

Teoría jurídica y enseñanza del derecho

Óscar Alexis Agudelo Giraldo
Jorge Enrique León Molina
Manuel Asdrúbal Prieto Salas

FILOSOFÍA 2



Óscar Alexis Agudelo Giraldo

Investigador en asuntos de lógica de los sistemas jurídicos, teoría jurídica, filosofía del derecho y argumentación jurídica. Profesor de Fundamentos de la Investigación y Lógica Jurídica en la Universidad Católica de Colombia. Máster en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica. Ha impartido conferencias en universidades tanto colombianas como extranjeras. Ha publicado, entre otros títulos: *Consideraciones lógicas sobre la libertad humana* (2010), *Calcular acciones* (2013), *Dos dilemas judiciales en Ronald Dworkin* (2014) y *Aplicabilidad de las normas jurídicas en la teoría de la motivación de las decisiones judiciales* (2014).

Jorge Enrique León Molina

Abogado de la Universidad Católica de Colombia. Docente-investigador perteneciente al Grupo de Estudios Legales y Sociales Phronesis, adscrito al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Católica de Colombia. Con estudios de Maestría en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica en la Universidad Libre de Colombia, con experiencia en la investigación de temas como teoría del derecho, filosofía del derecho, lógica jurídica, metodología de la investigación, ética profesional, y argumentación jurídica y litigio estratégico.

Manuel Asdrúbal Prieto Salas

Abogado de la Universidad Católica de Colombia. Docente-investigador perteneciente al Grupo de Estudios Legales y Sociales Phronesis, adscrito al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Católica de Colombia. Con estudios de Maestría en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica en la Universidad Libre de Colombia, con experiencia en la investigación de temas como teoría del derecho, filosofía del derecho, lógica jurídica, metodología de la investigación, ética profesional, y argumentación jurídica y litigio estratégico.

Óscar Alexis Agudelo Giraldo • Jorge Enrique León Molina
• Manuel Asdrúbal Prieto Salas

Teoría jurídica y enseñanza del derecho

RS

Filosofía 2



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia

Agudelo Giraldo, Óscar Alexis

Teoría jurídica y enseñanza del derecho / Óscar Alexis Agudelo Giraldo, Manuel Asdrúbal Prieto Salas y Jorge Enrique León Molina.-- --Bogotá : Universidad Católica de Colombia, 2015

114 p. ; 17 x 24 cm.—(Colección JUS Filosofía)

ISBN: 978-958-8465-90-6 (digital)

ISBN: 978-958-8465-89-0 (impreso)

- I. 1. Derecho-teorías 2. Derecho-enseñanza
II. I. Título II. Serie III. Prieto Salas, Manuel Asdrúbal IV. León Molina Jorge Enrique

Dewey 340.07 ed. 21

Proceso de arbitraje

1er concepto

Evaluación: 22 de julio de 2015

2do concepto

Evaluación: 23 de julio de 2015

© Universidad Católica de Colombia

© Óscar Alexis Agudelo Giraldo

Jorge Enrique León Molina

Manuel Asdrúbal Prieto Salas

Primera edición, Bogotá, D. C.

Julio de 2015

Dirección Editorial

Stella Valbuena García

Coordinación Editorial

María Paula Godoy Casasbuenas

Corrección de estilo

María José Díaz Granados M.

Diseño de colección

Juanita Isaza

Diagramación

Andrés Mauricio Enciso Betancourt

Publicación digital

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Bogotá, D. C., Colombia

Impresión

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Bogotá, D. C., Colombia

Facultad de Derecho

Carrera 13 N° 47-49

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

Editorial

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas 46-72 piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal

© Derechos reservados

CONTENIDO

Presentación	5
Capítulo 1. Consideraciones sobre los procesos de enseñanza-aprendizaje en materia jurídica - El modelo vertical y la pedagogía crítica	11
Introducción.....	11
Formación de juristas: del modelo de educación vertical a la pedagogía crítica.....	17
Bordes de la pedagogía crítica.....	23
Relación docencia-investigación.....	25
Capítulo 2. Tres modelos de pedagogía jurídica - Superación del positivismo jurídico en el aula o una enseñanza integral del derecho.....	31
Introducción.....	31
Educación jurídica: generalidades.....	32
El derecho como ciencia y disciplina.....	33
Pedagogía y procesos educativos	36
Tres modelos de pedagogía jurídica.....	38
Formalista o positivista ortodoxo	39
Crítico-Realista.....	45
Deliberativo-democrático	50
Capítulo 3. La enseñanza de textos jurídicos en sede indeterminista.....	53
Introducción.....	53
<i>Borderline cases</i> e indeterminación legal.....	54
Concepciones y formas de la indeterminación legal	60

Causas y soluciones del indeterminismo legal	64
Sistema jurídico e indeterminación normativa. El problema de las respuestas correctas.....	66
Los casos prácticos.....	71
Conclusiones: ¿Por qué casos imaginarios?.....	74
Capítulo 4. Problemas actuales en la enseñanza de moral convencional en las universidades	77
Introducción.....	77
La crisis del humanismo en las universidades.....	78
Las universidades ilustradas	79
Las facultades románticas.....	79
Las universidades napoleónicas.....	80
El paradigma universitario después de la Gran Guerra	82
La crisis de la universidad contemporánea.....	83
Problemas actuales en la globalización del derecho	85
La incidencia de la globalización en las facultades de derecho	87
La moral convencional como oposición a la sociedad de consumo.....	89
La teoría estructuralista y funcionalista de Luigi Ferrajoli	90
Los problemas de una construcción moral convencional.....	93
El modelo de Dworkin y la influencia moral en la interpretación judicial.....	99
Conclusiones	101
Conclusiones.....	103
Bibliografía.....	105

PRESENTACIÓN

La presente obra es producto de la investigación titulada “Metodología del positivismo jurídico. Metateoría y formas contemporáneas”, adelantada por el grupo de estudios legales y sociales “Phronesis”, adscrito al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas (CISJUC) de la Facultad de Derecho, Universidad Católica de Colombia. A partir de la función descriptiva y no valorativa de la teoría del derecho —contrario a la filosofía del derecho y la sociología jurídica—, en el marco de la ciencia jurídica, el proyecto pretende, acudiendo al positivismo jurídico como forma de hacer teoría, rastrear su actitud metodológica en las formas contemporáneas, las cuales implican dos tesis:

1. La vinculación vía contingencia del derecho con el sistema de la moral, acuñando la tesis del positivismo incluyente.
2. La desvinculación del derecho con la moral por tratarse de sistemas cuyas fórmulas de validez no son compatibles, acuñando la tesis del positivismo jurídico excluyente.

El desarrollo del proyecto de investigación implica tres campos de acción por explorar a partir del pospositivismo jurídico:

1. El análisis de las metodologías y los métodos de investigación que subyacen a las formas contemporáneas del paradigma jurídico.
2. La forma en la que irradian las tesis pospositivistas metodológicamente los procesos de enseñanza-aprendizaje en materia jurídica, en tanto dichas tesis suponen una superación de la concepción formalista del

positivismo jurídico, que se presentó como paradigma educacional en materia jurídica.

3. La construcción de metodologías jurídicas —metódica— a partir de las tesis contemporáneas del positivismo jurídico.

El objeto del presente libro implica el desarrollo y avance del segundo paso zanjado con el proyecto de investigación estipulado. Para ello, vinculado al problema general del proyecto de investigación, se determina como problema por desarrollar la siguiente pregunta: ¿cómo repercuten teóricamente las formas actuales del positivismo jurídico en el marco estipulativo de los procesos de enseñanza-aprendizaje en materia jurídica?

La hipótesis se demostrará en cuatro capítulos. Primero, basado en los bordes de la pedagogía crítica y la enseñanza vertical, se mostrarán las repercusiones, por vía metateórica, de los procesos de enseñanza-aprendizaje basados en la concepción formalista del positivismo jurídico, anteponiendo la disputa entre enseñanza teórica y enseñanza práctica. Segundo, por vía metateórica, se presentarán las fórmulas de superación del positivismo jurídico primigenio al interior del aula de clase, superponiendo desde la tesis del positivismo jurídico incluyente una fórmula integralista —Dworkin— de enseñanza del derecho. Tercero, deambulando entre la tesis excluyente e incluyente del positivismo jurídico, y a partir de las tesis de la escuela crítica norteamericana a la enseñanza legal, se demostrará que en el fenómeno indeterminista, propio de las concepciones pospositivistas, subyace un método de enseñanza del derecho. Cuarto, incorporando la tesis del positivismo jurídico incluyente, se demostrarán los riesgos de una educación legal que vincule a los sistemas jurídicos con la moral convencional en una sociedad de consumo.

A partir de las concepciones de la ciencia y la dogmática jurídica, tratándose de un texto de teoría jurídica, la metodología por emplear no podrá ser otra distinta a la dogmática. Por ello, la literatura jurídica recaudada y las fuentes que se van a emplear, serán en su mayoría fuentes primarias, derivadas de la consulta de autores que cuentan con argumentos de autoridad frente a la temática, ya que la metodología adoptada lo exige. Sin embargo, no sobra advertir al lector que el presente no constituye el resultado de una investigación jurídico-social, razón por la cual, no es necesario el uso de fuentes secundarias como documentos o entrevistas pues, en la intención de hacer un texto de teoría jurídica aplicada a los

•Presentación•

modelos de educación legal, se analiza la coherencia de los modelos mas no su eficacia, siendo el de la coherencia un problema teórico.

Con lo anterior, los autores presentan propuestas de enseñanza del derecho desde un pospositivismo que, no obstante, no desecha de manera total algunas de sus aportaciones, por ejemplo, el método de casos de Langdell.

A su vez, la labor de delimitación metodológica en la enseñanza del derecho, posterior al positivismo jurídico, no implica una adhesión ciega a las metodologías que vislumbran para el mundo jurídico los estudios críticos, en tanto, a juicio de los autores, desdeña disciplinas transversales en materia metodológica y de enseñanza del derecho en un apego excesivo a los componentes político y social.

Según lo expuesto, en la posición de los Critical Legal Studies, las facultades se muestran como un escenario político. Sin embargo, esta posición, que goza de validez, corresponde solo a uno de los momentos históricos en los procesos de enseñanza-aprendizaje.

Históricamente, en materia jurídica han obrado distintos modelos de educación jurídica. Es así como Gordon¹ delimita cuatro modelos tradicionales, partiendo del modelo artesanal de enseñanza jurídica, el cual relaciona al estudiante de derecho con sus escenarios prácticos. Luego, vino el modelo de enseñanza del derecho positivo, basado en la lectura concomitante de la codificación como objeto de estudio. En tercer lugar, obró el modelo de enseñanza del derecho que, apegado a la disciplina de la lógica retórica, enfatiza en la naturaleza de los argumentos que requiere el ejercicio de la profesión legal. Por último, como modelo tradicional, propio de los sistemas de derecho continental, surgió, siendo aún subsistente mas no en su totalidad, el modelo de educación basado en la ciencia legal y la dogmática jurídica; modelo que entre 1920 y 1940 será objeto de críticas en el florecimiento del realismo jurídico y el posterior nacimiento de los estudios críticos.

Con el apogeo del movimiento realista y su impacto en los modelos de enseñanza-aprendizaje en materia jurídica, aparece la política como suplemento para los modelos tradicionales, en tanto persistía un escepticismo frente a la naturaleza dogmática de los principios jurídicos. A su vez, la política en materia de enseñanza jurídica implicó dos modelos complementarios:

.....
1 R. Gordon, *Distintos modelos de educación jurídica y las condiciones sociales en las que se apoyan*. Yale Law School – SELA (Sociedad Latinoamericana de Teoría Constitucional y Política), 2010.

1. “La política como una técnica instrumental de ingeniería legal-tecnocrática”.
2. “La política como la arquitectura social del sistema jurídico”².

A mediados de los años cincuenta, floreció la idea de pedagogía acción, que situaba al alumno como protagonista del proceso educativo. En el ámbito norteamericano, esta idea fue sustentada bajo la filosofía del pragmatismo.

Luego, durante la década de los setenta, sobresalen dos enfoques metodológicos para la educación en general:

1. La aplicación de la racionalidad instrumental en los procesos educativos.
2. La crisis de la educación que desemboca en la aparición de la tecnología educativa³.

Posteriormente, aparecerá el modelo que apuesta por el profesional como un crítico del sistema jurídico, el cual sitúa al estudiante como observador y pondera los estudios socio-jurídicos en materia de educación legal. Para este modelo, los calificativos jurídicos por emplear serán: eficacia, eficiencia y efectividad. Luego, la aparición de este modelo de educación jurídica dará lugar a aquel que apuesta por la capacitación de abogados como activistas del cambio social.

Sin embargo, es coherente afirmar que los modelos de educación legal corresponden a tradiciones y paradigmas de sistemas jurídicos. Varios de los modelos que se han suscitado corresponden al desarrollo de la tradición del *Common Law*. Operativamente, para el sistema jurídico colombiano, opera la tradición del derecho continental. El método que floreció bajo esta tradición fue el de la ciencia legal, pero no pueden desecharse las críticas realistas al modelo formalista y de ciencia jurídica. Lo anterior no es óbice para presentar un modelo de educación jurídica pospositivista que corresponda a la tradición que adoptó el sistema jurídico.

De acuerdo con lo dicho, en el capítulo 1, “Consideraciones sobre los procesos de enseñanza-aprendizaje en materia jurídica”, se presentará el tránsito del modelo de educación vertical al modelo de pedagogía crítica, para finalizar con la relevancia presente en la relación de la investigación con la docencia, en el marco de la dicotomía *Law in books vs Law in action*.

.....
 2 *Ibid.*, p. 5.

3 R. Torroella, La educación jurídica como campo de investigación desde una conceptualización epistemológica. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 3, 2006, p. 76.

En el capítulo 2, “Tres modelos de pedagogía jurídica. Superación del positivismo jurídico en el aula o una enseñanza integral del derecho”, se partirá del aparente eterno retorno frente a la hegemonía del positivismo jurídico legalista como método de enseñanza. Luego, a partir del rol del estudiante como posible elemento dinamizador de los sistemas jurídicos, se apelará a una tradición alterna al positivismo —integralismo— para la enseñanza de la ciencia jurídica.

En el capítulo 3, “La enseñanza de textos jurídicos en sede indeterminista”, se introducirá al lector en la tesis de la indeterminación del derecho, para demostrar cómo este fenómeno, de naturaleza semántica y lógica, resulta una herramienta útil para su enseñanza, sin dejar de lado su naturaleza sistemática. Con ello se demostrará, con apego a los roles del jurista que reseña Christian Courtis, que la metodología indeterminista, de la mano de la proposición de casos imaginarios, opera como método que va más allá del positivismo legal, y se anticipa a los casos aún no determinados por los sistemas jurídicos.

En el capítulo 4, “Problemas actuales en la enseñanza de la moral convencional en las universidades”, desde la tesis contemporánea del positivismo jurídico incluyente, se introducirá la relación que presenta la idea de universidad con la actual sociedad de consumo. Luego, como modelo pedagógico, se propondrá la fórmula de los derechos humanos para evitar la instrumentalización de la ciencia jurídica, demostrando cómo la moral convencional determina un campo de elección en la interpretación de los derechos humanos.

Julián Rodríguez
Lecturer
Department of Communication
The University of Texas at Arlington, USA
24 de junio del 2015

CONSIDERACIONES SOBRE LOS PROCESOS DE ENSEÑANZA-APRENDIZAJE EN MATERIA JURÍDICA

El modelo vertical y la pedagogía crítica

Jorge Enrique León Molina

Introducción

En la educación legal persisten incongruencias provenientes del pasado y concomitantes en el presente. Es así como, en el marco de la globalización del derecho y la economía, donde las universidades y facultades de Derecho aparecen como ofertantes, y los estudiantes como clientes⁴, sobresale una dicotomía en el perfil del egresado por parte de las facultades de Derecho. De ahí que, como si existiera una tipología de abogados, se encuentran: 1) abogados académicos y 2) abogados profesionales.

Esta realidad, presente en las facultades de Derecho latinoamericanas, no es ajena a la educación legal en Estados Unidos, donde un vasto número de requirentes para cursar la carrera de Derecho, lo hacen con la única intención de constituirse como *men of bussiness*, necesitando únicamente del conocimiento empírico, y desdeñando el conocimiento a través de los libros. No solo en Estados

.....
4 R. Cancino, El modelo neoliberal y la educación universitaria en Latinoamérica. El caso de la universidad chilena. *Sociedad y Discurso*, 2010, pp. 152-167.

Unidos, sino también en Latinoamérica, existen facultades de Derecho que dan prelación al conocimiento del derecho por la vía empírica sobre el conocimiento teórico, y otras facultades que, dada la proliferación de la investigación y de las carreras de posgrado, apuestan por la necesidad del conocimiento teórico⁵. Luego, con el advenimiento del constructivismo, la relación entre los procesos de docencia e investigación resulta de alta necesidad. De ahí que:

Se trata de la revisión del concepto de labor académica tal como tradicionalmente se la concibe, extendiendo los límites de las tareas de investigación pertinentes al profesorado universitario más allá de las temáticas de la propia disciplina, para adentrarse en la denominada investigación educativa, incluyendo explícitamente las investigaciones sobre el proceso de enseñanza-aprendizaje, que constituyen insumo para el mejoramiento de la labor docente⁶.

En el presente se propondrá un modelo que goza de una gruesa raigambre teórica, que no desdeña la práctica del derecho, haciendo de este un modelo de enseñanza-aprendizaje del derecho teórico-práctico.

Tratándose del proceso de enseñanza-aprendizaje para la educación legal, el problema de qué significa enseñar y cuál es su propósito implícito figura con antelación a lo que debe enseñarse en las carreras de derecho. Los modelos de aprendizaje anteriores al nacimiento del movimiento *Critical thinking*, ceñían el objetivo de toda enseñanza a la función básica de transmitir información; situación que pregonaba al método memorístico en la obtención de esta. Sin embargo, tras el éxito del movimiento de la lectura crítica, la función de obtener información en el proceso de aprendizaje, constituye el segundo paso de tres niveles hermenéuticos. Los tres niveles ocurren así: 1) el intérprete realiza la lectura del objeto de información pero queda confundido, 2) el intérprete extrae información del objeto de lectura, 3) el intérprete extrae información y la cuestiona o crítica⁷.

.....
5 J. Flood, *Legal education in the global context: Challenges from globalization, technology and changes in government regulation*. University of Westminster School of Law, 2012, p. 23.

6 J. Oiler, Docencia-Investigación: ¿una relación antagónica, inexistente o necesaria? *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*, núm. 19, 2012, pp. 289-301, p. 292.

7 J. Ureta, La lectura crítica de textos jurídicos. *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, núm. 4, 2006, pp. 69-81.

El profesor Ricardo Guibourg⁸ emplea una analogía a través de la cual pretende demostrar que la adquisición de información solo es el primer grado en el proceso de enseñanza-aprendizaje en el derecho pues, a paso seguido de la obtención o extracción de información, sobreviene una aplicación funcional del conocimiento obtenido. Continuando con el uso analógico del lenguaje, todo computador —equiparable al cuerpo humano— consta de un *hardware*, el cual presta la energía eléctrica que soportará el *software*. A su vez, este consta de un sistema operativo —primer grado— que define sus funciones genéricas, las cuales, en parte, se encuentran integradas en su memoria. Luego, se encuentran los programas de aplicación —segundo grado— que corresponderán a una función distinta. El usuario, al introducir datos (información), pondrá en funcionamiento el sistema operativo (*input-output*).

Analógicamente, al igual que los computadores u ordenadores, para Guibourg, el ser humano cuenta con un sistema operativo interno que viene dado en el sistema nervioso. Externamente, cuenta con un sistema operativo que proviene de “una teoría del conocimiento, la metafísica, la metodología”⁹, propiedades que a juicio de Guibourg, intrínsecamente vienen dadas la cultura. El segundo grado, es decir, los programas de aplicación, obran en las habilidades adquiridas por el individuo. Al igual que el *software*, la funcionalidad de dichas habilidades requiere de gran información que, de manera articulada, determinará el curso de la acción humana. Los datos suministrados son, por supuesto, informaciones cambiantes, que requieren, entonces, situar a la enseñanza en los procesos de aplicación. Adicionalmente, dado que la información puede ser olvidada y nunca usada, se evidencia la necesidad de un modelo de enseñanza teórico-práctica. De esta manera, el sistema de pensamiento está conformado por una red conceptual que debe ser desarrollada como un programa ejecutable. Por ello, “el docente debe entrenar al estudiante para el uso de la información a medida que los criterios en ella contenidos se incorporan a los hábitos del alumno”¹⁰.

8 R. Guibourg, Función y método en el nivel universitario. *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*, núm. 19, 2012, pp. 15-29.

9 *Ibid.*, p. 26.

10 *Ibid.*, p. 28.

Continuando con los modelos de educación legal estadounidense y latinoamericano, Merryman¹¹ hace una diferenciación entre la tradición romano-canónica —propia de los sistemas jurídicos latinoamericanos— y la tradición angloamericana, resaltando para la primera la tendencia hacia los estudios lógico-sistemáticos y, para la segunda, la prelación por los estudios de naturaleza empírica. Por ello, desde la década de los setenta se intentó superar los denominados abusos de la dogmática jurídica en la enseñanza del derecho, apelando a los estudios empíricos, los cuales traen consigo una superación de la dicotomía *Law in books vs Law in action*¹². Con posterioridad, los abusos de la dogmática jurídica han dado lugar a una concepción crítica, que discrepa de la tradicional, en tanto las teorías jurídicas históricamente han sido el pie de apoyo para las decisiones políticas, queriendo dar a entender con ello una naturaleza política en la dogmática jurídica. Tradicionalmente, dicha dogmática ha correspondido a dos concepciones del derecho: 1) el ordenamiento jurídico como unidad, y 2) la noción del derecho como sistema¹³.

Usando la teoría de Canaris, Melero¹⁴ arguye que la coherencia interna y la unidad del sistema jurídico devienen de un mandato de justicia, estableciendo para la coherencia interna una naturaleza axiológica valorativa y no lógica. De ahí que, cuando las teorías jurídicas —dogmática— no responden a los problemas prácticos o casos concretos, se encuentra un margen de indeterminación legal que da al juez un amplio espectro de interpretación, donde los vacíos legales pueden ser colmados a través de concepciones políticas. Aquí el juez podrá optar por: 1) un pensar dogmático, que no puede salirse de la teoría que adopta o emplea; 2) un pensar investigador que no se encuentra sometido referencialmente a una opinión ya dada¹⁵.

11 Citado por H. Zamudio, Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho en México y Latinoamérica. En J. Witker, *Antología de estudios sobre la enseñanza del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, pp. 77-92, p. 77.

12 *Ibid.*, p. 81.

13 Melero, E. La dogmática jurídica es política. *Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso*, núm. 51, 2006, pp. 1-37, p. 10.

14 *Idem*.

15 *Ibid.*, p. 18.

•Consideraciones sobre los procesos de enseñanza-aprendizaje en materia jurídica.

Es así como cualquier modelo de enseñanza-aprendizaje para la educación legal, que vaya a uno de los dos extremos —metodología eminentemente dogmática o eminentemente práctica—, no dará posibilidad a la creación de abogados profesionales y académicos al mismo tiempo. Sin embargo:

Consideramos que a pesar de las apariencias, esta antigua contradicción en realidad no existe, ya que se presentan como opuestos dos aspectos de la enseñanza jurídica que son inseparables y deben utilizarse de manera equilibrada, ya que tanto la inclinación excesiva por la enseñanza teórica, como ha ocurrido tradicionalmente en nuestras facultades de derecho, como la opuesta preferencia por la práctica, en detrimento de la primera, como se ha pretendido en época reciente, resultan perjudiciales para la formación armónica de los estudiantes de derecho, si se toma en cuenta que la teoría sin la práctica se transforma en una simple especulación, como ocurrió en Alemania en la época del racionalismo exagerado [...] pero la práctica desvinculada de la doctrina se traduce en una serie de datos pragmáticos carentes de sistematización, que impiden a los últimos una formación sólida que les permita una actitud crítica hacia los ordenamientos establecidos y, por lo tanto, de la posibilidad de evolución y de cambio¹⁶.

Así pues, lo que se ha mostrado en estas primeras páginas es que el modelo de educación legal y de enseñanza del derecho ha de corresponder a un enfoque filosófico. De esta manera, la metodología empleada, que deberá corresponder a una filosofía, determinará la identidad jurídica de las facultades de derecho. Es así como Vásquez¹⁷ propone deberían ser analizados los métodos de enseñanza del derecho a partir de las concepciones y tradiciones que delimitan la definición del mismo. Ellas son: 1) la concepción formalista o positivista ortodoxa del derecho, 2) las concepciones crítico-realistas y, 3) la concepción deliberativa y democrática del derecho¹⁸.

Bohmer¹⁹ caracteriza a la concepción formalista el derecho como aquella que reduce el conjunto normativo a normas generales y particulares como único objeto de estudio. Al respecto, destaca entre algunas características del modelo:

16 H. Zamudio, Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho en México y Latinoamérica, *op. cit.*, p. 81.

17 R. Vásquez, Concepciones filosóficas y enseñanza del derecho. *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*, vol. 12, 2008, pp. 221-237, p. 221.

18 *Ibid.*, p. 222

19 Citado por *Ibid.*

1. El estudio exclusivo de las normas generales.
2. La consideración puramente normativa de los órganos del Estado y demás sujetos de actuación dentro de los procesos normativos.
3. La discusión de los temas de estudio mediante las opiniones de los profesores o investigadores del derecho.
4. La ausencia de consideración de lo que suele denominarse las fuentes reales del derecho.
5. La falta de historicidad para la identificación o explicación de las normas jurídicas²⁰.

La figuración de cada una de estas características ocurrió con los movimientos de la jurisprudencia de conceptos y la jurisprudencia analítica. Adicionalmente, en la categoría tres obra para el ideal de ciencia del derecho, la teoría de los enunciados jurídicos²¹, que a la postre equivaldrán a proposiciones normativas, útiles como mecanismo de retroalimentación y completitud de los sistemas jurídicos, ante su inminente indeterminación, la cual constituye el objeto metodológico del presente escrito.

Luego, será a partir de las teorías crítico-realistas que se evidenciará una carencia de determinación semántica en las normas jurídicas y sus expresiones lingüísticas, lo cual se presentará, para objeto de este estudio, como método bivalente —teoría y praxis— en la enseñanza y aprendizaje del derecho.

La tradición jurídica realista, en términos primigenios, pregona por el protagonismo judicial en los sistemas jurídicos, en tanto las sentencias de los tribunales constituyen derecho²². A su vez, el movimiento realista ha deambulado históricamente entre tres concepciones filosóficas, como son: el empirismo, el naturalismo y el pragmatismo²³.

El defecto aledaño que trae consigo la tradición realista, como crítica a la concepción formalista del derecho, ha sido reconocer en una primera etapa un

.....
20 *Ibid.*, p. 223.

21 L. Lara, *Procesos de investigación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.

22 M. Plazas, *Del realismo al trialismo jurídico. Reflexiones sobre el contenido y la formación de los juristas*. Bogotá: Temis, 1998, p. 72.

23 H. Bouvier, Lenguaje y teoría del derecho. Tensiones en una variante del realismo jurídico. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 35, 2011, pp. 25-51, p. 25.

margen excesivo de discrecionalidad judicial subyacente ante la naturaleza indeterminada de las normas jurídicas y el material legal. Sin embargo, el fenómeno de la indeterminación normativa puede ser de uso efectivo en la enseñanza y práctica del derecho.

Formación de juristas: del modelo de educación vertical a la pedagogía crítica

Witker plantea el problema de la actual educación jurídica basada en la ausencia de un enfoque claro a la hora de determinar qué abogados se quieren formar. Para este fin, debe tenerse presente tanto su impacto social como su desenvolvimiento judicial, lo cual permite dinamizar la enseñanza del derecho por medio de un “conocimiento fresco, actual, de impacto social”²⁴. Bajo estas premisas, es posible entender un mejoramiento de la enseñanza jurídica, en la medida en que esta precise el uso de un concepto de derecho acorde con ellas, lo cual garantiza, a lo sumo, una cohesión en el plan de estudios que se pretende implementar.

Es importante comprender que el estudio del derecho implica el análisis, tanto de las normas jurídicas positivas, como de las no positivas, su estructuración en el marco de un sistema jurídico y su implicación social, es decir, su traducción en realidades sociales. Esto significa que, debe tenerse presente el estudio de las realidades jurídicas a la luz de las clásicas escuelas del derecho: desde el naturalismo, el positivismo y el no positivismo. Por ello, como objetivo secundario se pretende analizar la hegemonía del modelo positivista, y, a partir de ahí, su determinación pedagógica y metodológica, con el fin de determinar una enseñanza del derecho a partir de la pedagogía crítica, el estudio de casos, la metodología de la investigación jurídica y el uso práctico de las teorías de la indeterminación normativa.

Como primera medida, proponer la educación jurídica para un abogado implica la determinación de su actividad como *jurista*; es decir, la actividad desempeñada por aquel sujeto que, además de contar con importantes conocimientos teóricos sobre el derecho, cuenta con una visión jurídica crítica y dialéctica enfocada al estudio de la totalidad de fenómenos presentes en el marco de la disciplina, y

.....
24 J. Wikter, *Técnicas de la enseñanza del Derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1985, p. 110.

no estático, paquidérmico y centrado únicamente en la norma jurídica²⁵. La labor del jurista es importante, dado que es el vehículo para canalizar todo el discurso jurídico, producto de la actividad política del Estado; esto implica su “especificación en la práctica misma del derecho”²⁶; por ende, es importante demostrar que pueden existir tres formas de operadores jurídicos: los estáticos, que piensan que la actividad jurídica es de mera aplicación normativa, el profesional que solo se enfoca en la praxis del derecho, y el jurista crítico, quien analiza ambos puntos de vista y dinamiza en la praxis el estudio del derecho, este es el objetivo.

Para llegar a formar un jurista crítico, debe partirse de una actividad docente que posibilite esa misión, por medio del fomento de una relación íntima entre la actividad docente y la actividad investigativa; sin embargo, esta relación no es armónica, por el contrario, es caótica. Esto plantea una toma de decisiones y de acciones por parte tanto de los docentes como de las instituciones encargadas de impartir educación, incluido el protagonismo de los estudiantes, en aras de lograr una relación armónica que permita la construcción del conocimiento jurídico. Ello implica una reformulación de la pedagogía mediante la cual se dé la enseñanza del conocimiento jurídico. Veamos:

Una primera alternativa se presenta con el surgimiento de pedagogías constructivistas, en las cuales:

El sujeto construye el conocimiento de la realidad [...] a través de los mecanismos cognitivos de que dispone, lo que permite transformaciones en esa misma realidad que estudia. De esta manera, el conocimiento se logra por medio de la actuación sobre la realidad, experimentando sobre objetos situaciones reales y, al mismo tiempo, transformándolas²⁷.

En este modelo pedagógico, los conocimientos aprendidos son producto de la interacción tanto del docente, como de los estudiantes en el marco de la realidad, la cual permea el estudio que se pretende enseñar, posibilitando experiencias, transformaciones y conocimientos acerca del objeto de estudio. La relación docencia-investigación se hace necesaria, dado que el proceso de enseñanza-aprendizaje, al igual que la pedagogía crítica, es dinámico, lo cual trae consigo

.....
25 *Ibid.*, p. 116.

26 P. Barcellona y G. Cotturri, *El Estado y los Juristas*. Vol. 1. Barcelona: Fontanella, 1976, p. 12.

27 M. Alfaro, M. Andonegui y V. Araya, Constructivismo: orígenes y perspectivas. *LAURUS. Revista de Educación*, vol. 13, núm. 24, 2007, pp. 76-92, p. 77.

la indagación y búsqueda de conocimiento; además, permite “la construcción y planteamiento de interrogantes, que sirven para medir dicho proceso”²⁸.

Otra alternativa que surge es la educación crítica, en virtud de la cual el oficio del docente está enmarcado en las condiciones socioculturales, políticas y socio-económicas del entorno social que posibilita su labor, lo que implica no solo su opción profesional, sino además, la transmisión de una identidad social que, en cierta medida, envuelve una “imagen de sí mismo ante el resto de la sociedad”²⁹. Esta pedagogía plantea no solo el análisis de un entorno social determinado, sino su afectación a la labor de educación, como un ámbito de la misma que posibilite su dinámica, sus operaciones propias y su implicación metodológica en el estudio del derecho.

Así, lo que se procura es reproducir un modelo de educación que lleve al convencimiento de querer un cambio social, una crítica a lo que se enseña, y a cómo se hace; en palabras de Durkheim (citado por Ávila):

La historia de la enseñanza, o por lo menos de la enseñanza nacional, es la primera de las propedéuticas para una cultura pedagógica. Esto implica el estudio de la historia de la educación universal y de educación del país; comprender la historia de la escuela (en tanto institución) y de las concepciones pedagógicas que le subyacente en diferentes momentos y contextos históricos culturales³⁰.

Es importante anotar que, en virtud de la pedagogía crítica, se evidencia una integración entre teoría y praxis, por cuanto su principio fundacional estriba en “identificar tanto la realidad de la reflexión como la reflexión de la realidad”³¹. Ahora, no es solo analizar la realidad con miras a transformarla, sino también criticar por qué se da como se da, cómo podría cambiar, qué tan posible y práctico sea ese cambio y qué implica, cuáles son las posibilidades que ha de cambiar o transformar, y, por último, socialmente, cómo podría implementarse. Todo con miras a ser agentes sociales por medio del proceso enseñanza-aprendizaje.

28 J. Oiler, Docencia-Investigación: ¿una relación antagónica, inexistente o necesaria?, *op. cit.*, p. 291.

29 R. Ávila, Pedagogía para principiantes o principios de formación del *Homo Pedagogicus*. *Pedagogía y Saberes*, núm. 28, 2008, p. 143.

30 *Ibid.*, p. 144.

31 J. Gómez y L. Gómez, Elementos teóricos y prácticos de la pedagogía crítica: más allá de la educación, metáfora, escena y experiencia. *Praxis*, núm. 66, 2011, pp. 181-190, p. 182.

Pensar en ser agentes sociales que posibiliten cambios en el entorno social implica restablecer la subjetividad en el estudio de las ciencias sociales, lo cual, a la luz de esta pedagogía crítica, implica controvertir los valores primigenios de la modernidad, o, como diría Habermas (siguiendo a Hegel): “Un concepto enfático de la realidad que, como realidad racional, se pone por encima de la facticidad, la contingencia y la actualidad de los fenómenos históricos”³². Esto conlleva una expresión estructural, política y económica que trae consigo la conceptualización de un Estado que anula la subjetividad, esto es, se ve al sujeto como un engranaje, una pieza de material orgánico que encaja en la gran maquinaria que constituye la realidad social. Por ende, se plantea una reconstrucción de dicha realidad, tendiente a generar cambios en el estudiante que:

...suelan integrar las críticas a la forma en la que se acciona, para que la pedagogía se dé en función de la autodeterminación individual y colectiva, rechazando la reproducción cultural estereotipada y homogeneizada del *stablishment*, observando posiciones críticas frente a la ideología, el derecho y el poder en el salón de clases³³.

Plantear una pedagogía de este corte implica una actitud participativa de los estudiantes y los docentes, lo cual debe conducirse por medio de prácticas comunicacionales constantes y libres por las partes en el proceso, enfocando la preocupación del objeto social de estudio desde el contexto hasta el sujeto mismo³⁴. Esto tiene unas características que son:

1. Es tarea del educador calificar al sujeto crítico desde su propia autonomía profesional.
2. La diversidad de enfoques, de complejidades y de herramientas críticas observables desde la realidad debe posibilitar, tanto en el estudiante como en el docente, la producción de nuevos conocimientos en el área que se está desarrollando.
3. Los problemas jurídicos, como punto de partida del proceso de enseñanza.
4. La investigación como punto de relación entre la teoría y la práctica.

.....
32 J. Habermas, *El discurso filosófico de la modernidad*. Buenos Aires: Katz, 2010, p. 65.

33 J. Gómez y L. Gómez, *Elementos teóricos y prácticos de la pedagogía crítica: más allá de la educación, metáfora, escena y experiencia*, op. cit., p. 183.

34 *Ibid.*, p. 184.

5. Es labor del docente, también, hacer un control de todo el proceso intelectual que se desarrolla al aplicar esta metodología.

Por medio de la pedagogía crítica, se ha superado ampliamente el viejo paradigma de educación vertical, en donde el docente poseía la verdad revelada, por un paradigma dialéctico, en el cual “ambos, docente y estudiante se encuentran en un proceso de construcción de conocimiento, de naturaleza social, producto tanto de su interacción, como de la relación entre pensamiento y acción”³⁵.

La enseñanza basada en problemas surge a partir de la aplicación didáctica de la pedagogía crítica, en donde la investigación cumple la función de servir como eje, como base del proceso de aprendizaje; García y Duarte (citando a Pozo), afirman que:

Se define el problema como una situación que un individuo o grupo quiere o necesita resolver, y para la cual no dispone de un camino rápido y directo. Esta concepción se integra a las definiciones derivadas de la tradición ruso-cubana de la enseñanza problemática, en las cuales, se señala un problema que contiene un procedimiento metodológico que permite no solo plantear las preguntas, sino buscar sus alternativas de solución³⁶.

Así, los problemas objeto de estudio pueden ser de dos clases:

1. Comunes: son aquellos que se dan en la cotidianidad del o los individuos que los estudian. Se presentan en la realidad social de estos, precisamente por eso, porque son individuos sujetos a esa realidad que los soporta. Esta realidad puede aportar temáticas, problemáticas o simplemente variables que permitan un estudio más profundo de lo que se enseña en el aula de clase.
2. Cognoscitivos: problemas cuyo eje de acción es la academia, y que constituyen el marco de enseñanza-aprendizaje de la humanidad. Estos se presentan a partir de tres ejes: el primero es la situación problemática en sí, donde se analiza la situación que se va a estudiar; el segundo son las tareas, que implican las acciones por realizar para dar solución a esa problemática, y el tercero implica las preguntas problemáticas; estas son el

.....
 35 J. García y F. Duarte, *Pedagogía crítica y enseñanza problemática: una propuesta didáctica de formación política*. *Uni/Pluri/versidad*, núm. 1, 2012, pp. 73-85, p. 75.

36 *Ibid.*, p. 80.

resultado del proceso de investigación, y dan luces para obtener la respuesta buscada.

Así, la finalidad del modelo crítico basado en la solución de problemas es “desarrollar en el sujeto un espíritu científico, a partir de la independencia cognoscitiva y la asimilación de sistemas de conocimiento, para que se enfrente (el estudiante) con eficacia a problemas cognoscitivos o sociales”³⁷. Es decir, se posibilita la investigación a partir de lo que se conoce como caso; en palabras de Ogliastri: “El caso obedece a una descripción de una determinada situación en la vida real [...] es la expresión de una serie de percepciones que un observador tiene de la realidad, estas percepciones están condicionadas por experiencias previas, suposiciones y sentimientos del observador que escribe el caso”³⁸.

El análisis de casos en el aula implica la aprehensión de conocimientos teóricos aplicados a una práctica determinada; es la herramienta perfecta para dinamizar el estudio del derecho a partir de una pedagogía crítica, que permita al estudiante la construcción de conocimientos jurídicos a partir de realidades posibles, que efectivamente se presentan en el marco de operación del derecho, y que se espera que sean aprehendidas por los estudiantes en ejercicio de su práctica como juristas críticos.

En el derecho existen dos acepciones de casos, siguiendo a Alchourrón: los casos genéricos y los casos específicos. Los genéricos son aquellos en virtud de los cuales se puede deducir una solución jurídica a partir de “un conjunto de propiedades comunes entre las diferentes posibilidades de ocurrencia del caso en un momento determinado”³⁹; mientras que los particulares son aquellos que se presentan en casos específicos, y requieren un análisis más profundo por parte del jurista que los estudia. En la metodología propuesta, podemos analizar desde casos genéricos, para estudiar cómo opera el derecho en la realidad, y los individuales, para mirar las alternativas argumentativas que puedan dar solución a ese caso objeto de estudio.

.....
37 *Ibid.*, p. 81.

38 E. Ogliastri, El método de casos. *Cartilla Docente: Publicaciones del CREA*, 1998, pp. 1-32, p. 7.

39 C. Alchourrón, *Fundamentos para una teoría general de los deberes*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 162.

Bordes de la pedagogía crítica

Para Duhalde, la educación en la modernidad consta de debates, evaluaciones, propuestas y discusiones, en las cuales se propende por un análisis del entorno social en procura de su transformación. Así, se planteó delinear los bordes ideológicos, epistemológicos, pedagógicos y éticos que “permitieran un modelo de formación educativa opuesta a los clásicos modelos de educación”⁴⁰.

La determinación de bordes en la labor educativa implica diferenciar las posiciones que se tomen respecto a la actividad educativa, y asumir que las afirmaciones hechas en clase puedan modificarse atendiendo al contexto en el cual sean empleadas; es decir que:

Se proponen enunciaciones caracterizadas tanto por su historicidad como por su estado de permanente resignificación, que rechaza todo intento de sacralización y universalización de las mismas. A su vez, implica no aceptar la posición universalista y homogeneizante de fijar esquemas rígidos, cerrados y estáticos, en la que por lo general han caído algunas teorías que consecuentemente quedaron desfasadas con respecto a una realidad que, por su propio dinamismo, cambia de un modo acelerado⁴¹.

De esta manera, se atienden los casos objeto de estudio en el aula de clase. Los bordes planteados por Duhalde son los siguientes:

1. La historicidad de los planteamientos que se van a enseñar: esto es de suma importancia, dado que permite, tanto al estudiante, como al docente, la comprensión de una realidad social inacabada, sujeta al cambio y al desarrollo, conforme cambien los contextos socioeconómicos que las posibilitan.
2. La docencia con discencia; es decir, con base en una construcción de la enseñanza a partir del aprendizaje. Esto implica una idea de curiosidad epistémica en la cual, según Zemelman (citado por Duhalde) “cada persona es capaz de construirse a sí misma frente a las circunstancias que quiere conocer”⁴².

.....
40 M. Duhalde, *Pedagogía crítica y formación docente. Publicación Paulo Freire: contribuciones para la pedagogía*, 2008, pp. 201-213, p. 202.

41 *Ibid.*, p. 203.

42 *Ibid.*, p. 204.

3. Construcción dual del conocimiento (siguiendo a Freire): Duhalde afirma que debe haber una participación activa entre las partes objeto del proceso educativo, en la cual procuren “descubrir y tomar conciencia de la existencia de su relación mutua, para alcanzar la verdadera liberación (el conocimiento)”⁴³.

Entonces, la investigación tiene un papel importantísimo a la hora de determinar la enseñanza crítica; máxime si se es rigurosamente crítico a la hora de hacerlo. Es labor del docente como investigador abrir las puertas del pensamiento crítico para sus estudiantes, dado que por medio de la investigación: “Identifica problemas de enseñanza, construye propuestas de solución, toma como base su propia experiencia, pone en acción las alternativas planteadas, observa y analiza los resultados obtenidos, con el fin de intervenir en la realidad y transmitir su conocimiento a los estudiantes”⁴⁴.

Esto garantiza que, tanto el docente como el estudiante, se entiendan a sí mismos como productores de conocimiento, y no como consumidores de conocimientos ajenos.

Por otro lado, para Freire (citado por Ortega), la pedagogía crítica implica una pedagogía de la práctica, del contexto desde el cual se procede, mediante la labor educativa, a la construcción de un sujeto social que procura analizar su historia; a partir de la “construcción de una visión social para la labor de enseñanza aprendizaje, una formación especial enfocada en el currículo, y la vinculación del sujeto educativo a las prácticas sociales que lo rodean”⁴⁵.

Este modelo trata de ver la labor docente más allá de los contenidos temáticos, incluso, más allá del aula de clase; trata de incentivar la investigación como complemento y mejoramiento de los docentes a la hora de dar a conocer los contenidos temáticos, y de los estudiantes, a la hora de aprender dichos contenidos. Este proceso nace en el docente; tal como dice Oiler, “es importante que la investigación del docente no solo se enfoque a su disciplina propia, sino también

.....
43 *Ibid.*, p. 205.

44 *Ibid.*, p. 206.

45 P. Ortega, La pedagogía crítica: reflexiones en torno a sus prácticas y sus desafíos. *Pedagogía y Saberes*, núm. 31, 2009, pp. 26-33, p. 27.

a la búsqueda de formas y herramientas para incentivar la investigación de los estudiantes⁷⁴⁶.

Relación docencia-investigación

La labor investigativa en el aula de clase debe provenir desde el docente, dado que las investigaciones desempeñadas por este sirven como insumo para la penetración entre su labor como docente y su labor como investigador, integrándolas en un armónico y estructurado quehacer educativo; en síntesis, se trata de “relacionar la eficacia de la enseñanza y la productividad de la investigación”⁷⁴⁷. Aunque este acoplamiento entre ambas labores es considerado una herejía por sectores determinados de la pedagogía, que definen una y otra de la siguiente forma:

La docencia implica unos tiempos determinados, unas disposiciones y habilidades distintas a las del investigador. Sin embargo, según la perspectiva del profesional a cargo de la enseñanza, la docencia y la investigación pueden relacionarse, al menos, en tres aspectos:

1. Por medio de la docencia se pueden transmitir a los estudiantes nuevos conocimientos, producto de la investigación adelantada por el docente. Esto en virtud de la relación proceso-producto que se evidencia a la hora de realimentar los datos objeto de investigación⁴⁸.
2. El modelo de enseñanza-aprendizaje a través de la investigación, permite su transmisión por medio de la actividad docente. Esto implica que en este caso, lo que se busca es despertar en el estudiante el hábito investigativo, mostrando que por esa vía es posible la producción y reproducción de nuevos conocimientos a partir del hábito investigativo.
3. Se muestra, además, una relación simbiótica entre la docencia y la investigación al interior de una comunidad académica, lo cual es fruto de la moderna visión de universidad, en la cual cada una de las partes del proceso educativo debe propender por el desarrollo y la construcción de conocimientos.

46 Oiler, J., *Docencia-Investigación: ¿una relación antagónica, inexistente o necesaria?*, *op. cit.*, p. 292.

47 *Idem.*

48 *Ibid.*, p. 293.

Así las cosas, se plantean los siguientes modelos de operación de esta relación:

a. Modelo articulador

La labor docente en el marco de la actividad universitaria no implica solo dar clases, sino que debe garantizar la inevitable relación entre docencia-investigación; relación que, en este modelo, no es recíproca, sino unívoca, en la medida que “una mejor investigación genera una mejor docencia, pero no a la inversa”⁴⁹. Este modelo trae consigo tres incidencias que se evidencian a través del proceso educativo:

- Tangibles: conllevan la transmisión de nuevos conocimientos, o conocimientos más profundos o específicos a los estudiantes, como realimentación del proceso investigativo adelantado por el docente.
- Intangibles: esta forma no tiene en cuenta únicamente lo que sea transmisible en forma directa —conocimientos, procedimientos, habilidades—, sino que se le plantea al estudiante una suerte de formas o métodos en los cuales pueda posicionarse frente a dicho conocimiento.
- Globales: implican la conexión existente entre el conocimiento transmitido y la institución encargada de hacerlo. Es una conexión institucional entre alumno, docente e institución.

Es innegable la ventaja de los docentes-investigadores frente a los docentes que no adelantan investigación, dado que los primeros tienen mayores elementos teóricos para el desarrollo de una clase, pero tienen en contra la disposición de atender a los alumnos, que es sustancialmente menor.

b. Modelo de sentido

En el marco de este modelo, la docencia-investigación puede ser de dos formas:

- Directa: es aquella que se presenta cuando un docente, en el desarrollo de su clase, aplica el resultado de sus investigaciones respecto a un tema, o cuando en el marco de la investigación extrae de la misma temas para compartir en clase⁵⁰.
- Indirecta: se da cuando el docente procura mejorar la comprensión de los temas que dicta, fomentando una posición crítica respecto a ellos.

49 *Ibid.*, p. 294.

50 *Ibid.*, p. 295.

Debe entenderse que la labor del jurista es de corte dogmático-científico, que implica una modificación sustancial a la forma de enseñanza del derecho: lejos de ser cerrada, rigurosa, disciplinar; es una actividad flexible, interdisciplinar, crítica.

La crítica de la estabilidad del saber científico del derecho incluye un avance en la enseñanza: ir más allá de la dogmática teórica predominante, para colocar el contexto de la realidad jurídica presente; lo que quiere decir que “no se trata de una negación de la labor dogmática, sino de una complementación de la misma a partir del análisis de casos que contextualicen su conocimiento”⁵¹.

La educación legal propende por la garantía de formación en las diferentes competencias propias del ejercicio de la abogacía, en estudiantes que no solo serán abogados, sino que además “serán agentes de cambio para su sociedad, líderes, dinamizadores de su entorno social”⁵². Así, la satisfacción por el derecho surge en el momento en que el conocimiento jurídico se hace práctico; la práctica del derecho no solo trae consigo el aterrizaje de los conceptos teóricos a la realidad, sino también confronta la realidad del estudiante con la realidad jurídica que lo envuelve. Esta es la relación entre “El es, el deber ser y el tener que”⁵³, que dirige su ejercicio profesional.

Esta metodología —empleada por los estudiantes de Harvard— fomenta en los alumnos afrontar los diferentes retos que vienen en su ejercicio profesional, permitiendo en ellos el desarrollo de un liderazgo social que va más allá del individualismo con el que se entiende el ejercicio del derecho.

Es preciso afirmar que, desde esta perspectiva, el derecho devela los roles, las ambiciones, las relaciones de todos aquellos que se dedican a él.

Estas aspiraciones van más allá de la técnica de la ley, y las capacidades legales que se enseñan comúnmente en la universidad. Se requiere una generación de abogados versados en lo que el profesor Ronald Herfelz llama liderazgo, que implica la práctica de movilizar a los sujetos con el fin de abordar sus problemas, solucionarlos y prosperar⁵⁴.

51 G. Bardazano, Asamblea en el aula de filosofía del Derecho. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, vol. 9, núm. 17, 2011, pp. 149-161, p. 155.

52 S. Sturm, Law schools: Leadership and change. *Harvard Law Review*, vol. 127, núm. 8, 2014, pp. 49-53, p. 49.

53 *Ibid.*, p. 50.

54 *Ibid.*, p. 51.

Las facultades de Derecho capacitan a sus estudiantes para desempeñar un rol profesional en el sistema social: investigación, documentación, atención imperativa a la hora de determinar las técnicas necesarias para ser productivos en el marco de una cambiante y dinámica sociedad.

Pero ¿cómo fomentar el liderazgo? La respuesta implica partir de una reflexión acerca de los mínimos actos que se deben tener en cuenta en el momento de ejercer el derecho, pensando en el porqué de tal ejercicio, las metas que se deben plantear a la hora de abordarlo, impulsando al estudiante a superar la concepción clásica del derecho como “mecanismo de control social”, y entendiéndolo más como una herramienta académica, cuyo fin es determinar una solución de los diversos problemas jurídicos a partir de principios como la ética, la equidad y la juridicidad⁵⁵.

Así, el derecho implica un profundo conjunto de cuestiones sobre los roles de los abogados, dirigidas a la resolución de casos que involucran una atención de las autoridades públicas que tienen la capacidad de resolución de los mismos.

Según Sturm, se requieren cuatro acciones para garantizar el desarrollo del liderazgo en las facultades de Derecho⁵⁶. Estas son:

Primero: desarrollar una retórica de liderazgo en la cual se procure estructurar y fortalecer la capacidad de elaboración de currículos en las facultades de Derecho, con el fin de designar y proveer oportunidades tanto de aprendizaje como de trabajo entre estudiantes, docentes y la misma universidad; sobre todo, en el momento mismo de estudio del Derecho⁵⁷.

Segundo: incentivar la investigación como método de dirección en la solución de complejos problemas jurídicos; la dicotomía docencia-investigación debe atender a elementos de teoría y práctica jurídica, que posibiliten el desarrollo de una cierta experiencia en los alumnos.

Tercero: las facultades de Derecho deben procurar la integración multidisciplinaria de conocimientos y saberes, ya sea teóricos o prácticos en sus currículos, dado que los abogados deben tener la capacidad de relacionar múltiples formas de conocimiento, con miras a proveer una solución integral al caso concreto.

.....
55 *Idem*.

56 *Ibid.*, p. 52.

57 *Idem*.

•Consideraciones sobre los procesos de enseñanza-aprendizaje en materia jurídica.

Cuarto: el enfoque de la educación jurídica debe reflejar tanto la cultura como las prácticas sociales presentes en el entorno social que vive el estudiante; esto implica conectar el rol profesional del abogado con su incidencia social, para darle la oportunidad al futuro jurista de “moldear su propio sistema social”⁵⁸.

.....
58 Ibid., p. 53.

TRES MODELOS DE PEDAGOGÍA JURÍDICA

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, Lühmann 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 neoplanteamiento 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 p \acute nsum 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.

LA ENSEÑANZA DE TEXTOS JURÍDICOS EN SEDE INDETERMINISTA

Óscar Alexis Agudelo Giraldo

Introducción

El arquetipo formal de los sistemas jurídicos, distinto a la forma de positivismo jurídico arcaico visto en la tradición del formalismo, y que tampoco obedece a la noción estipulativa de la formalidad del derecho, se erigió bajo el ideal o la pretensión de completitud. En este sentido, se aspiraba a que el derecho prestara soluciones jurídicas correctas y definitivas a los problemas jurídicos que se suscitaban; pretensión que requería de una contundente precisión en los conceptos sobre los cuales se estimaban los supuestos jurídicos de la vida cotidiana. Sin embargo, al ser el lenguaje de las normas jurídicas un lenguaje combinatorio, entre tanto requiere el uso de tecnicismos, acompañado del lenguaje natural, el derecho adopta de este sus características definitorias, como son, su ambigüedad y vaguedad, las cuales se presentan como condiciones propias del fenómeno de la indeterminación.

Por otra parte, en la tradición del realismo jurídico norteamericano, se insertó el argumento de la indeterminación legal para demostrar que la aplicación

nomológico-deductiva del derecho no es capaz de determinar respuestas correctas para la totalidad de los casos particulares¹³².

Es así como, el punto de ataque de los Critical Legal Studies, desde el argumento de la indeterminación legal, será el reto para el sistema jurídico y las facultades de Derecho de crear sociedades democráticas e igualitarias; es decir, la apuesta de un argumento indeterminista en pro de una metodología social y política en la enseñanza del derecho.

Sin embargo, los Critical Legal Studies se quedan cortos frente al uso del fenómeno indeterminista, en relación con los procesos de enseñanza-aprendizaje en materia jurídica. Al emplear la tesis del indeterminismo como puente para la enseñanza social y política del derecho, olvidan la naturaleza misma de la indeterminación. Inicialmente, este es un problema lógico que, como mostraba Aristóteles, se predica de todo lenguaje natural. El Estagirita encuentra inicialmente el problema de la indeterminación en la imposibilidad de predicar el principio de bivalencia —verdadero/falso— a las proposiciones formuladas en tiempo futuro.

En atención a lo dicho, la indeterminación legal como especie de la indeterminación semántica, debe ser vista, para efectos prácticos, como un contraformalismo y no como un antiformalismo, de tal manera que, vislumbrando sus causas, formas y características principales, se pueda hacer uso de este contraformalismo en los procesos de enseñanza-aprendizaje. De ahí que, en el presente capítulo, a partir de la teoría jurídica que enriquece al fenómeno de la indeterminación legal, se propondrá al indeterminismo como metodología de enseñanza del derecho.

Borderline cases e indeterminación legal

El fenómeno de la indeterminación del derecho, pese a contar con años de construcción teórica como perspectiva crítica, continúa afectando a los paradigmas jurídicos contemporáneos. Por ejemplo, a la luz de los Estados constitucionales, que apuestan por modelos constitucionales flexibles, se vislumbra un contenido indeterminista en las cláusulas abiertas sobre el contenido de los derechos fundamentales.

.....
132 J. Hasnas, Back to the future: From critical legal studies forward to legal realism, Or how not to miss the point of indeterminacy argument. *Duke Law Journal*, 1995, pp. 84-132, p. 88.

•La enseñanza de textos jurídicos en sede indeterminista •

Este conceptuador jurídico, por regla general, aparece en el contraste de las teorías críticas del derecho con la tradición formalista, añadiendo, entre otras: 1) la tesis de la determinación causal en el marco de la decisión judicial (T1); 2) la tesis de la determinación bajo el examen de los sistemas jurídicos completos o incompletos (T2); 3) la tesis de la indeterminación legal como fenómeno de naturaleza lógica que cuestiona la predicación de bivalencia para el lenguaje de las normas jurídicas (T3); 4) la tesis de indeterminación ligada a los problemas de los lenguajes naturales, por ejemplo, vaguedad y ambigüedad (T4); 5) la tesis de la determinación del contenido del derecho, ceñida a la posibilidad de respuestas jurídicas correctas para los casos (T5)¹³³.

La concepción del derecho como sistema de reglas conlleva una tesis formalista según la cual el derecho es determinado y brinda respuestas a todos los casos. Por un lado, existe indeterminación del texto legal y, por otro, existe indeterminación de una regla cuando esta se aplica a un caso disperso. Por ello, la indeterminación del derecho se relaciona y afecta dos puntos neurálgicos:

1. La interpretación legal.
2. La legitimidad y el concepto del imperio de la ley¹³⁴.

Siendo el derecho comunicado a través de lenguaje, es ostensible que los ordenamientos jurídicos no pueden prescindir del análisis de este, razón por la cual, dedicarse al análisis del derecho como orden jurídico implica el estudio sobre la inevitable indeterminación de la que padecen los textos jurídicos¹³⁵.

Según Del Real Alcalá¹³⁶, históricamente para la teoría jurídica, la teoría de la indeterminación del derecho debe sus raíces a:

1. Hans Kelsen y la dinámica jurídica.
2. Hart y la textura abierta de los lenguajes naturales.
3. Bobbio, y el concepto de los sistemas jurídicos abiertos¹³⁷.

133 C. Redondo, Teorías del derecho e indeterminación normativa. En J. N. Moreso, *Conocimiento jurídico y determinación normativa*. México: Fontamara, 2002, pp. 95-129, p. 104.

134 S. Gurler, The problem of indeterminacy in contemporary legal philosophy and Lawrence Solum's approach to the problem. *Annales Istanbul University Law Faculty*, núm. 57, 2008, pp. 37-64, p. 38.

135 J. A. del Real Alcalá, Sobre la indeterminación del derecho y la ley constitucional. El caso del término "nacionalidades" como concepto jurídico indeterminado. En D. R. Cienfuegos, *Estado, derecho y democracia en su momento actual*. Monterrey: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 323.

136 *Idem*.

137 *Ibid.*, p. 324.

Al respecto, persisten dos tesis sobre los orígenes de la indeterminación normativa, derivadas de los presupuestos del formalismo jurídico y de la obra de Kelsen. Por un lado, se considera que en Kelsen se evidencian tesis primigenias del fenómeno indeterminista. En sentido opuesto, se ha estimado que en los trabajos del jurista vienés no se afirma la tesis indeterminista, sino la tesis de la completitud normativa; es decir, una tesis determinista. Ello se debe, a juicio de Del Real Alcalá, a la inexistencia de casos marginales (*borderline cases*) en la teoría jurídica de Kelsen¹³⁸.

La presencia de casos marginales, vendrá a ser vislumbrada en las aportaciones de Hart, para quien la aplicación de un término, por vía de interpretación, puede corresponder a una de las siguientes zonas:

- Zona de claridad: referida a hechos denotados con certeza por el término o los términos empleados en la oración.
- Zona de oscuridad: referida a palabras que no se aplican por ocasión de los hechos.
- Zona de penumbra: corresponde a casos donde la aplicación del término es dudosa.

Cuando se presentan circunstancias no previstas, aun las palabras más precisas pueden generar dudas acerca de su aplicabilidad. De esta manera, nunca será suficiente una clasificación de propiedades que se consideren capaces para el uso de una expresión, teniendo en cuenta que pueden aparecer circunstancias insólitas que sugieren la existencia de otras propiedades para la aplicación de la palabra. Lo anterior alude a una genealogía formal en la construcción del lenguaje y específicamente del jurídico.

Por otro lado, Del Real Alcalá presenta una clasificación de los casos provistos por la indeterminación, donde exhibe:

1. Casos marginales que deambulan entre la aplicabilidad e inaplicabilidad del derecho.
2. Casos dudosos, donde no es claro si un caso se encuentra en el núcleo de certeza de la norma jurídica.
3. Casos indeterminados.

138 J. A. Del Real Alcalá, ¿"Paradoja" de H. Kelsen sobre la indeterminación normativa? *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 15, 2007, p. 1.

4. Casos difíciles, que equivalen a aquellos regulados de forma incompleta o no regulados¹³⁹.

En el momento donde sea cuestionado o dudoso un punto de aplicación, es decir, cuando se cuestione la aplicación de una regla del sistema jurídico, se entiende que aquella regla es “indeterminada” y adolece de lo que ha sido denominado “textura abierta”¹⁴⁰, la cual, derivada como característica general del lenguaje humano, opera sobre la ausencia de certeza, presente en la zona marginal como consecuencia del uso de términos generales clasificatorios. La zona marginal equivale a una zona de penumbra donde la oportunidad de determinar la verdad o falsedad de clasificación de un objeto en el concepto, se encuentra imposibilitada; es decir, la vaguedad pone en jaque al principio lógico de bivalencia pues, para una expresión vaga es difícil delimitar sus condiciones de verdad. De ahí que “la vaguedad es la única fuente importante de discrecionalidad judicial, si se excluyen los márgenes de discrecionalidad explícitamente concedidos y las convenciones que atribuyen a los jueces el poder de desarrollar el derecho”¹⁴¹.

Siendo así, cuando el significado de las palabras que hacen parte de la oración es impreciso, la oración expresada puede adolecer de vaguedad. El tipo de palabras que conforman una oración vaga no tiene límite cuantitativo para su aplicación, ya que corresponde a propiedades que en la realidad se pueden dar en diferentes grados, tales como, en virtud de la paradoja del montón, las palabras “alto” o “pesado”, considerando que resulta imposible determinar de manera genérica a partir de cuántos centímetros se es alto y a partir de cuántos kilos más o menos se es pesado.

Partiendo de la zona de oscuridad como un universal, y pasando a los casos marginales como su particular, debe ahora atenderse a la tipología de casos difíciles, como su singular. Según lo dicho, los casos difíciles por regla general obran en las denominadas lagunas normativas. Sin embargo, hay lugar a un caso difícil cuando en la solución aplicable al problema jurídico se encuentran dos principios que colisionan. Al respecto, debe entenderse que la colisión de dos principios como tipo de caso difícil, no reporta las mismas características, ni arroja las

.....
139 *Ibid.*, p. 2.

140 F. V. Waismann, *Verifiabilit. Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. XIX, 1945.

141 G. Tuzet, Jurisdicción, interpretación y sistema jurídico. En *Pragmática de lo indeterminado*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2007, pp. 39-70, p. 12.

mismas consecuencias de la contradicción entre dos normas jurídicas¹⁴². En el procedimiento de ponderación de derechos fundamentales en categoría de principios, se encuentra que entre estos no operan contradicciones, sino colisiones¹⁴³ y, en la determinación del peso concreto de cada uno de los principios, en apoyo de unas cargas argumentativas, se determina simplemente qué derecho, en el problema jurídico planteado, tiene más peso sobre el otro, sin que esto conlleve que el principio derrotado desaparezca del sistema jurídico¹⁴⁴.

Otro tipo de caso difícil sería aquel en donde no existe si quiera una solución jurídica normativa al problema jurídico planteado, dando así lugar a la presencia de una laguna normativa. Este tipo de caso difícil puede darse en virtud de la relativa “indeterminación de propósitos del legislador” pues, en la determinación de propiedades jurídicas relevantes para la elaboración de normas jurídicas, no es factible exigirle al legislador una predicción de lo que hacia un futuro pueda ocurrir y, por tanto, deba legislar.

Hay lugar a un caso difícil, además, cuando a pesar de existir solo una alternativa de solución al caso, su aplicación se constituye como injusta en el criterio del intérprete. Bajo este tipo de caso difícil, subyace toda una teoría de las normas injustas y la hipótesis de no obligación, por parte de los jueces, de aplicación de esta categoría de normas. Este tipo de casos difíciles demuestra la cercanía de las decisiones judiciales con asuntos temáticos y metodológicos de la filosofía. La doctrina de la ley injusta aparece en el mundo del derecho a través de decisiones judiciales históricas frente a problemas jurídicos que constituyeron evidentes casos difíciles por tener que juzgar y decidir sobre hechos del pasado que fueron amparados en una normatividad jurídica injusta pero válida, de acuerdo con los presupuestos temporales de validez de cada nación. Un ejemplo clásico de este tipo de caso difícil se dio en los famosos juicios de Nüremberg, donde los jueces de las naciones vencedoras juzgaron a los soldados alemanes por las atrocidades cometidas durante el holocausto nazi, advirtiendo que los hechos cometidos se

142 J. Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 68.

143 O. Agudelo, *Hermenéutica, indeterminación del derecho y administración de justicia*. Sin fundamento. *Revista Colombiana de Filosofía*, núm. 12, 2012, pp. 89-102.

144 C. Bernal, *La ponderación como procedimiento para interpretar los Derechos Fundamentales*. En N. F. Cáceres, *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

•La enseñanza de textos jurídicos en sede indeterminista •

encontraban amparados por la normatividad alemana vigente en ese momento, declarando así a su favor que sus acciones, a pesar de ser atroces, no fueron contrarias al derecho de su época. Otro caso que demostró la existencia de casos difíciles frente a la existencia de respuestas injustas, en normas jurídicas injustas, se dio en una famosa sentencia del Tribunal Constitucional Alemán denominada *Mauerschutzen*, donde se condenó a varios soldados alemanes que bajo la legislación de la República Democrática Federal Alemana estaban facultados para disparar en contra de quienes intentaban traspasar las fronteras que dividían a Alemania en dos, dando muerte de manera injusta a un sinnúmero de ciudadanos alemanes.

Ley de fronteras de la RDA, año 1982, parágrafo 27, apartado 2, párrafo 1: El uso de armas de fuego está justificado para evitar la perpetración inminente o la continuación de un hecho delictivo que tenga la apariencia de delito según las circunstancias [...] Parágrafo 27, apartado 5: Al hacer uso de las armas de fuego se protegerá en lo posible la vida de las personas¹⁴⁵.

Retomando a Kelsen, en materia de indeterminación normativa, para este, en la interpretación de las normas jurídicas subsiste su ambigüedad, por lo cual, de la múltiple existencia de métodos interpretativos, pueden resultar diferentes significados sobre una misma disposición normativa¹⁴⁶. De ahí, en materia de lenguaje jurídico, para Kelsen, citado por Núñez¹⁴⁷, existen cuatro agentes que interpretan el derecho:

1. El abogado que realiza alegaciones persuasivas en un procedimiento judicial.
2. El legislador, autor de interpretaciones auténticas.
3. El juez, al generar interpretaciones auténticas individuales.
4. El científico del derecho, que describe los posibles significados que se pueden atribuir a una norma.

Atendiendo a la órbita del juez —numeral 3—, en la construcción del razonamiento jurídico, el cual determina un orden consecutivo de premisas donde se relacionan la norma jurídica aplicable y el caso objeto de solución normativa, el

.....
145 O. Pérez, El caso de los tiradores del muro de Berlín. A vueltas con algunos debates clásicos de la filosofía del derecho del siglo XXI. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 2011, p. 464.

146 Núñez, A., Hans Kelsen: Preface. On interpretation. *Eunomia. Revista de cultura de la legalidad*, núm. 01, 2011, p. 175.

147 *Ibid.*, p. 174.

paso de inferencia de uno a otro, depende del uso de conceptos e instituciones jurídicas. Ocurre que, muchas veces, los conceptos jurídicos no determinan supuestos de hecho en concreto, vislumbrando así la naturaleza de la indeterminación del derecho. Por ello, apegado a la semántica de la formulación lingüística de las normas jurídicas, Tuzet determina como tesis central de indeterminación normativa, a aquellos casos que no se encuentran, de forma clara, dentro de la denotación de los conceptos jurídicos¹⁴⁸.

Para efectos del presente, serán relevantes cada una de las tesis delimitadas (T1, T2, T3, T4, T5), en tanto el paso por seguir a partir del enfoque metodológico indeterminista, y la identificación práctica en el proceso de enseñanza-aprendizaje, de la ausencia de completud en los sistemas jurídicos, que da lugar a lagunas normativas, será la sistematización —vía realimentación— del defecto semántico y lingüístico del sistema y su hipótesis de solución. También será relevante la tesis quinta, pues, la presencia y propuesta de casos difíciles como objeto de estudio en la educación legal, supondrá la desmitificación de la única respuesta correcta, obligando al intérprete a acudir a mecanismos alternos y cargas argumentativas en la elección de la solución que parezca más correcta y se constituya como la definitiva¹⁴⁹.

Concepciones y formas de la indeterminación legal

Sercan Gurler señala cinco definiciones posibles para el término indeterminación, así:

1. P es indeterminado, si p no llega a su fin.
2. P es indeterminado si p no es fijo o no tiene propiedades fijas, es vago o indefinido, no tiene un valor fijo.
3. P es indeterminado si p no puede ser resuelto o terminar específicamente una disputa, en cuyo caso p es incierto.
4. P es indeterminado si P no es particularmente designado.
5. P es indeterminado si es imposible determinarlo con antelación¹⁵⁰.

148 G. Tuzet, Jurisdicción, interpretación y sistema jurídico, *op. cit.*, p. 2.

149 A. Aarnio, ¿Una única respuesta correcta? En A. Aarnio, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madrid: Fundación Coloquio Europeo, 2013, pp. 9-46, p. 10.

150 S. Gurler, The problem of indeterminacy in contemporary legal philosophy and Lawrence Solum's approach to the problem, *op. cit.*, p. 39.

De la relación de las cinco definiciones se extrae que “P is indeterminate if P is not particularly designated hence it is impossible to determine P in advance, in which case P is undecided, unsettled, uncertain, is vague or has not fixed value”¹⁵¹.

Las causas que dan lugar a la presencia de síntomas indeterministas en los sistemas legales varían, dependiendo de la concepción determinista que se adopte. En términos generales, obran para la teoría jurídica tres conceptos de indeterminación legal, que no son independientes de los tipos de indeterminación jurídica:

1. Una indeterminación semántica dada en los problemas de vaguedad y ambigüedad de los lenguajes naturales que son empleados por el lenguaje jurídico.
2. Una indeterminación basada en la ausencia de respuestas jurídicas correctas para cada caso en concreto, que posibilita decisiones judiciales discrecionales, propias de las teorías jurídicas norteamericanas.
3. Una indeterminación lógica que, vinculada al lenguaje de las normas jurídicas, abre la pregunta sobre la posibilidad de predicar bivalencia en la formulación lingüística de las normas jurídicas.

Contextualizando las teorías jurídicas propuestas, en el ámbito jurídico norteamericano se ha entendido que el problema de la indeterminación del derecho radica en la inexistencia de respuestas jurídicas concretas. Lo anterior, supondrá una amenaza para la naturaleza del imperio de la ley. Radbruch, en Maxeiner, estipulaba la existencia de antinomia entre la justicia, la política y la determinación del derecho. Por ello, no es posible alcanzar una absoluta determinación legal sin sacrificar la justicia y los intereses dados en las políticas públicas. Paso seguido, eliminar la indeterminación para los sistemas jurídicos es una labor imposible, considerando a su vez que esta puede operar como mecanismo de clausura¹⁵².

Atendiendo a sus causas, la indeterminación legal en el contexto jurídico norteamericano es producto, a juicio de Maxeiner, de dos tópicos:

1. Los métodos legales del sistema (cánones de interpretación).
2. Las estructuras legales (superioridad jerárquica e imperio de la ley)¹⁵³.

.....
151 *Idem*.

152 J. Maxeiner, Legal indeterminacy made in America: U.S. Legal methods and the rule of law. *Valparaíso Law Review*, vol. 41, núm. 2, 2007b, p. 519.

153 *Ibid.*, p. 520.

Es de anotar que los métodos de interpretación legal —*legal methods*— obran en dos sentidos opuestos para las formas más genéricas de sistema jurídico:

- Para el sistema jurídico norteamericano obran como punto central de la existencia de indeterminación legal.
- Para el sistema europeo, ligado a la tradición del *civil law* en su mayoría, operan como mecanismo de certeza jurídica y orientación normativa¹⁵⁴.

De acuerdo con lo dicho, a favor del imperio de la ley obran los métodos legales o de interpretación, los cuales contribuyen bajo dos formas:

- Hacen el derecho más claro.
- Hacen de la aplicación del derecho algo predecible¹⁵⁵.
- En apoyo a estas dos funciones, Maxeiner estima que “In a broad sense, legal methods are devices used to apply abstract legal rules to factual situations in order to decide concrete cases”¹⁵⁶. Siendo así, los métodos de interpretación son útiles para tres momentos jurídicos:
 - En la elaboración del derecho (*Law making*).
 - En la búsqueda de respuestas correctas (*Law finding*).
 - En la aplicación del derecho (*Law applying*)¹⁵⁷.

Ahora, atendiendo a la tradición de la teoría jurídica angloamericana, existen tres debates dedicados al estudio de la indeterminación:

1. El ataque de los realistas norteamericanos al formalismo y razonamiento legal.
2. La apuesta de los estudios críticos del derecho por un sistema jurídico radicalmente indeterminado.
3. La tesis de Dworkin sobre la única respuesta correcta¹⁵⁸.

Por otro lado, atendiendo a la indeterminación lógica propia de las estipulaciones formalistas, el principio de bivalencia es una regla lógica que determina si

154 J. Maxeiner, Legal certainty: A European alternative to American legal indeterminacy? *Tulane Journal of International & Comparative Law*, núm. 2, 2007a.

155 *Ibid.*, p. 526.

156 *Idem*.

157 *Idem*.

158 S. Gurler, The problem of indeterminacy in contemporary legal philosophy and Lawrence Solum’s approach to the problem, *op. cit.*, p. 40.

una sentencia de tipo descriptivo es verdadera o falsa. La pregunta por seguir será si el principio de bivalencia es aplicable al lenguaje de las normas jurídicas¹⁵⁹.

La versión lógica de la indeterminación legal atiende a esta como un problema, no metafísico-causal¹⁶⁰, sino, basado en Peirce, como un problema sobre “las propiedades lógicas de los términos”. Por tanto, en la pragmática de Peirce, ambigüedad y vaguedad serán dos formas, no equivalentes, de indeterminación en general. Ello lleva a distinguir el sentido lógico del sentido ordinario de la indeterminación. Mientras que el sentido ordinario se predica para las expresiones que tienen varios significados, el lógico corresponde a la relación de un término con otro, si y solo si “el segundo término no puede ser universalmente afirmado ni universalmente negado del primero”¹⁶¹. Atendiendo a su sentido lógico, una expresión es vaga “sino admite de suyo una interpretación determinada”; es decir, la interpretación es incierta, mientras que la expresión es ambigua si “admite varias interpretaciones determinadas y alternativas”, encontrando falta de certeza entre varias interpretaciones¹⁶². Siendo así, frente a la pregunta por la bivalencia, en atención a la perspectiva lógica del indeterminismo, para Madry no es aplicable, en tanto la verdad jurídica es trivalente. Para ello, Madry apuesta por tres valores veritativos:

1. La verdad.
2. Una falsedad fuerte.
3. Una falsedad débil¹⁶³.

Una vez se han distinguido los tipos de teorías jurídicas indeterministas consolidadas, y las causas de la indeterminación, deben figurar las formas de indeterminación legal para los sistemas jurídicos. Para Núñez, son dos:

1. Indeterminación intencional, vinculada a la voluntad del legislador.
2. Indeterminación no intencional, basada en:

.....
159 A. Madry, Legal indeterminacy and the bivalence of legal truth. *Marquette Law Review*, vol. 82, núm. 3, 1999, p. 581.

160 A. Núñez, El realismo jurídico de Brian Leiter. *Diritto e questioni pubbliche*, núm. 10, 2010, pp. 439-456.

161 G. Tuzet, Jurisdicción, interpretación y sistema jurídico, *op. cit.*, p. 3.

162 *Ibid.*, p. 4.

163 A. Madry, Legal indeterminacy and the bivalence of legal truth, *op. cit.*, p. 582.

- La ambigüedad de los enunciados normativos.
- La discordancia entre la formulación lingüística de la norma jurídica y la voluntad del legislador.
- Las antinomias normativas¹⁶⁴.
- Los conflictos de reglas.
- La incerteza en la aplicación de reglas.
- Reglas indefinidas¹⁶⁵.

De manera coincidente, Segura delimita que pueden hallarse dos tipos de indeterminación del derecho. Una se atribuye a los eventos de indeterminación lingüística, y otra es aledaña a los defectos de los sistemas jurídicos. Frente a la segunda forma, es necesario aclarar que, aparte de los fenómenos de contradicciones normativas —antinomias—, se encuentran como tipología indeterminista del sistema jurídico las lagunas normativas —indefinición normativa—¹⁶⁶.

De la indeterminación intencional, subyace una pseudoindeterminación adicional, la cual estriba en la posibilidad de permitir al juez tomar varias alternativas de solución frente a la norma indeterminada. Siendo así, según se indiquen los medios de solución que pueda emplear el juez, existe indeterminación:

1. Atendiendo a las normas de fin, donde no se fijan los medios que puede emplear el juez para la solución.
2. Cuando la norma taza el mundo de posibilidades que puede emplear el juez¹⁶⁷.

Causas y soluciones del indeterminismo legal

A partir de las tres acepciones genéricas que, en materia jurídica, obran sobre el fenómeno de la indeterminación, sus causas pueden sintetizarse de la siguiente forma:

1. El uso ilimitado con el que usamos las palabras.

164 A. Núñez, Hans Kelsen: Preface. On interpretation, *op. cit.*, p. 176.

165 J. Maxeiner, Legal indeterminacy made in America: U.S. Legal methods and the rule of law, *op. cit.*, p. 522.

166 M. Segura, Problemas interpretativos e indeterminación del Derecho. *Dereito*, vol. 22, 2013, pp. 673-683, p. 676.

167 *Ibid.*, p. 678.

•La enseñanza de textos jurídicos en sede indeterminista •

2. La distancia en el tiempo, situación que se presenta entre el momento de creación de la disposición legislativa y el momento de ocurrencia de los casos objeto de su aplicación. La anterior es una causa que, sin embargo, propende por mantener el derecho vigente a partir de la casuística, presentándose así una relación entre la indeterminación del lenguaje jurídico y la perdurabilidad del derecho¹⁶⁸.
3. La voluntad del legislador.

Sobre la tercera causa de indeterminación jurídica, puede encontrarse en esta una negociación que pretende hallar el acuerdo entre ideologías diferentes¹⁶⁹. García de Enterría, en Del Real Alcalá, determina que para el legislador la indeterminación obra como “técnica de normación”, por lo que, al momento de tratar de resolverla, se deben tener en cuenta dos condiciones:

1. Fijar un significado jurídico al concepto indeterminado.
2. Aplicar un caso particular de la realidad, a la catalogación jurídica que contiene el concepto jurídico¹⁷⁰.

Cabría una tercera alternativa, la propuesta de Tuzet, para quien la indeterminación ha de poder solucionarse con una “reducción pragmática de la verdad”, ya que el fenómeno de la indeterminación, al no ser claros los casos que obran en la denotación de un concepto jurídico, constituye una amenaza al principio de legalidad¹⁷¹.

Es de notar que, en las dos condiciones de resolución del fenómeno de la indeterminación propuestas por Del Real Alcalá —fijación de significado y aplicación de un caso particular—, es en la función judicial donde obra el rol reconstructor de los conceptos jurídicos indeterminados. De ahí que: “Desde la perspectiva de la praxis judicial, la indeterminación del derecho amplía considerablemente las posibilidades interpretativas de los jueces”¹⁷². Sin embargo, persisten dos alternativas por elegir, que determinarán dos posiciones teóricas en la labor del juez reconstructor:

168 J. A. Del Real Alcalá, Sobre la indeterminación del derecho y la ley constitucional. El caso del término “nacionalidades” como concepto jurídico indeterminado, *op. cit.*, p. 336.

169 M. Segura, Problemas interpretativos e indeterminación del Derecho, *op. cit.*, p. 674.

170 J. A. Del Real Alcalá, Sobre la indeterminación del derecho y la ley constitucional. El caso del término “nacionalidades” como concepto jurídico indeterminado, *op. cit.*, p. 337.

171 G. Tuzet, Jurisdicción, interpretación y sistema jurídico, *op. cit.*, p. 2.

172 M. Segura, Problemas interpretativos e indeterminación del Derecho, *op. cit.*, p. 678.

1. La ideología política como condicionante de la elección de significado en el momento de reconstrucción semántica. Posición, que validaría la crítica y proposición de los Critical Legal Studies.
2. Apelar a la casuística aplicativa, es decir, al universo de casos que se considera se encuentra en el núcleo normativo, a partir de la reconstrucción; labor que implicaría una función de sistematización, propia de las tesis formalistas¹⁷³.

Sistema jurídico e indeterminación normativa. El problema de las respuestas correctas

De acuerdo con la tesis segunda (T2), un sistema jurídico se entenderá como indeterminado cuando alguna de las acciones del universo humano, que por supuesto tenga relevancia jurídica, no se encuentre normativamente determinada; es decir, no cuente con alguno de los estatus deónticos dados a través de normas jurídicas: permitir, prohibir, obligar. Por supuesto, aquel sistema jurídico que omita determinar estatus deóntico para una acción jurídicamente relevante, se entenderá como incompleto. Ciertamente, la consecuencia jurídica directa de la inexistencia de estatus deóntico sobre una acción, será la existencia recíproca de una laguna normativa¹⁷⁴. Asimismo, la tesis segunda de indeterminación legal corresponderá a la noción sistemática del derecho donde las normas jurídicas, que versan sobre acciones humanas, constituirán el conjunto de elementos del sistema jurídico. Sobre este pueden advertirse dos sentidos:

1. La noción ontológica, según la cual el derecho constituye un sistema en tanto, a partir de un conjunto ordenado de normas, las interrelaciona y une como elementos de un sistema normativo.
2. La noción metodológica que atenderá a la reconstrucción de conjuntos del sistema normativo, de acuerdo con criterios conceptuales.

De este modo, las representaciones sistemáticas de conjuntos normativos, esto es, los productos de la actividad de sistematización, consisten en reconstrucciones

173 J. A. Del Real Alcalá, Sobre la indeterminación del derecho y la ley constitucional. El caso del término "nacionalidades" como concepto jurídico indeterminado, *op. cit.*, p. 338.

174 O. Agudelo, La función de establecer correlaciones entre casos y soluciones como modelo indecidible. En P. González, *Argumentación, lógica y hermenéutica jurídica contemporánea*. Bogotá: Ediciones Universidad Libre, 2011, pp. 239-256, p. 244.

•La enseñanza de textos jurídicos en sede indeterminista •

teórico-conceptuales de un material identificado previamente como “derecho”, mediante la utilización de otro criterio conceptual¹⁷⁵.

Al respecto, Rodríguez adicionará tres características intrínsecas en la concepción de los sistemas jurídicos:

1. Constituyen un conjunto de normas.
2. Comprenden además como elementos normativos, las consecuencias lógicas que se derivan de los enunciados explícitos por las autoridades reconocidas.
3. El cambio de los sistemas jurídicos en virtud de actos de promulgación, derogación o reforma, no afectan su identidad¹⁷⁶.

En relación con la tesis tercera, frente al problema jurídico de la indeterminación legal, la tradición realista, a la cual se le debe el nacimiento de este fenómeno, transitó por dos visiones del derecho: 1) la pesadilla del derecho como predicción de lo que los jueces harán; 2) el noble sueño de Ronald Dworkin como una teoría integralista que trunca el imperio de la discrecionalidad judicial.

Alejándose de la visión según la cual el derecho es lo que los jueces dicen, Dworkin arguye que el juez es responsable de localizar el principio o la moralidad política que mejor justifique la respuesta o solución jurídica¹⁷⁷. El noble sueño, fue una etiqueta que empleó Hart en contra del modelo de predicción judicial, en tanto con el nuevo modelo se determinan límites a la actividad discrecional del juez. Por ello, persiste un extenso margen de discrecionalidad en la pesadilla y una discrecionalidad limitada en el noble sueño¹⁷⁸.

Sin embargo, se encuentra una doble advertencia en Hart: 1) la no existencia de respuesta correcta en ciertos casos donde los jueces gozan de absoluta discreción para resolver de una manera u otra, 2) la existencia de respuesta correcta, donde los jueces no cuentan con discreción¹⁷⁹.

175 A. Freire, Los sistemas jurídicos y la aplicabilidad de sus normas. *Analisi e diritto*, 2011, pp. 190-210, p. 194.

176 J. Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos, op. cit.*, p. 119.

177 S. Anderson, *Legal indeterminacy in context. Legal indeterminacy in context*. Ohio: Ohio State University, 2006, p. 4.

178 J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 198.

179 S. Anderson, *Legal indeterminacy in context, op. cit.*, p. 5.

De la inexistencia de respuestas correctas para los casos, pueden devenir lagunas cuya denominación es diferente a la laguna normativa, y cuyo proceder puede derivar de circunstancias de carencia de certeza jurídica para un tipo específico de estas. En este punto aparecen entonces, a la luz de la teoría de los sistemas jurídicos, dos denominaciones adicionales que corresponderán a las lagunas de conocimiento y de reconocimiento. Siendo así, sobresalen las denominadas lagunas de reconocimiento que atenderán a aquellas situaciones donde el alto grado de indeterminación lingüística de las expresiones que emplean las normas jurídicas —vaguedad, ambigüedad, carga emotiva—, hace inaplicable en un caso concreto una norma jurídica específica¹⁸⁰. Frente a las normas jurídicas, se estará en alto grado de vaguedad cuando hay casos marginales para su aplicación; es decir, casos que no resultan claramente aplicables al contenido lingüístico de la norma jurídica¹⁸¹.

Entiéndase que se está en presencia de una laguna de conocimiento cuando persiste un considerable desconocimiento en la información acerca de los hechos que se deben erigir como premisa menor del razonamiento judicial, que hace inaplicable una norma, afectando así al ideal de certeza jurídica.

Frente al ideal de alcanzar certeza en el derecho, persiste desde la teoría jurídica un argumento de imposibilidad. Es así como, desde la noción de la textura abierta de Hart, sobresale una crítica a la visión rígida de la certeza jurídica como ideal. Desde luego, la visión rígida como ideal de alcanzar un conocimiento pleno o certeza sobre las normas jurídicas, correspondería a una noción mecanicista de los sistemas jurídicos, donde todo puede ser reconocido y, por tanto, las decisiones judiciales pueden darse de antaño. La anterior posición será desvirtuada cuando el ideal de certeza jurídica venga a ser desintegrado con la existencia de casos y hechos difíciles¹⁸².

La tradición de la teoría jurídica sitúa los casos difíciles en virtud de problemas de interpretación normativa o en problemas de interpretación de hechos, para lo cual acuñamos el término “hechos difíciles”, el cual ya había sido advertido

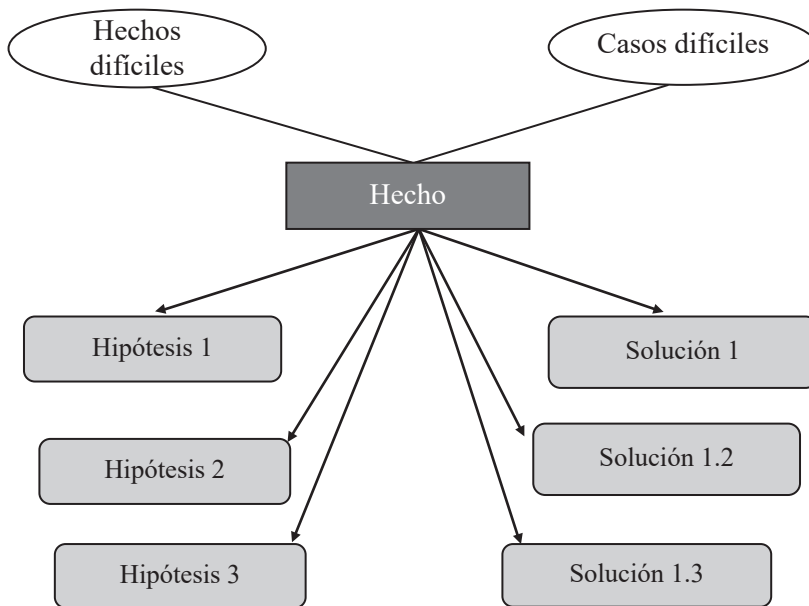
180 P. Navarro, Lagunas de conocimiento y lagunas de reconocimiento. *Análisis Filosófico*, vol. 26, 2006, pp. 180-209, p. 21.

181 T. Endicott, *La vaguedad del derecho*. Madrid: Dykinson, 2006.

182 J. A. Del Real Alcalá, Cuestionamiento contemporáneo del ideal de certeza en el derecho. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 131, 2011, pp. 675-700, p. 678.

por Dworkin al proponer la tesis de la demostrabilidad de los hechos duros (*hard facts*)¹⁸³.

En este sentido, la premisa fáctica de un razonamiento judicial debe estar en conformidad con una teoría de la ciencia, es decir, deben proveerse al menos dos o más hipótesis con respecto a los hechos que tienen relevancia jurídica. El problema frente a la formulación de la hipótesis de los hechos es que dos o más hipótesis pueden ser igualmente verdaderas respecto a un mismo fenómeno y, dos o más hipótesis pueden ser igualmente falsas respecto a un mismo fenómeno. Siendo así, es posible concebir, en el marco de una descripción determinista que, en el derecho, con antelación a la existencia de casos difíciles, pueden operar hechos difíciles en número indeterminado, dados en virtud de las hipótesis presentes con respecto a estos, que vienen a ser correlacionadas con un número finito, mas no unívoco, de respuestas o consecuencias normativas¹⁸⁴.



Deambulando por la órbita de las lagunas y la indeterminación normativa, Anderson resumirá loablemente tres posiciones:

183 J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, op. cit., p. 197.

184 O. Agudelo, *Hermenéutica, indeterminación del derecho y administración de justicia*, op. cit.

1. Para Hart, la indeterminación legal obedece a problemas de imprecisión del lenguaje legal.
2. Para Holmes, la indeterminación legal vendrá dada por la forma en la que está organizado el sistema legal, de tal manera que ante ausencia de respuesta del sistema, es función del juez determinar lo que es derecho en el caso concreto.
3. Para Dworkin, el derecho no contiene ni lagunas derivadas de problemas lingüísticos, ni de problemas sistemáticos, precisando que aquello que parece como indeterminación legal en Holmes y Hart, equivale a una carencia de certeza jurídica —*judicial uncertainty*—.

De esta forma, es posible ubicar a los tres iusteóricos que dieron nacimiento a las tesis de la discrecionalidad y la indeterminación normativa, así:

1. Una indeterminación óptica en Holmes, por tratarse de un defecto propio del sistema.
2. Una indeterminación semántica en Hart, reduciendo los problemas de la normatividad jurídica a problemas de determinación de significado.
3. Una indeterminación o acercamiento epistémico de Dworkin, como negación de la indeterminación normativa y reconocimiento de ausencia de certeza judicial¹⁸⁵.

En escrito póstumo, Hart presentó la discrecionalidad judicial como punto intermedio entre la arbitrariedad y la indeterminación legal frente a la resolución de casos difíciles. Shaw describe cómo en el siglo XIX, los partidarios del formalismo jurídico defendían la posición según la cual las cuestiones legales se resolvían por abogados hábiles con la capacidad de encontrar respuestas jurídicas a través de un número finito de fuentes legales. Posteriormente, con la tradición del realismo jurídico, se pondera a favor de los jueces un supremo poder de elección. Sin embargo, no fue desarrollada una teoría capaz de justificar la elección en la decisión judicial. Es así cómo, a juicio de Shaw, el reto para el realismo jurídico será tratar de explicar la posible reconciliación entre la indeterminación legal y el imperio de la ley¹⁸⁶.

.....
185 S. Anderson, *Legal indeterminacy in context*, op. cit., p. 8.

186 G. Shaw y H. L. A Hart, Lost essay: Discretion and the legal process school. *Harvard Law Review*, vol. 127, 2013, pp. 666-727, p. 668.

Luego, profesores cultivados con posterioridad al *New Deal*, consideraron como solución tentativa aceptar la discreción al interior del sistema legal, siempre que sea controlada y ejercida con responsabilidad. De esta forma, adaptándose a los parámetros del derecho continental europeo, bajo las teorías de la motivación de la decisión judicial, los realistas encuentran la manera de correlacionar hipotéticamente la indeterminación del sistema legal con el sistema mismo y la discrecionalidad; es decir, una manera de constreñirlo. Parafraseando a Shaw, se propuso un proceso teórico donde la discreción y el imperio de la ley puedan coexistir simbióticamente, siempre que los jueces decidan los casos de manera racional, observando su posición institucional con respeto a las otras ramas del gobierno, y, explicando su razonamiento por escrito, donde se refleje la profesionalidad judicial, su arte, racionalidad y sabiduría, las cuales son cosas en las que el público puede confiar.

For process theorists, discretion and the rule of law could exist symbiotically if responsible judges decided cases rationally, observing their institutional position with respect to the other branches of government, and explained their reasoning in writing, reflecting the judiciary's professional craft, rationality, and wisdom —things in which the public could place its trust—¹⁸⁷.

Los casos prácticos

Una vez hecha la presentación —sin ser exhaustiva— de las teorías que soportan el fenómeno de la indeterminación del derecho, es posible demostrar su utilidad práctica en el proceso de enseñanza-aprendizaje para la educación legal.

Para proceder en los ejercicios prácticos, los estudiantes deben, a partir de lecturas preliminares, acompañadas de una metodología dogmática, tener presentes, entre otros, los conceptos de:

- Indeterminación normativa.
- Vaguedad.
- Ambigüedad.
- Textura abierta.
- Casos difíciles.
- Discrecionalidad judicial.

.....
187 *Idem*.

- Interpretación jurídica y cánones.
- Teoría de la verdad como correspondencia.
- Teoría de la referencia causal en el marco de la significación.
- Activismo judicial.
- Casos genéricos y casos particulares.

Paso seguido, basados en una metodología de estudio de caso, deberán proponer un caso cuya solución normativa se encuentre en zona marginal; es decir, un caso que necesariamente deambule entre las lagunas normativas, de conocimiento o de reconocimiento.

Articulando la pedagogía crítica, el tipo de preguntas que deberá elaborar, deberán tener la intención de direccionar al estudiante hacia la hipótesis de solución al caso en concreto, yendo más allá de la respuesta no unívoca que ofrecerá el plexo normativo, debiendo acudir, de acuerdo con lo referenciado, a principios, moralidad política o tópicos del derecho. A su vez, en el marco de la obligación de motivación, deberá plantear para el estudiante la necesidad de determinar el sentido por el cual asigna un significado específico a la norma o normas jurídicas que interpreta, haciendo una delimitación por vía de los cánones de interpretación, del alcance que determina para la norma jurídica.

A continuación, como muestra de la investigación, se presentarán dos talleres desarrollados en el aula de clase, con el empleo del enfoque indeterminista, a fin de sistematizar los elementos del sistema jurídico.

Para el primer taller, se utilizó la lectura del famoso texto del profesor Fuller¹⁸⁸ donde presenta el caso imaginario de los exploradores de las cavernas, con el cual se proyectaron las siguientes preguntas con sus criterios de aprendizaje:

1. ¿Es posible conocer los propósitos de la ley cuando gramaticalmente prohíbe matar sin especificar de qué manera?

El objetivo en la formulación de esta pregunta atiende a que el estudiante tenga la capacidad de, como lo enseña la teoría del indeterminismo, indagar por los propósitos de la ley o voluntad del legislador, cuando aparecen circunstancias excepcionales que al parecer podrían escapar al núcleo de certeza de aplicación de la norma —matar por supervivencia—.

188 L. Fuller, *El caso de los exploradores de cavernas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

2. ¿Encuentra conforme a derecho el convenio celebrado por los exploradores en la caverna?

En relación con las formas jurídicas, las partes pueden celebrar cualquier tipo de declaración de voluntad, cuyas consecuencias den lugar al nacimiento de un contrato. Sin embargo, por no ser negociable la vida, en virtud de la abolición de la esclavitud, podría tacharse de inexistente el convenio donde los exploradores adoptan matar y luego comer a uno de ellos. Adicionalmente, de acuerdo con las reglas de sistematización jurídica, una o más normas no pueden permitir y prohibir una misma acción al mismo tiempo y, consecutivamente, una acción no puede ser celebrada conforme a las reglas formales del derecho, siendo contraria a este al mismo tiempo. Por ello, el propósito de la pregunta es que el estudiante haga uso de las reglas de sistematización del derecho, empleando el principio de contradicción jurídica, a fin de colmar los vacíos que persisten en el ejercicio de los derechos subjetivos.

Para el segundo taller se empleó un caso que corresponde a la tradición de la teoría indeterminista, el cual fue acuñado como el famoso debate Hart-Fuller sobre la circulación de vehículos por los parques. El caso, que de igual forma es hipotético, fue adaptado así:

El honorable Congreso de la República de Colombia expide una norma jurídica X cuya formulación determina: “Se prohíbe la circulación de vehículos por los parques”.

Sobre este, se presentaron las siguientes preguntas con sus propósitos de aprendizaje:

1. ¿Qué clase de vehículos considera se enmarcan dentro de la prohibición?
La formulación de la pregunta sugiere que el estudiante argumente la hipótesis de solución a la penumbra en la que se encuentra la norma jurídica. Por supuesto, es posible que el estudiante, sin recurrir aún a los cánones de interpretación, extraiga el sentido de la norma jurídica, atendiendo a su forma gramatical o a la forma en la que contextualmente se entiende el término vehículo —automotor—.
2. El artículo segundo del Código Nacional de Tránsito colombiano determina, entre algunas de sus definiciones, las siguientes:

Triciclo: vehículo no motorizado de tres ruedas, accionado con el esfuerzo del conductor por medio de pedales.

Vehículo de tracción animal: vehículo no motorizado halado o movido por un animal.

En relación con las definiciones anteriores, ¿la circulación de triciclos por los parques se encontraría prohibida? ¿La circulación de las denominadas “zorras” estaría prohibida?

El objetivo de las preguntas formuladas fue situar al estudiante, de acuerdo con las tesis semántica de la indeterminación normativa, en las dos tesis de la significación de los enunciados que expresan las normas jurídicas, como son: el significado de las normas jurídicas atendiendo a la intención de su emisor, y el significado de las expresiones de las normas jurídicas atendiendo al uso convencional de las expresiones.

Conclusiones

¿Por qué casos imaginarios?

Dado que el primer paso del enfoque indeterminista será identificar la presencia o ausencia de norma o respuesta jurídica aplicable al caso, de cuyo examen puede suponerse la existencia de laguna normativa o la falta de aplicabilidad de norma jurídica por laguna de reconocimiento, o la ausencia de certeza jurídica por laguna de conocimiento, para sistematizar los elementos normativos del régimen jurídico —por relacionar estas acciones humanas con normas—, resulta inexorablemente necesario acudir a la capacidad imaginativa para crear los casos que escapan al núcleo de certeza de la norma pues, lo que ya está dado en la norma ya ha sido imaginado o ya se ha manifestado fenoménicamente. Esta metodología de emplear casos imaginarios ya había sido acuñada en los trabajos del profesor Fuller.

El resultado de crear casos que sobrepasan al núcleo de certeza de la norma, equivale a anteponerse al legislador y proponer la existencia de laguna o vacío jurídico, trayendo a su vez la hipótesis de solución, con el uso de la sistematización; es decir, se acude a todo el material jurídico conexo que pueda responder al caso imaginado y aún no reglado que podría ocurrir. Por tanto, esta es una metodología que enseña al estudiante a anticipar el derecho del futuro y a hacer

•La enseñanza de textos jurídicos en sede indeterminista •

una predicción, no de lo que los jueces harán —como en la vieja tradición del realismo jurídico—, sino de lo que para el derecho vendrá y no ha determinado estatus normativo.

A su vez, en la diatriba por la formación de abogados o juristas sobresalen diferencias dimensionales sobre las cuales se destaca el uso de casos imaginarios. Es así como, en términos genéricos, el abogado se caracteriza por intervenir en casos específicos, es decir, por identificar la respuesta jurídica al caso, sin querer decir con ello que ha identificado la respuesta correcta, cuya función viene dada para el juez. El jurista, entre otras cosas, se caracteriza por: 1) participar en la solución de un caso, 2) inventar casos que escapan al marco de referencia de la norma, 3) cuestionar las normas, 4) proponer soluciones hipotéticas y 5) obrar como un científico del derecho.¹⁸⁹

.....
189 D. Zorrilla, *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 331.

PROBLEMAS ACTUALES EN LA ENSEÑANZA DE MORAL CONVENCIONAL EN LAS UNIVERSIDADES

Manuel Asdrúbal Prieto Salas

Introducción

Este capítulo pretende elucidar la fuerte influencia que ejerce la sociedad de consumo en la concepción de universidad, la problemática del pensamiento estudiantil en la era de la globalización, la importancia de la enseñanza de los derechos humanos para evitar la instrumentalización de la ciencia del derecho y la incidencia de la moral convencional en la interpretación de estos derechos. Inicialmente, se emprenderá un recorrido histórico para entender las causas que llevaron a la transformación de las universidades fundadas en el siglo XII, y sus cuatro cambios subsiguientes; algunos teóricos los atribuyen a la evolución social que tuvo la humanidad después de la Edad Media.

Actualmente, gracias a la expansión de las empresas multinacionales y a los avances tecnológicos en telecomunicaciones, la humanidad afronta desde hace más de cuatro décadas una nueva evolución llamada globalización. Este fenómeno, aunque pretenda concentrarse en asuntos económicos, ha afectado varias entidades pertenecientes a los subsistemas del sistema social, entre ellos la universidad. La incidencia de la sociedad de consumo como derivado de la globalización, ha sido nefasta para la formación integral del estudiante; este último,

considera que la carrera profesional es una herramienta más para ser hombre de negocios, es decir, el mejor medio para conseguir mucho dinero, dejando de lado la estructuración moral del ciudadano. En este punto, se revela la importancia de las teorías convencionales de la moralidad en la interpretación de los derechos humanos, ya que estos hacen parte del elemento jurídico de la globalización; esta afirmación nace del hecho de que este tipo de garantías son de aplicabilidad universal, y no distinguen raza, religión o nacionalidad; precisamente, los llamados derechos humanos constituyen el componente moral del proceso de globalización, pero su construcción es problemática.

Finalmente, se proponen los derechos fundamentales de todo ordenamiento jurídico doméstico como la posible solución a la problemática presente en la creación de derechos humanos. La propuesta se posibilitará porque los derechos fundamentales domésticos no son entidades normativas estáticas, sino todo lo contrario, tienen un carácter mutable, pero dicha mutabilidad no incide en el núcleo esencial del mismo, sino en la ampliación del campo de interpretación a hechos antes no previstos. En ese orden de ideas, el punto de partida teórico de los derechos fundamentales será el del jurista Luigi Ferrajoli, que proporciona una definición estructural y formalista de los mismos con un carácter universal. Posteriormente, se elucidarán los diferentes puntos de vista de Habermas, Dworkin, Hart y Devlin y Rawls respecto de la posibilidad de construir teóricamente un sistema moral convencional regulador de la conducta. Finalmente, analizados los pros y los contras de estas tesis, se estudiará cómo el cambio de paradigma de interpretación judicial derivado de la inclusión de principios fundamentales a los sistemas jurídicos, permitió a la moral convencional influenciar los alcances y las interpretaciones mutables de los mismos.

La crisis del humanismo en las universidades

Desde la fundación de las primeras universidades en el siglo XII, hasta la actualidad, se pueden evidenciar tres cambios radicales relacionados con la evolución de la sociedad occidental. El primero de ellos se dio en el siglo XVIII; el segundo, producto de la Primera Guerra Mundial; y el tercero, originado a mediados de

•Problemas actuales en la enseñanza de moral convencional en las universidades.

los años setenta¹⁹⁰. El desarrollo de las universidades fue exponencial gracias al rechazo de los ilustrados a la restricción del saber, ya que sirvió para superar los estigmas del pensamiento medieval, además de producir nuevas concepciones de universidad como las universidades ilustradas, las facultades románticas y las universidades napoleónicas.

Las universidades ilustradas

Este tipo de universidad se caracterizaba porque en ella desembocaban los movimientos intelectuales europeos iniciados en los siglos XIV y XV, el despertar religioso de la reforma y la contrarreforma, los hallazgos científicos del siglo XVII y los aportes de los enciclopedistas (D^o Alembert, Diderot, Voltaire, Montesquieu y Rousseau), que fueron determinantes para proclamar a la universidad como el lugar de la racionalidad libre de las ataduras de la política, la religión y el Estado, donde el saber científico es el principio supremo de la unificación¹⁹¹. Curiosamente, esta forma de pensamiento no se originó en Italia, sino que fue importada por los franceses desde Inglaterra; el impacto causado por las obras de John Locke y Thomas Hobbes, además de los avances científicos de Isaac Newton en las universidades francesas, fue contundente, al punto que los pensadores de la época dedicaron gran parte de su carrera en diseminar estas ideas por el continente¹⁹².

Las facultades románticas

La ausencia del mito en el mundo posilustrado, por ser considerado un producto de la superstición que no resistía los criterios de la razón, originó un malestar musical y literario por la total ausencia de magia que caracterizaba esta etapa de la modernidad. Sin embargo, la aparición de algunos prerrománticos como Johann Gottfried Herder, el cual, siendo discípulo de Kant en la universidad de Königsberg, emprende una lucha titánica en contra del criticismo kantiano al

190 S. de Zubiría, Universidad, crisis y nación en América Latina. *Revista de Estudios Sociales*, núm. 26, 2007, pp. 148-157.

191 C. Bonvecchio, *El mito de la universidad*. México DF.: Siglo XXI Editores, 1991.

192 M. Domínguez, La educación durante la Ilustración española. *Norba*, núm. 10, 1990, pp. 173-186.

que calificaba como vacío¹⁹³. Esta batalla filosófica entre alumno y maestro fue instigada por la admiración que sentía Herder por el mayor contradictor de la filosofía kantiana del momento, el señor Johann Georg Hamann. Para Herder, los dogmas de la Ilustración son insostenibles respecto a la cultura, ya que el hombre, por todas sus limitaciones, no descubre la cultura a través de la razón, sino que el humano, gracias a su imaginación, es un productor de cultura¹⁹⁴.

El prerromanticismo herderiano, o también llamado la “nueva mitología”, a diferencia del Romanticismo que le siguió, no equiparaba la verdad y el origen con el mito, todo lo contrario, para él era necesario darle un nuevo uso al mito desde la óptica de la Ilustración, en donde de todo mito pueden interpretarse rasgos característicos de las sociedades antiguas, como la descripción de la historia por alegorías, su religión y su estructura o base poética¹⁹⁵. La identificación de estos ítems en este producto cultural de la imaginación, fue determinante para que las sociedades modernas, influenciadas por el Romanticismo reconstruyeran mitos de origen con el propósito de lograr una unidad nacional.

La incidencia del pensamiento romántico en las facultades universitarias se expresó por medio de la concepción de que estas eran el lugar donde residían y convivían los hombres sabios, ya no interesaba la intervención de la academia en asuntos de la función pública, sino que primaba la teoría y presentaba una fuerte tendencia a la mitificación de la institución.

Las universidades napoleónicas

La campaña de Napoleón encaminada a la conquista de Europa no solo generó cambios sociales, políticos y académicos en la Francia de ese entonces, también produjo cambios significativos en las facultades universitarias de los países que fueron vencidos. Los Estados vencidos en las guerras napoleónicas fueron sometidos a cambios políticos y sociales drásticos, que tuvieron incidencia en la formación impartida en los establecimientos educativos¹⁹⁶. En Prusia, la derrota de

193 A. Cutroffello, Kant's debate with Herder about the philosophical significance of the genius of Shakespeare. *Philosophy compass*, núm. 3, 2008, pp. 66-82.

194 L. Duch y A. Chillon. *Un ser de mediaciones: antropología de la comunicación*. Barcelona: Herder, 2012.

195 J. Herder, *Obra selecta*. Madrid: Alfaguara, 1982.

196 L. Scherz, La universidad del 2000. Entre Napoleón y Humboldt. *Nueva sociedad*, núm. 84, 1986, pp. 91-99.

•Problemas actuales en la enseñanza de moral convencional en las universidades.

sus ejércitos en Jena y Auerstädt en el año 1806, transformó la dinámica del poder monárquico absolutista prusiano, en donde el rey, además de ostentar la mayoría de los poderes públicos, ejercía control absoluto sobre las fuerzas militares. Después de estos sucesos, el poder de la monarquía disminuyó, ya que gran parte de estas funciones se delegaron a la aristocracia¹⁹⁷. Los cambios en la dinámica social prusiana, la pérdida de credibilidad de la filosofía kantiana, el perfeccionamiento de las críticas a la concepción idealista de las facultades universitarias, además de la fundación de la universidad de Berlín por Alexander von Humboldt, fueron determinantes para que en 1810 se cambiara el modelo de universidad¹⁹⁸.

En América Latina, específicamente en Guadalajara, se evidenció la influencia de los conflictos sociales en la concepción de la universidad. El pueblo mexicano, lejos de encontrar la paz después de lograr su independencia, tuvo que afrontar nuevos retos, como el predominante conflicto entre las oligarquías burguesas que ostentaban el poder económico, el clero y la comunidad liberal intelectual¹⁹⁹. En este punto, la disputa por el control del poder político y económico tuvo un influjo enorme en la concepción de la educación en el estado de Jalisco, donde el sistema social alcanzó dimensiones novedosas, ya que personas de pensamiento liberal como Prisciliano Sánchez, estaban decididas a la creación e implementación de la educación pública gratuita, con el propósito de producir un pueblo culto para estar al mismo nivel de las culturas más avanzadas. Sin embargo, la resistencia a estas propuestas novedosas provino de la comunidad eclesiástica y de las élites de Jalisco, que consideraban que la única formación superior válida era la teología católica; por este motivo, se clausuraron dos instituciones de educación superior en Jalisco para fundar el Instituto del Estado, que funcionaba con recursos públicos y estaba destinado a la educación de todo el mundo sin excepción alguna²⁰⁰.

La adopción del modelo de universidad napoleónico por el resto de los países latinoamericanos tuvo la misma resistencia por parte de la comunidad eclesiástica

197 R. Solano, *La influencia de la Guerra de la Independencia en Prusia a través de la prensa y la propaganda: la forjadura de una imagen sobre España (1808-1815)*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000.

198 T. Skocpol, *State and revolution: Old regimes and revolutionary crises in France, Russia and China*. *Theory and society*, vol. 7, núm. 1, 1979, pp. 7-95.

199 E. De la Torre, *La iglesia en México: de la guerra de independencia a la reforma*. *Estudios de historia moderna y contemporánea de México*, vol. 1, 1965, pp. 9-34.

200 A. Martínez, *De la universidad colonial a la universidad napoleónica*. *Rhea*, vol. 7, 2005, pp. 257- 272.

y la oligarquía. El rechazo de las élites sociales a este modelo responde a varios factores, uno de los más importantes, es la laicidad característica de este tipo de universidad, dado que no era concebible para la educación superior la no enseñanza de teología católica en las facultades²⁰¹; el otro elemento que causaba escozor en estas clases era el hecho de que la universidad fuera pública y de libre acceso, de ese modo se garantizaba la educación a cualquier ciudadano independientemente de su origen. Pero la Universidad Imperial, que fue el modelo por seguir de las llamadas “universidades napoleónicas”, dejaba de lado la formación humanística y se dedicaba a una profesionalización del estudiante que tendía a la formación de funcionarios públicos que debían estar al servicio del Estado²⁰².

El paradigma universitario después de la Gran Guerra

El empleo de los términos Primera Guerra Mundial y Gran Guerra es defectuoso para designar el conflicto comprendido entre 1914 y 1918. Este argumento nace de los estudios semióticos e históricos de los profesores Richard Hamilton y Holger Herwig²⁰³. Al parecer, la denominación “guerras mundiales” se usa para calificar a los conflictos bélicos de gran envergadura que afectan al mundo entero. Sin embargo, pensar que el primer conflicto armado de este nivel fue el sucedido entre 1914 y 1918 es un yerro histórico, toda vez que la civilización occidental con anterioridad ya había sufrido guerras de calidades similares, en donde el mundo conocido entró en conmoción por el choque de más de dos imperios, causando la muerte a grandes segmentos poblacionales, ejemplo de ello son: 1) la guerra de la Gran Alianza (1689-1697); 2) la guerra de la sucesión Española (1701-1714); 3) la guerra de la sucesión Austriaca (1740-1748); 4) la guerra de los Siete Años (1756-1763); 5) la Revolución francesa (1792-1802); 6) las guerras napoleónicas (1803-1815); 7) la “Primera” Guerra Mundial (1914-1918) y 8) la “Segunda” Guerra Mundial (1939-1945). Por tanto, es inadmisibles, académicamente hablando, que las únicas guerras que deban ser calificadas como mundiales sean las ocurridas en los periodos de 1914-1918 y 1939-1945, toda vez que en la

201 R. Arias, Estado laico y catolicismo integral en Colombia. *Revista historia crítica*, núm. 19, 2001, pp. 69-96.

202 G. Gómez, *La universidad a través del tiempo*. México DF: Centro de Publicaciones de la Universidad Iberoamericana, 1998.

203 R. Hamilton (ed.), *The origins of World War I*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

•Problemas actuales en la enseñanza de moral convencional en las universidades.

complejidad del concepto “guerra mundial” estos conflictos anteriormente referenciados también encuadrarían en él.

Las transformaciones sufridas por la universidad en la posguerra (1919-1937) fueron fomentadas por el nuevo modelo de poder estatal, el cual no podía permitir ninguna objeción en contra de su legitimización. A esta represión de la opinión crítica responde Weber al afirmar que la naturaleza de las universidades alemanas se trastornó y paulatinamente se está transformando en facultades de estilo norteamericano, donde prima la especialización acerca de un tema, en virtud del beneficio que pueda representar, dejando de lado la verdadera conciencia y profundidad característica del pensamiento alemán. La percepción de Weber sobre la transformación universitaria no solo responde a los conflictos entre la opinión pública y el poder estatal que caracterizaron esa etapa de la historia, sino que también vislumbró los nuevos enfoques utilizados por las facultades contemporáneas que consisten en la súper especialización de la disciplina en virtud de utilidad económica que pueda representar.

La crisis de la universidad contemporánea

El modelo actual de universidad se originó a mediados de los años sesenta, y, hasta la fecha, se ha caracterizado por padecer un sinfín de problemáticas como la falta de financiación de las universidades públicas por parte del Estado, el aumento desmesurado de las universidades privadas sin la debida regulación, la pérdida del *ethos* universitario, la instrumentalización de las carreras, entre otras. Sin embargo, la presente investigación no se enfoca en la posible solución de todos estos fenómenos, sino en el estudio de la globalización y su incidencia en la instrumentalización de las carreras.

La globalización no tiene una teoría clara unívoca, que desarrolle toda su complejidad; de hecho, existen dos teorías que intentan una aproximación filosófica a este fenómeno: las teorías pesimistas y las optimistas. La primera de ellas, argumenta que el Estado de bienestar, en donde el hombre es el eje de acción de las instituciones sociales, desaparecerá ineludiblemente por la competencia mercantil que, al ser de orden internacional, no podrá ser sometida ni regulada por las legislaciones internas; esta falta de control llevará a una depresión social que podrá traducirse en aumento de los índices de criminalidad, pobreza extrema

y degradación del ser humano²⁰⁴. Por otra parte, los llamados neoliberales, consideran que la globalización es un fenómeno positivo para la competitividad de los Estados que por estar en vía de desarrollo no podían conectarse económicamente con los Estados industrializados y desarrollados; estos últimos activan las economías estancadas de los primeros con la inyección de capitales destinados al desarrollo de empresas que se transformarán en catapulta para el avance y desarrollo de estas naciones. Aunque las dos concepciones sean disimiles, es posible encontrar puntos de coincidencia para estructurar una noción general más técnica que sintetice de alguna manera las complejidades que abarca este fenómeno, al punto de afirmar con un alto grado de plausibilidad que la globalización es un proceso en donde se puede ver una verdadera erosión de las soberanías nacionales por la incapacidad que tienen los Estados de diseñar políticas económicas independientes del rumbo que tome el mercado internacional²⁰⁵.

La presión que ejerce la globalización en la mayoría de Estados no solo afecta a la economía, sino que también influye en la mayoría de los subsistemas del sistema social. En el caso del derecho, es innegable el poder de persuasión que ostentan entidades supranacionales (como el Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo) sobre la legislación interna, a tal punto que, hoy en día, es una práctica habitual que el órgano legislativo promulgue leyes tendientes a armonizar la estructura del sistema jurídico propio de cada país con las directivas de estas entidades supranacionales, dándoles así un papel predominante en la decisión de todas las políticas públicas²⁰⁶. Paulatinamente, dichas instituciones van transformándose en una rama más del poder público en los países en vía de desarrollo, bajo la llamada teoría de la internacionalización del derecho constitucional, en donde este último es condicionado en sus contenidos y en sus estructuras por el derecho internacional, alterando profundamente los métodos de producción e interpretación de las reglas y los

204 K. Bodemer, La globalización, un concepto y sus problemas. *Nueva Sociedad*, núm. 156, 1998, pp. 54-71.

205 M. Moreno, La globalización: su concepto e impacto en los sistemas jurídicos. *Cultura jurídica*, núm. 3, 2011, pp. 215-230.

206 J. Serna de la Garza, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*. México DF.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012.

•Problemas actuales en la enseñanza de moral convencional en las universidades.

principios de los sistemas jurídicos nacionales. Según el profesor Ernst Young²⁰⁷, este proceso comenzó con la introducción del respeto absoluto de los derechos humanos a todos los ordenamientos jurídicos internos, y ha penetrado aún más con el condicionamiento en la construcción de las estructuras legislativas, la interpretación y la aplicación del derecho.

El sometimiento del derecho constitucional al derecho internacional mercantilista no solo afecta las dimensiones sintáctica y semántica del lenguaje del derecho presentes en el nivel del uso, también afecta los metalenguajes desarrollados por los juristas y docentes²⁰⁸, quienes bajo el influjo de la globalización de la educación son determinantes en la súper especialización e instrumentalización del educando.

Problemas actuales en la globalización del derecho

El debate sobre la obligación de los Estados de acatar el derecho internacional no solo ha usado como campo de discusión los escenarios políticos; esta batalla también se ha trasladado a la academia del derecho. Precisamente en este estadio, tratando de elucidar el funcionamiento epistemológico de la regla de derecho internacional desde los conceptos positivistas de mediados del siglo XX, los cuales reformularon la noción del derecho como manifestación de voluntad con posibilidad de coerción de una autoridad política²⁰⁹, a una postura sociológica, en donde el origen de las leyes depende de un cúmulo de hechos que consisten en la aceptación social de la comunidad política. De ahí se desprenden dos tipos de reglas, las llamadas reglas secundarias establecen cómo la ley se crea, identifica y se cambia, y las reglas primarias que son identificadas y reconocidas cuando las secundarias se siguen²¹⁰. Sin embargo, cuando a Hart se le preguntó sobre la descripción teórica de la ley internacional desde este nuevo positivismo que él construyó, encaminó su búsqueda a un nivel sociológico y no jurídico, toda vez que, junto a sus colegas sociólogos, se preguntó si en la realidad social existía

207 E. Young, The trouble with the global constitutionalism. *Texas International Law Journal*, vol. 38, 2003, pp. 527-545.

208 G. Kalinowski, *Introducción a la lógica jurídica*. Buenos Aires: Eudeba, 1973.

209 J. Austin, *El objeto de la jurisprudencia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

210 R. Dworkin, *Justice in robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

algún sistema de prácticas que antropológica o socialmente tuviera el propósito de funcionar como una regla de derecho internacional. Una de las críticas más fuertes a este método, fue que Hart no formuló la misma inquietud a abogados y jueces, que empíricamente hablando se relacionan a menudo con este tipo de normas. En consecuencia, la respuesta proporcionada por Hart y su equipo fue estéril y carente de argumentos sólidos, ya que, simplemente afirmó que su modelo positivista de reglas primarias y secundarias no es aplicable a normas de índole internacional²¹¹.

Por su parte, Dworkin legitima la subordinación de los sistemas jurídicos domésticos a la ley internacional, bajo el entendido de que existe una obligación *prima facie* que debe ser satisfecha por todos los Estados. Lo curioso es que el origen de esta obligación estatal no responde a que exista un sistema legal internacional consensuado, sino que, los Estados cumplen con dicha obligación para legitimarse a nivel interno y externo²¹²; además, el derecho internacional presenta a los ciudadanos una herramienta plausible en contra de los atropellos de los Estados autoritarios y ayuda a que se posibilite la solución de problemas que requieren de una coordinación internacional. Pero el derecho internacional está lejos de satisfacer estas metas idealistas, esto se demostró en las vulneraciones perpetradas por Estados Unidos en la crisis que hubo en el golfo pérsico, en donde esta nación transgredió las reglas internacionales del respeto del espacio marítimo y no padeció sanción alguna²¹³, además de ignorar el elemento económico típico de la globalización que tiende a subordinar a la mayoría de los subsistemas sociales, entre ellos el derecho.

Según Mark Tushnet²¹⁴, existe un fenómeno de la globalización del derecho llamado constitucionalidad como convergencia; en sus términos, la globalización en el derecho se puede evidenciar en el modo en que convergen las estructuras de los sistemas constitucionales y sus mecanismos de protección constitucional,

211 R. Dworkin, A new philosophy for international law. *Philosophy & Public Affairs*, vol. 41, núm. 1, 2013, pp. 2-30.

212 A. Chilton, A Reply to Dworkin's New Theory of international Law. *The University of Chicago Law Review*, vol. 80, núm. 108, 2013, pp. 105-115.

213 T. Franck, Legitimacy in the international law. *The American Journal of International Law*, vol. 82, 1988, pp. 705-759.

214 M. Tushnet, The Inevitable Globalization of Constitutional Law. *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, núm. 1, 2009, pp. 985-1006.

•Problemas actuales en la enseñanza de moral convencional en las universidades.

estos procesos se presentan de arriba hacia abajo y viceversa. El primero de estos procesos es el producto de la interacción de jueces constitucionales de todas partes del mundo, que gracias al vencimiento de los límites territoriales por la tecnología, mantienen una comunicación creciente que les permite unificar criterios jurisprudenciales de solución de casos que presenten rasgos similares, además de la creación de la jurisprudencia transnacional. En la relación de arriba hacia abajo las ONG tienen un papel imprescindible en la globalización del derecho como convergencia, ya que en la mayoría de procesos que se adelantan en los sistemas jurídicos internos por la violación de derechos humanos, se llaman a estas instituciones supranacionales para rendir conceptos sobre el alcance de los mismos; precisamente, este llamamiento les permite introducir interpretaciones universalistas de estos derechos que sean coherentes con las políticas internas de las ONG, creando así una convergencia interpretativa sobre el alcance y la protección que deben tener los derechos humanos en todas las partes del mundo. Respecto de la relación de abajo hacia arriba, la globalización instrumentaliza al derecho constitucional, dado que la plausibilidad de las normas constitucionales no se medirá en los beneficios que puede representar para sus asociados, sino que las constituciones se ofrecen como un producto de beneficios jurídicos que sea atractivo para los potenciales inversionistas²¹⁵.

La incidencia de la globalización en las facultades de derecho

La influencia de la globalización en la mayoría de los ámbitos sociales de la humanidad ha cambiado el paradigma de la educación universitaria, toda vez que el grueso de la comunidad estudiantil se vincula a las facultades universitarias con el único propósito de llegar a obtener grandes sumas de dinero por la ejecución de la profesión que están estudiando²¹⁶. Aunque no es un propósito negativo en sí mismo debido a los condicionamientos sociales del mundo globalizado, y la introducción de la competitividad como el criterio de estímulo para la superación personal, este sistema sí afecta en gran medida la percepción del estudiante respecto a la utilidad de algunas materias de formación humanista, que por carecer

215 A. Ogus, Competition between national legal systems. *International and comparative law quarterly*, vol. 48, 1999, pp. 405-418.

216 G. Guerrero, La educación en el contexto de la globalización. *Rhea*, vol. 6, 2004, pp. 343-354.

de aplicación empírica a ciertos ámbitos económicos, son consideradas como “rellenos”²¹⁷. Este fenómeno se debe, en parte, al escepticismo del estudiante sobre las verdades científicas que la humanidad ha descubierto, que es reemplazado por una valoración subjetiva de que toda posición es válida en la medida que preste alguna utilidad económica²¹⁸.

En las facultades de Derecho, la influencia de la globalización ha estimulado en el pensamiento colectivo de los estudiantes que las materias de fundamentación teórica no tienen importancia dentro de la vida profesional del abogado, zanjando así dos tipos de profesionales del derecho: los abogados académicos y los abogados empíricos; esta división en el ejercicio de la profesión no es algo negativo, toda vez que la escogencia del estudiante de un camino u otro depende en gran medida de sus condiciones históricas, económicas y sociales. El problema se gesta cuando la sociedad globalizada de consumo limita las posibilidades de desarrollo profesional del estudiante²¹⁹, con el argumento de que la única vía plausible para la abogacía es ser un hombre de negocios; bajo esos parámetros, la universidad deja de ser el recinto de formación de buenos ciudadanos que se consideran como un fin en sí mismos, y se convierte en una empresa, que ve al estudiante como su principal fuente de ingresos²²⁰. La influencia de la sociedad de consumo sobre los estudiantes de derecho se ve reflejada en las aulas de clase, cuando estos discuten con el docente sobre la plausibilidad de las materias de formación filosófica. Es evidente que esta postura, aparte de ser ignorante, está moldeada por la concepción consumista de que todo abogado debe ser un *men of bussines*, cuya formación académica debe limitarse únicamente a la reproducción de casos²²¹.

217 A. Boon, J. Flood y J. Webb, Postmodern professions? The fragmentation of legal education and the legal profession. *Journal of Law and Society*, vol. 32, núm. 3, 2005, pp. 473-492.

218 M. Pizzul, *La formación humanística, fin esencial de la universidad*. Mar del Plata: Universidad Fasta Ediciones, 2013.

219 E. Rodríguez, Educación y educadores en el contexto de la globalización. *Revista Iberoamericana de Educación*, núm. 35, 2005, pp. 1-9.

220 R. Mullerat, El futuro de la abogacía y la formación del abogado. *Afdum*, núm. 6, 2002, pp. 283-306.

221 E. Ogliastri, El método de casos. *Cartilla docente, publicaciones del CREA*, núm. 1, 1993, pp. 1-32.

La moral convencional como oposición a la sociedad de consumo

A pesar de la presión que ejerce la sociedad de consumo sobre las facultades de Derecho, existen ciertas áreas del conocimiento jurídico que se resisten a la instrumentalización de la abogacía, incluso han llegado a penetrar las dinámicas del mundo sin fronteras propuesto por la globalización; esta labor es desempeñada por las teorías de la moral convencional en la interpretación de derechos fundamentales. Esta situación se posibilita gracias a que, para su desarrollo, las dimensiones de la sociedad de consumo requieren relacionarse con los procesos de construcción de identidad social, que son parte de la moral social²²².

Los procesos convencionales de identidad cultural en las sociedades modernas son determinantes en la concepción de intereses comunes; a su vez, estos deberán ser protegidos por medio de cartas políticas bajo el rótulo de derechos fundamentales. Sin embargo, la incidencia de este tipo de derechos en la estructuración de los llamados derechos humanos está condicionada por la civilización blanca, es decir, que las garantías a los intereses de los países en vía de desarrollo que han sido consagrados como derechos fundamentales en sus jurisdicciones domésticas jamás podrán tener el alcance de derecho humano. La primera aplicación conocida de estos “derechos humanos” a casos concretos se originó en los juicios de Núremberg, el resultado de los procesos penales allí adelantados fue denominado jurisdicción universal²²³.

Curiosamente, la universalidad de los llamados derechos humanos no es realmente universal, es evidente que los intereses protegidos en esos derechos responden a las necesidades históricas y económicas de la sociedad occidental, en menosprecio de los intereses sociales de comunidades no occidentales, ni occidentalizadas²²⁴. En este punto surge la duda: ¿cómo construir derechos de adjudicación universal real? La respuesta es un desafío para la humanidad, pero es posible enunciar que sus bases se hallan en el estudio de los derechos fundamentales de los ordenamientos jurídicos domésticos y no en el estudio de los mal

222 J. Saavedra, Adquirir la identidad en una comunidad de objetos: la identidad social dentro de la sociedad de consumo. *Nómadas*, núm. 6, 2007, pp. 363-380.

223 L. Díaz, *Globalización y derechos humanos*. México DF.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.

224 Á. Hernández, ¿Fundamentos o protección de los derechos humanos? *Isonomía*, núm. 6, 1997, pp. 171-178.

llamados “derechos humanos”. Los puntos de coincidencia entre los derechos fundamentales de las jurisdicciones domésticas de todas las naciones del mundo sí podrán ser considerados como intereses universales de la humanidad, y, a su vez, la protección de dichos intereses sí podría ser calificada como verdaderos derechos humanos. Es evidente para el lector, que esta teoría sobre la fundamentación de los derechos humanos exige un análisis riguroso de las teorías que rodean la formación y estructuración de los derechos fundamentales.

La teoría estructuralista y funcionalista de Luigi Ferrajoli

Para Ferrajoli, los derechos fundamentales son “derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados con el estatus de persona, ciudadanos o personas con capacidad de obrar”²²⁵. Es evidente que en Estados totalitarios o en Estados donde está permitida la esclavitud o cualquier limitación radical a la dignidad humana, no podría colegirse lógicamente que existen derechos fundamentales. Por tanto, la característica universal de dicha definición, que es adjudicable a todo ser humano, se pone en tela de juicio.

Estos derechos fundamentales a menudo se encuentran plasmados en constituciones políticas, sin embargo, no indica que dichas constituciones impliquen todos los derechos fundamentales, ya que, en la mayoría de las jurisdicciones domésticas se encuentran algunos, como las garantías procesales, que dependen de la especialidad de la materia que abordan²²⁶.

Es claro que bajo este entendimiento, el factor valorativo de fundamentalidad es descartado de manera tajante, y es reemplazado por la universalidad entendida lógicamente, es decir, que si un derecho es adjudicable a todos los seres humanos, se entiende como fundamental por irrisorio que sea. En ese orden de ideas, una clasificación valorativa de derechos como la presente, no tendría cabida en la Constitución Política colombiana. La concepción valorativa entra en tela de juicio cuando añadimos el término de alienación, según el cual, si valorativamente denominamos fundamental a un derecho dentro de un sistema jurídico que permite su alienación, se presentaría una contradicción en el mismo. Además, por

225 L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 19.

226 G. Bidart, *Teoría general de los derechos humanos*. México DF.: Instituto de Publicaciones Jurídicas de la UNAM, 1989.

•Problemas actuales en la enseñanza de moral convencional en las universidades.

su naturaleza alienable y negociable, técnicamente no podría ser rotulado como fundamental. Por ejemplo, si un ordenamiento jurídico considera valorativamente la libertad como un derecho fundamental, pero a su vez, de manera concurrente permite el desprendimiento absoluto del mismo con fines mercantiles (esclavitud). Formalmente, la naturaleza del derecho sería negocial y no fundamental, ya que no se cumpliría con la característica de adjudicabilidad universal.

Esta definición es ventajosa, toda vez que respeta las divergentes formas de ver el mundo de cada sociedad, debido a que las comunidades humanas organizadas de acuerdo con su realidad y cosmovisión desarrollarán e implementarán sistemas jurídicos que contendrán derechos fundamentales únicos. La diversidad de derechos fundamentales no coincidentes se clarifica cuando se comparan los sistemas jurídicos de regulación de una sociedad totalitaria comunista con los de una sociedad liberal o democrata. Existe en este punto una cuestión problemática respecto de la universalidad de los derechos fundamentales; es evidente que no pueden ser los mismos en todas las sociedades humanas, pero concretamente ¿a que alude la universalidad? Cuando Ferrajoli establece la universalidad como un elemento característico de la fundamentalidad de derechos, alude a la ampliación en su mayor extensión de la igualdad de adjudicación de derechos en una comunidad determinada.

Cuando las sociedades persiguen intereses colectivos necesitan garantizarlos rotulándolos como derechos fundamentales; sin embargo, en esta etapa inicial es posible que las personas titulares de dichos intereses positivizados sean limitadas, es decir, que según la construcción formalista-estructuralista ningún interés particularizado puede alcanzar el estatus de derechos fundamentales²²⁷. Para lograr acercarse a dicho estatus, es necesario acudir al principio de igualdad como base de la universalidad, el cual deberá ampliar la distribución de dicha garantía a todos los miembros de esa comunidad. Si todos los miembros sin exclusión alguna pueden garantizar un interés común de manera igualitaria, se cumple en dicho caso con el factor de la universalidad.

Las desigualdades de adjudicación se legitimarán, siempre y cuando se realicen a través de dos limitaciones: 1) la referente a la ciudadanía de las personas, y 2) la referente a la capacidad de obrar de las mismas. Un ejemplo claro e histórico

.....
227 L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, op. cit.

ha sido la reducción paulatina de la incapacidad de obrar de las mujeres; inicialmente, ellas carecían de todo derecho de participación ciudadana y libertad negocial, pero con el transcurrir del tiempo, estas limitaciones fueron desapareciendo, adquiriendo así derechos políticos, civiles, públicos y humanos. Esta deslimitación que permitió la participación femenina en la distribución *igualitaria* de estos derechos, fue el factor necesario para elevarlos a la categoría de fundamentales²²⁸. Es decir, se satisfizo la igualdad de adjudicación como base de la universalidad (por razones obvias estos derechos inicialmente no eran fundamentales por ser exclusivos de los hombres).

Otro rasgo importantísimo necesario de desarrollar es la diferenciación entre derechos fundamentales y patrimoniales, ya que estos conceptos tienden a confundirse porque ambos son agrupados en el conjunto de derechos subjetivos, pero su naturaleza es diametralmente distinta. Para Ferrajoli, es posible desarrollar una clara distinción teniendo en cuenta la cuantificación universal proposicional lógica; bajo este entendimiento, los derechos fundamentales son adjudicables a “todos” sin discriminación alguna; en cambio, los derechos patrimoniales son de carácter *singular o particular*, dependiendo del número de sus titulares. La confusión entre uno y otro se da en las apreciaciones que se tienen sobre el derecho de propiedad. La primera de ellas ve la acción de convertirse en propietario de algo conexas a la capacidad jurídica, y la facultad de disponer de los bienes conexas a la capacidad de obrar; en ambos casos, estamos frente a derechos fundamentales, el primero porque es de carácter universal a toda persona y el segundo atribuido a la capacidad de obrar del ser humano. En el ejercicio de estas facultades universales las personas adquieren bienes específicos sobre los que tienen derechos reales, pero estos derechos reales que se tienen sobre un bien determinado en contra de cualquiera *no* pueden ser fundamentales. Es posible concluir, en este punto, que la propiedad es fundamental en el sentido que alude a la capacidad de obrar universal de toda persona, y que no debe confundirse con el producto de ese ejercicio que es la adquisición de un derecho real sobre un bien, en donde ese derecho es individualísimo frente a otras personas²²⁹.

228 M. Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*. México DF.: Instituto de Publicaciones Jurídicas de la UNAM, 2004.

229 L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *op. cit.*

•Problemas actuales en la enseñanza de moral convencional en las universidades.

La otra diferencia radical entre el derecho de propiedad y los derechos reales derivados del ejercicio de este, es la *inalienabilidad* del primero. Porque la facultad de adquirir bienes de toda persona no es disponible, no se puede vender, ni donar ni arrendar. Siempre va estar ligada al ser humano²³⁰. Por el contrario, los derechos reales que se ejercen sobre los bienes sí son disponibles, ya que jurídicamente es posible enajenar los bienes que adquirí con mi facultad, los puedo acumular, acrecentar, hacerlos variar; en cambio, la facultad reconocida a la persona para que con acciones específicas adquiriera bienes, no cambia ni crece, simplemente sigue siendo la misma.

Los problemas de una construcción moral convencional

Ahora bien, si los derechos fundamentales son la positivización de intereses colectivos que deben reunir ciertas características, cabe preguntarse ¿qué incidencia puede tener la moral en la conformación e interpretación de los mismos? Para responder esta cuestión es necesario acudir a teorías que desarrollen métodos de conciliación de interés en una comunidad, que posteriormente serán elevados a la categoría de derechos fundamentales. Sobre este punto, John Rawls²³¹ desarrolla un nuevo contractualismo que difiere en algunos de sus sustratos de las tesis postuladas por Hobbes, Locke y Rousseau. En él desarrolla el concepto de justicia como imparcialidad, como base teórica en la construcción contractual de *principios de justicia*, que serán los requerimientos que se deberán cumplir por parte de todas las normas jurídicas, independientemente de la validez y la eficacia de las mismas, teniendo en cuenta que la validez es la existencia específica de una norma la cual en su contenido ordena, manda, prohíbe, permite o faculta, y la eficacia refiere a la dimisión sensible de la norma²³².

Gracias a los principios de justicia, el ser humano goza de una órbita de inviolabilidad que funciona como un campo de fuerza protector en contra de un posible perjuicio subjetivo a favor de un bienestar común²³³. Al respecto, hay

.....
230 *Idem*.

231 J. Rawls, *Teoría de la justicia*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1993.

232 H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*. México DF.: Dirección de Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

233 J. Rawls, *Teoría de la justicia*, *op. cit.*

coincidencia con la teoría kantiana en donde el derecho ontológicamente produce las condiciones y garantías bajo las cuales las órbitas subjetivas de la libertad son compatibles con las de otras personas. Sin embargo, Kant legitima la coacción como un elemento balanceador de las órbitas de acción, que se hace necesaria cuando el desbordamiento de una de esas órbitas afecta la libertad de acción de las demás. Por tanto, el derecho deberá limitar la libertad desbordada para restablecer el equilibrio entre las relaciones de arbitrio, garantizando así los ámbitos de voluntad proyectada²³⁴. En cambio, para Rawls la coacción le legitima para evitar una injusticia mayor a la que produjo el actor en una ocasión determinada. Las injusticias son productos de los intereses egoístas de las personas, ya sean colectivas o individuales, que tienden a desmembrar la red social de cooperación; por esta razón, es necesario que la sociedad tenga elementos cohesionadores como intereses comunes desarrollados en una identidad de interés²³⁵, pero este no implica, como decía Devlin, que en virtud de la construcción convencional de dichos intereses la sociedad está facultada para atropellar al individuo que con su actuar no se acomodó a las cláusulas de dicha convención, toda vez que si el sistema jurídico no puniera o penalizara dicha conducta, esta tendría el poder y alcance de atentar contra la vida de la sociedad²³⁶; se habla de vida de sociedad porque para lord Devlin, la sociedad se asemejaba a un ser vivo y, por ende, le son adjudicables derechos como la vida y seguir sus propios designios. La satisfacción de estos derechos dependerá en gran parte del alcance del derecho penal, que tiene la obligación de proteger la sociedad. Lo preocupante de esta teoría es la fuerte presencia de un utilitarismo en contraposición a una igualdad como base de universalidad de distribución de derechos fundamentales, en que la cohesión de la sociedad dependerá de una tensión equilibrada entre los intereses particulares con los intereses comunes, ya que si no existiera dicha tensión, la individualidad y el egoísmo de los seres humanos terminaría afectando la distribución de los beneficios producto de la cooperación social. La distribución empleada en este esquema teórico alude a la concepción aristotélica del término justicia distributiva, concebido como una subespecie de la justicia como totalidad, pues, a diferencia

.....
234 I. Kant, *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos, 2002.

235 J. Rawls, *Teoría de la justicia*, op. cit.

236 Y. Caron, The legal enforcement of morals and so-called Hart-Devlin controversy. *McGill Law Journal*, vol. 15, núm. 1, 1969, pp. 9-47.

•Problemas actuales en la enseñanza de moral convencional en las universidades.

de la justicia conmutativa que reparte las riquezas y los beneficios igualitariamente, la distributiva lo hace atendiendo a las cualidades y calidades del sujeto²³⁷. La problemática de la distribución como elemento de la justicia en una sociedad es que el individuo se autoatribuye subjetivamente (mas no objetivamente) calidades y cualidades superiores a las de sus iguales, generando así conflictos de intereses en la red de cooperación.

Aunque la cooperación social es un elemento indispensable de toda sociedad, no sirve como criterio calificador de justicia convencional; para tal fin es necesario tener dos parámetros calificadores: “1) cada cual acepta y sabe que los otros aceptan los mismos principios de justicia y 2) las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios”²³⁸. Tener claridad en estos dos criterios elucidará por qué el objeto de la justicia social es la estructura social, entendida como el modo en que las instituciones sociales asignan obligaciones, derechos fundamentales y la manera de distribución de los beneficios provenientes de la cooperación social. Estas asignaciones y distribuciones deberán equilibrar las relaciones intersubjetivas hacia una justicia universal, toda vez que en la realidad sensible los factores socioeconómicos no permiten que se cumpla con dicha virtud.

La cuestión central de esta teoría de justicia radica en poder determinar cuáles son los principios de justicia que regulan a la sociedad, para tal fin es necesario realizar un contrato social, un pacto inicial que diferirá de los desarrollados por Hobbes, Locke y Rousseau, que se caracterizaban por esbozar artificialmente el vínculo de pertenencia del hombre al Estado, que se generaba cuando los hombres establecían un contrato para transferir sus derechos a un ente artificial llamado Estado, que tenía la obligación de salvaguardar los derechos a él entregados²³⁹. Si bien es claro que las teorías de Hobbes, Locke y Rousseau, tienen puntos donde divergen, como el desarrollo del hombre en estado de naturaleza que, según Hobbes, es un estado maligno donde el hombre, huyendo de sus experiencias dolorosas, busca satisfacer experiencias sensibles placenteras egoístas, a costa de la depredación de sus congéneres; en cambio, Locke y Rousseau argumentan que

.....
237 Aristóteles, *Ética Nicomaquea*. Madrid: Gredos, 1988.

238 J. Rawls, *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 29.

239 J. Del Vecchio, *Los derechos del hombre y el contrato social*. Madrid: Hijos de Reus, 1914.

el estado de naturaleza del ser humano es bueno. Pero, a pesar de las diferencias, estas teorías guardan una relación común contractual de asociación estatal, que fue la respuesta más adecuada a la crisis política, económica y social que caracterizó la Europa del siglo XVII, solucionada plausiblemente a través de la victoria del absolutismo²⁴⁰.

El sentido novedoso de la posición inicial rawlsiana es el fin que busca, ya que esta procura un acuerdo realizado intersubjetivamente para establecer los principios de justicia que regulan las actuaciones posteriores de sus miembros. Pero este pacto inicial necesita de unos requerimientos para que las decisiones convencionales sean exitosas, uno de ellos es que debe hacerse a través del velo de ignorancia. El velo es un concepto ideal que tiene la función de esconder a los participantes, para que ninguno sepa el color, credo, ideología, preferencia sexual y demás posiciones subjetivas internas²⁴¹. Este hecho posibilita que las decisiones adoptadas de común acuerdo convengan, sin discriminación alguna, a todos los participantes.

Con la ayuda del velo de ignorancia, los miembros de una comunidad inicialmente deben reconocer y adoptar dos principios de justicia básicos y necesarios, que servirán medularmente en la construcción de todo un esquema estructural de principios de justicia. El primer principio alude a la igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos. Aquí empiezan a evidenciarse algunos puntos de encuentro con la teoría estructuralista y funcionalista de los derechos fundamentales ferrajoliana, específicamente en la igualdad como base del principio de universalidad. El segundo, es el mantenimiento de desigualdades económicas y sociales que deben garantizar una relación social equilibrada²⁴². Este segundo principio debe entenderse en el sentido de que siempre es necesario tratar a las personas desigualmente para lograr una aproximación real a la igualdad. Por ejemplo, cuando a dos personas socioeconómicamente distintas, una extremadamente adinerada y otra extremadamente pobre, se les cobra un impuesto exactamente igual en su cantidad, es evidente que al primero de ellos el valor económico no

.....
240 J. Touchard, *Historia de las ideas políticas*. Madrid: Tecnos, 1970.

241 J. Rawls, *Teoría de la justicia*, op. cit.

242 *Idem*.

le representará ninguna preocupación, pero al segundo de ellos se le perjudicará patrimonialmente debido a la precariedad de sus ingresos económicos.

Si bien es cierto que el modelo de Rawls es extremadamente plausible, presenta una serie de problemas en su implementación a una realidad sensible. La noción de velo de ignorancia es problemática en su aplicación, toda vez que fácilmente en la mayoría de las sociedades los participantes conocen las especificidades de las personas con las cuales se va a convenir un principio de justicia, haciendo de esta labor algo en extremo complicado. Frente a esta problemática se han propuesto diversas soluciones, entre las cuales encontramos la del jurista inglés lord Devlin, el cual afirma que la problemática consensual en la conformación de directrices morales convencionales se soluciona a través de la opinión mayoritaria. Como consecuencia de esta decisión mayoritaria, los asociados a un Estado de esta índole tendrán que encaminar su conducta (así no lo deseen) a los postulados adoptados mayoritariamente²⁴³.

Al respecto, Habermas considera que la conciencia social adquiere y supera tradiciones paulatinamente. Sin embargo, el cambio generacional de conciencia social no es uniforme, razón por la cual los viejos tradicionalismos van a encontrarse dilemáticamente con las nuevas concepciones adoptadas; este factor imposibilita una unificación de criterios morales comunes permitiendo que los sistemas como el derecho asimilen a través de su propiedad extensiva, y de su adensamiento, los elementos problemáticos del mundo de la vida que desembocan en normas reguladoras de dichas situaciones. La propiedad extensiva del derecho alude a la regulación jurídica que hace el sistema de nuevos asuntos jurídicos, que solo han sido tratados de manera normal. Por otra parte, el adensamiento es el procedimiento por el cual el derecho se subdivide en nuevos asuntos jurídicos más específicos para poder facilitar su estudio²⁴⁴.

Esta percepción de imposibilidad de una moral convencional deviene de la concepción kantiana, que es uno de los sustratos del principio moral habermasiano. Según este entendimiento, en términos de teoría del discurso, el principio moral trasciende los ámbitos de la vida privada y pública fortuitas de cada sociedad

243 Y. Caron, *The legal enforcement of morals and so-called Hart-Devlin controversy*, *op. cit.*

244 J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Trota, 2010.

e impone la praxis de rol idealista²⁴⁵, que a su vez implica dos elementos: el primero, referente a las pautas de conducta que asume la persona de manera privada e individual; y el segundo, referente a que la práctica del rol siempre estará encaminada a universalizar la acción individual asumida personalmente. Este último aspecto determina la poca utilidad de la distinción entre campos de acción del derecho y campos de acción de la moral, toda vez que debido a la propiedad extensiva del derecho, las conductas reguladas por la moral son asimiladas por el derecho y transformadas en normas jurídicas de obligatorio cumplimiento.

Sobre este mismo punto, H. L. A. Hart considera que sí es posible determinar la existencia de una moral convencional examinando las pautas y los criterios de los comportamientos socialmente aceptados, que en ocasiones se contraponen a los principios morales de un individuo que no compatibiliza su conducta con los ideales generales de la sociedad. En dicho evento, la seriedad de un sistema convencional moralmente aceptado, conformado por reglas primarias de conducta, puede superponer sus ideales sobre la conducta de la persona, pero dicha superposición no implica necesariamente la limitación de un derecho fundamental²⁴⁶. En la mayoría de ocasiones se presenta con una presión social. Pero Hart, al igual que Habermas, coinciden en un punto referente a la asimilación de la moral por parte del derecho, ya que si bien es cierto que existen estados primitivos que se regulan exclusivamente por reglas primarias, es necesario que estos evolucionen. “La evolución histórica de los Estados ha reflejado la clara tendencia de elevar a estatus jurídico las reglas primarias, que anteriormente solo padecían de estatus moral”²⁴⁷, este procedimiento solo es posible a través de reglas secundarias de reconocimiento, de adjudicación y de cambio. De todas formas, esta afirmación *no* implica que se desconozcan estos sistemas de control social distintos al derecho que funcionan paralelamente.

Es evidente que las diferencias entre las teorías habermasianas y hartianas reside en la posibilidad de llegar a construir una moral pública derivada de una convención; mientras que en el resto de sus postulados existen puntos coincidentes,

245 J. Habermas, *Facticidad y validez*. Madrid: Trota, 2001.

246 H. Hart, *El concepto del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

247 *Ibid.*, p. 210.

•Problemas actuales en la enseñanza de moral convencional en las universidades.

como la inevitable axiomatización de pactos morales por parte del sistema jurídico.

El modelo de Dworkin y la influencia moral en la interpretación judicial

Precisamente, el proceso de axiomatización de la moral por parte del derecho inquieta a Ronald Dworkin, que analizando la disputa entre Hart y Devlin sobre la convención moral, propone una nueva tesis que superará dichos modelos. A partir del reconocimiento de que todos los individuos no son iguales, y que cada uno maneja una moral autónoma e independiente que puede ser contraria a la posición moral de otro, llega a la conclusión de que es posible crear una convención moral, pero de nivel argumentativo.

En este modelo, la diversidad de posiciones morales individuales no es problemática; es más, estas son los puntos de referencia para su construcción. Toda posición moral puede ser integrada a una red de posiciones morales divergentes (incluso opuestas) a través del reconocimiento de su validez moral. A su vez, la validez debe ser alcanzada satisfaciendo cuatro reglas básicas de razonamiento moral que revestirán argumentativamente dicha posición. Cuando se logra cumplir con este procedimiento argumentativo, la posición que se produce será respetada así sea opuesta a la de los demás miembros de la red²⁴⁸.

La primera regla de razonamiento prescribe que la posición no puede derivar de prejuicios que han sido superados convencionalmente por la humanidad. Por ejemplo, la afirmación de que otro hombre es inferior por su raza. La segunda regla prescribe que la posición moral no puede ser producto de una reacción emocional, como una fobia. La tercera regla establece que la posición moral no puede ser producto de una posición de hecho que además de ser falsa no es plausible, y va en contrario de las normas de verificación mínimamente aceptadas. Y la cuarta y última regla, afirma que la posición no puede ser una copia de otras posiciones²⁴⁹. Si pasados estos filtros la posición es considerada moralmente válida, entonces puede hacer parte de la red, que deberá mantener una tensión equilibrada entre las posiciones individuales válidas por medio del razonamiento argumentativo moral. Asimismo, los intereses emergentes de la red deben respetar todas

248 R. Dworkin, *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2007.

249 *Idem*.

y cada una de las posiciones válidas, de esa manera se facilita la axiomatización por parte del órgano legislador de dichos principios consensuales, que tendrá que revisar de nuevo si efectivamente el interés no conculca ninguna individualidad para emitir un derecho fundamental adjudicable a todos los miembros sin discriminación alguna. Satisfecha esta meta, se podrá racional y argumentativamente justificar el principio de igualdad como base de la universalidad presente en todo derecho fundamental.

Ahora bien, es necesario analizar cómo incide esta convencionalidad de tipo moral en la interpretación judicial de un derecho fundamental. Particularmente, la mayoría de los derechos fundamentales son la positivización de intereses colectivos convencionales que deben tener un margen interpretativo amplio. Es decir que el lenguaje utilizado para su expresión no debe ser estrictamente cerrado ni muy concreto, sino que debe ser genérico y abierto para poder darle nuevos alcances; además, permitirá irradiar todo el sistema de normas jurídicas a través de un constitucionalismo moderado. Este último aspecto lo podemos atribuir al rango constitucional del cual gozan los derechos fundamentales. Para Alexy²⁵⁰, es claro que existe una diferencia radical entre sistema de corte legal y sistema de corte constitucionalista, este último ha predominado y superado los modelos clásicos de subsunción típicos del legalismo, y ha propuesto un nuevo modelo de ponderación de derechos constitucionales que está siendo implementado por los tribunales constitucionales.

La inclusión de principios axiomatizados como derechos fundamentales en un sistema de reglas cambió el paradigma de aplicación judicial, toda vez que en un sistema de reglas solo era posible la aplicación del método subsuntivo, en donde una norma funge como premisa mayor, el hecho como premisa y la sentencia como conclusión. Esta superación se debe a la indeterminación del lenguaje utilizado en los principios, que por ser extremadamente genérico y abstracto impide que su aplicabilidad dependa de este método. En cambio, brinda al operador judicial un campo amplio de razonamiento argumentativo, del cual deberá emerger una solución plausible al caso concreto. Este procedimiento racional práctico estaría condicionado y reglado por teorías morales procedimentales²⁵¹, que le

250 R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.

251 *Idem*.

permitirán al operador judicial interpretativamente ampliar y dar nuevos alcances a los derechos fundamentales. Sin embargo, la interpretación deberá respetar reglas de racionalidad práctica procedimental que la validarán sistemáticamente y la harán eficaz frente a la sociedad afectada con su decisión.

Conclusiones

Aunque la globalización en su componente “sociedad de consumo” afecte nocivamente la relación entre universidad y estudiante, las facultades de Derecho resisten el proceso de instrumentalización desarrollando teorías de interpretación jurídica basadas en la importancia de la moral convencional; esta última, usando como herramienta a los derechos fundamentales domésticos, permite la penetración del ámbito moral de la globalización que está materializada en los llamados “derechos humanos”. Este ejercicio no solo permite la adecuada adaptación de estas garantías morales “mundiales” a realidades sociales diversas, sino que esclarece problemáticas referentes a la “universalidad” de estos derechos, dado que, aparentemente, al ser originados por sociedades occidentales blancas pueden desconocer y rechazar culturas que no consigan encuadrarse en lo que es considerado correcto por estas sociedades.

Por otra parte, gracias a que estas teorías formalistas van en contravía de las concepciones valorativas, posibilitan una aplicabilidad universal e intemporal, ya que entienden la naturaleza mutable y cambiante de la sociedad, la cual incide drásticamente en la aceptación o el rechazo de algunos valores. La sociedad humana es tan volátil que en algunos casos acepta y dignifica algunas acciones que años atrás rechazaba enérgicamente. Además, desde la lupa de la moral convencional formal, se pueden llegar a estructurar nuevos derechos humanos, que tengan en cuenta las divergencias culturales y sociales, utilizando como base los derechos fundamentales de cada Estado, buscando puntos de coincidencia entre estos. De ese modo, todos los intereses comunes entre los derechos fundamentales deberán constituirse como un derecho humano.

La influencia de la moral convencional también afecta la decisión judicial; bajo su influjo, las percepciones sobre un mismo caso toman diferentes connotaciones, que pueden, o validarla a través de la red dworkiniana, o desvirtuarla por ser un prejuicio superado socialmente por la humanidad. Estas percepciones,

de manera inevitable influenciarán la posición moral del funcionario judicial que en la solución de un caso difícil indefectiblemente realizará una interpretación sistémica y jurídica en consonancia con su posición, este proceso se legitimará argumentativamente en la motivación de la decisión. Pero no debe entenderse que soluciona los casos difíciles con elementos extrasistémicos netamente morales.

CONCLUSIONES

La educación, como proceso de integración de una teoría jurídica en el aula, expone claramente las visiones hegemónicas propias del positivismo imperante, en la medida en que, para educar futuros abogados, no es necesaria simplemente una visión estática del derecho, sino que se debe analizar en conjunto, en la medida en que se vincule, ya sea en forma directa, o en forma contingente, un concepto de moral jurídica.

En esta obra se planteó, desde una delimitación metodológica de la ciencia jurídica en el aula, hasta el análisis de los modelos de enseñanza-aprendizaje y la implicación política propia de los Critical Legal Studies, en donde la educación jurídica implica un asunto de técnica política.

La obra abarcó los fines de la educación jurídica, en la medida en que, en cada uno de los capítulos, se cumplió un objetivo común: procurar una enseñanza integral del derecho, lo cual se sustenta en dos posiciones propias de la metodología jurídica: la dogmática y los estudios de casos; esto impulsa al estudiante a plantear soluciones emergentes, incluso fuera de la órbita de la sistematización del ordenamiento jurídico. Esta circunstancia se fundamenta en la indeterminación de la ciencia jurídica, dado que esta, como problema latente en la teoría jurídica, permite ir más allá de la sistematización, planteando opciones imaginarias a casos atípicos dentro del ordenamiento jurídico; esto nos permite concluir que la ampliación del espectro interpretativo del sistema procura expandir su propio alcance normativo.

Por otra parte, esta integridad también se evidenció, por un lado, en el positivismo excluyente, cuyos únicos presupuestos dogmáticos están enmarcados en la vinculación normativa de la moral al derecho y, viceversa, en donde metodológicamente el derecho constituye una ciencia, dada su pureza al solucionar casos emergentes; y, por otro lado, el positivismo incluyente, en el que la vinculación contingente entre el derecho y la moral provee una amplia gama de posibilidades dogmáticas para el estudio y la enseñanza del derecho, en la medida en que amplifica el espectro de casos sometidos a estudio por parte de la autoridad encargada de proveer solución a los mismos; en cualquiera de los dos casos, ya sea incluyente o excluyente, la enseñanza del derecho puede tratarse como un campo de interacción, modelado e hipotética solución de situaciones emergentes que llevan a la dinamización del sistema jurídico.

Así las cosas, la sistematización del derecho provee el punto en el cual, bajo el modelado de la academia, se pueden contrastar las visiones hegemónicas de la ciencia jurídica, en oposición a las visiones críticas de la misma, con el fin de cerrar el universo metodológico de la enseñanza del derecho, y supeditarlo al estudio de casos, ya sean de fácil o difícil solución, procurando en los estudiantes la mayor amplitud teórica y conceptual a la hora de analizar, interpretar, argumentar y salir de las indeterminaciones lingüísticas, bajo las premisas de los casos sometidos a estudio.

Para finalizar, este libro cierra completamente el espectro metodológico de la educación jurídica a su estudio, ya sea positivista o crítico, mostrando cómo el positivismo, como metateoría, se constituye en atmósfera para el entendimiento integral del derecho. Salirse de esta visión implicaría, en palabras más específicas, el eterno retorno a una visión hegemónica.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., *La idea de la universidad en Alemania*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1959.
- Aarnio, A., ¿Una única respuesta correcta? En A. A. Aarnio, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madrid: Fundación Coloquio Europeo, 2013, pp. 9-46.
- Agudelo, O., Hermenéutica, indeterminación del derecho y administración de justicia. *Sin fundamento*. *Revista Colombiana de Filosofía*, núm. 12, 2012, pp. 89-102.
- Agudelo, O., La función de establecer correlaciones entre casos y soluciones como modelo indecible. En P. González, *Argumentación, lógica y hermenéutica jurídica contemporánea*. Bogotá: Ediciones Universidad Libre, 2011, pp. 239-256.
- Agudelo, O., Restricción, limitabilidad y derechos fundamentales. En E. Castro, *Crítica y fundamentación de la política y los derechos humanos*. Bogotá: Universidad Libre, 2012.
- Alchourron, C., *Fundamentos para una teoría general de los deberes*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Alexy, R., *El concepto y la naturaleza del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.
- Alfaro, M., M. Andonegui y V. Araya, Constructivismo: orígenes y perspectivas. *LAURUS. Revista de Educación*, vol. 13, núm. 24, 2007, pp. 76-92.
- Anderson, S., *Legal indeterminacy in context*. Ohio: Ohio State University, 2006.
- Arias, R., Estado laico y catolicismo integral en Colombia. *Revista historia crítica*, núm. 19, 2001, pp. 69-96.
- Aristóteles, *Ética Nicomáquea*. Madrid: Gredos, 1988.
- Atienza, M. y J. Ruiz Manero, Dejemos atrás el positivismo jurídico. *Isonomía*, núm. 27, 2007, pp. 7-28.

- Austin, J., *El objeto de la jurisprudencia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- Avila, R., Pedagogía para principiantes o principios de formación del *Homo Pedagogicus*. *Pedagogía y Saberes*, núm. 28, 2008.
- Ayer, A., *Lenguaje, verdad y lógica*. Valencia: Universidad de Valencia, 1991.
- Barcellona, P. y G. Cotturri, *El Estado y los Juristas*. Vol. 1. Barcelona: Fontanella, 1976.
- Bardazano, G., Asamblea en el aula de filosofía del Derecho. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, vol. 9, núm. 17, 2011, pp. 149-161.
- Bernal, C., La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales. En N. F. Cáceres, *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- Bidart, G., *Teoría general de los derechos humanos*. México DF.: Instituto de Publicaciones Jurídicas de la UNAM, 1989.
- Bodemer, K., La globalización, un concepto y sus problemas. *Nueva Sociedad*, núm. 156, 1998, pp. 54-71.
- Bonvecchio, C., *El mito de la universidad*. México DF.: Siglo XXI Editores, 1991.
- Boon, A., J. Flood y J. Webb, Postmodern professions? The fragmentation of legal education and the legal profession. *Journal of law and society*, vol. 32 núm. 3, 2005, pp. 473-492.
- Bouvier, H., Lenguaje y teoría del derecho. Tensiones en una variante del realismo jurídico. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 35, 2011, pp. 25-51.
- Cancino, R., El modelo neoliberal y la educación universitaria en Latinoamérica. El caso de la universidad chilena. *Sociedad y Discurso*, 2010, pp. 152-167.
- Carbonell, M., *Los derechos fundamentales en México*. México DF.: Instituto de Publicaciones Jurídicas de la UNAM, 2004.
- Caron, Y., The legal enforcement of morals and so-called Hart-Devlin controversy. *McGill Law Journal*, vol. 15, núm. 1, 1969, pp. 9-47.
- Carrington, P., The price of the legal education. *Harvard Law Review*, vol. 127, núm. 54, 2013, pp. 54-57.
- Chesterman, S., The evolution of legal education: internationalization, transnationalization, Globalization. *German Law Journal*, vol. 1 núm. 7, 2009, pp. 877-888.
- Chilton, A., A Reply to Dworkin's New Theory of international Law. *The University of Chicago Law Review*, vol. 80, núm. 108, 2013, pp. 105-115.
- Comanducci, P., Principios jurídicos e indeterminación del Derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 21, núm. 11, 1998, pp. 89-104.
- Coombe, R., Room of maneuver: Toward a theory of practice in critical legal studies. *Law & Social Inquiry*, vol. 14, núm. 1, 1989, pp. 69-121.

•Bibliografía•

- Cutrofello, A., Kant's debate with herder about de philosophical significance of the genius of Shakespeare. *Philosophy compass*, núm. 3, 2008, pp. 66-82.
- De la Torre, E., La iglesia en México: de la guerra de independencia a la reforma. *Estudios de Historia Moderna y Contemporánea de México*, vol. 1, 1965, pp. 9-34.
- Del Real Alcalá, J. A., ¿"Paradoja" de H. Kelsen sobre la indeterminación normativa? *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 15, 2007.
- Del Real Alcalá, J. A., Cuestionamiento contemporáneo del ideal de certeza en el derecho. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 131, 2011, pp. 675-700.
- Del Real Alcalá, J. A., Sobre la indeterminación del derecho y la ley constitucional. El caso del término "nacionalidades" como concepto jurídico indeterminado. En D. R. Cienfuegos, *Estado, derecho y democracia en su momento actual*. Monterrey: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.
- Del Vecchio, J., *Los derechos del hombre y el contrato social*. Madrid: Hijos de Reus, 1914.
- Díaz, L., *Globalización y derechos humanos*. México DF.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.
- Domínguez, M., La educación durante la Ilustración española. *Norba*, núm. 10, 1990, pp. 173-186.
- Duhalde, M., Pedagogía crítica y formación docente. *Publicación Paulo Freire: contribuciones para la pedagogía*, 2008, pp. 201-213.
- Dworkin, R., A new philosophy for international law. *Philosophy & Public Affairs*, vol. 41, núm. 1, 2013, pp. 2-30.
- Dworkin, R., *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa, 2012.
- Dworkin, R., *Justice in robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.
- Dworkin, R., *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2007.
- Endicott, T., *La vaguedad del derecho*. Madrid: Dykinson, 2006.
- Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.
- Flood, J., *Legal education in the global context: Challenges from globalization, technology and changes in government regulation*. University of Westminster School of law, 2012.
- Foucault, M., *La arqueología del saber*. Madrid: Siglo del Hombre Editores, 1979.
- Franck, T., Legitimacy in the international law. *The American Journal of International Law*, vol. 82, 1988, pp. 705-759.
- Freire, A., Los sistemas jurídicos y la aplicabilidad de sus normas. *Analisi e diritto*, 2011, pp. 190-210.
- Fuller, L., *El caso de los exploradores de cavernas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

- García, J. y F. Duarte, Pedagogía crítica y enseñanza problemática: una propuesta didáctica de formación política. *Uni/Pluri/versidad*, núm. 1, 2012, pp. 73-85.
- Garza, J., 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.
- Gómez, G., *La universidad a través del tiempo*. México DF: Centro de Publicaciones de la Universidad Iberoamericana, 1998.
- Gómez, J. y L. Gómez, Elementos teóricos y prácticos de la pedagogía crítica: más allá de la educación, metáfora, escena y experiencia. *Praxis*, núm. 66, 2011, pp. 181-190.
- Guastini, R., *Distinguendo*. Barcelona: Gedisa, 1999.
- Guerrero, G., La educación en el contexto de la globalización. *Rhea*, vol. 6, 2004, pp. 343-354.
- Guibourg, R., Autonomía. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, vol. 7, núm. 13, 2009, pp. 207-211.
- Guibourg, R., Función y método en el nivel universitario. *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*, núm. 19, 2012, pp. 15-29.
- Gurler, S., The problem of indeterminacy in contemporary legal philosophy and Lawrence Solum's approach to the problem. *Annales Istanbul University Law Faculty*, núm. 57, 2008, pp. 37-64.
- Habermas, J., *El discurso filosófico de la modernidad*. Buenos Aires: Katz, 2010.
- Habermas, J., *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1997.
- Habermas, J., *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 2001.
- Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Trotta, 2010.
- Hamilton, R. (ed.), *The origins of World War I*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- Hart, H., *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2010.
- Hart, H., *El concepto del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.
- Hasnas, J., Back to the future: From critical legal studies forward to legal realism, Or how not to miss the point of indeterminacy argument. *Duke Law Journal*, 1995, pp. 84-132.
- Herder, J., *Obra selecta*. Madrid: Alfaguara, 1982.
- Hernández, Á., ¿Fundamentos o protección de los derechos humanos? *Isonomía*, núm. 6, 1997, pp. 171-178.
- Jiménez Cano, R., Una defensa del positivismo jurídico (Excluyente). *Isonomía*, núm. 39, 2009, pp. 80-95.
- Kalinowski, G., *Introducción a la lógica jurídica*. Buenos Aires: Eudeba, 1973.
- Kant, I., *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos, 2002.

•Bibliografía•

- Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*. México D.F.: Universidad Autónoma de México, 1986.
- Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*. México DF.: Dirección de publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.
- Kennedy, D., Educación jurídica internacional. *Academia: revista sobre enseñanza del Derecho*, vol. 16, núm. 8, 2010, pp. 85-115.
- Kennedy, D., 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.
- Lara, L., *Procesos de investigación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.
- Larrauri, R., La educación jurídica como campo de investigación desde una conceptualización epistemológica. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 3, 2005, pp. 61-96.
- Lüthmann, N., *El Derecho de la sociedad*. México D.F: Herder, 1997.
- Madry, A., Legal indeterminacy and the bivalence of legal truth. *Marquette Law Review*, vol. 82, núm. 3, 1999.
- Manzo, M., 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.
- Martínez, A., De la universidad colonial a la universidad napoleónica. *Rhea*, vol. 7, 2005, pp. 257- 272.
- Maxeiner, J., Legal certainty: A European alternative to American legal indeterminacy? *Tulane Journal of International & Comparative Law*, núm. 2, 2007.
- Maxeiner, J., Legal indeterminacy made in America: U.S. Legal methods and the rule of law. *Valparaíso Law Review*, vol. 41, núm. 2, 2007.
- Melero de la Torre, M., Dworkin y el imperio de la ley. En M. Melero de la Torre (ed.), *Dworkin y sus críticos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- Melero, E. La dogmática jurídica es política. *Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso*, núm. 51, 2006, pp. 1-37.
- Moreno, M., La globalización: su concepto e impacto en los sistemas jurídicos. *Cultura jurídica*, núm. 3, 2011, pp. 215-230.
- Moreso, J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 1997.
- Mullerat, R., El futuro de la abogacía y la formación del abogado. *Afduum*, núm. 6, 2002, pp. 283-306.
- Navarro, P., Lagunas de conocimiento y lagunas de reconocimiento. *Análisis Filosófico*, vol. 26, 2006, pp. 180-209.
- Nino, C., *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: Astrea, 2007.

- Núñez, A., El realismo jurídico de Brian Leiter. *Diritto e questioni pubbliche*, núm. 10, 2010, pp. 439-456.
- Núñez, A., Hans Kelsen: Preface. On interpretation. *Eunomia. Revista de cultura de la legalidad*, núm. 1, 2011, pp. 173-184.
- Ogliastri, E., El método de casos. *Cartilla docente, Publicaciones del CREA*, núm. 1, 1993, pp. 1-32.
- Ogliastri, E., El método de casos. *Cartilla Docente. Publicaciones del CREA*, 1998, pp. 1-32.
- Ogus, A., Competition between national legal systems. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, 1999, pp. 405-418.
- Oiler, J., Docencia-Investigación: ¿una relación antagónica, inexistente o necesaria? *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*, núm. 19, 2012, pp. 289-301.
- Ortega, P., La pedagogía crítica: reflexiones en torno a sus prácticas y sus desafíos. *Pedagogía y Saberes*, núm. 31, 2009, pp. 26-33.
- Pérez Lledó, J., Teorías críticas del Derecho. En E. Garzón Valdez y F. Laporta (eds.), *El Derecho y la Justicia*. Madrid: Trotta, 2000, pp. 87-102.
- Pérez, O., El caso de los tiradores del muro de Berlín. A vueltas con algunos debates clásicos de la filosofía del derecho del siglo XXI. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 2011.
- Pizzul, M., *La formación humanística, fin esencial de la universidad*. Mar del Plata: Universidad Fausta Ediciones, 2013.
- Plazas, M., *Del realismo al trialismo jurídico. Reflexiones sobre el contenido y la formación de los juristas*. Bogotá: Temis, 1998.
- R. Gordon, *Distintos modelos de educación jurídica y las condiciones sociales en las que se apoyan*. Yale Law School – SELA (Sociedad Latinoamericana de Teoría Constitucional y Política), 2010.
- R. Torroella, La educación jurídica como campo de investigación desde una conceptualización epistemológica. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 3, 2006.
- Rawls, J., *Teoría de la justicia*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- Redondo, C., Teorías del derecho e indeterminación normativa. En J. N. Moreso, *Conocimiento jurídico y determinación normativa*. México: Fontamara, 2002, pp. 95-129.
- Rodríguez, C., *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2002.
- Rodríguez, E., Educación y educadores en el contexto de la globalización. *Revista Iberoamericana de Educación*, núm. 35, 2005, pp. 1-9.
- Rodríguez, J., *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

•Bibliografía•

- Roosevelt, K., In the shadow of the law. *Harvard Law Review*, vol. 120, 2007.
- Ross, A., 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.
- Saavedra, J., Adquirir la identidad en una comunidad de objetos: la identidad social dentro de la sociedad de consumo. *Nómadas*, núm. 6, 2007, pp. 363-380.
- Santos, M., Limitaciones de la pedagogía en John Dewey. *Bordón: Revista de pedagogía*, vol. 63, núm. 3, 2011, pp. 121-130.
- Sarmiento, J., 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.
- Schauer, F., A critical guide to vehicles in the park. *New York University Law Review*, vol. 83, 2008, pp. 1109-1134.
- Scherz, L., La universidad del 2000. Entre Napoleón y Humboldt. *Nueva sociedad*, núm. 84, 1986, pp. 91-99.
- Schmill, U., El positivismo jurídico. En E. Garzón Valdéz y F. Laporta (eds.), *El Derecho y la Justicia*, vol. 11. Madrid: Trotta, 2000.
- Segura, M., Problemas interpretativos e indeterminación del derecho. *Dereito*, vol. 22, 2013, pp. 673-683.
- Serna de la Garza, J., *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*. México DF.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012.
- Shaw, G., H. L. A Hart, Lost essay: Discretion and the legal process school. *Harvard Law Review*, vol. 127, 2013, pp. 666-727.
- Skocpol, T., State and revolution: Old regimes and revolutionary crises in France, Russia and China. *Theory and Society*, vol. 7, núm. 1, 1979, pp. 7-95.
- Solano, R., *La influencia de la Guerra de la Independencia en Prusia a través de la prensa y la propaganda: la forjadura de una imagen sobre España (1808-1815)*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000.
- Solares, B. (ed.), *Mito y Romanticismo*. México DF.: Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias de la UNAM, 2012.
- Sturm, S., Law schools: Leadership and change. *Harvard Law Review*, vol. 127, núm. 8, 2014, pp. 49-53.
- Touchard, J., *Historia de las ideas políticas*. Madrid: Tecnos, 1970.
- Tushnet, M., The Inevitable Globalization of Constitutional Law. *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, núm. 1, 2009, pp. 985-1006.

- Tuzet, G., Jurisdicción, interpretación y sistema jurídico. En *Pragmática de lo indeterminado*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2007, pp. 39-70.
- Ureta, J., La lectura crítica de textos jurídicos. *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, núm. 4, 2006, pp. 69-81.
- Vásquez, R., Concepciones filosóficas y enseñanza del derecho. *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*, vol. 12, 2008, pp. 221-237.
- Vásquez, R., Concepciones filosóficas y enseñanza del Derecho. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, vol. 6, núm. 12, 2008, pp. 221-237.
- Waismann, F. V., Verifiabilit. *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. XIX, 1945.
- Wikter, J., *Técnicas de la enseñanza del Derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1985.
- Young, E., The trouble with the global constitutionalism. *Texas International Law Journal*, vol. 38, 2003, pp. 527-545.
- Zamudio, H., Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho en México y Latinoamérica. En J. Wikter, *Antología de estudios sobre la enseñanza del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, pp. 77-92.
- Zorrilla, D., *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Zubiría, S., Universidad, crisis y nación en América Latina. *Revista de Estudios Sociales*, núm. 26, 2007, pp. 148-157.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia

Editado por Universidad Católica de Colombia
en julio de 2015, en papel propalibros de 75 g., en
tipografía Times New Roman, tamaño 11 pts.,

Publicación digital
Hipertexto Ltda.

Impreso por:
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

JUS-Filosofía y teoría del derecho es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las problemáticas de la teoría y la filosofía del derecho; propicia y abre espacios para la investigación, y la discusión de la filosofía, la teoría y la lógica aplicadas al derecho.

De esta manera, y en reconocimiento de la importancia de las transformaciones en estas áreas, la Universidad Católica de Colombia pone a disposición de la comunidad educativa y de la sociedad en general esta colección, con la convicción de contribuir al debate y al avance de las discusiones teóricas y filosóficas en el campo del derecho.

Otros títulos de la Colección

JUS - Filosofía:

- Lógica aplicada al razonamiento del derecho

El presente libro ofrece una visión problemática de la enseñanza del Derecho. Es particular el interés de cada uno de los autores en presentar, con suma dedicación y crítica, una serie de cuestiones propias del quehacer científico y jurídico en torno a la enseñanza del Derecho, destinado no solo a docentes e investigadores, sino a estudiantes de Derecho.

A lo largo de la obra se evidencia que, por un lado, la educación jurídica obedece a contextos sociopolíticos propios de la universidad donde se imparten las clases, dado que estas pueden, o ser deudoras de un positivismo hegemónico, o ser partícipes de las teorías críticas en el concepto y estudio del Derecho; por otro lado, se muestra que la educación jurídica puede presentarse en formas lingüísticas que incrementan la indeterminación de los conceptos jurídicos impartidos, lo cual plantea un contraformalismo interesante, al debatir la enseñanza positiva, pero siendo tributaria de ella. Y, por último, se plantea una enseñanza del Derecho a partir de una moral convencional, en donde, desde una crisis del humanismo, se entiende a la educación jurídica como tributaria en la construcción de una moral convencional que permita el estudio integral del Derecho.

