

TRES MODELOS DE PEDAGOGÍA JURÍDICA

2

Superación del positivismo jurídico en el aula o una enseñanza integral del derecho

Jorge Enrique León Molina

Introducción

La enseñanza del derecho, como proceso integrador del objeto de estudio de la ciencia jurídica, parte de una visión hegemónica en la teoría jurídica: el positivismo. Desde este, puede justificarse el uso de variables normativas en el estudio, y la visión estructuralista de mantenimiento tanto del orden como del sistema jurídico. Así, surge la pregunta: ¿es posible enseñar la ciencia jurídica a partir de una orilla ideológica y teórica diferente al positivismo?

Para plantear una alternativa de solución a este interrogante, debe pensarse en elementos como la finalidad del estudio del derecho, las metodologías empleadas, la conceptualización científica y los saberes presentes en el mismo, así como las comparaciones que tenga esa enseñanza hegemónica con otros modelos, en particular, el positivismo incluyente, y los estudios críticos del derecho, propios del modelo norteamericano.

Educación jurídica: generalidades

El conocimiento aprehendido desde la universidad en el estudio del derecho, es producto de las prácticas sociales enmarcadas en la misma práctica jurídica; es decir, parte de los casos sometidos a estudio, por parte del entorno social, al sistema jurídico. Esta interpenetración entre ambos, provee diversas alternativas de análisis de situaciones fácticas a la luz de las variables jurídicas, contextualizando a los abogados, los operadores judiciales, y, más importante, a los estudiantes en cómo se debe abordar el estudio del derecho.

Pero este debe reunir diversas posiciones respecto al entorno que soporta el derecho; por cuanto la realidad entendida como un cúmulo de variables tanto interpretativas como argumentativas, provee un ramillete de posibilidades teóricas para abordar su estudio; además, se debe dar cuenta de las relaciones interdisciplinarias que el derecho guarda con otras disciplinas, con el objeto de complementar el campo teórico mediante el cual se puedan justificar las decisiones jurídicas.

En la academia, estos fines descritos deben ser expresados en forma de contenidos curriculares, cuyo objetivo es hacer que el estudio del derecho sea integral; “de un derecho natural a un derecho positivo, e incluso, a un derecho universal”⁵⁹. Esto implica, procurar por transmitir, en las formas propias de la educación jurídica, una universalización tanto de los problemas como de las soluciones a casos jurídicos emergentes en el entorno social.

Así, la práctica del derecho puede oscilar en dos extremos: por un lado, puede ser cínica, en donde lo que importa es la ley, lo que impera es la estabilidad y estructura de las normas, los formalismos y la integridad del sistema jurídico como tal, esta estará enmarcada en el positivismo jurídico, ya sea ideológico, teórico o metodológico; y otra es realista, en donde “se tiene una pretensión idealista como condición ontológica de la existencia del derecho”⁶⁰. Esta visión es propia del positivismo incluyente, en donde se trata de analizar el derecho a la luz de sus relaciones con la moral y otras ciencias auxiliares, que amplían el espectro interpretativo y argumentativo de las soluciones emergentes, y permite en últimas, en el estudiante, el investigador, el abogado y el operador judicial, un análisis integral

59 D. Kennedy, Educación jurídica internacional. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, vol. 16, núm. 8, 2010, pp. 85-115, p. 90.

60 K. Roosevelt, In the shadow of the law. *Harvard Law Review*, vol. 120, 2007, p. 1369.

del derecho. Existe, también, una tercera posibilidad problemática: la visión crítica y democrática de estudio del derecho, en la cual este se procura a partir de los problemas que le afectan, dando primacía, en la comunidad académica, el uso de herramientas discursivas, la participación académica, y la búsqueda de la opinión de cada estudiante en el marco de los casos sometidos a estudio, este modelo es defendido por las escuelas críticas del derecho, más exactamente, en el modelo americano.

Lo importante es que, en cualquiera de los modelos anteriormente descritos, es menester inculcar al estudiante la crítica de las metodologías estudiadas en el pregrado de derecho, dado que su conceptualización promueve el desarrollo de procesos investigativos que pueden ir más allá de lo que está vigente en ese momento; así, se presenta una “explosión heroica de construcción intelectual que, a la postre, permite la creación de derecho a partir de su estudio”⁶¹. Esta finalidad, aunque ideal y digna de elogios, no guarda una coherencia entre los tres modelos anteriores: desde el positivismo es casi imposible una crítica del modelo jurídico imperante; desde el positivismo incluyente, es más factible, pero sin salir de los marcos establecidos por el sistema legal para ello, y desde los estudios críticos, los análisis de los casos deben procurar una interpretación y argumentación de los casos sometidos a estudio, en medio de los límites legales establecidos; se pensaría que entender la educación jurídica más allá del positivismo, sería imposible, dado que, al final, se termina por afirmar que no se puede ir más allá del sistema positivo en el estudio del derecho.

Sin embargo, para el estudio problemático del derecho se pueden encontrar dificultades que no requieran de reconstrucción sino de lo que Kennedy denomina “administración”⁶²; problemas que, aunque engloban una problemática latente en el ordenamiento jurídico, necesariamente deben adecuarse a soluciones ya planteadas como criterios de interpretación a casos futuros. Es en esta frontera, donde las diferencias entre modelos educativos se hacen más evidentes.

61 D. Kennedy, Educación jurídica internacional, *op. cit.*, p. 95.

62 *Ibid.*, p. 96.

El derecho como ciencia y disciplina

La ciencia jurídica versa sobre el estudio de las relaciones normativas presentes en el ordenamiento jurídico. Para Nino, por ejemplo, la conceptualización científica del derecho debe ir “precedida de una investigación de las funciones, métodos y presupuestos de la actividad que los juristas desarrollan, con el fin de determinar si el método propuesto puede satisfacer las mismas funciones que esa actividad pero recurriendo a presupuestos y métodos más eficaces”⁶³.

El conocimiento del derecho se basa en la comprensión de que la norma jurídica es el objeto de la ciencia del derecho, por cuanto esta constituye “el objeto de un conocimiento jurídico, que agrupe las distintas categorías de comportamientos humanos que, realmente, importan al derecho como sistema”⁶⁴.

La pretensión desde las ciencias es unificar los métodos de investigación, con el fin de plantear un criterio sólido de unidad entre los contenidos: es decir, compaginar en un solo conjunto, las diferentes teorías científicas en torno a un tema. Fragmentar esa unidad implica la interpenetración de ciencias, es decir, la interacción de saberes en pro de “un espacio de intercomunicación, descripción e investigación común a los saberes científicos implicados”⁶⁵.

Así las cosas, la visión positivista permea desde la investigación de los métodos de estudio de los casos jurídicos, hasta la forma en la cual se enfrenta a la solución aparente el operador jurídico; pero, ¿será posible entender una disciplina jurídica?

Para Foucault, el término “disciplina” obedece a todo “conjunto de enunciados que copian su organización de unos modelos científicos que tienden a la coherencia y a la demostratividad, que son admitidos, institucionalizados, transmitidos y a veces enseñados como una ciencia”⁶⁶.

Al tenor de lo expuesto, se afirma que la formación de posibilidades, producto de una sucesión de prácticas discursivas, permite el trazo de los límites de futuras

63 C. Nino, *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 320.

64 H. Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*. México D.F.: Universidad Autónoma de México, 1986, p. 83.

65 R. Larrauri, La educación jurídica como campo de investigación desde una conceptualización epistemológica. *Universitas. Revista de filosofía, derecho y política*, núm. 3, 2005, pp. 61-96, p. 70.

66 M. Foucault, *La arqueología del saber*. Madrid: Siglo del Hombre Editores, 1979, p. 299.

ciencias, cuyas “posibilidades son absolutamente accesibles a una descripción; lo cual implica determinar el objeto de esa ciencia emergente”⁶⁷.

Entonces, el conocimiento de esa ciencia esbozada por la positivación descrita, es producto de la unión de elementos tales como experiencias, tradiciones y descubrimientos que, además, posibilitan la elaboración de teorías y verificaciones que, a lo sumo, podrían soportar epistémicamente esa ciencia nacida. El derecho no es ajeno a esta distinción, dado que, al positivizar sus posibilidades de acción, describe todos y cada uno de los casos en los que puede o no ser usada cada una de las teorías elaboradas para su comprensión epistémica.

Así, desde Foucault, “el objeto de toda ciencia puede ser analizado como un dato, una experiencia vivida, inmersa totalmente en lo imaginario, o también como la perfección que la humanidad, en el curso de la historia, hubiera tenido que retomar en la forma de racionalidad”⁶⁸.

Se alude al concepto de saber, como el conjunto de elementos necesarios para la construcción de una ciencia, y, también, a aquellos elementos destinados a darle sentido a la misma; dado que “es aquello de lo que se puede hablar en una práctica discursiva, que así se encuentra constituida”⁶⁹. El saber jurídico, en definitiva, es el estudio que se hace de la positivación de normas jurídicas, ordenadas en un sistema jurídico descrito.

Este espacio también incluye que un determinado sujeto puede tomar una posición crítica respecto a los objetos de los que trata su discurso. Y no es para menos, el ordenamiento solo es posible si un creador, legislador, determina cuáles son las posibilidades lingüísticas que esbozan las normas jurídicas presentes en tal ordenamiento. Su sistematización, se reitera, constituye el saber de la ciencia jurídica.

También existen saberes contextuales, los cuales implican el campo de subordinación y coordinación de los enunciados que definen tal discurso, dado que “no puede existir un saber sin una práctica discursiva que lo defina; lo cual también

.....
67 *Ibid.*, p. 300.

68 *Ibid.*, p. 305.

69 *Ibid.*, p. 306.

implica que toda práctica discursiva puede llegar a definirse a partir del saber que esta forma, en el marco de la ciencia que la pretenda”⁷⁰.

Los saberes contextuales, entonces, obedecen a los universos de casos y situaciones fácticas, en las cuales se hacen exigibles todas y cada una de las posibilidades lingüísticas que esbozan las normas jurídicas. Son los saberes contextuales los que, en definitiva, completan el círculo de posibilidades de estudio del derecho como ciencia.

En el caso del derecho, para Larrauri, “la determinación epistemológica del campo problemático de la educación jurídica como línea de investigación, está construida desde los principios básicos de la filosofía de la ciencia”⁷¹. Es así que el derecho también incluye un elemento de cientificidad como saber y como ciencia. Dado que, como es innegable el avance de la ciencia jurídica en los últimos años, muchos de los criterios tenidos por ciertos en la dogmática jurídica, hoy por hoy, “son catalogados como obsoletos”⁷²; esto es producto del dinamismo del sistema jurídico.

Sin embargo, para Bobbio, citado por Guastini, la ciencia jurídica brinda herramientas para la comprensión del lenguaje del legislador, en la medida en que se procura una interpretación del lenguaje normativo usado en la solución de un caso concreto; así, “la búsqueda de una voluntad del legislador, o de un espíritu de la ley, requiere un análisis textual de la decisión; de modo que el análisis académico del discurso judicial se formula en un metalenguaje, cuyo lenguaje-objeto es el discurso del legislador, aplicado al caso concreto”⁷³.

Todo lo anterior implica el desarrollo de un proceso educativo constante y dinámico, que pretenda una clara cientificidad, pero sin olvidar sus “propios objetivos problemáticos”⁷⁴. En el caso del derecho, debe tratarse la interpenetración, sin olvidar el estudio del mismo a partir de la norma jurídica.

70 *Ibid.*, p. 307.

71 R. Larrauri, La educación jurídica como campo de investigación desde una conceptualización epistemológica, *op. cit.*, p. 63.

72 *Ibid.*, p. 64.

73 R. Guastini, *Distinguiendo*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 81.

74 R. Larrauri, La educación jurídica como campo de investigación desde una conceptualización epistemológica, *op. cit.*, p. 79.

Pedagogía y procesos educativos

Para Dewey, citado por Santos, el proceso educativo parte de la experiencia que tiene el individuo con su entorno, el cual “constituye otros sujetos, el medio social, o la mera naturaleza”⁷⁵. El plus de la experiencia está en comprenderla como un elemento valorativo, en donde se puede analizar tanto el lugar como la acción del sujeto en su entorno social; en el caso del derecho, la experiencia está dada por los procesos comunicativos dados en el marco de la experiencia jurídica; esto es, en el caso.

No todas las experiencias pueden ser educativas; también existen aquellas no educativas, “cuando se tiene por objeto detener o perturbar el desarrollo de múltiples experiencias”⁷⁶. Un ejemplo de una experiencia no educativa en el derecho es cuando el caso sometido a estudio no aporta nada a la práctica jurídica, tanto del estudioso del derecho como del operador jurídico, ni mucho menos, a la dinamización del objeto de investigación socio-jurídica: la norma.

En el caso de vivencias educativas, la experiencia dinamiza el proceso de comprensión de la realidad, dado que la actividad humana modifica, reorganiza, reconstruye y transforma el entorno. Por tanto, el proceso educativo es permanente.

La enseñanza, entonces, constituye un proceso de reconstrucción de la realidad, con base en la experiencia, y atañe a los procesos constantes y creativos, entre quien estudia y el medio en el cual este se desenvuelve; esto es, entre el docente-estudiante-investigador que analiza ese dato preciso en la realidad, y el caso que permite su operatividad en ese entorno social que lo posibilita.

Dworkin, en *El imperio de la justicia*, nos plantea que el razonamiento legal es un ejercicio de interpretación constructiva, lo que quiere decir que “el derecho es aquella historia narrativa que optimiza las prácticas jurídicas en pro de la obtención de un interés posible”⁷⁷.

Ese proceso de reconstrucción posibilita un entendimiento de la realidad jurídica, dado que, con base en variables lingüísticas y cooperativas, con plenos

75 M. Santos, Limitaciones de la pedagogía en John Dewey. *Bordón: Revista de pedagogía*, vol. 63, núm. 3, 2011, pp. 121-130, p. 121.

76 *Ibid.*, p. 122.

77 R. Dworkin, *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa, 2012, p. 4.

efectos en el sistema social, se dan a conocer las variables jurídicas que se hacen operativas en un determinado caso concreto.

Para Dewey, citado por Santos, el papel de la educación no solo es comunicativo ni informativo, sino que, además, “procura eliminaciones sociales, igualdad de oportunidades sociales, dado que es un proceso en el conocimiento y una interconexión entre teoría y práctica”⁷⁸. Lo cual quiere decir que la pretensión de integración de variables en el caso procura, no solo dar a conocer la información del mismo, o los datos de comprensión del derecho, sino hacer el conocimiento jurídico práctico, para quienes de sumerjan en él.

Por tanto, es importante señalar que Dewey define la educación como “aquella reconstrucción o reorganización de la experiencia, que da sentido a esa experiencia, y que aumenta la capacidad para dirigir el curso de la experiencia subsiguiente”⁷⁹. Esto significa que la educación procura la búsqueda de información, propiciando relaciones interdisciplinarias, posibles en el marco de una interacción con el medio, reconstruyendo los puntos problemáticos y aportando algo para la discusión. Esto mismo es lo que se da en el momento en que se analiza el caso a la luz de los datos propios del derecho; esto es, de las normas.

Tres modelos de pedagogía jurídica

Vásquez aboga por la enseñanza, en conjunto, del derecho; en donde este no se distingue por ramas o especialidades, sino que procura unificar todo su universo discursivo y problemático en un concepto de derecho, a partir de “una base filosófica y metodológica”⁸⁰ que sirva para abordar, tanto su estudio como su conceptualización, con miras a hacerlo más comprensivo para los estudiantes.

A partir de esta pretensión, la enseñanza del derecho debe partir de una pluralidad de identidades jurídicas, propias tanto de la universidad como de los docentes, de los estudiantes, de los investigadores, de los abogados litigantes, jueces, magistrados, legisladores, y, en general, de todos los actores en el proceso tanto educativo, como de la praxis misma del derecho; actores que deben procurar

78 M. Santos, Limitaciones de la pedagogía en John Dewey, *op. cit.*, p. 123.

79 *Ibid.*, p. 124.

80 R. Vásquez, Concepciones filosóficas y enseñanza del Derecho. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, vol. 6, núm. 12, 2008, pp. 221-237, p. 221.

desarrollar posturas uniformes para enseñar el cómo y el porqué del derecho. La cuestión de los desacuerdos entre esas diversas posiciones surge como un mecanismo reaccionario para realimentar el sistema mismo del derecho, y, a partir de esa realimentación, dinamizar el proceso de enseñanza jurídica en el aula.

Vásquez propone varias modalidades de enseñanza del derecho, en concordancia con lo expresado anteriormente, en donde se evidencian, no solo las posibilidades de interacción del estudiante con el sistema jurídico, sino con los problemas fácticos que, se supone, el derecho debería propender por resolver, los cuales veremos a continuación.

Formalista o positivista ortodoxo

Para el positivismo, el uso del lenguaje es fundamental, dado que “todo el conocimiento, tanto el científico como el conocimiento más básico, está expresado en una forma lingüística determinada, que amerita un estudio científico por parte del investigador”⁸¹.

Esta visión presenta una enseñanza del derecho centrada en el positivismo jurídico “puro y duro”, en donde prime la enseñanza de las formas propias del ordenamiento jurídico: las normas como datos fundamentales en la conceptualización y el mantenimiento de un sistema jurídico. Siguiendo esta línea, Luhmann plantea dos posiciones para abordar el estudio de una teoría del derecho:

1. La praxis del derecho, en donde el operador determina la validez de unas pretensiones a la luz del ordenamiento jurídico.
2. Conceptualización teórica, en donde se reutiliza el material jurisprudencial para analizar un caso concreto.

Debe tenerse presente que la educación en derecho no tiene solamente la función de enseñar conocimientos dogmáticos, sino también procura la fundamentación de saberes que, a futuro, posibiliten el adecuado desempeño profesional del jurista.

Tradicionalmente, el positivismo jurídico influye en la enseñanza del derecho desarrollando en el estudiante una conciencia e identidad enfocada tanto en la norma como en el sistema jurídico, sin olvidar que su estabilidad es fundamental en el ejercicio profesional. Esto nos permite hablar de un *discurso hegemónico*

81 A. Ayer, *Lenguaje, verdad y lógica*. Valencia: Universidad de Valencia, 1991, p. 17.

positivo, que busca un profesional en derecho con un perfil determinado: un técnico, un operador jurídico que conoce cómo funciona, cómo se dinamiza, y a partir de esos saberes, “lo ejerce de forma independiente”⁸².

Dado que el positivismo entiende el derecho como un sistema compuesto de normas racionales, generales y abstractas, producto de una autoridad estatal competente, esta definición exige al profesional el conocimiento total de “su comportamiento sistemático”⁸³.

La educación jurídica implica la replicación del modelo de discurso jurídico propio de positivismo, en el cual se le muestra al estudiante cómo el derecho aborda su sistematización, cómo se desarrolla su estudio, cómo se comprende, independientemente de lo que Manzo llama las “prácticas sociales que posibilitan su aplicación”⁸⁴. Esto evidencia la clara implicación positivista de la educación jurídica actual cuando, en el proceso enseñanza-aprendizaje, se le da más prelación a lo dogmático-jurídico que a una educación “humanista, crítica y reflexiva”⁸⁵. El positivismo, así visto, presenta el estudio del derecho como un

...análisis unidimensional de los conflictos sociales producto de la educación jurídica basada en la transmisión exclusiva de textos legales, y en forma secundaria y menos importante, la doctrina y la jurisprudencia. Así, la unidimensionalidad implica la aplicabilidad de una normativa vigente a un caso concreto: una “resolución formal de las cuestiones jurídicas”⁸⁶.

A partir de este formalismo en su estudio, se considera al derecho como un sistema neutral, no como un sistema ideológico, lo que quiere decir, en palabras de Manzo, que: “La notoria ausencia de contenidos valorativos en el programa de Derecho ofrecido en la actualidad genera una profunda identidad o conciencia jurídica acrítica, neutral y sistemática, que promueve una determinada forma de ver, conocer y ejercer el Derecho”⁸⁷.

Así las cosas, Manzo plantea dos formas de concebir el derecho:

82 M. Manzo, La influencia de la educación jurídica en la formación valorativa de los abogados. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, vol. 6, núm. 11, 2008, pp. 149-165, p. 151.

83 *Ibid.*, p. 152.

84 *Ibid.*, p. 153.

85 *Ibid.*, p. 154.

86 *Idem.*

87 *Ibid.*, p. 154.

1. Hegemónica. Implica la clásica visión del positivismo. Para Jiménez Cano, el positivismo jurídico:

...es la descripción general de la naturaleza del derecho, con el fin de distinguirlo de aquello que no se considera derecho. La discusión respecto a la vinculación del derecho con la moral va enfocada a negar que la moral pueda llegar a determinar el contenido del derecho; lo cual, actualmente obedece a la delimitación del mismo a partir de hechos sociales⁸⁸.

Esta definición implica la visión del positivismo jurídico, en donde se atiende al tenor literal de las concepciones legales, en donde reglas y normas están contenidas en un orden jurídico que, además de sistematizarlo, provee soluciones emergentes a circunstancias sometidas para su estudio. De esta manera, “las reglas obligan por cuanto constituyen razones para la acción, dado que su función es guiar, explicar y validar las conductas humanas en sociedad”⁸⁹.

2. Alternativa. Implica ir más allá del clásico positivismo, por medio de la reflexión y crítica de lo legalmente establecido:

De esta forma, nos situamos en la tensión existente entre un “derecho racional formal” y un “derecho material”, siendo este último aquel que incorpora elementos valorativos e ideológicos expresos como son la costumbre, los usos y las creencias sociales, que hacen a las prácticas comunes en un sistema social⁹⁰.

En síntesis, la enseñanza basada en el positivismo implica:

1. Analizar el derecho desde una perspectiva dogmática, es decir, circunscribir su uso y aplicación a una única fuente formal de interpretación —la ley—, la cual se aplica mediante un proceso lógico-formal que lo posibilita. El positivismo jurídico va más allá de una justificación meramente normativa de una solución a un caso concreto, implica también un elemento de estabilidad de dicho sistema. Aunque es importante su distinción conceptual de la moral, necesariamente aboga por una determinación científica de qué es el derecho. Su metodología viene dada por los elementos propios de la ciencia aplicados al estudio del derecho; su pureza, es decir, su depuración a la hora de estudiarlo, constituye el

88 R. Jiménez Cano, Una defensa del positivismo jurídico (Excluyente). *Isonomía*, núm. 39, 2009, pp. 80-95, p. 85.

89 H. Hart, *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2010, p. 94.

90 M. Manzo, La influencia de la educación jurídica en la formación valorativa de los abogados, *op. cit.*, p. 156.

elemento que distingue la aplicación de conceptos morales o jurídicos, y abre la puerta para el análisis metodológico del ejercicio del derecho. Esto nos plantea no solo criterios jurídicos, sino también suprajurídicos: “más allá del sistema jurídico; en cuanto a las limitaciones que el sistema mismo posee”⁹¹.

2. Separación entre el “deber ser” de corte normativo, y el “ser” de corte fáctico; esto implica una total descontextualización social de la norma jurídica.

Bobbio, citado por Manzo, afirma que esto produce abogados “teóricos, más preocupados por la lógica y la estética del sistema”⁹².

En tanto, el iusnaturalismo implica el derecho como interpretación metafísica, hecha a la luz de los principios e ideas inherentes a la naturaleza racional del hombre, los cuales son definidos por Ross como “principios e ideas apriorísticos que trascienden el mundo de los sentidos”⁹³.

La tesis principal de Ross es que todo el derecho es positivo, en atención a la siguiente matriz:

1. Tesis cognoscitivista: se fundamenta como negación de los principios morales-jurídicos que tratan de expresar verdades apriorísticas. En este sentido, afirma que la moral, surgida de un derecho natural, debe ser excluida del derecho.
2. Metodología de la ciencia del derecho: como determinación del derecho por medio de aspectos fáctico-empíricos que permitan la interpretación de hechos sociales sin recurrir a principios morales ni de derecho natural⁹⁴.

En este modelo, la validez implica la fuerza moral intrínseca, propia del derecho, cuya función es constreñir a los individuos no solo desde las sanciones impuestas por incumplimiento, sino desde la mera moral. Aunque “este concepto no tiene ni sentido ni función dentro de la ciencia del derecho”⁹⁵.

91 J. Habermas, *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1997, p. 270.

92 M. Manzo, La influencia de la educación jurídica en la formación valorativa de los abogados, *op. cit.*, p. 157.

93 A. Ross, El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho natural. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, vol. 6, núm. 12, 2008, pp. 199-220, p. 201.

94 *Ibid.*, p. 202.

95 *Idem*.

Aunque la teoría jurídica plantea un concepto de “teoría”, este no es igual al concepto propio de las ciencias; dado que “la teoría proviene de la praxis más que de un producto colateral de la necesidad de que se tomen decisiones sólidas”⁹⁶, lo cual, siguiendo a Lühmann, señala que en la enseñanza positiva hegemónica ha prevalecido más la instrucción de un material teórico estándar, que una enseñanza del derecho en la cual “se determina la fuerza de la argumentación jurídica aplicada en cada caso sometido a estudio de los órganos judiciales, pretendiendo más bien sugerir modificaciones a la praxis del sistema jurídico como tal, que un análisis humanista y ‘poco racional’ de la operatividad del derecho”⁹⁷.

La enseñanza del derecho, desde esta perspectiva, es una actividad meramente interpretativa, en donde el derecho, al ser producto de interpretación, se constituye como un dato de autoobservación del sistema mismo, cumpliendo así una función de autoexamen operativo.

Lühmann asevera que la relación teoría-enseñanza-dogmática jurídica no debe ser reaccionaria, más bien, debe propender por alcanzar, en la ciencia jurídica, una consistencia conceptual, fundamentada en que la teoría del derecho, como iniciativa lógico-teórico-argumentativa, tiene como fin la definición de norma jurídica en pro de la determinación de un concepto de sistema jurídico, a partir de sus operaciones propias, ya que esta se presenta como una: “teoría reflexiva del sistema jurídico orientada hacia la abstracción y hacia la búsqueda de contactos interdisciplinarios; reflexión guiada por la vieja tesis que afirma que la norma deriva de los hechos, los cuales, como valor normativo, procuran una pretensión de justicia”⁹⁸.

Al tenor de lo expuesto, Böhmer, citado por Vásquez, afirma que: “El derecho es un conjunto de normas generales o particulares emanadas de los órganos creados al efecto, que enseñarlas implica lograr que los alumnos las conozcan, y que esta actividad se encuentra dirigida a formar a quienes trabajen con dichas normas, en cualquiera de las diversas profesiones jurídicas”⁹⁹.

96 N. Lühmann, *El Derecho de la sociedad*. México D.F: Herder, 1997, p. 62.

97 *Ibid.*, p. 63.

98 *Ibid.*, p. 65.

99 R. Vásquez, *Concepciones filosóficas y enseñanza del Derecho*, *op. cit.*, p. 222.

Esto nos permite deducir que la concepción hegemónica de enseñanza y estudio del derecho es un positivismo jurídico ideológico-teórico, y un positivismo metodológico, en donde se estudia el corpus normativo *per se*, independiente metodológicamente de otras ciencias y saberes.

Para comprender este tipo de enseñanza, es menester hacer alusión a la forma en que Kelsen, citado por Schmill, define positivismo jurídico: “Toda teoría del Derecho que concibe o acepta, como su exclusivo objeto de estudio, el derecho positivo, esto significa que dicha teoría rechaza como derecho a cualquier otro orden normativo, aunque, para efectos prácticos, se le designe con ese nombre”¹⁰⁰.

El estudio del derecho, entendido a partir de esta definición, es decir, a partir de su positividad, está fundado en tres principios:

1. El objeto de estudio del derecho son las “normas positivas”, las cuales constituyen las experiencias reales del sistema jurídico.
2. El derecho como ciencia procura determinar las relaciones funcionales presentes entre las normas jurídicas.
3. La vocación de rechazar toda teoría que plantee normas positivas más allá del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, para Atria, citado por Atienza y Ruiz Manero, el derecho como tal “no es natural, es un producto artificial basado en la autoridad”¹⁰¹, razón por la cual todo, desde su aplicación hasta su enseñanza positiva, está sujeto a la autoridad que lo impulsa.

Para el estudio y la enseñanza del derecho es importante conocer y saber el contenido del sistema jurídico, con el fin de exponerlo con total claridad a los estudiantes; basado en “la idea de la primacía de la ley como fuente de derecho; y la coactividad como emanada de una autoridad normativa que surge del consenso mayoritario, expresado, tanto en el texto constitucional, como en las leyes”¹⁰².

Cerrar el contenido del derecho a un sistema jurídico coherente, es cerrar el espectro educativo del mismo dado que, en la educación jurídica, solo se reflejaría “la práctica inamovible del derecho”¹⁰³.

100 U. Schmill, El positivismo jurídico. En E. Garzón Valdéz y F. Laporta (eds.), *El Derecho y la Justicia*, vol. 11, Madrid: Trotta, 2000, p. 68.

101 M. Atienza y J. Ruiz Manero, Dejemos atrás el positivismo jurídico. *Isonomía*, núm. 27, 2007, pp. 7-28, p. 19.

102 R. Vásquez, Concepciones filosóficas y enseñanza del Derecho, *op. cit.*, p. 224.

103 *Ibid.*, p. 225.

•Tres modelos de pedagogía jurídica•

Así, se transmitiría la práctica mecánica del derecho, producto de una experiencia laboral del docente, el cual puede simplemente comentar cómo desempeña su labor frente a un caso determinado dado que, en ese evento, el derecho es inmutable.

El dinamismo impuesto al sistema jurídico con base en la globalización económica, amplía el espectro de las fuentes jurídicas para estudiar el derecho positivo, haciendo que este “trascienda fronteras, culturas, ideologías e instituciones”¹⁰⁴. Se trata, entonces, de enseñar un derecho dividido en escuelas, que procura ser un mediador y regulador de la vida social, bajo un parámetro meramente nacional que desconoce la globalización y dinámica del derecho.

Se entiende así, que el sistema jurídico positivista hegemónico: “Trata de una nominación general de las principales escuelas del pensamiento jurídico, que permite explicar el derecho continental u occidental, y el derecho nacional o particular, procurando incluso logra demostrar teorías de corte universal, en la concepción teórico-jurídica del derecho”¹⁰⁵.

Vásquez afirma que es propio de la visión positivista equiparar ideológicamente conceptos como justicia y validez, dado que la obediencia a un contenido normativo no solo es jurídica sino moral, porque “el derecho no anuncia ni denuncia; no es un factor de transformación social”¹⁰⁶.

Crítico-realista

La escuela crítica del derecho norteamericana (Critical Legal Studies o CLS), parte de una base político-sociocultural, en oposición a un movimiento intelectual-sustantivo, que ataca tanto el positivismo como el formalismo. En palabras de Pérez Lledó:

Es un movimiento surgido en Estados Unidos, como plataforma política para la izquierda reaccionaria, en las facultades de derecho de ese país. Aunque su origen sea de connotación política, procura una suerte de activismo en pro de disputas políticas cotidianas; sin embargo, también tiene alcance sociocultural, en la medida en que

104 J. Sarmiento, La educación jurídica colombiana y la globalización: entre los estudios de “caja negra”, el formalismo jurídico y la nueva hegemonía. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 24, 2014, p. 64.

105 *Ibid.*, p. 65.

106 R. Vásquez, Concepciones filosóficas y enseñanza del Derecho, *op. cit.*, p. 226.

agrupa a un conjunto de intelectuales que, asumen el liderazgo en ser la nueva izquierda jurídico-política americana¹⁰⁷.

Con la globalización, se amplificó el espectro de las fuentes para entender el derecho, planteando, en este caso, una maximización de las herramientas analíticas empleadas tanto para su estudio como para su reconstrucción. Por ello, implica entender el canon de interpretación del derecho basado en el derecho internacional, y la determinación de los contextos (casos) que permiten “repensar la educación jurídica más allá de los formalismos”¹⁰⁸.

Entender un neoplantamiento de la educación jurídica implica una reconquista, desde la academia, de los espacios dejados de lado por el formalismo, tales como sociología, ciencia política, historia, teoría del derecho, etcétera. Esto, en conclusión, constituye una pretensión de retoma interdisciplinar del derecho.

Twining, citado por Sarmiento, hace un llamado a “abandonar la ‘caja negra’, esto es, las parcelaciones de las experiencias comparadas para dar paso a las teorías e instituciones jurídicas globales, sin dejar de lado, por supuesto, las relaciones de poder implícitas, ni las adaptaciones u orientaciones que las prácticas nacionales pueden haber realizado”¹⁰⁹.

Así, también se plantea un límite a la enseñanza del derecho, en la medida en que todo, desde los objetivos curriculares hasta las competencias, pasando incluso por las referencias, está fundamentado en el imperante formalismo jurídico.

Planteamiento de una enseñanza integral del derecho, en donde se modifiquen los métodos de enseñanza, se amplíen las fuentes y se plantee una “reconstrucción del estudio del derecho tanto nacional como internacional”¹¹⁰. Surge así una teoría transcultural del derecho, como alternativa a la globalización, en donde se formulan “modelos vacíos de estudios sociojurídicos”¹¹¹.

Pérez Lledó, en Vásquez, sostiene que “políticamente, los CLS pretendían plantear un sentido o bien muy general de valores y actividades de ‘izquierdas’

107 J. Pérez Lledó, *Teorías críticas del Derecho*. En E. Garzón Valdez y F. Laporta (eds.), *El Derecho y la Justicia*. Madrid: Trotta, 2000, pp. 87-102, p. 96.

108 J. Sarmiento, *La educación jurídica colombiana y la globalización: entre los estudios de “caja negra”, el formalismo jurídico y la nueva hegemonía*, *op. cit.*, p. 66.

109 *Ibid.*, p. 67.

110 *Ibid.*, p. 68.

111 *Ibid.*, p. 69.

compartidos, o bien [uno] muy concreto de ‘activismo’, en disputas políticas cotidianas”¹¹². Por lo cual, socioculturalmente, los CLS se erigieron como una red que permitía el intercambio de ideas, conceptos, etcétera, entre académicos que compartían intereses intelectuales.

Estas identidades afectan notoriamente el ejercicio de la docencia, dado que permiten la contextualización del estudio del derecho en el caso concreto; es decir, hacen posible enriquecer el debate jurídico a partir de su contexto social. Desde aquí, la escuela crítica plantea las siguientes tesis problemáticas a la hora de afrontar el estudio y la enseñanza del derecho:

1. Una dimensión histórico-social del derecho. Contextualizar el derecho es una excelente herramienta usada por esta corriente, con tal de dar a conocer una noción de caso que permita la interacción de los estudiantes con el modelo jurídico imperante: analizar la solución jurídica a partir de una reconstrucción de precedentes jurídicos que la sustenten.
2. La interdisciplinariedad del derecho. Es decir, su relación con otras ciencias y saberes. Diversificar la forma de resolver los casos sometidos a estudio, a partir de una visión general, tanto del derecho como de las otras ciencias que se interpenetran con él.
3. Indeterminación e indeterminismo del derecho. El derecho no es una ciencia exacta; por ende, es menester abordar su estudio sistémico a partir de sus problemas lingüísticos, los cuales emanan de la vocación lingüística de este. Por tanto, en palabras de Comanducci, esta indeterminación “se da, fundamentalmente, en formas estructurales y lingüísticas, indicadas, entre otros, por Kelsen y Hart, cuyas causas, además de la conformación de reglas y principios, también incluyen una indeterminación normativa respecto a su contenido, a su aplicación o a su ámbito político”¹¹³.
4. La dimensión política del derecho. Es innegable la vocación política del derecho, en la medida en que la función jurisdiccional implica una función de dinamismo político del sistema jurídico-social. Sin embargo, según Kennedy:

112 R. Vásquez, *Concepciones filosóficas y enseñanza del Derecho*, *op. cit.*, p. 227.

113 P. Comanducci, *Principios jurídicos e indeterminación del Derecho*. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, vol. 21, núm. 11, 1998, pp. 89-104, p. 102.

El discurso filosófico-político del derecho emplea operaciones conocidas para moverse de los derechos formulados en términos generales [...] hacia resultados específicos, pero, se propende por la construcción de un derecho que propenda por una mejor relación política tanto entre las partes como el operador y el sistema legal mismo¹¹⁴.

A partir de esta cita podemos inferir el carácter relacional entre ambos sistemas, una relación nada excluyente, sino complementaria.

5. El carácter ideológico del Derecho. Para los CLS, la ideología constituye un elemento determinante en la enseñanza del derecho dado que implica la adopción de los principios fundadores del movimiento; sin embargo, “la ideología no es más que el elemento que permite la educación jurídica, para hacer más humanos a los seres humanos”¹¹⁵.
6. La ambivalencia del derecho, en pro de la conservación de un *statu quo*. Estas identidades justifican la enseñanza del derecho, al proveer espacios de intensidad política, dado que “reproducen y están al servicio de una serie de ‘jerarquías legítimas’ que se revelan en la misma profesión jurídica y en la sociedad”¹¹⁶. Entonces, la academia es vista como el semillero de abogados vinculados, o a grandes firmas, o al estudio integral del derecho; ningún tipo de enseñanza humanista es impartido, dado que solo interesa su capacidad de resolver conflictos a la luz del derecho.

Además de la preparación en pro de la inserción de los estudiantes en la vida competitiva de las grandes oficinas de abogados, también se les inserta en un modelo, en virtud del cual se “jerarquiza la profesión jurídica en tres aspectos”¹¹⁷:

1. Entre despachos judiciales y abogados.
2. Entre abogados y clientes.
3. Entre abogados.

Lo anterior implica, que la enseñanza del derecho es entendida como una actividad constituida en procura de la concepción socialmente imperante; afirman

114 D. Kennedy, La crítica de los derechos en los critical legal studies. *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, vol. 7, núm. 1, 2006, pp. 47-90, p. 65.

115 J. Garza, Aproximaciones a los critical legal studies (CLS) en torno al componente ideológico en la educación jurídica. *Revista electrónica del instituto de investigaciones "Ambrosio Gioja"*, vol. VII, núm. 11, 2013, pp. 75-100.

116 Vásquez, Concepciones filosóficas y enseñanza del Derecho, *op. cit.*, p. 228.

117 *Ibid.*, p. 229.

los adeptos de la teoría crítica, que es cuestión de los colegios de abogados determinar la oferta profesional de los mismos, dada la alta tasa de estudiantes presentes en las facultades de derecho, por lo cual “las universidades deben proveer los medios necesarios para garantizar una educación jurídica integral, aún si los estudiantes son o no de una clase social determinada”¹¹⁸.

La intuición clásica de los estudiantes y del público en general, es que entre más se pague en la universidad, más se ganará en la vida profesional. Este razonamiento es una falacia. Entonces, la escuela crítica plantea que es recomendable “garantizar una educación jurídica que permita al estudiante competencias, tanto para ser consultor privado, como para ser funcionario judicial, e incluso, para ser un estudioso de la ciencia del derecho”¹¹⁹.

Los CLS plantean la enseñanza del derecho como una neovinculación de criterios jurídicos y político-morales, evidentes en la praxis misma del derecho. Cobra así importancia capital la teoría del derecho en su estudio, dado que “plantea la posibilidad de análisis de otras alternativas de universo jurídico”¹²⁰.

Metodológicamente, el estudio del derecho, para los Critical Legal Studies, implica un razonamiento valorativo de las cuestiones normativas propias, en donde se dé lugar a los diversos vicios y defectos lógicos propios de las normas que afecten el concepto de derecho, y, a la postre, el sistema jurídico.

Ideológicamente, las teorías críticas abogan por un activismo judicial; esto es, que el juez es un actor generador de cambios jurídicos y políticos, en virtud de su actividad jurisdiccional, haciendo énfasis en que el derecho es “una actividad de transformación y cambio social”¹²¹.

Dworkin, citado por Melero de la Torre, pretende un ideal de corte jurídico-político, basado en el gobierno de las leyes, no de los sujetos:

En la medida en que, por un lado, la autoridad legítima del Estado puede ser ejercida solo en el marco de la legalidad, y por otro lado, el derecho es un producto de los

118 Carrington, *The price of the legal education*, *op. cit.*, p. 54.

119 *Ibid.*, p. 57.

120 R. Vásquez, *Concepciones filosóficas y enseñanza del Derecho*, *op. cit.*, p. 230

121 *Ibid.*, p. 231.

poderes del Estado; así, su valor normativo, permite la comprensión en conjunto de todo el ordenamiento, para efectos académicos¹²².

Lo anterior nos muestra un eterno retorno: aunque las teorías críticas son reaccionarias al positivismo hegemónico, no pueden desprenderse del derecho previa y legalmente establecido.

Deliberativo-democrático

Vásquez define educación, desde esta concepción, como

Un proceso mediante el cual se preserva, transmite y recrea una cultura común —conocimientos y creencias, ideales y normas, hábitos y destrezas—, tal proceso se justifica cuando se favorece la formación y el ejercicio de la autonomía personal, el fortalecimiento de la dignidad humana, y el trato igualitario de los individuos¹²³.

Para que este modelo funcione, la actividad educativa debe ser deliberativa: se debe permitir a todos los individuos participar activamente en ella; es decir, se propende por la reproducción, en las aulas, de ciertos valores democráticos, que pueden llegar a ser vinculantes, o que, en un futuro, pueden cohesionar las acciones individuales colectivas y sociales en pro de la comunidad.

Bajo esta perspectiva, es posible educar a los futuros abogados para ser miembros de prestigiosas y “monolíticas oficinas de abogados”, o también, se les puede educar en la solución de problemas “filosóficos surgidos en el seno de la práctica del derecho”¹²⁴. Esta diatriba tiene que ver con la oferta profesional que el pênsum de la universidad ofrezca al estudiante, dado que es menester que la educación sirva como escenario integrador, es decir, que permita el planteamiento de diversas estructuras en la realidad, que comparta un “marco de comprensiones teóricas en torno a esa realidad problemática”¹²⁵.

122 M. Melero de la Torre, Dworkin y el imperio de la ley. En M. Melero de la Torre (ed.), *Dworkin y sus críticos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 48.

123 R. Vásquez, *Concepciones filosóficas y enseñanza del Derecho*, *op. cit.*, p. 232.

124 K. Roosevelt, *In the shadow of the law*, *op. cit.*, p. 1367.

125 R. Larrauri, *La educación jurídica como campo de investigación desde una conceptualización epistemológica*, *op. cit.*, p. 80.

El problema que tiene esta visión radica en el elemento de “democratización”, dado que vicia la imparcialidad a la hora de preparar un proceso de enseñanza, ampliando así el espectro moral del estudio del derecho.

Una falla común en el estudio del derecho consiste en “dejar de analizar las estructuras legales, por enseñar una experiencia subjetiva, una única visión del Derecho”¹²⁶; sin embargo, para Sturm, las facultades de Derecho tienen importancia social, por cuanto estas “educan líderes de talla nacional”¹²⁷. Es decir, en las escuelas de Derecho se forjan líderes que tienden a influir en el entorno social en el cual van a ejercer su vida profesional.

Esta aparente tensión se evidencia entre un subjetivismo personal, fenomenológico, basado en la aprehensión personal del conocimiento jurídico, y un estructuralismo impersonal, basado en una “visión integral del sistema jurídico”¹²⁸.

Esta visión es propia de un positivismo incluyente, que trata de ver las relaciones interdisciplinarias entre el derecho y otras ciencias, con base en las contingencias propias del caso concreto; al tenor de lo que dice Alexy: “La reacción entre lo que el derecho es, y lo que el derecho debería ser, o, lo que es lo mismo, entre derecho y moral, es un asunto meramente contingente, dado que la conveniencia de la inclusión de elementos extrasistémicos, depende de lo que realmente establezca el derecho positivo”¹²⁹.

Tras separar estas dos visiones académicas, Coombe aboga por una relación entre ambas, donde “se aproveche la visión estructural para apreciar la complejidad de las estructuras sociales que, mediante el lenguaje, permiten un estudio crítico de la reformulación social producto del derecho”¹³⁰.

Esta visión, en el caso concreto, permite al estudiante “observar cómo las comunidades lingüísticas determinan el significado de las funciones individuales de la norma aplicada al caso concreto; esto es, cuando el estudiante determina

126 R. Coombe, Room of maneuver: Toward a theory of practice in critical legal studies. *Law & Social Inquiry*, vol. 14, núm. 1, 1989, pp. 69-121, p. 69.

127 S. Sturm, Law Schools, Leadership and Change. *Harvard Law Review*, vol. 127, 2013, pp. 49-53.

128 R. Coombe, Room of maneuver: Toward a theory of practice in critical legal studies, *op. cit.*, p. 70.

129 R. Alexy, *El concepto y la naturaleza del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

130 R. Coombe, Room of maneuver: Toward a theory of practice in critical legal studies, *op. cit.*, p. 71.

cuándo se usa el lenguaje normativo y cuándo el lenguaje natural, para situaciones determinadas en el caso concreto¹³¹.

Se implica así la interiorización del estudio del derecho a partir de lo que el estudiante intenta esbozar en la praxis del mismo, dando un plus de entendimiento y comprensión universal de la disciplina a quien se aventura en su estudio.

131 F. Schauer, A critical guide to vehicles in the park. *New York University Law Review*, vol. 83, 2008, pp. 1109-1134, p. 1121.