore, en: Cappellini, P. (2010). *Per una storia dei concetti giuridici*, Torino: Giappichelli Editore, p. 7.

(3) Por todos, Ferrarese, M. (2012). *Prima lezione di dirittoglobale*, Roma/Bari: Laterza; Ferrarese, M. (2006). *Diritto confinato. Inventiva giuridica e spazio nel mondo globale*, Roma/Bari: Laterza. Sobre el punto en una clave local; Bohmer, M. (2009). “La globalización y el nuevo espacio público en la Argentina”, en: *El nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*, Institute for International Law and Justice, New York University y la Universidad de San Andrés, Colección de Cuadernos RPA, Buenos Aires.

Cada vez más, vuelve a relacionarse con la experiencia jurídica, con hechos que surgen desde el espacio social, desde las prácticas coordinadas de actores que conviven, acuerdan, aceptan o desafían las normas estatales, especialmente cuando estas no logran brindar ya las respuestas necesarias que impone una realidad que no *espera* más por el pesado accionar del andamiaje jurídico del Estado (4).

¿Qué consecuencias prácticas tiene este nuevo cuadro de situación? Desorden, sin duda, pero al mismo tiempo, oportunidades. La tarea que se nos impone como juristas y, fundamentalmente, como docentes, es la de renunciar a las geometrías prometidas por nuestros maestros jurídicos y a los espejos de colores que nos ofrecía la idea misma de una ciencia purificada del Derecho. El desafío será aceptar que nuestro trabajo como juristas deberá soportar la incerteza, la impureza, la vida cruda del Derecho (Grossi, 2015: 16). Se nos exige la responsabilidad de construir y transmitir herramientas conceptuales y diagnósticos útiles para con nuestro entorno, aceptar que lo que estábamos habituados a reconocer hoy ha cambiado y que las certezas y tranquilidades construidas a lo largo de los últimos siglos se resquebrajaron sin posibilidad de retorno.

## II. El uso de la historia

Analizaré el problema planteado desde una perspectiva propia de la historia del Derecho. Este es un producto histórico y su misma historia nos

---

(4) Se podría resumir esta tendencia con la mención de que se registra una creciente inhabilidad, por parte del Estado (antes monopolístico, absolutista), para gobernar hoy al fenómeno jurídico en su totalidad. Grossi identifica esquemáticamente como significativos estos grandes bloques para marcar la modificación de la tendencia legicéntrica: (a) La constitucionalización del *dopo guerra*. “La Constitución del tardío siglo XX (...) ya no es el conjunto orgánico normativo que vincula a los ciudadanos y también a los mismos órganos del Estado”, sino que se transformó en un “conjunto que emana del pueblo constituyente y que, inmediatamente, hace suyos los valores que circulan en la sociedad. En resumen, la Constitución es la imagen de la sociedad que se auto ordena sobre la base de valores meta jurídicos muy precisos”; (b) La internacionalización: “Me refiero ahora a los hechos que conciernen a ese fenómeno de privatización y fragmentación de las fuentes productoras de Derecho, que muestran su aspecto más llamativo en la hoy tan discutida globalización jurídica. Y es que, aunque se siga proclamando y defendiendo oficialmente el monopolio estatal de las fuentes, este baluarte de la civilización jurídica nacida de la Revolución de 1789 se profana y se elude con una creciente intensidad” (Grossi, 2006: 62).

ayuda a pensar problemas presentes, entre ellos, la forma en la que lo enseñamos. Colocar, en primer plano, la relación entre el Derecho y la experiencia histórica del fenómeno jurídico nos permite percibir que este se encuentra en relación con específicas y variadas visiones del mundo que se construye a partir de una serie de presupuestos culturales que no pueden dejar de ser analizados (Grossi, 2001: 23). El Derecho de hoy, el Derecho de ayer y el de mañana es, no un producto natural dado, sino la suma de opciones, decisiones, justificaciones, valoraciones; el resultado de un entramado de soluciones específicas que, frente a una realidad puntual, y a partir de un contexto dado, un específico conjunto de actores encontró, construyó, logró imponer y le otorgó estabilidad.

En este contexto desafiante para la comunidad jurídica, la utilización de la historia puede ser una herramienta importante. Puede reservársele, aún hoy, un rol marginal, en una fase de retracción, dentro del campo de estudios jurídicos en lo que respecta a su punto de vista cuantitativo. Sin embargo, su función puede ser de relevancia en la posibilidad de proponer una visión del Derecho distinta, consciente de las contradicciones y de la profundidad de los cambios que impone el presente (Cappellini, 2010: 9). Debemos, sin embargo, hacernos cargo, en este punto, de una *desconfianza* que pesa sobre la tarea del histórico del Derecho. En un momento en el cual la historia parece ser, en el mejor de los casos, una materia marginal, aquí sostendremos lo contrario. La remisión a un estudio en clave histórica del problema no implica perder de vista ni la relevancia de la cuestión, ni la necesidad de dar cuentas de la *utilidad* de una aproximación teórica como la que en este caso se propone.

El uso de la historia del Derecho, en primer término, es útil para la labor de desnaturalizar parte de las categorías centrales propias del Derecho moderno. Acostumbramos pensar el Derecho –y a enseñarlo– de una prefijada forma. Fuimos configurados para aceptar determinados presupuestos nucleares de nuestras más básicas instituciones como si se tratase de fenómenos dados sin conflicto, sin alternativas. La tarea de alejarnos de nuestros hábitos más profundos no es sencilla. Tampoco esta es simple cuando estos hábitos y presupuestos se relacionan con la identificación misma del Derecho como fenómeno individualizable. Se trata aquí de relativizar la idea de la crisis del Derecho y de reconfigurar el problema de una diferente manera. Como una crisis, sí, pero con una forma particular de comprenderlo. En

segundo lugar, utilizar una aproximación jurídica, nos coloca en una posición privilegiada para buscar una operación inversa a la anteriormente propuesta. Ya no se trata de desnaturalizar específicos momentos históricos sino, por el contrario, de naturalizar procesos que son constantes: el cambio de forma del Derecho como fenómeno normal. Presentar como naturales las estaciones de rupturas, las transiciones, los momentos de cambio en la forma de entender el Derecho; comprender estos momentos como fenómenos que forman parte de su vida y que, por más que nos asombren y que esto sea entendible –precisamente, porque nos habíamos acostumbrado a una determinada forma y nos resistimos a este cambio– no hace más que reflejar que el Derecho moderno clásico, la propensión heredada de identificar indisolublemente y absolutamente al Derecho con el Estado, no es más que una estación histórica particular destinada a mudar de piel.

Si realizamos esta operación, lograremos demostrar que los cambios de fisonomía que va adoptando el Derecho según cada momento histórico no son más que previsibles modificaciones, seguramente inevitables –en ocasiones deseables, en ocasiones no deseables– pero fisiológicas y no patológicas. El uso de la historia del Derecho se transforma, de esta forma, en una herramienta importante para el diseño de estrategias capaces de controlar al ansia del jurista frente a estos grandes momentos de ruptura como los que parece que atravesamos en la actualidad (Cappellini, 2010: 7). En suma, aproximarnos al tema desde una lectura en clave histórica del Derecho ayuda a tomar dimensión del problema. Permitirá, a través de la invitación a reflexionar acerca de los presupuestos que determinan nuestra forma de enseñar el Derecho, ser capaces de vislumbrar posibilidades reales de cambios profundos y trazar como una mínima hoja de ruta para emprender el camino de una reforma profunda de nuestras facultades.

### III. Las crisis

Hoy dos fenómenos se dan en forma simultánea: el interés cada vez mayor por la forma en cómo se enseña el Derecho y la importancia que el espacio jurídico tiene en la gestión de los más relevantes problemas comunitarios. A este fenómeno de consolidación de un campo teórico y práctico en torno al problema de la enseñanza del Derecho se le suma el hecho de que este proceso se da en un marco en el cual se le pide cada vez más al Derecho y en el que se nota una creciente demanda a que los conflictos sean

resueltos, prevalentemente, en sede judicial. No existe tema relevante que deba resolver una comunidad política que, de una u otra forma, no sea decidido por nuestros Tribunales (5).

Estos dos procesos que parecen marchar con la misma velocidad, un incremento de la judicialización de la vida social y una creciente importancia, visibilidad y consolidación del tema de la enseñanza jurídica, son acompañados, sin embargo, por una particular sensación. El Derecho no estaría siendo eficaz, no nos estaría sirviendo demasiado, no estaría a la altura del tiempo y de las, quizás exageradas, prestaciones que se le reclaman. Tampoco la forma en la que enseñamos el Derecho nos satisface. El contexto es problemático: se pide cada vez más Derecho y, al mismo tiempo, existe insatisfacción sea para con las prestaciones que produce, sea con la forma en cómo se lo continúa enseñando en nuestras Universidades. La tesis que sostengo es la siguiente: debemos reconfigurar el diagnóstico y separar la supuesta crisis del Derecho de la indudable crisis sobre la enseñanza del Derecho.

Por una parte, no hay crisis del Derecho sino un cambio superficial de su epidermis. Un cambio fisiológico de la vida del Derecho que adopta, según la estación histórica, diversas formas y acepta diferentes configuraciones. Que el paradigma legicéntrico y absolutista del Estado Moderno entre en crisis no significa que el Derecho, como fenómeno que excede a esta particular manifestación histórica, se encuentre en un período de derrumbe. De lo que se trata aquí, es de “reconfigurar el diagnóstico y circunscribirlo no a una crisis del Derecho sino a la crisis de una particular forma de entender al Derecho, una tradición que no se extendió por más de un par de siglos, la moderna, que aún continua siendo dominante en la forma en cómo se sigue pensando el Derecho en nuestra tradición jurídica” (Grossi, 2006: 60). Sostendré que, efectivamente, sí se verifica una preocupante crisis en la forma en la que se enseña el Derecho. Se continúa enseñando según las coordenadas teóricas de un universo jurídico que ya no existe. Se tratará aquí de

---

(5) Santoro, E. (2014). *Derecho y Derechos. El Estado de derecho en la era de la globalización*. Ciudad de Buenos Aires: Ad Hoc, p. 31: “El último período del siglo pasado se ha caracterizado por una transformación del equilibrio de los poderes a favor del poder judicial; la justicia asume un peso creciente en la vida colectiva. (...) La política, y con ella la democracia, han abdicado en favor de una aristocracia judicial”. Sobre el punto ver Waldron, J. (1993). “A Right Based Critique of Constitutional Rights”, en: *Oxford Journal of Legal Studies*, XIII, N° 1.

explicar el porqué de la incapacidad de la enseñanza jurídica contemporánea de transformarse en una herramienta útil, capaz de seguir el ritmo de su tiempo. Sostendré que la causa de este atraso es que la forma en cómo se enseña aún continúa íntimamente relacionada a la forma dominante en la que se sigue pensando al Derecho en nuestra tradición jurídica.

#### IV. La época de transición

Mencioné espacio y momento de transición entre Derecho moderno y el postmoderno. Definamos qué entendemos por este espacio de ruptura y a qué períodos histórico-jurídicos nos estamos refiriendo. Lo que estamos dejamos atrás es a la modernidad jurídica. A ese anagrama, en los términos de Paolo Grossi (2006: 53) que presenta “un signo completamente diferente y es, consecuentemente, la presencia nueva y cada vez más firme, en el escenario histórico, de un sujeto político con vocación totalizadora; el Estado, ese sujeto cuya ausencia había permitido que la experiencia social se coordinaría y consolidara en libertad”.

La promesa pura del Derecho moderno era simple y cristalina, tan pura en su proyección como seguramente irrealizable en su posibilidad de concretarse. Se suponía la existencia de un Estado, de un territorio y de un Derecho; se suponía un Derecho único que no conocía “interrupciones en la totalidad de la esfera territorial; un territorio jurídicamente liso porque es unitario jurídicamente. Tal es la vocación intrínseca del absolutismo jurídico moderno que se manifiesta como evidente en la unión conyugal, una unión entendida como necesaria, entre Estado y Derecho” (Grossi 2006: 66) (6).

Evidentemente, nos encontramos en una situación muy lejana a lo que es el Derecho, pero increíblemente próxima a cómo continuamos imaginándolo y enseñándolo. Aquel Derecho ya no existe y, sin embargo, continuamos pensándolo y enseñándolo como si aún fuese ya no una promesa trunca sino una realidad (7).

---

(6) Los caracteres centrales de este modelo son la “estatización del Derecho, en la juridicidad vinculada al Estado, en la consideración del Estado como único sujeto que está en condiciones de transformar en jurídica una vaga regla social, en que el Derecho se manifiesta solo a través de la voz del Estado, es decir, en la ley”.

(7) Se nos impone también una referencia acerca del alcance de estas líneas. El objeto principal reflexión es aplicable a una tradición jurídica particular, que identificamos como



No solo el Derecho que hoy existe es distinto al andamiaje de lo que fue propuesto por el Derecho moderno. El Derecho que había existido hasta este particular momento histórico –hasta antes de la consolidación del Estado Moderno tal como lo conocemos– había *funcionado*, había tenido una fisionomía diferente. Se trataba de un espacio jurídico caracterizado por la inexistencia de un actor con la pretensión y la capacidad de imponerse exclusivamente sobre el resto; por la no indiferencia, por la tolerancia del poder político hacia la pluralidad de fuentes y ordenamientos que, en forma coordinada, daban vida a un Derecho diferente al nuestro.

Todo el cuadro, que aquí podemos identificar como Derecho premoderno (Grossi, 2001: 29 y ss.) se modifica con el proceso de estatización. Se trata de un momento de extrema importancia para las coordenadas con las que nos hemos habituado a pensar nuestras instituciones más importantes. Un momento en el que coinciden dos fenómenos centrales para lo que aún hoy continuamos identificando con la idea de la civilización moderna: “el paradigma de la ascendencia griega de la política como soberanía popular y de la ley igual para todos y el de derivación romana del Derecho como conformidad a un sistema auto centrado de reglas racionalmente definidas” (Grossi, 2001: 29).

Según Aldo Schiavone (2009: 28) es solo en la Europa moderna que estos modelos que habían permanecido disociados, logran fusionarse en un único modelo que busca “conjugar Derecho y democracia, orden jurídico y pueblo soberano”. La forma en la cual este ambicioso proyecto se concreta

---

“Derecho continental”. Se trata del modelo jurídico típicamente identificado por la tríada francesa, alemana e italiana; tradiciones donde la búsqueda de combatir, a partir de un proceso de centralización y monopolización normativa a las antiguas reglamentaciones particularistas, fue especialmente intenso. Las reflexiones que siguen son aplicables a esta forma de entender el Derecho propia de la Europa continental y exportada a nuestra cultura jurídica Latinoamérica. La realidad del mundo anglosajón es distinta. Se trata de una tradición jurídica en la que existe un mayor reconocimiento de la pluralidad de las fuentes jurídicas; en la que se mantiene una preferencia por el momento de aplicación de la norma a través de una entramada y rica comunidad de intérpretes. Un Derecho más jurisprudencial y basado en la práctica continua y en el valor del precedente, menos apegado al legislador y a su capacidad potestativa. Es por esto que mucho de lo aquí escrito no aplique para esta tradición jurídica. Se busca entonces acercar un problema que se extienda a una tradición de enseñanza jurídica que aquí englobaré bajo el título de *continental*. Schiavone, A. (2009). *Ius. La invención del Derecho en Occidente*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, p. 28.



es a través de la búsqueda del intento de volver a englobar toda la particularidad de la vida social “dentro de protocolos y de los parámetros de procedimientos verificables y disciplinantes, en una retícula de medidas y de formalismos conceptuales, objeto de un conocimiento peculiar, con un estatuto fuerte: la ciencia jurídica concebida como analítica del poder y de su normalización racional” (Schiavone, 2009: 28).

A la dispersión y tolerancia del poder político hacia formas múltiples y particulares de juridicidad que habían existido durante la Edad Media comienza a contraponérsele un momento en el cual la figura del príncipe moderno pasa a intuir el “valor fundacional que el Derecho puede aportar a la dimensión política y, en consecuencia, está dispuesto a controlarlo” (Grossi, 2006: 54). Reacio al pluralismo de fuentes, el poder político se basa, cada vez más, en un legislador. Según esta concepción, positivista e formalista, el Derecho, en palabras de Emilio Santoro, se encuentra constituido por normas, básicamente fijadas en leyes que se aplican para resolver la totalidad de las controversias jurídicas (Santoro, 2014: IX). Cada vez más notoriamente se consolida la supremacía de la ley que se logra imponer sobre las restantes expresiones de juridicidad, pasando a tener una jerarquía preferente que desplaza a las restantes fuentes del Derecho, las subordina, les quita autonomía y vigor (Grossi, 2006: 55).

Los Códigos –figura central, si la hay, dentro aún hoy dentro de nuestras universidades– fueron instrumentos especialmente importantes en ese gran proyecto de simplificación del Derecho (Cappellini, 2006: 1982 y ss.). Resaltaban dentro de un paisaje jurídico que, poco a poco, pretendía ser más simple, jerárquico, ordenado, previsible. Su relevancia era innegable. Calificado como el suceso más representativo y también más incómodo de nuestra historia jurídica continental, el proceso de Codificación del Derecho, encuentra en la Francia de Napoleón I, su concretización completa (8). A través de estos procesos, se pretendió que la totalidad del Derecho fuera “ordenado en millares de artículos organizados sistemáticamente y contenidos” en algunos pocos libros, denominados Códigos (9). Estos

---

(8) Grossi (2006: 56); Ghisalberti, C. (1998). *La codificazione del diritto in Italia. 1865-1942*, Bari: Laterza.

(9) *Ibid.* “(...) aun cuando se trató de una tarea grandiosa y admirable, fue, asimismo, un acto supremo de engreimiento” (p. 26).

pretenciosos instrumentos, tan particulares como de corta vida en la historia milenaria del Derecho, determinaron también en grandísima parte aún hoy nuestra forma de entenderlo, y, fundamentalmente, nuestra forma de enseñarlo.

¿De qué forma se transforma el papel de la ciencia jurídica y de los jueces? Si en el Derecho romano el espacio que los juristas habían tenido había sido extremadamente importante (10). Si, durante el período que identificamos como Derecho premoderno, la labor de los juristas continúa siendo central en una concepción que se basa en un espacio jurídico construido básicamente a partir de la multiplicidad de experiencias compartimentadas (Grossi, 2001); el papel que se les reservaba a la casta de los juristas cambia abruptamente con la consolidación del modelo de Derecho moderno. Es entonces cuando la antes potente ciencia jurídica, la antes activa labor de juristas y jueces, pasan a reducirse a lo que se identifica como un estado de servidumbre hacia la nueva figura central del panorama: el legislador. Jueces y juristas son desplazados de un escenario donde se los excluye tanto del proceso creativo del Derecho como de la labor interpretativa. Su función pasa a quedar aprisionada, en parte “minimizada a la no función de la exegesis” entendida como la “repetición llana y servil de la voluntad que el legislador ha revelado y recludo en la propia ley” (11).

La personalidad del sujeto que decide qué es el Derecho, así como la racionalidad que esta personalidad proyectaba, se presenta como un factor que no debe influir en la solución predefinida de toda controversia jurídica. Los jueces pasan a ser sujetos que deben reconocer el Derecho como

---

(10) Ver sobre el punto, “Diritto e giuristi nella storia di Roma” en Schiavone, Aldo (editor) (2003). *Diritto privato romano*, Torino: Einaudi; Schiavone, A. (1987). *Giuristi e nobilità nella Roma Repubblicana. Il secolo della rivoluzioni científica nel pensiero giuridico antico*, Bari: Laterza. En palabras de Grossi (2006): “El Derecho romano, en resumen, es fundamentalmente obra de científicos, pero de científicos extremadamente singulares porque tenían, al mismo tiempo, que inventar y, después, reflexionar y definir, y finalmente, realizar una construcción ulterior en la que, además, debía realizarse armónicamente la titánica transformación de la ciudad Estado del Lacio en un Imperio casi universal”.

(11) Grossi (2006: 57). Se entiende por este término a la corriente de juristas que, inmediatamente luego de los procesos codificatorios franceses y austríacos, tuvo como nota distinta la vinculación de su labor a las disposiciones fijadas en las disposiciones de los Códigos, considerados en los hechos como una escritura *quasi* sacralizada sobre la cual la posibilidad de variación por obra del actuar del intérprete era pretendidamente inexistente.

creado *en otro lado*; deben decidir de manera correcta y formal, sin que nada influya sobre su específica decisión, a no ser el texto crudo de las normas creadas por el Legislador omnipotente y omnipresente (12).

Por esto, se verifica un proceso en el que coexiste una estrategia por parte del poder político en la búsqueda de controlar, de una vez por todas, la totalidad de la dimensión jurídica con la aceptación pasiva por parte de los juristas de un nuevo cuadro de situación que les reservaba el modesto rol de legitimar la entrega del Derecho a los dueños del poder de turno (Grossi, 2003: 28). El juez, el jurista, ya no son –y ya no deben ser– otra cosa que la *boca de la ley*. Pietro Costa (1995: 17) sostendrá que el paradigma positivista:

“impone que la subjetividad desaparezca ni bien se inicia el discurso de la ciencia: la subjetividad se entiende como una bata de entrecasa que puede –que debe– abandonarse apenas se vistan los hábitos solemnes y públicos de la ciencia. La proclamación de la no valoración, de la objetividad, la impersonalidad, la descripción de la ciencia y la enfatización de su absoluta relevancia gnoseológica, avanzan junto a la correspondiente minimización de la ‘subjetividad’ de los sujetos, por tanto también de los ‘científicos’, con la exclusión de su necesaria e integral inserción histórico-social e institucional” (Costa, 1995: 17).

Lo importante aquí es mostrar la relación existente entre una particular forma de concebir el Derecho con una particular forma de entenderlo teóricamente, de sistematizarlo, de enseñarlo. Aun cuando pueda ser una obviedad, lo que nos interesa demostrar que es la forma en cómo –desde una específica manera de entender al Derecho– se tiende a producir una particular forma de enseñarlo, una *actitud* con la que el jurista tiende a aproximarse a su objeto de estudio. En un mundo que hace del Derecho un fenómeno creado desde arriba, monopólico, reacio a la pluralidad de ordenamientos, pretendidamente ordenado y coherente, fundamentalmente, de carácter básicamente legalista, se consolida una visión donde el espacio para la interpretación jurídica y el rol del jurista queda reducido al de ser

---

(12) El Derecho pasa a ser un gran conjunto de normas que deben aplicarse cuando surge una controversia para enmarcar hechos o, simplemente, decidir las controversias jurídicas que puedan irse planteando. Santoro (2004: 373 y ss.).

un vasallo de la voluntad que el legislador ha logrado plasmar a través de su labor legislativa.

## V. La enseñanza del Derecho

Existe un período de cambio de tiempo, de época, en cuanto a la forma en cómo vive el Derecho en nuestra sociedad y, sin embargo, aún se percibe que la enseñanza del Derecho no es capaz de dar cuenta de ese entorno cambiante. El diagnóstico debe ser claro; la forma en cómo se enseña el Derecho en nuestra tradición continental está destinado al fracaso, sino es que ya fracasó estrepitosamente (Mangabeira Unger, 2006). La forma de enseñar el Derecho que caracteriza a nuestras facultades no nos sirve. Escribe Mangabeira Unger (2006) que como herramienta capaz de transmitir y crear conocimiento no sirve “ni para enseñar a los estudiantes a ejercer el Derecho, ni para lograr formar a personas que puedan mejorar el nivel de discusión de nuestros problemas, de nuestras instituciones, de nuestras políticas públicas”. El diagnóstico es grave.

No importan las citas críticas o los diagnósticos declarados. “Repetidamente denunciado, el formalismo doctrinario siempre resurge” (Mangabeira Unger, 2006). La práctica, producto de las mentes que aún no se han modificado, sigue definiendo el resultado de la partida y, en ella, la cultura dominante continúa siendo la que se relaciona con el paradigma moderno del Derecho.

Es necesario evitar la negación de la situación, desmentir lo que ya no puede ser negado; seguir pensando con la cabeza de un jurista esquematizado para un tiempo que ya no existe más. El problema central “El problema de la enseñanza del derecho es su fijación en un abordaje al mismo tiempo enciclopédico, exegético e escolástico del derecho vigente”. Hoy nos debería ya parecer improponible una aproximación al Derecho que lo identifique, en su totalidad, con prescripciones formalizadas prácticamente apenas relacionadas con el proceso de legislación. Y, sin embargo, esto sigue ocurriendo (Santoro, 2014: IX).

Primer e impostergable punto es el de evitar el desgano intelectual, desacostumbrarnos, provocar una forma distinta de entender el Derecho. El papel y la responsabilidad que le cabe a la enseñanza del Derecho es central. Las facultades de Derecho no tomaron, mayoritariamente, el desafío

de actualizarse. Es necesario dejar de lado una concepción pobre del jurista, la que le reservaba un papel marginal, determinando que su función primordial era la de ser capaz de realizar una operación cognitiva frente a un Derecho ya definido. Esta operación se limitaba a verificar la existencia de un Derecho creado apenas legislativamente, un Derecho ante el cual el jurista debía, simplemente, desarrollar una función declarativa a partir del rigor lógico de operaciones no valorativas, no políticas, alejadas de la contingencia, una función básicamente formal capaz de producir un Derecho verdadero y objetivamente creado desde de una simple operación de subsumción. Si antes la ciencia jurídica pretendía ser capaz de aplicar las normas según procedimientos lógicos, el jurista debía tener la exclusiva habilidad de comprobar la existencia del Derecho, garantizando una supuesta certeza y objetividad del espacio normativo.

El Derecho, antes que una técnica compleja que se construye a partir de la acción direccionada de jueces y juristas, se limita a ser un conjunto de normas que provienen desde los palacios del poder. En palabras de Emilio Santoro (2014: IX), el formalismo generó un abismo entre las normas y la vida y esto debe ser evitado. Es necesario reapropiarse de una visión del Derecho capaz de poner, en primer lugar, la noción de que la realidad del Derecho es la que se manifiesta, fundamentalmente, en las funciones que se pueden desempeñar en nuestra cotidiana realidad. Es necesario volver a entenderlo, principalmente, como técnica social que debe poder controlar y brindar herramientas de composición para nuestros más severos conflictos sociales.

Debido a que el “el contenido de la enseñanza del derecho continua siendo, en nuestra región, lo que siempre fue, escolástico, doctrinario, exegético” (Mangabeira Unger, 2006). Su valor práctico (...) ha decrecido. No sirve para entender el funcionamiento del Derecho. Las categorías teóricas no logran abrazar a la realidad y, mucho menos, el estudio en nuestras facultades es capaz de preparar a nuestros estudiantes para el complejo entramado de poderes múltiples en los que hoy el Derecho se desarrolla vitalmente. En nuestras aulas “lo que realiza en el mejor de los casos el profesor en el aula es pronunciar una conferencia, repleta de tecnicismos (...). No es ni una teoría ni una práctica. Comúnmente es apenas la repetición de fórmulas doctrinarias de poca o ninguna utilidad”. No puede extrañar, por lo tanto, el previsible desclasamiento y la pérdida de importancia de los

juristas; la consecuencia, a partir de lento y acumulativo “estancamiento y tradicionalismo de la enseñanza jurídica se produce la cada vez mayor “marginalización de los abogados y juristas” del espacio que vale de discusión pública. Irremediablemente los abogados dejan de ser participantes centrales, dejando cada vez más su lugar a economistas y otros profesionales (Mangabeira Unger, 2006). Las herramientas de formación deben ser otras y existe, y es necesario comprender e internalizar que nuestro tiempo nos ofrece un gigante espacio para proponer cambios en nuestra forma de enseñar el Derecho.

No solo esto, continuar enseñando con mapas conceptuales que ya no logran orientarnos provoca otra grave consecuencia que se relaciona con el desperdicio de recursos humanos. Aún hoy y, a pesar de todo, las facultades de Derecho siguen convocando a miles de estudiantes y son ellas las que continúan siendo parte de las carreras tradicionales que más alumnos reciben en nuestros sistemas de educación superior. Insistir con formas arcaicas e inútiles de enseñanza “representa un desperdicio (...) de muchos de nuestros mejores talentos, alumnos, y también profesores” (Mangabeira Unger, 2006). Mantener el estado de situación en nuestras universidades implica un gigante desperdicio de recursos humanos que se acercan a nuestras aulas y que son desaprovechados. Aún hoy, en todo Latinoamérica, los cursos de abogacía aún “continúan siendo muy demandados, inclusive por muchos de los mejores alumnos. Toda esta potencialidad encuentra en las facultades de derecho un terreno relativamente estéril, a pesar de que existen muchos profesores que, individualmente, intentar modificar la situación” (13).

Se necesita urgentemente una enseñanza del derecho que sea capaz de sacudirse de las espaldas el “fardo psicológico estatal para, una vez comprobada la ineptitud y lentitud de los Estados y sus órganos legislativos” (Grossi, 2006: 64) dar comienzo a la construcción de un espacio jurídico distinto (14). Existe todavía en nuestros claustros una reticencia a imaginar

---

(13) Sobre el punto, también; Böhmer, M. y Otero, J. (col.) (2003). “Igualadores retóricos: las profesiones del derecho y la reforma de la justicia en la Argentina”, en: *Cuadernos de Análisis Jurídicos*, Serie Publicaciones Especiales N° 15, Facultad de Derecho. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.

(14) En nuestros claustros se continúa identificando al Derecho como un fenómeno complejo, que presentó múltiples rostros y racionalidades a lo largo de su rica historia,

un Derecho que pueda escaparse de un chaleco de fuerza que lo amarra a reglas generales y abstractas rígidamente establecidas, a un conjunto de controles poco flexibles. Un Derecho que proviene desde la altura ante el cual el jurista, el profesor, el estudiante, debe simplemente aprender a declarar.

El histórico del Derecho tiene el deber y la responsabilidad de insistir en la búsqueda que favorezca a la más completa y posible conciencia de la historicidad del Derecho y en la denuncia de la relatividad de ideal jurídico propio del Estado moderno que continúa pesando sobre nuestras espaldas (Grossi, 2006: 30). Insistir es un paso modesto pero necesario. Sin siquiera comenzara comprender que seguimos *sintiendo* y, por lo tanto, enseñando al Derecho como si este no fuera otra cosa que lo que se imaginó en la Europa del siglo XVIII; sin tomar en cuenta las modificaciones fisiológicas que el Derecho contemporáneo adopta y que se transformaron en fenómenos ya indisimulables, las alternativas para aproximar a la forma en cómo enseñamos el Derecho a la manera en la que el Derecho vive en nuestra contemporaneidad son escasas.

Todo este cuadro de la *realidad*, de la configuración de múltiples ordenamientos particulares que surgen desde espacios que no coinciden ya plenamente con el Estado –ordenamientos que, sobre la base de su eficacia y utilidad, logran adhesión– se ha consolidado ante la mirada aún desconcertada e indiferente de la tradicional academia que no ha logrado dar cuenta de la creciente complejidad del universo jurídico y, mucho menos, ha sido capaz de adecuar las tradicionales formas a través de las cuales se continúa pretendiendo enseñar el Derecho.

Estatización a ultranza, riguroso legalismo, jerarquía de fuentes rígida, orden y coherencia del ordenamiento jurídico, coordinación: todas promesas del Derecho moderno que ya no logran caracterizar al Derecho contemporáneo y que, sin embargo, siguen siendo las coordenadas teóricas sobre las cuales, mayoritariamente, se sigue enseñando el Derecho en nuestras aulas.

Parte de nuestras más básicas categorías ya no tienen la capacidad de explicar lo que allí afuera pasa, lo que allí afuera vale y tiene hoy mérito

---

con una particular versión, aquella que lo relaciona necesariamente con el poder político encarnado en el Estado.



y peso jurídico. El jurista, el académico, quien traza mapas conceptuales, quien trasmite aptitudes y enseña prácticas tiene el deber, pero también la posibilidad, de liberarse de un conocimiento anacrónico y concentrar su esfuerzo en retomar el rol que históricamente le cupo: el de ser, quizás, el más importante artífice de instrumentos de observación y racionalización de la milenaria y preciosa práctica del Derecho vivo (15) (Grossi, 2006: 46).

## VI. Desafíos

El desafío que se nos plantea es de relevancia. Si hoy lo que nos domina parece ser la percepción de un pobre estado de la enseñanza jurídica; si los procesos de reforma siguen siendo marginales, no es sorprendente que la percepción de inutilidad del estudio del Derecho y el desprestigio de nuestras carreras sea la norma. Es necesario ser capaces de brindar buenas razones para seguir afirmando que el Derecho sigue siendo una herramienta relevante, que merece ser estudiado, practicado y enseñado. Parece que volvemos a encontrarnos frente a una situación en la que la profesión del jurista académico debe volver a superar el creciente escepticismo dentro de su ámbito, entre los mismos pasillos de las universidades, y que tiene que, asimismo, sortear la resistencia incluso de los profesionales forenses y el campo de la práctica (Santoro, 2004: 284).

Una vez más –mostrándose como actores capaces de advertir el cambio y de no persistir en modelos y prácticas de transmisión de conocimientos que ya no logran capturar la complejidad del presente y que, por lo tanto, se transforman en ejercicios de nula utilidad– las facultades donde hoy se enseña el Derecho deberían poder volver a poner en el centro de su labor la posibilidad de mostrar centralidad de la lógica en el estudio del Derecho. Esta centralidad, sin embargo hoy ya no debería entenderse solo como una disciplina que permitía comprender a cada sistema jurídico como un todo articulado en forma orgánica “sobre la base de un limitado número de categorías, conceptos y principios fundamentales” (Santoro, 2004: 287) sino que debe tratarse de una enseñanza menos pura, seguramente más

---

(15) No se trata de un fenómeno desconocido en la historia jurídica; Paralelismo // “Se hacían necesarias categorías generales para ordenar la nueva complejidad: si el legislador (...) no estaba en condiciones de ofrecerlas a través de sus normas generales, esa labor correspondía, y de hecho correspondió, a la naciente, pero muy vigorosa, ciencia jurídica, en especial, la universitaria”, Ver Grossi (2006: 51).

compleja, donde la capacidad de elaborar conceptos, de sistematizarlos, debe ir de la mano con la firme conciencia de que ellos deben esbozarse en un universo jurídico cada vez más confuso, cada vez más desordenadamente construido.

La historia del Derecho nos propone una pluralidad de experiencias donde la multiplicidad de los ordenamientos y de las fuerzas de la experiencia ha sido la norma. Esta misma historia del Derecho nos da múltiples ejemplos en los que los juristas lograron construirlo a partir de una realidad desordenada, seguramente menos incierta que la que nos prometía el Derecho moderno pero, no por ello, menos rica, menos imperativa, más articulada en lo más profundo de la sociedad. ¿Por qué todo esto es importante? En el Derecho clásico, en Roma, se alcanzó una “gramática completa a través de la que se podía ordenar y establecer la confusión promovida por los hechos sociales y económicos” (Grossi, 2006: 46). Precisamos hoy, más que nunca, volver a entender el Derecho como un fenómeno capaz de volver a transformarse en un agente ordenador de la realidad, un instrumento capaz de contrarrestar otros poderes, fundamentalmente el económico, otras racionalidades. Revitalizar el uso, y la enseñanza de un instrumento sobre el cual nosotros juristas tenemos aun la posibilidad de influir en su delicada y preciosa construcción. No se trata aquí de apenas ejercicios teóricos, sino de una suerte de invitación a retomar la responsabilidad que nuestro tiempo nos impone. Nuevamente en las palabras de Paolo Grossi: “el oficio del jurista no será fácil en el futuro más inmediato, pero deberá ser afrontado con la carga interior de esperanza y de confianza propia de quien sabe que ha reconquistado una función central en la sociedad (2006: 94). La necesidad nos impone una inmensa posibilidad, y una enorme responsabilidad. Queda en nosotros, ser capaces de aprovechar el momento de incertidumbre, pero al mismo tiempo de enorme potencialidad.

## VII. Bibliografía

BENHABIB, S. (2006). “I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini”. Raffaello Cortina Editore, en: Cappellini, P. (2010), *Per una storia dei concetti giuridici*, Torino: Giappichelli Editore, p. 7.

CAPOGRASSI, G. (1959). “Il problema di Vittorio Emanuele Orlando”, en: *ID*, Opere, vol. V. Milán: Giuffrè.

CAPPELLINI, P. (2006). “Codificación”, en: *Enciclopedia filosófica*, vol. II. Milano: Bompiani, pp. 1982-1984.

COSTA, P. (1995). “Discurso jurídico e immaginazione. Ipotesi per una antropología del giurista”, en: *Diritto pubblico*.

GHISALBERTI, C. (1998). *La codificazione del diritto in Italia. 1865-1942*. Bari: Laterza.

GROSSI, P. (2001). *L'Ordine giuridico medievale*. 8ª ed. Bari: Laterza.

— (2003). “La formazione del giurista e l’esigenza di un odierno ripensamento metodologico”, en: *Quaderni Fiorentini*, XXXII. Milano: Giuffrè Editore, p. 30.

— (2006). “Dalla società di società alla insularità dello Stato: fra Medioevo ed età moderna”, en: Grossi, P., *Società, diritto, Stato - Un recupero per il diritto*. Milano: Giuffrè, pp. 75 ss.

— (2006). *La primera lección de Derecho*. Madrid: Marcial Pons.

— (2015). *Ritorno al Diritto*. Bari/Roma: Laterza.

MANGABEIRA UNGER, R. (2006). “Uma Nova Faculdade de Direito no Brasil”, en: *Revista de Direito Administrativo: RDA*, Belo Horizonte, N° 243, set./dez. Disponible en: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/42553/41316> [Fecha de consulta: 23/08/17]

SANTORO, E. (2014). *Derecho y Derechos. El Estado de derecho en la era de la globalización*. Ciudad de Buenos Aires: Ad-Hoc.

SCHIAVONE, A. (2009). *Ius. La invención del Derecho en Occidente*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.