

**NECESIDAD DE ENSEÑANZA DE LA TEORÍA Y
PRÁCTICA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LAS
FACULTADES DE DERECHO DE BRASIL**

(Una propuesta que justifica por qué ahora es esencialmente importante
la argumentación jurídica)*

Deivti Dimitrios Porto dos Santos

Departamento de filosofía del derecho y derecho internacional privado

Universidad de Alicante.

Sumario: *I. Introducción: importancia de la argumentación jurídica en la formación profesional del estudiante de derecho.- II. Reconocimiento de la crisis que actualmente vive la enseñanza del derecho en Brasil.- III. Deficiencias presentes en la estructura de los métodos de enseñanza y planes de estudios como uno de los factores que explican la falta de calidad en el aprendizaje del derecho en Brasil.- IV. Por qué ahora es esencialmente importante la teoría y práctica de la argumentación jurídica.- V. Conclusiones y recomendaciones.- VI. Bibliografía.- VII. Anexo.*

* Memoria de investigación desarrollada durante el curso de post grado en derecho “especialista en argumentación jurídica” (4ª edición, mayo-junio 2007).

NECESIDAD DE ENSEÑANZA DE LA TEORÍA Y PRÁCTICA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LAS FACULTADES DE DERECHO DE BRASIL

(Una propuesta que justifica por qué ahora es esencialmente importante la argumentación jurídica)

Sumario: *I. Introducción: importancia de la argumentación jurídica en la formación profesional del estudiante de derecho.- II. Reconocimiento de la crisis que actualmente vive la enseñanza del derecho en Brasil.- III. Deficiencias presentes en la estructura de los métodos de enseñanza y planes de estudios como uno de los factores que explican la falta de calidad en el aprendizaje del derecho en Brasil.- IV. Por qué ahora es esencialmente importante la teoría y práctica de la argumentación jurídica.- V. Conclusiones y recomendaciones.- VI. Bibliografía.- VII. Anexo.*

Resumen: Este trabajo tiene como objetivo, aunque de forma sucinta, *analizar y justificar* la necesidad de incluir en los programas de las Facultades de Derecho de Brasil la disciplina *Teoría y Práctica de la Argumentación Jurídica*, con la perspectiva de mejorar la calidad de la formación profesional de los graduados.

Para dar cumplimiento al objetivo planteado, el desarrollo de esta propuesta de estudio se integra de la siguiente forma: un primer epígrafe, dedicado a la introducción de los elementos que justifican la importancia de la argumentación jurídica en la formación profesional del estudiante de Derecho; a continuación, el segundo epígrafe que hace referencia al reconocimiento de la crisis que actualmente padece la enseñanza del Derecho en Brasil; un tercero, dedicado a analizar las deficiencias que se presentan en la estructura de los métodos de enseñanza y planes de estudios como uno de los factores que explican la falta de calidad en el aprendizaje del Derecho en Brasil; y, en cuarto lugar, se hace referencia de la justificación de por qué ahora es esencialmente importante el estudio de la argumentación jurídica. Finalmente, se cierra esta propuesta con algunas conclusiones y sugerencias para la mejora de la situación de la enseñanza del Derecho en Brasil.

Palabras clave: argumentación jurídica, enseñanza, Brasil.

I. Introducción: importancia de la argumentación jurídica en la formación profesional del estudiante de derecho.

La argumentación –tal y como ha apuntado Manuel Atienza en su obra *El Derecho como Argumentación*¹- es un elemento fundamental de la práctica jurídica, que se manifiesta en casi todas sus facetas, prácticamente en todas ellas. La formación del profesional del Derecho, abogado, juez, fiscal, investigador teórico, etc., incluso del legislador (que propone la elaboración de una ley para lograr tales y cuales finalidades), ha de tener entre sus bases asentadas el estudio de la argumentación jurídica.

Pues bien, “puesto que la práctica del Derecho consiste de manera muy fundamental en argumentar”², la enseñanza del Derecho debe tener como finalidad –incluso, más que la de aprender contenidos– la de capacitar a los estudiantes sobre cómo saber usar contenidos, esto es, mayormente metodológica y menos memorística, a fin de formar “buenos profesionales”, juristas técnicamente competentes y no que “simplemente conozcan” el contenido de las normas. El profesional debe desarrollar aptitudes para manejar los contenidos hábilmente de un modo no formalista, con capacidad para argumentar jurídicamente un espectro de soluciones que *prima facie* se presentan “congeladas” desde la literalidad de la norma o de su interpretación dominante³. De ahí la necesidad de emplear la técnica argumentativa que ofrece la teoría de la argumentación jurídica para el desarrollo de estas habilidades en la formación profesional.

Frente a esta realidad –tras el cambio producido en las últimas décadas en la Teoría del Derecho– el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante ha demostrado(desde hace varios años) especial interés en la creciente función que ocupa la teoría de la argumentación en la práctica jurídica. La posibilidad de acceder a los estudios que se desarrollan en esta Universidad me ha permitido, no sólo como Especialista en

¹ ATIENZA, M., *El derecho como argumentación – Concepciones de la argumentación*, 1ª edición, Ariel-Derecho, 2006, Barcelona, pp 11.

² También parafraseando a ATIENZA, M. *Las razones del derecho – Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª edición, 2004, México, pp XIII.

³ Sobre este tema *vid* PERÉZ LLEDÓ, JUAN A., *La enseñanza del Derecho.*, Lima-Perú, Palestra Editores S.A.C, 2006, pp 30 y ss.

Argumentación Jurídica, sino también como abogado litigante, dar cuenta de que la teoría y la práctica de la argumentación favorecen (con un enfoque distinto/más abarcador) a los profesionales del Derecho.

Con esta premisa, la presente propuesta -fruto de los estudios y la investigación desarrollada durante la estancia de trabajo en la Universidad de Alicante- tiene como objetivo, aunque de forma sucinta, *analizar* y *justificar* la necesidad de incluir en los programas de las Facultades de Derecho de Brasil la disciplina *Teoría y Práctica de la Argumentación Jurídica*, con la perspectiva de mejorar la calidad de la formación profesional de los graduados.

Es importante aclarar, por supuesto, que se reconoce la complejidad del problema de la enseñanza universitaria en Brasil, por lo que con esta propuesta no se pretenden agotar –ni de lejos– los problemas “de fondo” de la temática, sino solamente señalar algunas cuestiones que he considerado relevantes, y que quizás sirvan para reflexionar respecto al cambio de estructura de los planes de estudio de Derecho, con el objetivo de que en nuestras Facultades se enseñe a los alumnos a “pensar como juristas”⁴, considerando que la práctica del Derecho consiste, fundamentalmente, en saber argumentar, esto es, desarrollar las habilidades argumentativas.

II. Reconocimiento de la crisis que actualmente vive la enseñanza del derecho en Brasil.

La creciente proliferación de cursos de Derecho en Brasil y el altísimo índice de *no aprobados* en los exámenes de acceso al ejercicio de la abogacía (realizados según la Orden de Abogados de Brasil, OAB) preocupa a las instituciones, profesores, alumnos y profesionales de esta área. Actualmente, en Brasil tenemos 1.046 cursos de Derecho, que ofrecen anualmente 200.000 plazas para la obtención del diploma de bacharel en Derecho.

⁴ Este slogan “pensar como jurista” va más allá de que el estudiante ponga sus sentimientos y actitudes políticas y morales, en función de dominar técnicas de razonamiento sobre los medios, y se elude entrar “de verdad” en el cuestionamientos de los fines, en el terreno de una “racionalidad de fines y valores” que le permita explicar o criticar algunos y justificar otros. Es decir, que esta enseñanza permita al estudiante una reflexión respecto de principios y valores, muchas veces ya asumidos por él, no sólo con la idea de razonamiento lógico-formal, sino para resolver los casos, argumentando a favor de éste o aquél principio jurídico después de ponderar y sopesar unos principios con otros, para determinar cuándo se aplica cada uno además de las leyes.

Cerca del 80% de los graduados no aprueban este examen (el cual es obligatorio para ejercer como abogado) hecho que demuestra la pésima calidad de la mayoría de los cursos jurídicos que se imparten en el país. Estos datos se presentaron recientemente (1º/06/07) en una reunión del Colegio de Presidentes de los Consejos Seccionales de la OAB, durante el análisis de la situación de la enseñanza jurídica en el país. Para el actual presidente de la OAB, Cesar Britto, tales datos demuestran una necesidad urgente de mejorar la calidad de los cursos de Derecho, “además por una cuestión de ciudadanía”⁵.

La evaluación de la Comisión Nacional de Enseñanza Jurídica del Consejo Federal de la OAB, que debatió, en el Colegio de Presidentes, la situación del número creciente de apertura de cursos jurídicos, confrontados con los índices de no aprobación de dicho examen, muestra que el país está formando grupos de “analfabetos jurídicos”.⁶ Un ejemplo de falta de calidad de la enseñanza del Derecho en Brasil es que en la mayor metrópoli del país, Sao Paulo, el índice de aprobados en los últimos exámenes fue de un 9,79 % (examen nº 129), 11,4% (examen nº128) , 12% (examen nº126) y 8,57% (examen nº 124) lo que demuestra el poco éxito de los bachareles.⁷

Con la tasa de aprobación actual, cuya media nacional es menos de un 20%, el diagnóstico es que viene ocurriendo una especie de “fracaso cultural”, o sea, un joven que se dedica 5 años, o más, en muchos de los casos pagando una enseñanza cara para obtener el título de bacharel en Derecho, cuando se forma, la mayoría de las veces no tiene condiciones para desarrollar ninguna de las carreras jurídicas.

Respecto a las características de estos exámenes, cada uno está dividido en dos fases: (I) una prueba teórica de múltiples respuestas y (II) una prueba práctico-profesional. La prueba de múltiples respuestas, contiene los temas del programa definido por la Comisión de Examen de la Orden del Consejo Nacional, y es resuelta con utilización de materiales de apoyo por parte del alumno (libros, códigos, leyes, etc.) y consta de 50 a 100 preguntas con cuatro opciones de respuestas cada una de ellas.

La prueba práctico-profesional, realizada por los graduados que obtienen una nota mínima del 50% en la prueba (I), se realiza en dos partes: a) una redacción profesional de una demanda o petición, o bien un dictamen, y b) cinco preguntas discursivas prácticas. Ambas

⁵ Fuente: www.oab.org.br/noticia. Consultado el 9-6-07.

⁶ *Idem.*

⁷ *Ibidem.*

partes se desarrollan sobre el tema escogido por el candidato. La aprobación del examen se deriva de que el candidato obtenga notas iguales o superiores a 6, con un máximo de 10.

Aunque el propósito central de este estudio no sea el análisis del examen de la OAB, es necesario entender el funcionamiento del sistema de habilitación para el ejercicio de la carrera jurídica; especialmente, en cuanto a la segunda fase del examen (una redacción profesional conteniendo una demanda o dictamen y cinco preguntas discursivas prácticas) porque ella representará un papel importante en el problema que se pretende analizar más adelante.

En este sentido, podemos asegurar que “algunas Facultades están dejando degenerar sus programas” así como que el exceso con las que contamos, indican que la enseñanza ha sido “mercantilizada” - en muchas Facultades.⁸ El resultado es desastroso, tanto para el mercado (sociedad), como para los recién formados. En el campo del Derecho, por ejemplo, la carencia de especialización de los profesionales, además de deteriorar la calidad (que ya se percibe) de los servicios del Poder Judicial, se favorece la invasión de los despachos internacionales de abogados.

De este modo, la idea de la enseñanza jurídica precaria, por supuesto que atenta contra la Justicia, en la medida en que compromete la formación de todos los que participan de su administración (abogados, magistrados, fiscales, procuradores, defensores, etc.) y, en última instancia, atenta contra el propio concepto de ciudadanía y de democracia, por cuanto no es raro que el Derecho esté “siendo aplicado” (directa o indirectamente)⁹ por profesionales del área jurídica que son producto de una formación y educación (innegablemente) deficiente.

Obviamente podríamos complicar bastante más esta cuestión, por ejemplo, si analizáramos la discusión existente respecto de la “responsabilidad” sobre la calidad de la enseñanza jurídica en el país: si sería del Ministerio de Educación, por la forma descontrolada de autorización de nuevos cursos, o de la OAB -por ausencia de control y aplicación de pruebas consideradas, por algunos, de alta exigencia (sin embargo, yo no comparto este criterio). Mas, con lo que he dicho hasta aquí es suficiente para entender dos cosas que están

⁸ Esta conclusión se deriva de las inferencias de la realidad de la enseñanza del Derecho en Brasil. Ejemplo de la declaración del Ministro João Otávio de Noronha, del Superior Tribunal de Justicia (STJ), que también es profesor en cursos de grado y post grado e que fue abogado antes de tomar posesión de su actual cargo. Fuente: www.stj.gov.br, noticia del Tribunal Superior de Justicia de 18/09/2006.

⁹ Es interesante considerar que muchos bacharels que no son aprobados en el examen de la OAB ejercen funciones públicas a través del acceso por concurso, contrataciones emergentes, cargos de de confianza, asesorías – inclusive de los jueces, etc.

muy relacionadas con la enseñanza jurídica en Brasil, a saber: la primera, la falta de calidad en la enseñanza del Derecho y, la segunda, y como consecuencia, nos encontramos ante un “estado de necesidad” de mejora urgente de la enseñanza a través de la teoría de la argumentación jurídica.

III. Deficiencias presentes en la estructura de los métodos de enseñanza y planes de estudios como uno de los factores que explican la falta de calidad en el aprendizaje del derecho en Brasil.

Como antes se ha apuntado, la proliferación de cursos de Derecho es un dato que apunta a la mercantilización de la enseñanza, idea que revela en realidad que muchas universidades (a través de sus administradores) no tienen la mentalidad dirigida a la excelencia en el plan educativo, sino hacia el “negocio” de la formación académica.

Aquí, sin embargo, vamos tomar como nota más sobresaliente el hecho de que uno de los varios factores que explican la falta de calidad de la enseñanza se encuentra en la deficiente estructura y contenido curricular de los planes de estudio. Además, hay que valorar otro aspecto importante: el que ocurre “puertas adentro” en las aulas; esto es, lo que hacen y deciden los profesores en cuanto a los contenidos que imparten a sus alumnos y, sobre todo, en cuanto a la aplicación de los métodos de enseñanza: estilos y técnicas pedagógicas, orientaciones y objetivos de las actividades docentes; diseño de los programas, material bibliográfico utilizado, sistemas de evaluación, etc.¹⁰

Luego, el punto que interesa para este estudio, como uno de los factores de la poderosa inercia que obstaculiza la mejora de la calidad de la enseñanza, es el de las tradiciones colectivas y hábitos individuales bien arraigados en la enseñanza tradicional, que está basada en la mera transmisión de información acerca del conocimiento, de contenidos y su recepción pasiva y memorización por parte del estudiante.

El diagnóstico crítico actual de la enseñanza tradicional se desprende de nuevos fenómenos (constitucionalismo, pluralidad de fuentes, etc.) que cambian las concepciones pasadas. El resultado de la cultura jurídica heredada de la codificación napoleónica se traduce en una enseñanza tradicional, transmitida mediante métodos docentes que proporciona

¹⁰ Sobre este tema *vid* PÉREZ LLEDÓ, JUAN A., *Op cit*, pp15 y ss.

contenidos con carácter memorístico; basando la enseñanza en la transmisión de información sobre contenidos normativos y la visión formalista del Derecho. Este carácter poco práctico de los métodos docentes, reinante en muchas de las Facultades de Derecho de Brasil, demuestra que nuestra enseñanza no se desarrolla satisfactoriamente.

Ejemplo de plan de estudios deficiente (amén del carácter memorístico de la enseñanza) es el hecho de que algunas Facultades (que parecen no tomar suficientemente en serio la docencia) no tienen en sus asignaturas curriculares la enseñanza de la disciplina de la Filosofía del Derecho¹¹.

Sin embargo, muchas Facultades sólo hacen énfasis (en sus planes de estudios) a la disciplina de *hermenéutica jurídica*. Pero, me parece que el problema no está solo en cómo encontrar la solución a través de la llamada “interpretación jurídica”, sino más bien en hallar un método para justificar pretensiones y soluciones -como hace la teoría contemporánea de la argumentación jurídica. Es decir, cómo justificar las razones a través de esquemas de argumentos susceptibles de ser utilizados a favor de la interpretación (la solución de un conflicto) considerada correcta.

No es el objetivo de este estudio desarrollar en profundidad la cuestión de *la interpretación*, tampoco para adentrarnos en la temática de si la interpretación de una norma es el presupuesto necesario, aunque que no suficiente, para su aplicación¹². En verdad, a pesar de la idea no comprometida con mayores justificaciones, podría decir que la interpretación debe ser vista desde la perspectiva argumentativa, pues, ambas, en realidad, son parte de la misma faceta.

Con este enunciado no se pretende desarrollar un gran alcance teórico, se trata de una reflexión que permite reconocer que (actualmente) no basta con “interpretar” el Derecho solamente como un conjunto de normas (porque cambia constantemente), sino en saber solucionar problemas jurídicos considerando el Derecho también como un sistema de normas donde la argumentación jurídica ejerce un papel esencial en las operaciones que permiten

¹¹ Aquí me refiero a la enseñanza efectiva de Filosofía del Derecho como fenómeno jurídico y de concepción del Derecho y tarea de los juristas, enfatizando el Derecho como sistema de reglas, filosofía moral y política, distinción entre principios y reglas, el postpositivismo, el constitucionalismo y (sobretudo) una enseñanza del Derecho como argumentación. Para ello, es básico el estudio de autores como Savigny, Ihering, Kelsen, Holmes, Roos, Hart, Dworkin, entre otros.

¹² Por ejemplo, como sustenta LUMIA, GIUSEPPE, *Principio de Teoría e ideología del Derecho*, Editora Debate, 10ª reimpresión, versión castellana (1989), Madrid, pp. 74.

justificar la respuesta atribuida como solución correcta. En otras palabras: no basta con interpretar las normas, tenemos que saber aplicarlas según el Derecho.

Ahora bien, factores tales como la “materialización” del Derecho, traída por el actual “Estado Constitucional”, con el papel clave que en él juegan los principios y valores jurídicos y la argumentación basada en ellos, han hecho entrar en crisis al “positivismo de la ley” que, sin embargo, todavía preside, con métodos formalistas, la orientación de nuestra enseñanza del Derecho. Como señala Francisco LAPORTA, “el paso del legalismo al constitucionalismo, que casi todo mundo afirma haber dado, no parece haber tenido impacto alguno en la enseñanza”, y de ahí –entre otras cosas- ese *estado de necesidad* en el que se encuentra: de necesidad de formar en los modos de interpretar y aplicar principios que requieren complejas tareas de valoración y argumentación sustantiva, a menudo moral y política, que van mucho más allá del simple conocimiento de reglas legislativas más o menos mecánicamente aplicables¹³.

En efecto, uno de los factores que (innegablemente) explica la falta de calidad en el aprendizaje del Derecho en Brasil resulta de la aplicación de una enseñanza tradicional, no comprometida con los nuevos fenómenos y, especialmente, el carácter poco práctico de la forma (método) de enseñar las materias jurídicas, introducidas en los planes de estudio que, algunas veces, carecen de asignaturas esenciales.

Con este razonamiento, podríamos decir que: *Si la Facultad no se toma la enseñanza del Derecho en serio, entonces tampoco se está tomando con seriedad el Derecho*¹⁴.

IV. Por qué ahora es esencialmente importante la teoría y práctica de la argumentación jurídica.

Por supuesto que el *estado de necesidad* de mejora urgente de la enseñanza del Derecho en Brasil tiene como una de sus causas el alto índice de reprobación del examen, que

¹³ Citado por PÉREZ LLEDÓ, J. A., *op. cit.* pp. 22, de LAPORTA, FRANCISCO J., “A modo de introducción: la naturaleza de las reflexiones sobre la enseñanza del Derecho”, en LAPORTA, FRANCISCO J. (ed.) *La enseñanza del Derecho*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n. 6, 2002, pp. 13-24, en pp. 18-19.

¹⁴ Sobre este tema *vid* DWORKIN, RONALD., *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, 1ª edición en castellano en 1984, Barcelona, pp. 303, donde plantea la cuestión ¿Por qué tomar los derechos en serio?

determina el grado de preparación para el ejercicio de la carrera jurídica por parte de los graduados; considerando que especialmente ello se da en la fase de la prueba práctico-profesional (antes he dicho que consiste en una redacción profesional de una demanda o dictamen y cinco preguntas discursivas prácticas); lo que quiere decir que el profesional (alumno formado) no sabe argumentar (dar razones) a favor de una pretensión o tesis sustentada por ellos.

Así, frente a esta realidad, podemos pensar que existen razones suficientes para asegurar por qué ahora es esencialmente importante la teoría de la argumentación jurídica. No se trata (como ya dice Josep Aguiló¹⁵) del uso de la teoría de la argumentación jurídica simplemente como fenómeno de moda; sino que el auge de ésta en los últimos tiempos está muy vinculado a la crisis del paradigma formalista del Derecho, debido a la evolución que ha experimentado el constitucionalismo contemporáneo, cuyo cambio profundo revela cuestiones tales como la del papel de los principios jurídicos en el razonamiento jurídico. Y porque la racionalidad (en continuación del acertado discurso de Josep Aguiló) de las soluciones jurídicas está vinculado al proceso argumentativo de dar razones para justificarlas.

Este enfoque del “Derecho como argumentación” no es nada novedoso. En verdad, representa una cierta recuperación, actualizada, de métodos jurídicos muy antiguos (como la retórica aristotélica), pero que -sin embargo- parecían haberse perdido de vista, al menos en la cultura jurídica europea continental. Sólo en tiempos relativamente recientes (siguiendo el camino abierto, hacia los años cincuenta del siglo XX, por autores como Viehweg, Perelman o Toulmin) se percibe el resurgir de este enfoque “argumentativo” del Derecho, de la mano de la “nueva” teoría de la argumentación jurídica (Alexy, MacCormick, etc)¹⁶.

Actualmente cabría decir que existe una transformación y reforma de las estructuras de la enseñanza superior de los países europeos, en las titulaciones de nivel de Grado y Postgrado o “Master”, dentro del proyecto de construcción del llamado “Espacio Europeo de Enseñanza Superior” (EEES). Algunas Facultades de Derecho (por ejemplo, la de la Universidad de Alicante, Universidad Autónoma de Madrid, Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, Universidad de Castilla La Mancha, etc.) ya están cultivando el enfoque del “Derecho como argumentación”, tanto que han introducido Teoría (o Teorías) de la Argumentación Jurídica en la enseñanza de Grado. Este modelo que viene ganando espacio y

¹⁵ AGUILÓ REGLA, J., en *La Constitución del Estado Constitucional* – El método jurídico como argumentación jurídica, Conferencia, Lima-Bogotá, 2004, pp. 153 y ss.

¹⁶ Sobre este tema *vid* PERÉZ LLEDÓ, JUAN A., *op. cit.*, pp 154/55.

sosteniéndose en la cultura jurídica española, ha inspirado a muchos países de la misma cultura jurídica, donde también avanza el desarrollo de la disciplina de la Argumentación Jurídica en las Facultades de Derecho, como por ejemplo en Latinoamérica – Universidades de México, Perú, Colombia, Venezuela, etc.

Los cambios en el sistema jurídico (y en el sistema social) que han ocurrido en las últimas décadas llevan a que el “modelo norteamericano” esté -en cierto modo- ganando terreno. Por ejemplo, el desarrollo del Derecho europeo supone para los juristas la necesidad de operar dentro de ordenamientos jurídicos de gran complejidad, con sistemas de fuentes (y estilos de razonamiento) distintos, frecuentes conflictos de leyes, etc. Parece obvio entonces el paralelismo con la complejidad jurídica norteamericana, en donde opera tanto el *common law* jurisprudencial como el Derecho legislativo, a lo que se une la existencia tanto de reglamentaciones y jurisdicciones de cada Estado, como las de carácter federal¹⁷.

Ocurre que el modelo estadounidense de enseñanza del Derecho comprende una formación metodológica/argumentativa, desde el primer año hasta que el estudiante completa los estudios. A partir del análisis de casos (razonando sobre éstos con la introducción de conceptos jurídicos generales), donde impera el *case method* más que en ninguna otra parte. Muy resumidamente podría decirse que en las facultades de Derecho consideradas de excelente calidad (Yale, Harvard, Chicago, Stanford, Columbia, Michigan, Nueva York, Virginia etc.) la enseñanza del Derecho se dirige mucho más al racionamiento jurídico -a través del “mensaje” que se transmite de forma mucho más directa- mediante los métodos docentes de la práctica argumentativa.

También, entre los métodos que se aplican en la docencia norteamericana (además del *case method*) encontramos el *método socrático* que, con un enfoque “metodológico” e “instrumental” de la enseñanza del Derecho, emplea las “clases dialogadas”, cuyo sistema funciona con una discusión que suele alcanzar un buen nivel. Ello se explica (en parte) porque se trata de un colectivo de estudiantes intelectualmente más maduros, con una sólida formación durante el *College*, dotados de espíritu crítico y participativo, acostumbrados a expresarse de manera articulada al emitir una opinión sobre si la decisión es correcta, y

¹⁷ ATIENZA, M., *op. cit* (El derecho como argumentación – Concepciones de la argumentación), pp 23.

ofrecer razones para defenderla. En otras palabras, el modelo estadounidense de las facultades de Derecho (me parece) que enseña a “pensar como jurista”¹⁸.

Se hace necesario apuntar (al menos, brevemente) que, respecto a la enseñanza del Derecho en algunos países, no se pretende entrar de forma extensa, ya que no es el objeto de este estudio el de analizar el sistema de enseñanza del “mundo globalizado” en el que vivimos. De todas formas, lo dicho sirve para evidenciar que el enfoque del “Derecho como argumentación” nace de la actual transformación y reforma que están viviendo las orientaciones de la enseñanza superior en las facultades de Derecho, razón que apoya la tesis de la necesidad de enseñanza de la Teoría y la Práctica de la Argumentación Jurídica en las Facultades de Derecho de Brasil.

Otra manera de dar cuenta de la importancia de la enseñanza de la argumentación jurídica en los planes de estudios, puede ser observada en el informe “OAB Recomienda” (el cual se refiere a instituciones de enseñanza que son recomendadas por la OAB)¹⁹ cuya reciente divulgación (2007) acreditó solamente 87 cursos de Derecho, de los 1.046 cursos que tenemos en Brasil, para recibir el *sello de calidad*.

Para ello, se adoptaron básicamente los criterios aportados según los resultados obtenidos en los cursos, además del desempeño de los alumnos que realizaron el *Examen de Habilitación Profesional*. Como consecuencia, ocurre que las facultades recomendadas por la OAB, son aquellas que incluyen en su actividad curricular las disciplinas de Introducción a la Filosofía General, la Filosofía del Derecho y/o Jurídica, además de la Sociología Jurídica y Hermenéutica, e, incluso, algunas de ellas con materias tan concretas como “lenguaje y argumentación jurídica”²⁰.

De manera que, cabría concluir en términos generales, uno de los cambios más importantes que se vienen produciendo en las últimas décadas en la teoría del Derecho -y en la manera de entender el Derecho- tiene que ver con el desarrollo de los estudios sobre el razonamiento jurídico. Ese interés creciente se debe a diversas razones, pero una de las más importantes es el papel central que la argumentación ocupa en la práctica jurídica de los

¹⁸ Sobre este tema *vid* PERÉZ LLEDÓ, JUAN A., *La enseñanza del Derecho en EEUU*, *Doxa*, n. 12, 1992, pp. 41-93.

¹⁹ Un ejemplo de ello es el Colegio de Abogados de Estados Unidos [American Bar Association (ABA)], que se ha interesado en mejorar la calidad de la educación jurídica en Estados Unidos, y en este proceso de mejora ha acreditado a instituciones de enseñanza (*Vid.* <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0802/ijds/sebert.htm>).

²⁰ Estos datos salen de la revisión de la información que, sobre los planes de estudios de las universidades, obran en sus páginas web.

Estados democráticos constitucionales, motivo por el cual justifica “por qué ahora es esencialmente importante la teoría y la práctica de la argumentación jurídica”.

V. Conclusiones y recomendaciones.

Las siguientes conclusiones se plantean en tres sentidos: en primer lugar, se ofrecen 10 tópicos básicos que resumen las cuestiones analizadas en los epígrafes anteriores; a continuación, sugerencias para la mejora de la situación de la enseñanza del Derecho en Brasil; y, finalmente, una reflexión de cierre en torno a la seriedad con que ha de ser tomada la enseñanza del Derecho.

1. Varias razones avalan la investigación de este importante tema -aquí en la Universidad de Alicante- puesto que nos encontramos en un momento de especial efervescencia de la enseñanza universitaria en general. La utilidad de las mismas, en relación con la enseñanza del Derecho en Brasil, se encaja en la idea de enfocar el “Derecho como argumentación”, junto con la necesidad de la disciplina de la teoría de la argumentación jurídica para mejorar la calidad del proceso de enseñanza. Sobre la base de estos argumentos, se señalan las siguientes razones, a saber:

1.1. La argumentación es un elemento fundamental de la práctica jurídica, puesto que la práctica del Derecho consiste de manera muy fundamental en argumentar.

1.2. Como esta perspectiva de que la argumentación es un elemento esencial para los profesionales del Derecho, la enseñanza (de grado) debe tener como finalidad – más que aprender contenidos– la de capacitar a los estudiantes sobre cómo saber usar (argumentando) los contenidos, a fin de formar “buenos profesionales”.

1.3. La creciente proliferación de cursos de Derecho en Brasil y el altísimo índice de *no aprobados* (cuya media nacional es de un 80% reprobados) en los exámenes de acceso al ejercicio de la abogacía, demuestra la pésima calidad de la mayoría de los cursos jurídicos que se imparten en el país.

1.4. El carácter poco práctico de los métodos docentes y de los planes de estudios, reinante en muchas de las Facultades de Derecho de Brasil, reflejo de la enseñanza tradicional (que está basada en la mera transmisión de información acerca de conocimientos, de contenidos y su recepción pasiva y memorización por parte del estudiante); conduce a la

reprobación del examen de la OAB, especialmente en la fase de la prueba práctico-profesional, porque el graduado no consigue desarrollar una redacción profesional de una demanda o petición adecuadamente, o bien no responde las cinco preguntas discursivas prácticas con justificaciones persuasivas según el Derecho (dando buenas razones) a su solución.

1.5. Ejemplo de plan de estudios deficiente es el hecho de que algunas Facultades (que parecen no tomar suficientemente en serio la docencia) no tienen en sus asignaturas curriculares la enseñanza de la disciplina de la Filosofía del Derecho.

1.6. Muchas Facultades sólo hacen énfasis (en sus planes de estudios) en la disciplina de *hermenéutica jurídica*. Pero el problema, no está solo en cómo encontrar la solución a través de la llamada “interpretación jurídica”, sino más bien en hallar un método para justificar pretensiones y soluciones -como hace la teoría contemporánea de la argumentación jurídica. Es decir, no basta con interpretar las normas, tenemos que saber aplicarlas según el Derecho, utilizando (en ese proceso argumentativo) las herramientas de la argumentación jurídica vinculada a la racionalidad.

1.7. En efecto, la importancia de la enseñanza de la argumentación jurídica en los planes de estudios puede ser observada en las instituciones de enseñanza que son recomendadas por la OAB, cuya reciente divulgación (en 2007) acreditó solamente 87 cursos de Derecho, de los 1.046 cursos que tenemos en Brasil, para recibir el *sello de calidad*; justamente, esas facultades recomendadas son aquellas que incluyen en su actividad curricular las disciplinas de Introducción a la Filosofía General, la Filosofía del Derecho y/o Jurídica, además de la Sociología Jurídica y Hermenéutica, e, incluso, algunas de ellas con materias tan concretas como “lenguaje y argumentación jurídica”.

1.8. Por supuesto, que factores tales como la “materialización” del Derecho, traída por el actual “Estado Constitucional”, con el papel clave que en él juegan los principios y valores jurídicos y la argumentación basada en ellos, han hecho entrar en crisis al “positivismo de la ley” – *à la Kelsen*. Frente a esta realidad, existen razones suficientes para asegurar por qué ahora es esencialmente importante la teoría de la argumentación jurídica, sin tratarse simplemente como fenómeno de moda; sino que el auge de ésta en los últimos tiempos está muy vinculado a la crisis del paradigma formalista del Derecho, y porque la racionalidad de las soluciones jurídicas está vinculada al proceso argumentativo de dar razones para justificarlas.

1.9. El enfoque del “Derecho como argumentación” representa una cierta recuperación, actualizada, de métodos jurídicos muy antiguos (como la retórica aristotélica), renacida en tiempos relativamente recientes (los años cincuenta del siglo XX, por autores como Viehweg, Perelman o Toulmin) y percibe el resurgir de este enfoque “argumentativo” del Derecho, de la mano de la “ nueva” teoría de la argumentación jurídica (Alexy, MacCormick, etc).

1.10. La tendencia de la enseñanza de la ciencia jurídica moderna en diversos países evidencia una transformación y reforma de las estructuras de la enseñanza superior en las titulaciones de nivel de Grado (por ejemplo, de los países europeos que están dentro del proyecto de construcción del llamado “Espacio Europeo de Enseñanza Superior” – EEES). Varias Facultades de Derecho (tanto de países europeos como latinoamericanos) ya están cultivando el enfoque del “Derecho como argumentación”, tanto que han introducido la disciplina de la Argumentación Jurídica en grado curricular de las carreras de Derecho.

2. En ese orden de ideas, se justifica el poder decir que la gran carencia de la actual enseñanza del Derecho en Brasil es precisamente la falta de formación académica con el elemento más necesario para formar juristas prácticos, que sean “técnicamente competentes”, esto es, que la formación consiga capacitarlos y habilitarlos intelectualmente para el “uso” y aplicación del Derecho: “capacitar al alumno para el razonamiento o argumentación jurídica”²¹.

En verdad, la solución de todos los problemas de la enseñanza del Derecho sería el resultado de la combinación de decenas de reformas y actuaciones concretas, grandes y pequeñas. En resumen, por un lado es necesario elevar el nivel de formación *teórica* del estudiante (introducción en la enseñanza del discurso moral y político); y, por otro, sobre todo, una enseñanza más *práctica* orientada al ejercicio de las profesiones jurídicas.²²

En efecto, “la historia de los grandes cambios en la enseñanza del Derecho –y en toda clase de enseñanza– nos muestra con toda claridad que éstos se han producido siempre tras la formación y modificación en las mentalidades del profesorado, y nunca antes”²³. Ante tareas tan singulares e importantes para la(s) nueva(s) concepción(es) del Derecho, es necesario que las actividades de las Facultades se dediquen a enseñar a los estudiantes para que puedan

²¹ Sobre este tema *vid* PERÉZ LLEDÓ, JUAN A., *op. cit.*, pp 152.

²² *Vid* PERÉZ LLEDÓ, JUAN A., *op. cit.*, pp 143-145.

²³ LAPORTA, Francisco J., *La enseñanza del Derecho, Anuario de La Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (2002), pp.21.

ser buenos profesionales del Derecho. Por supuesto, que este proceso de transformación de la enseñanza es difícil de promover y ello exige un largo plazo.

Sin embargo, una propuesta realizable -para comenzar a avanzar en la mejora de la enseñanza en las Facultades de Derecho de Brasil (aunque no debe ser entendida como una “fórmula mágica” o “panacea contra todos los males” para resolver el problema de la enseñanza)- sería la de incluir la asignatura de la teoría y práctica de la argumentación jurídica en los planes de estudios de formación de grado, y así *rejuvenecer* la docencia, a través de métodos que induzcan a los estudiantes a “pensar como juristas”. En este sentido, se sugiere –en anexo a este trabajo– una propuesta de programa de estudio de la asignatura que incluye objetivos, temas y bibliografía básica.

3. Finalmente, para que el Derecho funcione podemos (o mejor, debemos) reclamar que se tomen los derechos en serio, que la enseñanza siga una teoría coherente de lo que son tales derechos, y actúe de manera congruente con lo que él mismo profesa²⁴. Entonces el sistema de enseñanza –jurídica– merece respeto, por eso es importante que las Facultades de Derecho –a través de sus administradores– tomen sus decisiones con seriedad en el proceso de elección y diseño de los planes de estudios y formas de enseñanza, observando para ello, la actual tendencia de enseñanza de la ciencia jurídica moderna que se lleva a cabo en los países que están “viviendo” este cambio.

La finalidad debe ser que los “intérpretes, operadores y aplicadores” (formados por esas facultades) no sólo conozcan contenidos sino que sepan aplicar las normas según el Derecho. Así las instituciones de enseñanza jurídica estarán ejerciendo (adecuadamente) su crucial papel de formar a los profesionales que representan una de las promesas del bienestar más elevado posible entre los individuos (que constituyen una comunidad) por medio de la mejor aplicación del Derecho, como producto de la razón (racionalidad de las soluciones jurídicas), y, por consiguiente, contribuyendo a que la dignidad y la igualdad entre la mayoría haga que las minorías sean respetadas, o sea, mejor defensa de la Ciudadanía y de la Justicia.

²⁴ Sobre este tema Vid DWORKIN, RONALD., *op. cit.*, pp. 278.

VII. Bibliografía básica.

Atienza, M.: Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica (Centro de Estudios Constitucionales).

Atienza, M.: Tras la justicia, (Ed. Ariel)

Atienza, M.: El Derecho como argumentación, (ed. Ariel)

Ezquiaga Ganuzas, F.J.: La argumentación en la justicia constitucional española (Ed. IVAP, Oñate)

Bibliografía complementaria

Aarnio, Aulis: *The rational as reasonable. A treatise on legal justification*, Reidel, Dordrecht/Boston/Tokyo.

Alexy, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Atienza, Manuel: *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Civitas, Madrid.

García Amado, Juan Antonio: *Teorías de la tópic jurídica*, Civitas, Madrid.

Habermas, J.: *Teoría de la acción comunicativa*, Ed. Taurus.

Levi, E.: *Introducción al razonamiento jurídico*, Ed. Eudeba.

MacCormick, Neil: *Legal reasoning and legal theory*, Clarendon Press, Oxford.

Bibliografía utilizada para la elaboración de la propuesta

AGUILÓ REGLA, J., Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante – España, en *La Constitución del Estado Constitucional – El método jurídico como argumentación jurídica*, Conferencia, Lima-Bogotá, 2004, pp. 153 y ss.

ARISTÓTELES, *Retórica*, (Introducción, traducción y notas por Quintín Racionero), Gredos, Madrid, 1990.

ATIENZA, M., *El derecho como argumentación – Concepciones de la argumentación*, Ariel-Derecho, 2006, Barcelona, pp. 11.

ATIENZA, M. *Las razones del derecho – Teoría de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª edición, 2004, México,, pp. XIII.

CARRIÓ, G., *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Editorial ASTREA, 1973.

DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 1ª edición en castellano en 1984.

LAPORTA, Francisco J., *La enseñanza del Derecho*, Anuario de La Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 6 (2002).

LUMIA, Giuseppe, *Principio de Teoría e ideología del Derecho*, Editora Debate, 10ª reimpresión, Madrid, versión castellana (1989).

PERÉZ LLEDÓ, JUAN A., *La enseñanza del Derecho.*, Palestra Editores S.A.C, Lima-Perú, 2006.

PERÉZ LLEDÓ, JUAN A., *El Movimiento Critical Legal Studies.*, Madrid, Editorial Tecnos S.A, 1996.

ORTEGA, Manuel Segura, *La Racionalidad Jurídica*, Editorial Tecnos S.A, Madrid, 1998.

VII. Anexo.

PROGRAMA DE LA ASIGNATURA TEORÍA Y PRÁCTICA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA²⁵.

I. OBJETIVOS DE LAS ASIGNATURA:

²⁵ Extraído de la ficha de asignatura da disciplina Teoría e Práctica de Argumentación Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad de Alicante, año académico 2006-07, en <http://cv1.cpd.ua.es/WebCv/ConsPlanesEstudio/cvAsignaturas.asp?wCodEst=B102&Lengua=C&scaca=2006-07>.

1. Adquisición del conocimiento e instrumental necesario para analizar la corrección argumentativa de diferentes textos jurídicos o relacionados con el Derecho (sentencias, reflexiones sobre problemas jurídicos).
2. Desarrollo de las habilidades necesarias para desarrollar una buena argumentación en relación con un problema jurídico y una solución que se pretenda defender.

II. PROGRAMA/TEMARIO.

I. Introducción general

Tema 1. El Derecho como argumentación. Contextos de la argumentación jurídica. Decidir, explicar y justificar.

Tema 2. Tres concepciones de la argumentación. La concepción formal. La concepción material. La concepción dialéctica.

Tema 3. La concepción formal. ¿Qué es deducir? Tipos de inferencias.

Tema 4. La concepción material. La tópica de Viehweg. Características de la tópica jurídica.

Tema 5. La concepción dialéctica. Perelman y la Nueva Retórica: presupuestos, puntos de partida y técnicas de la argumentación. El auditorio universal. La concepción de la argumentación de Toulmin: estructura de argumentos.

Tema 6. La concepción estándar de la argumentación jurídica. Neil MacCormick: una teoría integradora de la argumentación jurídica. Robert Alexy: La argumentación jurídica como discurso racional.

Tema 7. El proceso de la argumentación jurídica. Problemas de prueba y de interpretación.

Tema 8. La argumentación jurídica como resultado. La representación de los argumentos.

Tema 9. La evaluación de los argumentos jurídicos. Concepto y clases de falacias.

Tema 10. Argumentación jurídica y racionalidad práctica. Lo racional y lo razonable en el Derecho.

DEIVTI DIMITIROS PORTO DOS SANTOS, brasileiro, Bacharel en Ciencias Jurídicas y Sociales, por la Universidad Luterana de Brasil – ULBRA, postgraduado en Derecho, con Título de Especialista en Argumentación Jurídica, 2ª edición – 2005, por la Universidad de Alicante, España; ejerce la profesión de abogado litigante. Tiene experiencia y ha recibido cursos de extensión sobre Derecho Procesal Civil, ha participado en diversas Conferencias y Congresos sobre Derecho Administrativo, Derecho Inmobiliario, Derecho

Social, Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Granada, España, del 24 al 29 Mayo de 2005. Hay realizado una estancia de investigación asociada a la actividad del Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Internacional Privado de la Universidad de Alicante, asistiendo a las Conferencias del curso de postgrado “Titulo de especialista en Argumentación Jurídica”, en la 4ª edición, 2007.