

I. Los estudios de derecho

1. *Los estudios de derecho*

Estos estudios existen desde hace mucho tiempo. Marco Tulio Cicerón se refiere a cómo lo estudió unos 50 años antes del nacimiento de Cristo. Por supuesto, desde esa época hasta la nuestra los estudios han cambiado mucho. Cada época definió qué se estudiaba como derecho, cómo se hacía y, luego, qué hacían quienes habían estudiado derecho.¹ En nuestra época, ocurre que hay varias maneras de estudiarlo aun dentro de cada país, pues generalmente cada escuela de derecho define su currículo con algunas limitaciones impuestas por los gobiernos o las organizaciones profesionales. Cada escuela también recomienda o trata de imponer un estilo a los profesores.

Quienes se gradúan en derecho pueden realizar actividades muy diversas que dependen parcialmente de lo que ofrece la escuela, del empeño de cada estudiante en aprender, de la estructura social y el ambiente cultural que nos rodea y que configura nuestras vidas. Las lecturas de este capítulo están dirigidas a plantear estos temas y generar reflexión sobre ellos.

2. *¿Qué se enseña y qué se aprende cuando se estudia derecho?*

Probablemente usted está iniciando los estudios de derecho o está considerando iniciarlos. Esto implica que, si se decide, en unos cuantos años estará listo para comenzar como profesional del derecho. La universidad o escuela de derecho le proveerá un título que puede variar en su nombre

¹ Quienes se interesen en el tema pueden leer a R. Pérez Perdomo (2022). *Educación jurídica en Occidente: una historia cultural*. Valencia: Tirant lo Blanch. La versión en inglés, algo distinta: *Legal Education in the Western World: A Cultural and Comparative History*. Stanford University Press, 2024.

de un país a otro. Por ejemplo, en México es de licenciado en derecho, en Brasil de bacharel em direito, en Venezuela y otros países, directamente el de abogado. En varios países la costumbre es denominarlos doctores porque en el pasado la Universidad daba ese título a quienes concluían la carrera de derecho. En la actualidad, en casi todos los países, el título formal de doctor está reservado a quienes hacen estudios específicos de doctorado, lo que usualmente es un posgrado que requiere varios años adicionales y es importante, fundamentalmente, para quienes quieren desarrollar una carrera académica. Son más frecuentes los estudios de especialización o maestría que son importantes en una carrera profesional.

Algo que debe ser tomado en cuenta por quien se plantee estudiar derecho es qué se hace en escuelas o instituciones muy diferentes entre sí. En algunas encontrará profesores que explican conceptos y reglas usualmente contenidas en leyes u otros textos. Los estudiantes deben tomar nota de lo que el profesor dice y repetirlo luego en el examen, o seguir y memorizar, en lo posible lo contenido en el texto que el docente recomienda. Algunas escuelas y profesores exigen que los estudiantes repitan con precisión, otras requieren mucho menos esfuerzo. Cuando se aprende algo en este tipo de instituciones se trata de conceptos, principios y las principales reglas contenidas en las leyes explicadas. En el mejor de los casos, es decir, si el profesor ha dado una buena explicación de la estructura conceptual del campo de derecho explicado y el estudiante ha sido aplicado, éste logrará tener una especie de cajitas bien organizadas con los principios y reglas que luego podrá utilizar en su vida profesional.

En otras escuelas, el profesor propone la discusión de casos y problemas, los estudiantes deben analizar y debatir. Si se siguen las reglas del juego, los estudiantes aprenden a analizar situaciones e ideas, a expresar su pensamiento con mayor o menor precisión y a entender los valores que están tras las distintas soluciones que se proponen a los problemas. Aprenden también las reglas y principios del derecho, pero seguramente de manera menos organizada y con menos detalles. El resultado es un conocimiento menos organizado que en el primer estilo de instituciones, pero que desarrolla la capacidad de entender problemas, de buscar y discutir soluciones, y de argumentar en favor de una solución u otra.²

² Una reflexión similar dirigida al derecho internacional privado puede verse en M. M. Albornoz y N. González Martín (2024). “Enseñanza del Derecho Internacional Privado

El primer tipo de escuelas puede producir un conocimiento organizado, pero puede que no haya aprendido a expresarlo oralmente con la soltura y precisión que es importante en la vida profesional. En el segundo tipo, el estudiante participativo adquiere esa competencia.

Una competencia distinta es buscar información, organizarla y convertirla en un argumento. Para esto algunas escuelas ofrecen unas actividades llamadas seminarios que requieren buscar información y redactar un trabajo donde se exprese un argumento. Este tipo de curso es también importante para el desarrollo de otra competencia: la expresión escrita. Esto no se aprende memorizando o sólo leyendo o hablando. Así como montar en bicicleta solo se aprende montándose en una, aprender a expresarse por escrito requiere que uno practique la escritura y alguien que lo corrija o aconseje.

Las señaladas no son las únicas posibilidades. En algunas escuelas, los estudiantes pueden trabajar con casos reales (clínicas jurídicas) o con casos imaginarios frecuentemente escritos por los propios profesores. Algunas requieren o facilitan y evalúan pasantías para que el estudiante se familiarice con el ejercicio profesional desde temprano. Otras no las requieren. Algunas escuelas exigen que los estudiantes realicen investigación que puede culminar en un trabajo de grado o licenciatura, mientras otras no exigen ni investigación ni trabajo de grado —tesis de licenciatura—. Algunas escuelas realizan un examen comprensivo para asegurarse que el estudiante que está cercano a graduarse tiene las competencias que requiere un profesional del derecho.

Estas variantes pueden ser entendidas de distintas maneras. Un estudiante puede apreciar que su escuela de derecho tenga requerimientos que le permitan desarrollar las diversas competencias que requerirá en su ejercicio profesional. Otro estudiante puede ver en esos requerimientos obstáculos para obtener lo que desea, es decir, su título profesional, pero no le importa si va a estar adecuadamente preparado para ejercer su profesión.

Las variantes señaladas tienen relación con los métodos educativos; sin embargo, también hay variaciones muy importantes en el contenido

en México”. *UACJ. Revista Especializada en Investigación Jurídica -REIJ-* 8 (15). Disponible en: < <https://revistas.uacj.mx/ojs/index.php/reij/article/view/6591>>. La versión en inglés se encuentra en: X. Kramer y L. Carballo Piñeiro (eds.) (2024). *Private International Law. A Handbook on Regulation, Research and Teaching*. Edward Elgar.

de la educación o con las facilidades de infraestructura. Es fácilmente perceptible que hay escuelas de derecho que funcionan en edificios agradables, con salones iluminados, que pueden ser grandes para recibir en ellos a numerosos estudiantes, o pequeños para grupos de discusión. Pueden tener bibliotecas bien equipadas o muy pobres, o no tener biblioteca. En realidad, todo esto está relacionado con el tipo de educación. Si lo central es que el profesor explique una clase y los estudiantes repitan lo que creen haber aprendido, la biblioteca es poco necesaria. Al contrario, si se requiere investigación para seminarios y trabajos de grado, el buen equipamiento de la biblioteca es importante.

El contenido de la educación jurídica tiene mucho que ver con la concepción dominante en la escuela o tal vez en la formación del profesor. Si el derecho es definido como conjunto de normas establecidas por el Estado serán esas normas las que se estudien. El interés del Estado, que representaría a la colectividad, es central en la comprensión de estas reglas. El derecho se asociará al Estado y al poder político. En otras instituciones se ve con atención los intereses y derechos de las personas y empresas, y lo que está en juego. El acento está en las interpretaciones posibles, así como en determinar cuáles corresponden mejor a los derechos de los involucrados. El Estado o quienes ejercen el poder político son también actores en este juego, pero no los actores únicos en la formulación del derecho. En esta perspectiva, tal vez no sean los actores principales en la vida y la formulación del derecho.

Todas estas consideraciones son importantes para las personas que están eligiendo la escuela de derecho donde desean estudiar, o si ya está en una que escogió por otros motivos para saber qué le espera y qué va a lograr con lo que ofrece la escuela. No obstante, es importante considerar también que su aprendizaje va a depender de su propio esfuerzo. Un estudiante interesado en las lecturas, en aprender, en participar en la vida del derecho, puede convertirse en un buen profesional, aun cuando su escuela tenga profesores mediocres, una biblioteca pobre y métodos educativos anticuados. A la inversa, un estudiante con poco interés en aprender o sin deseo de hacer esfuerzos significativos en su educación, desaprovechará las oportunidades que le pueda ofrecer una institución con excelentes profesores, métodos educativos modernos, biblioteca bien provista y equipamiento tecnológico de primer nivel.

Una interrogante que es importante responder tiene que ver con el alcance de las relaciones sociales personales o de la familia en el éxito profesional. Esas relaciones pueden ayudar en el comienzo de una carrera, pero su importancia decae pronto. El profesional bien preparado puede ascender rápidamente en su carrera. El mal preparado tendrá una carrera profesional subordinada o corta.

Un ejercicio que sugerimos es que converse con un abogado y se informe qué hace, en qué consiste su actividad diaria, si usa o no lo que aprendió en la escuela de derecho en esa actividad. Relacione lo que haya aprendido en esa entrevista con la información que encuentre en estos materiales. Lleve lo que haya aprendido de la conversación con el abogado a las sesiones de clase para que se converse sobre esa información.

Es posible que el entrevistado no vea la relación entre los estudios de derecho que realizó y las actividades que desempeña. De todas maneras, considere si esa persona ha adquirido un lenguaje o una manera de expresarse oralmente o por escrito que le es útil ahora y pregunte dónde lo aprendió. Es posible que quien haya estudiado derecho haya olvidado las normas jurídicas que aprendió porque no las ha usado, pero puede haberle quedado el lenguaje y otras competencias expresivas.

3. *Derecho como ordenamiento de la conducta*

La palabra *derecho* tiene muchos sentidos. Por ejemplo, es antónimo de torcido. En este capítulo se explorarán brevemente los significados que son relevantes para los estudios de derecho.

Uno de esos sentidos se refiere al derecho como el ordenamiento de la conducta en un espacio determinado. Así, cuando hablamos de derecho venezolano o derecho alemán o wayú nos referimos a un ordenamiento de la conducta que sería válido para los venezolanos, los alemanes o los wayú, según corresponda, pero hay gran desacuerdo respecto a en qué consiste ese ordenamiento. Para denominarlo se usa la expresión de derecho objetivo, también la de derecho positivo.

El conocido autor mexicano Eduardo García Maynez, definió el derecho como un conjunto de normas que ordenan conductas y atribuye

derechos y obligaciones. Son normas “imperativas-atributivas”. También se llama derecho vigente al que “en una cierta época y en un país determinado la autoridad política declara obligatoria”.³

Es una definición aparentemente sencilla, pero tiene problemas. Supongamos que la autoridad política declara obligatoria una norma, pero nadie le presta atención ni la cumple. ¿Es derecho? ¿Cualquier disparate que se le ocurra a quien ejerza la autoridad política y la convierte en norma sería derecho?

María L. Tosta plantea una variante: el derecho es un “conjunto de normas coercibles, consideradas necesarias para la convivencia de un grupo social políticamente soberano, y mayoritariamente aceptadas y cumplidas por ese grupo”.⁴ Nótese que agrega que las normas sean necesarias para la convivencia y mayoritariamente aceptadas y cumplidas. Esta definición tiene un núcleo claro, pero abre muchas interrogantes. Nos dice que la Ley de Tránsito Terrestre del país es parte del derecho, pero la ordenanza de urbanismo del municipio no sería parte del derecho porque el municipio no es un grupo social políticamente soberano. Tampoco los wayú son políticamente soberanos.

Supongamos que en la Ley de Tránsito Terrestre existe la norma donde se establece que los conductores deben detenerse ante la luz roja del semáforo. En muchas ciudades, cuando el tráfico disminuye sustancialmente, el conductor no se detiene. Generalmente explica que detenerse en una calle con escasa circulación lo puede convertir en víctima de un delito. ¿La norma sería jurídica según García Maynez, aunque no sea aceptada por la comunidad entre 10 pm y 6 am? ¿O dejaría de ser derecho por 8 horas y volvería a serlo al amanecer del día siguiente, según Tosta?

³ E. García Maynez (2002). *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, p. 37.

⁴ M. L. Tosta (2003). *El derecho como prudencia*. Valencia: Vadell, p. 58.

Algunos países producen leyes de regulación de precios o leyes de precios justos. Son útiles para que una parte de la población crea que el gobierno está combatiendo la inflación. La eficacia es muy limitada porque la inflación es un fenómeno económico difícil de manejar con prohibiciones. Lo usual es que un tiempo después de publicada la ley, ya nadie la recuerda. ¿Sigue siendo derecho según García Maynez? ¿Lo sería según Tosta?

Las normas sobre exámenes en la universidad donde estudia son de cumplimiento obligatorio para los estudiantes y profesores, pero ¿serán derecho según García Maynez o según Tosta? ¿Es la universidad políticamente soberana, o ejerce una autoridad política?

Los juristas de inicios del siglo XX consideraban que lo que distinguía el derecho de otros órdenes normativos es el haber establecido y hecho obligatorio por el Estado. Esta manera de definir el derecho se denomina *positivismo jurídico*. Es un nombre que viene de *positivus* que significa puesto en latín. Como hemos visto, positivistas más modernos, como Tosta, agregan que deben ser aceptadas y cumplidas por la comunidad, aunque esto no resuelve las objeciones. Al positivismo se le ha criticado la falta de profundidad histórica. Por ejemplo, la mayor parte de las reglas del derecho romano fueron formuladas por los jurisconsultos quienes eran personas muy respetadas, pero no tenían ninguna autoridad política. ¿Se debería negar el carácter de derecho al derecho romano?

También se le ha criticado su falta de atención a los valores del derecho. Una norma estatal que establezca la pena de muerte de todas las personas que hayan caído en la adicción de drogas o de bebidas alcohólicas, o las que pertenecen a una cierta etnia o religión, serían derecho en la concepción positivista, pero esto no deja de repugnar a la conciencia de quienes se tomen en serio los valores de la convivencia.

El positivismo jurídico fue el pensamiento de una época en la cual se creía que el derecho era el gran instrumento del Estado y que gracias a la acción del Estado y del derecho se podrían resolver todos los males sociales. Fue una reacción en contra de un pensamiento anterior que asociaba el derecho a la razón o a la moralidad. Ese derecho, que vendría de la

naturaleza humana o de la misma naturaleza, era denominado como derecho natural. Así como $2 + 2 = 4$ no puede ser cambiado ni siquiera por Dios y mucho menos por el poder político, el derecho positivo no sería válido si no coincide con este derecho conforme a la razón o la naturaleza. Los positivistas criticaron la noción del derecho natural como metafísica, en el sentido de que ese derecho natural solo existiría en el entendimiento o la opinión de algunos, pero no tenía existencia tangible y no daba una base sólida para construir algo real y científico. Algunos *iusnaturalistas* de nuestra época propusieron una síntesis del *iusnaturalismo* y el positivismo. Por ejemplo, Luis M. Olaso, de la Universidad Católica de Caracas, explica que “Derecho es la recta ordenación de las relaciones sociales, mediante un sistema racional de normas de conducta declaradas obligatorias por la autoridad competente, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica”.⁵

Nótese que en la definición de Olaso hay elementos valorativos *recta ordenación, sistema racional, y soluciones justas* y un elemento fáctico: que sean declaradas obligatorias por la autoridad competente. Esto resuelve algunos problemas, pero crea otros. Nótese que el reglamento de exámenes sería derecho porque el organismo universitario que lo aprobó es la autoridad u organismo competente conforme a los estatutos de la universidad. Pero la definición plantea nuevas interrogantes las cuales formulamos a continuación

Supongamos que como profesores de derecho encontramos una norma declarada obligatoria por la autoridad competente que consideramos injusta ¿diremos que no es derecho y la sacaremos de nuestras explicaciones? Si somos un juez ¿la dejaría de aplicar? Si somos un abogado, ¿le diríamos al juez que no la aplique porque nos parece injusta? Si el juez la aplica ¿dejaría de ser injusta? ¿O quién decide que es recta y justa? Como profesor, si encontramos que el reglamento de exámenes no es racional ¿podemos no atender a sus normas?

El positivismo jurídico y el *iusnaturalismo* no son las únicas maneras de ver al derecho y hay variaciones muy importantes. John Finnis, pro-

⁵ L. M. Olaso (1998). *Curso de introducción al derecho*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello. T. 1, p. 18.

fesor australiano de Oxford, ha reformulado la idea del derecho natural.⁶ Nos referiremos a él después de ver la discusión contemporánea porque su pensamiento no se puede entender sin referencia a la manera como se ha transformado el lugar del derecho —y de los derechos— en la sociedad contemporánea.

La dificultad de definir lo que es derecho no es exclusiva de esta disciplina. En cualquier actividad donde estén en juego valores importantes se presenta esta dificultad. Una pintura es una superficie plana con colores, sin embargo, no cualquier superficie con esas características es una obra de arte pictórico. ¿Cómo podemos distinguir música de ruido? Por supuesto, hay instituciones que tienen la responsabilidad de definirlo. Los responsables de una galería de arte o de una sala de conciertos deben hacerlo, pero podemos cuestionar lo que presentan. Hace un siglo, un artista innovador (Marcel Duchamps) envió a un salón de arte un urinario —*toilet*— con el nombre de fuente. Es un objeto producido industrialmente con una forma que podemos considerar atractiva y con un sistema de relojería o por tocar un botón o bajar una palanca actúa como fuente de agua. Su intención probablemente fue plantear el tema de la definición de arte. Recientemente una galería de arte de Londres exhibió un tiburón en una caja transparente llena de formol. ¿Es una obra de arte? En el derecho también hay instituciones que definen lo que es derecho. Los tribunales, y especialmente el tribunal supremo, lo hacen. No obstante, podemos estar en desacuerdo con su criterio.

El problema de la definición del derecho se replantea cuando lo vemos como una disciplina académica. El derecho tiene una larga tradición académica porque se estudia en las universidades desde que éstas fueron creadas en el siglo XII. En otras tradiciones se le consideró un oficio, algo que debía ser aprendido en la práctica. Hoy ha dominado la idea de que debe ser estudiado en las universidades, pero la formación profesional también debe incluir una parte práctica y, en algunas escuelas, además investigación o creación intelectual.

⁶ J. Finnis (2011). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press.

El problema de la definición de derecho se reproduce cuando nos planteamos el derecho como disciplina. Puede existir una “escuela de derecho” reconocida como tal por el Ministerio o Secretaría de Educación Superior y no se estudien asignaturas jurídicas ni se preparen a las personas para ejercer profesionalmente el derecho, pero que otorgue el título de abogado. ¿Sería entonces una verdadera “escuela de derecho”? ¿Son sus graduados verdaderos profesionales del derecho? Puede también haber una escuela de derecho que no exija nada a sus estudiantes, pero que después de un cierto tiempo le dé el título de abogado. ¿Sería una escuela de derecho?

4. Los derechos humanos y las nuevas concepciones del derecho

Cuando digo que tengo derecho a expresar libremente mi pensamiento estoy diciendo que tengo la facultad de hacerlo sin que nadie esté autorizado para impedirme el ejercicio de esa facultad. Se puede discutir si estos derechos son propios de la persona humana (derechos humanos), o si dependen del tipo de sistema jurídico político en el cual nos toque vivir o de la cultura jurídico-política de la sociedad donde vivimos.

En Europa y América el tema de los derechos humanos se ha convertido en central para el derecho hasta el punto en que los sistemas jurídicos son evaluados por el grado de respeto a los derechos humanos, pero en Asia y en los países islámicos el tema sigue siendo polémico. Se argumenta en contra de que se trata de un desarrollo propio del mundo occidental, trata de imponer al resto del mundo. El análisis histórico nos muestra un cuadro diferente, hasta el siglo XIX, aun cuando había declaraciones sobre los derechos del hombre (se decía que esto incluía a las mujeres) eran documentos sin mayor importancia para el derecho. La centralidad de los derechos humanos y su importancia para el derecho es fundamentalmente un desarrollo del siglo XX. Quienes argumentan más en contra de los derechos humanos son los defensores del autoritarismo en países no democráticos. Existe una cierta relación entre el respeto a los derechos humanos y al desarrollo democrático. Sin embargo, el argumento cultural no carece de sustento, como veremos con los problemas surgidos con el uso del hiyab y el burkini en Francia, el cual se relaciona con creencias religiosas o proyectos políticos.

¿Las mujeres tienen (o deben tener) los mismos derechos que los hombres?
¿Las mujeres saudíes tienen los mismos derechos que las suecas (o deben tenerlos)?

En este sentido el derecho como facultad de la persona está asociado con la libertad, es la garantía de mi libertad. En el sentido del derecho parece ser contrario al de ordenamiento porque este último va a definir mis derechos y también mis obligaciones, lo que es una idea opuesta a la de libertad, pues una obligación es algo que debo hacer y si no lo hago sufriré consecuencias. En los casos más graves se puede ir a prisión, es decir, perder la libertad. En realidad, el derecho como facultad y como ordenamiento no se contraponen porque mi libertad requiere que los demás la respeten, así como yo debo respetar la libertad de los demás. Pensar la libertad como el poder ilimitado de hacer lo que nos parezca no es funcional, pues lo que se generaría es el caos.

Actualmente, los derechos humanos son uno de los temas centrales, como eje transversal del nuevo paradigma del derecho. Generalmente, se les define como derechos o facultades que son inherentes a las personas. Son ‘derechos naturales’ como muy bien lo ha observado Finnis.⁷ En el siglo XX, y en lo que va de este siglo, se han hechos varias “declaraciones de derechos humanos”. Son documentos que declaran cuáles son esos derechos, pero no son constitutivos de ellos. Más bien se supone que pre-existen y que simplemente se les declara. La primera, y tal vez la más importante, fue la “Declaración Universal de Derechos Humanos” de 1948 en el cual todos los países firmaron.⁸ Luego se les ha complementado con otras declaraciones que establecen organismos encargados de que los estados cumplan con las obligaciones que han adquirido. En ese sentido, el

⁷ *Ibidem*, p. 198.

⁸ La idea no era nueva en el siglo XX. En los siglos anteriores hubo declaraciones de derechos que se hicieron en ámbitos nacionales y fueron documentos políticos polémicos. El que la declaración universal sea un tratado internacional firmado por todos los países tiene un significado especial. Como lo ha observado Lawrence M. Friedman (*The Human Rights Culture. A Study in History and Context*, 2011) los derechos humanos se han convertido en parte de la cultura de nuestra época. La versión al español: L. M. Friedman (2025). *La cultura de los derechos humanos. Un estudio sobre la historia y el contexto*, traducción de N. González Martín, M. A. Gómez y L. D’Lima, Valencia: Tirant lo Blanch.

derecho internacional de los derechos humanos es una especie de derecho superior que sirve para evaluar el desempeño de los sistemas jurídicos de los países y cuyo valor se supone universal. Tiene así mucho en común con la idea del derecho natural.

Es bueno advertir que existen organismos a cargo de evaluar el desempeño de los países tomando como patrón los derechos humanos. Destacan el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y el Alto Comisionado de Derechos Humanos también de Naciones Unidas. En el ámbito regional existen tribunales de derechos humanos en los cuales los ciudadanos de varios países pueden reclamar contra la violación de sus derechos por los estados miembros de esos convenidos. La Corte Europea de los Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos son las más importantes. Existe también la Corte Penal Internacional para violaciones más serias que constituyan delitos gravísimos cometidos por quienes dirigen los países. Estos organismos no tienen la fuerza para imponerse sobre los distintos países, pero esto no implica que sean irrelevantes. Las condenas por violación de derechos humanos, o por crímenes contra la humanidad, tienen consecuencias graves para quienes sean procesados y hallados culpables. Existe también la Corte Internacional de Justicia para conflictos entre los estados.

Los derechos humanos pueden ser considerados una especie de reformulación del derecho natural. En ese sentido puede plantearse que vivimos una época de *neo-iusnaturalismo*. Hay una diferencia fundamental con la concepción anterior del derecho natural, en vez de pensar en un orden normativo superior, se parte del individuo y de lo que se concibe como los derechos inherentes como ser humano. En esta perspectiva, la dificultad no está tanto en ponerse de acuerdo en cuáles son esos derechos sino en cuáles son sus límites y su relación con la cultura del país.

Como parte del derecho a la vida podemos entender que el recién nacido necesita una protección especial y establecer un permiso postnatal. ¿Ese permiso debe tener la misma extensión para la madre y el padre? ¿Concederlo sólo a la madre es una violación del principio de igualdad? ¿Qué consecuencias tiene que se conceda a ambos?

Por otra parte, se puede entender el derecho como parte del contexto socioeconómico y ético de la sociedad que se analice. Sería una visión que incorporaría a lo normativo, o a la afirmación de derechos, su contexto socioeconómico y los valores o cultura de las personas que viven ese derecho. Manuel Atienza llama a este abordaje del derecho, *post-positivista*.⁹

Esta manera de ver el derecho tiene en común con el positivismo que entiende tratar el derecho que existe realmente y toma a la legislación producida por el Estado como parte del derecho, pero no como todo el derecho. El derecho no es definido como conjunto de normas coercitivas sancionadas por el Estado, aunque éstas sean importantes. Hay muchas reglas que consideramos obligatorias, pero no todas provienen del Estado o del poder político.

Por otra parte, las reglas de derecho se promulgan en documentos que son leídos y esa lectura puede cambiar con el tiempo y según el contexto social en el cual se los lee. Puede ser que el texto no cambie sino el contexto. Un ejemplo conocido son las declaraciones de igualdad. En el XIX proliferaron las declaraciones de igualdad ante la ley, pero en la práctica, las mujeres tenían muchos menos derechos que los hombres, por ejemplo, no podían votar, sus propiedades debían ser administradas por sus padres o por sus maridos. Desde finales del siglo XIX las mujeres comenzaron a reclamar y progresivamente conquistaron todos (o casi todos) los derechos que tienen los hombres en la mayor parte de los países. En muchos países cambiaron las reglas, pero en otros no cambiaron sino sólo la manera de entenderlas o interpretarlas. Esto es particularmente así respecto a la constitución de los Estados Unidos de América y el Código Civil Francés, que son textos que tienen más de 200 años y continúan vigentes. Los textos no han cambiado, pero el contexto sí. Hoy leemos en ellos significados diferentes a los que leían las personas de hace 200 años.

Esto indica que el derecho es un lenguaje que tiene un cierto grado de especialización y formalización, pero que también usa el lenguaje natural que va cambiando con el tiempo. Tenemos que conocer el sentido de las palabras y como gente del derecho ser muy cuidadosos con el lenguaje, y también estar conscientes que el lenguaje cambia con el tiempo.

⁹ M. Atienza (2017). *Filosofía del derecho y su transformación social*. Madrid: Trotta.

Cuando se usa el enfoque contextual o social del derecho no sólo consideramos derecho a las reglas coercibles o coercitivas (leyes en sentido amplio) sino también a las costumbres, las opiniones de autores, las decisiones de los jueces, y también consideramos parte del derecho la conducta de los ciudadanos y sus actitudes y opiniones.

En esta concepción no hay dificultad en entender al derecho romano como derecho, aunque sus reglas no fueran formuladas por el poder político. En realidad, el Estado es una creación histórica y existen muchas sociedades donde no hay propiamente un Estado o donde la creación del derecho no depende del poder político. Una de esas épocas, donde consideramos que una parte del derecho no proviene del Estado, tal vez sea la nuestra.

Por otra parte, si el contexto es importante para entender al derecho, la investigación apropiada incorpora el análisis de políticas públicas, de la economía y de otras ciencias sociales. En nuestra época el análisis económico del derecho, la sociología del derecho y el análisis del derecho en el contexto de políticas públicas ha surgido con gran fuerza. Las consideramos parte de los estudios jurídicos. Se las estudia en algunas escuelas de derecho, pero no en todas.

El derecho tiene un elemento normativo, pero no son solo normas. El reducirlo a normas lo desfigura. Por eso el uso de las otras ciencias sociales nos ayuda a entender el derecho. El esfuerzo de separar el derecho de las otras disciplinas sociales y de otros órdenes sociales no tiene sentido en nuestra época. Tenemos una teoría impura del derecho.¹⁰ Esto es claramente un rechazo a la idea de construir una teoría pura del derecho, de determinar lo que es estrictamente jurídico y diferenciarlo de la ética, la economía, las políticas públicas y, en general, de las otras disciplinas sociales. La nueva visión desea incorporar las otras ciencias sociales en el estudio y comprensión del derecho.¹¹

El enfoque social o contextual del derecho es visto como un producto de las transformaciones de la civilización y tiene valores que le son inmanentes, pero su configuración es realizada por instituciones y organizaciones que tienen un desarrollo histórico. El Estado de derecho y los derechos humanos serían una especie de tipos normativos inmanentes al derecho,

¹⁰ D. E. López Medina (2004). *Teoría impura del derecho*. Bogotá: Legis.

¹¹ M. Atienza (2017). *Filosofía del derecho y su transformación social*, p. 14.

que permiten evaluar los sistemas jurídicos de nuestra época, pero no tendría sentido ponerse a evaluar al derecho romano por su respeto a los derechos humanos. Por ejemplo, el derecho romano regulaba la esclavitud y el estatus de los esclavos y también autorizaba al *pater familia* a vender a sus hijos como esclavos. De allí que quienes participan del análisis contextual del derecho no aceptan que exista un derecho perfecto conforme con la razón o con la naturaleza humana. Pero, aunque no crean que exista tal derecho conforme a la razón, le dan importancia a quienes así pensaban (a ese conjunto de autores se les agrupa bajo el rótulo de Escuela del Derecho Natural y de Gentes), y reconocen la importante influencia de esos autores en el derecho y la política. Se les puede considerar en el origen de nuestro aprecio por las ideas de derechos humanos y de Estado de derecho (o estado sometido a las reglas y principios del derecho). El pospositivismo no sería así una especie de némesis del derecho natural, como lo fue el positivismo. La justicia y los demás valores del derecho no se consideran formando una especie de sistema jurídico paralelo y superior, como se definía al derecho natural, sino que los valores del derecho son inmanentes a éste y se transforman históricamente como el derecho mismo.

En esta perspectiva las definiciones del derecho como conjunto de normas obligatorias, o como conjunto de normas creadas y sancionadas por el Estado, no es una definición falsa sino parcial. Las normas establecidas por el Estado constituyen un esfuerzo importante por generar derecho. Pero esas normas no tienen vida por sí mismas. Están generalmente en textos escritos que debemos entender o interpretar y el sentido cambia con el tiempo y los intérpretes. El derecho no es así independiente de los intérpretes. Por esto Ronald Dworkin y Fernando de Trazegnies definen al derecho como una *práctica interpretativa*. En esa interpretación colaboran jueces, abogados, profesores de derecho, funcionarios del Estado y de organizaciones sociales, y en general, todos los ciudadanos. En este sentido, se puede comparar con la música, ésta no está constituida por los libretos o partituras donde aparecen las notas sino por los sonidos que producen los intérpretes con frecuencia mirando esos libretos y, a veces, olvidándose de ellos. La música está en los sonidos que escuchamos. Y esto es objeto de discusión, pues para algunos esos sonidos son música, pero otros lo pueden considerar solamente como ruido. Lo mismo ocurre con las artes plásticas, los museos y las galerías, pues van definiendo lo que es arte, pero eventualmente podemos protestar porque algo que con-

sideramos un mamarracho está expuesto en la Galería de Arte Nacional, o podemos reírnos o molestarnos cuando una galería de arte expone algo que consideramos sin valor artístico. Sin embargo, no podemos dejar de tomar con seriedad lo expuesto en la Galería de Arte Nacional porque significa que es o fue arte para un grupo calificado de la sociedad.

Manuel Atienza habla del derecho como una *práctica social*, pues destaca el carácter colectivo de cómo entendemos el derecho y cómo lo usamos. El derecho está así en permanente construcción (y desconstrucción). Él usa la metáfora de una catedral que tomó siglos en construirse, pero había servicios religiosos en cuanto una parte pudo ser habilitada. Luego, las obras principales concluían, pero los usos iban cambiando. Piensen en la catedral de Notre Dame, la cual, durante la Edad Media, tomó mucho tiempo su construcción. En su época temprana fue lugar principalmente de culto religioso. Luego los revolucionarios franceses del siglo XVIII la vieron como símbolo de la fealdad gótica y del poder de los reyes. Destruyeron muchas de sus esculturas y sus campanas, y por poco la destruyen completamente. En el siglo XIX se convirtió en un lugar misterioso por sus gárgolas y la literatura sobre ella. En el siglo XX se convirtió en un gran lugar turístico que atraía millares de visitantes al día y, en determinados días y horas, un sitio para oír música como si fuera una sala de conciertos. Había avisos por todas partes pidiendo a los turistas que no interrumpieran o molestaran durante los servicios religiosos. Recientemente se quemó parcialmente y se trabaja en su reconstrucción. Los monumentos, como el derecho, están vivos y estamos construyendo (re-construyendo) constantemente su significado. Actualmente, en varias partes del mundo se han producido incendios políticos que han destruido la constitución, uno de los grandes monumentos del derecho, o que han hecho subversivo reclamar los derechos humanos.

Esta visión del derecho permite entender que las obras jurídicas pueden ser también polémicas y, por ende, los estudios jurídicos nos invitan constantemente a tomar una posición personal. Esta visión más dinámica del derecho nos permite que podamos tratar como derecho ordenamientos que adoptan la apariencia de serlo, aunque desconozcan ciertos valores fundamentales del derecho. Así, puede hablarse del derecho de la Alemania nazi porque había abogados, tribunales y leyes. También había conductas y personas que se castigaban por un aparato estatal (¡y millones se condenaban a muerte!) En otras palabras, tenía (o tiene) la aparien-

cia de derecho, o ciertas analogías exteriores, aunque desconocía valores fundamentales de éste. Esta concepción del derecho explica que muchas escuelas del derecho le den importancia a la historia y a la sociología del derecho, al análisis económico, a entender las valoraciones éticas y filosóficas del derecho, a los derechos extranjeros o comparación de derechos. No son estudios sólo para hacer abogados más cultos sino para que realmente entendamos el significado del derecho y lo que implica ser profesional del derecho.

Quienes estudian derecho hoy ¿podrán hacer algo para que los valores propios del derecho orienten la práctica del derecho?