

I

Bajo el Título de *Descubrir el Derecho. Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática* (Universidad de Piura, Palestra Editores, 2009), el Profesor Álvaro Zegarra, nos hace entrega de un didáctico y exquisito texto de iniciación al estudio del Derecho, dirigido principalmente a los alumnos del pre-grado de las Facultades de Derecho.

Se trata de un texto singular en nuestro medio. Desde las primeras páginas y con clara convicción del significado práctico de nuestra disciplina, su autor plantea un discurso sencillo pero no por ello menos profundo. Como escuché decir alguna vez a un profesor de Filosofía, la profundidad no significa ni amplitud (explayarse innecesariamente) ni complejidad. El texto del profesor Zegarra dosifica adecuadamente la profundidad con la sencillez del lenguaje, permitiendo que las cosas complejas, propias del Derecho, se conviertan en lectura amena y estimulante que persuaden al auditorio al que se dirige (estudiantes) haciéndoles comprender, tempranamente, que la profesión que han elegido trata de cuestiones tan prácticas como las de la vida cotidiana.

El esquema que plantea resulta, por otro lado, especialmente sugerente y original. En una bien dosificada “Introducción” el autor se encarga de poner las soleras de su discurso, para luego avanzar por los conceptos fundamentales como son el de persona, los hechos y actos jurídicos, así como las relaciones jurídicas, entre otros (Primera parte). La segunda parte está dedicada al Derecho civil patrimonial en que el autor aborda los temas clásicos como la propiedad, las obligaciones, los contratos y la responsabilidad civil. Una tercera parte de la obra se dedica a lo que el autor denomina el “Derecho privado de la empresa”: aquí se abordan temas como el de la organización empresarial y la relación trabajo-empresa. Finalmente, el tratamiento de las instituciones del Derecho Privado se cierra con una sección dedicada a la Familia y las Sucesiones. En la última parte del libro (Quinta), el autor aborda los campos fundamentales del Derecho Público: Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Penal y Derecho Procesal.

Sin duda, estamos ante un volumen que no quiere dejar de tocar los aspectos fundamentales del saber jurídico sin que ello termine en una enciclopedia inmanejable para un estudiante que se inicia en sus estudios en la Facultad, sino por el contrario, la destacable capacidad de síntesis y comprensión cabal de cada una de las instituciones que aborda, han permitido al autor que, en aproximadamente 260 páginas, el lector tenga una idea de conjunto del Derecho como disciplina y como técnica de regulación de las relaciones sociales. Como es comprensible, no es posible recorrer todos los insti-

tutos que aborda el autor en esta muy breve recensión que me cabe el honor de realizar. Sólo quisiera dedicar algunas breves apreciaciones a partir de sus postulados básicos, entendiendo que en el Derecho, “ubicar el lente” ayuda a comprender los “reflejos” de quien indaga en sus instituciones y sus procesos.

II

Inspirándose seguramente en Ulpiano, presenta al “objeto del saber del jurista” como el arte de determinar lo que corresponde a “lo suyo”. Lo suyo, lo justo y Derecho, dirá nuestro autor, son tres modos de nombrar lo mismo” (p. 25). De este modo, se muestra la terrenalidad del Derecho, aunque luego, en otro momento escribe que, “si hay algo jurídico cultural, tiene que partir necesariamente de algo jurídico natural” (p. 39), decantándose así, abiertamente, por una suerte de concepción renovada de iusnaturalismo que, no obstante, reconoce un espacio importante al Derecho positivo como la parte funcional de las prácticas jurídicas.

Puede sorprender la forma casi “desnuda”, por no decir franca y abierta en que presenta su visión iusnaturalista del Derecho, pero lo que no se puede negar es la coherencia con que avanza en sus planteamientos. Así, la idea de la justicia, indispensable componente de lo jurídico, sólo será posible “si se admite un derecho previo” (p. 26). Esto podría llevarnos de inmediato a inquirir sobre dónde encontrar y cómo ese “derecho previo”, sobre todo si se asume como nos sugiere nuestro autor, que “hay cosas que son injustas de suyo”, esto es, al margen de nuestras miradas y sensaciones subjetivas. No obstante, como el suyo no es un iusnaturalismo de “esencias” ni de dogmas, sino más bien uno que hay que ubicar en la tradición del racionalismo, de inmediato nos viene a decir que ese derecho previo, y por tanto habría que asumir también que esas “injusticias de suyo”, hay que ubicarlas apelando a la razón, esto es, al momento “argumentativo” del Derecho que el autor parece asumir también como premisa.

En efecto, si entiendo bien, a tal conclusión se puede arribar si se toma en cuenta su concepción del derecho como un arte argumentativo y no demostrativo (p. 31). Cuando el Derecho no se reduce a la Ley impuesta desde su dimensión estatal positiva, la razón se abre paso para comprender las prácticas jurídicas como prácticas sociales, como modo de entendimiento racional intersubjetivo. De este modo, el Derecho ya no es un monólogo de reglas positivas emanadas desde el poder y garantizadas por la fuerza, sino un espacio para el diálogo racional. Sin necesidad de citarlos, esta concepción del profesor ZEGARRA se aproxima mucho, al menos en este punto, aun cuando con afluentes seguramente diversos, a las posturas más actuales de los críticos del positivismo normativista. Pienso en autores como Carlos NINO o DWORKIN por citar ejemplos de los dos extremos de América o en ALEXY y ATIENZA para referirme a dos autores europeos. Todos ellos con particularidades y matices propios, han propuesto en los últimos años un concepto de Derecho como práctica argumentativa.

El modelo de Derecho (entendido en sentido amplio como sistema jurídico) propuesto por ALEXY, por ejemplo, se incardina en tres niveles: Reglas, principios y

procedimientos. Por procedimientos entiende ALEXY al momento “dinámico” del Derecho, en el que interactuando reglas con principios se aborda un caso para elegir una solución institucional racional. Tales procedimientos constituyen actos discursivos, argumentativos, de valoración de resultados y de significación de actos normativos (interpretación). Este es el momento en que precisamente la moral penetra en el Derecho de modo inevitable. La cuestión central sin embargo, radica en poder identificar un procedimiento racional de aplicación de reglas y principios en cada caso en particular. Vista la necesidad de no depender de manera indefectible en las soluciones jurídicas de simples subsunciones normativas y, vista también, la inconveniencia de hacerse guiar en estas tareas por alguna moral intersubjetiva calificada en abstracto como “metanorma” moral, surge la necesidad de validar algún procedimiento racional. ALEXY¹ lo plantea de esta forma: como quiera que “no son posibles teorías morales materiales de las que pudiera obtenerse con certeza intersubjetiva exactamente una solución para toda cuestión moral”, entonces hay que recurrir a “teorías morales procedimentales que formulen reglas o condiciones de la argumentación práctica racional. Una versión especialmente promisorio de una teoría moral procedimental es la del discurso práctico racional”.

El apelar al procedimiento del discurso práctico para establecer la validez de juicios morales en la práctica jurídica supone someter a controles de racionalidad práctica al contenido mismo del Derecho y, por esta vía, los críticos del positivismo actual encuentran una fórmula insalvable de conexión entre derecho y moral. El *procedimiento* del discurso moral racional nos conduce, por otro lado, a descartar la idea, a veces sugerida subliminalmente por nuestro autor respecto de la posibilidad de una “recta razón”, entendida ésta como “derecho natural, o contrario a él”, esto es, “lo que es de suyo racional o irracional” (p. 38).

Decir que algo es “de suyo racional o irracional” sugiere sin embargo una renuncia explícita a la discusión crítica racional apelando para ello a un compromiso fuerte con alguna moral, quizá no “superior”, pero sí “objetiva e indiscutible”, lo cual pareciera incompatible con las premisas básicas del Derecho de un Estado laico, plural y democrático. Es verdad que el modelo del constitucionalismo, por ejemplo, en el que se ha vuelto a discutir la tesis de la convivencia entre Derecho y Moral asume (debe asumir) algún tipo de “objetivismo moral”, pero cuando ello ocurre creo que es sin renunciar a la discusión racional. Es decir, se deben asumir como “verdaderos” y, por tanto “válidos”, ciertos juicios morales, como por ejemplo: “debe castigarse a la madre que mata a su hijo para divertirse”, porque esto es incorrecto, pero ello no ocurre “de suyo” y en abstracto, como resultado de alguna revelación que nos señale que dichas conductas son censurables o reprobables, sino que tal calificación solo puede aceptarse como el resultado de un procedimiento racional de discusión en el que las razones a favor de dicha aserción deben triunfar de modo inevitable en el marco de una discusión dialéctica racional. Así las cosas, la afirmación: “debe castigarse a la madre que mata a su hijo para divertirse”, no puede ser una premisa, sino en todo caso, la conclusión de un procedimiento discursivo racional.

¹ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*, Traducción de Jorge Seña, Editorial, Gedisa, 1994, p. 175.

En una sociedad democrática, que valora el pluralismo y donde rigen diferentes concepciones acerca del bien y del mal, puede resultar disfuncional la idea de alguna moral que se pretenda materialmente “más correcta” que otra en abstracto o “de suyo”. Por ello mismo también, parece que habría que poner en cuestión una afirmación tan categórica como la que aparece en la introducción del texto del Profesor ZEGARRA, cuando afirma que: “el derecho natural es el mismo para todos y en todos los lugares” (p. 38). Una moral universal omnicomprendensiva del ser y del saber no parece terrenal y, como tal, se escabulle ante nuestras limitadas posibilidades cognitivas racionales: hasta el agua sabe distinto dependiendo del manantial del que emana.

La estructura de un Derecho natural universal y trascendente se encuentra, de este modo, con una limitante cultural inevitable. El que el Derecho sea un producto cultural, espacial, territorial y vivencial, no quita sin embargo sus pretensiones universalistas y, últimamente “globalizantes”, pero ello debiera ser tomado solo como eso, como una pretensión que constantemente debe verificar la necesidad de su relatividad, atendiendo a todo tipo de circunstancias y de razones. El diálogo debe pues mantenerse abierto y cuando ello se formula como premisa, las verdades intangibles, inalterables y las “naturalezas” que subyacen a tales consideraciones deben también incluirse en el procedimiento del discurso.

Analizando, sin embargo, otro tramo de los argumentos del profesor ZEGARRA, debemos matizar nuestras consideraciones. Puesto que también para él “[el] procedimiento jurídico por excelencia, el juicio, ha consistido siempre en una confrontación esencialmente verbal, racional, de los interesados ante un tercero imparcial y especialmente fiable, sea por su mayor ciencia o experiencia, sea por la especial autoridad de que se hallaba investido, para señalar lo que es justo en cada caso. Y así sigue siendo hasta hoy” (p. 31). Aun cuando hay quien ha argumentado en sentido de que el solo sometimiento de la discusión ante un tercero (por más imparcial que este sea) ya supone un sometimiento a la arbitrariedad y una renuncia al acuerdo racional ideal (R. GROOTENDORST y F. ESMEREN²), no obstante, es claro que no podemos idealizar el diálogo racional para aceptar sus limitaciones. La institucionalización del Derecho es la prueba más palpable de nuestras limitaciones para llegar a agotar el diálogo racional siempre y en todas las circunstancias, siendo necesario, llegado el caso, el someternos al arbitrio de un tercero.

Pero incluso asumiendo aquello, un tercero que desea llegar a una solución racional, debería dejarse aconsejar por la dialéctica de los argumentos. En la ida y vuelta, garantizando condiciones de igualdad y libertad al máximo, la verdad aproximativa puede aflorar para darnos su luz al final del túnel. El procedimiento discursivo puede liberarnos incluso de nuestros propios prejuicios morales, siempre que estemos abiertos al debate racional y aceptemos la posibilidad de incurrir en error.

² ESMEREN, Frans H. y GROOTENDORST, Rob. *Argumentación, comunicación y falacias. Una perspectiva pragma dialéctica*, Traducción de Celso López y Ana María Vicuña, Universidad Católica de Chile, 1992.

Para los idealistas críticos, que ven en el recurso de la argumentación racional la ventana que se abre al fango movedizo de la incertidumbre y la arbitrariedad, el profesor Zegarra ha escrito que: “no cualquier interpretación es derecho: Hay unas reglas del arte que permiten llegar a conclusiones seguras” (p. 31). Aun cuando su texto no trata de las reglas del arte de argumentar racionalmente, debemos entender que el autor nos remite aquí, no solo a las pautas que aborda al desarrollar los tópicos de la interpretación jurídica, los métodos y principios, sino también a las teorías contemporáneas de la argumentación, así como a las técnicas y estrategias de ponderación de bienes y derechos. Por la vía de la argumentación racional el Derecho, sin embargo, ya no es solo un arte para “descubrir” la idea de lo justo y lo razonable en los conflictos sociales, sino una invitación para construir respuestas utilizando sus instituciones, sus conceptos y sus principios, a partir de comprender que el Derecho es un instrumento y no un fin en sí mismo.

III

En resumen, y para cerrar este breve comentario, se trata de un libro con un claro mensaje que concita el interés desde sus primeras páginas y que, desde luego, como es natural (quizá lo único natural en el Derecho), abre también discusiones y desacuerdos inevitables. Cuando un libro logra despertar el interés de “propios y extraños”, es cuando en verdad trasciende en una sociedad plural que no está dispuesta a renunciar a las discrepancias de opinión y de juicio cuando de lo bueno y de lo justo se trata.

Por otro lado, un libro como el que ha escrito el Profesor ZEGARRA, expresa no solo el contenido explícito de sus páginas. Hay detrás de este trabajo todo un proyecto que involucra esfuerzo colectivo de la Universidad que lo alberga y que se ve reflejada en las investigaciones de su plana docente. Nunca mejor expresado en esta obra, el adagio que ha convertido en su eslogan el Fondo Editorial de nuestra Universidad Decana: “La universidad es lo que publica”. El libro del Profesor ZEGARRA expresa el rigor y la honestidad intelectual que vienen consolidando como sello de identidad los Profesores de la Universidad de Piura a través de una serie de publicaciones. Su sólida presencia en el Norte de nuestro país expresa, por otro lado, la prueba palpable de que son posibles el compromiso universitario serio y responsable, con la apuesta por un regionalismo que debe poner al alcance de nuestros pueblos del interior del país, la investigación, la cultura y el mensaje de las libertades a través de una sólida Facultad de Derecho como la que ahora exhibe la Universidad de Piura.

Pedro P. Grández Castro
Profesor Ordinario en la Facultad de Derecho y Ciencia Política
Universidad Nacional Mayor de San Marcos