

PROMETEO (DES)ENCADENADO: LA ENSEÑANZA DEL DERECHO Y LOS ESTUDIOS DE POSGRADO

Imer B. Flores

Al menos que el jurista sea al mismo tiempo un filósofo, en cualquier nivel de la cuestión moral, está bajo la más grande tentación, muy propia de su función, de meramente aplicar las leyes existentes, sin investigar si éstas necesitan alguna mejoría.

Immanuel KANT, La paz perpetua (1795)

RESUMEN: Imer B. Flores afirma que es necesario reducir la brecha creciente entre lo que la educación jurídica ofrece y la profesión jurídica demanda. Para ello, primero, describe lo que caracteriza como un déficit en la enseñanza del derecho, en general; y, luego, prescribe lo que considera necesario para poder crear un superávit en el posgrado, en particular. Así propone buscar e implementar nuevas alternativas en la enseñanza del derecho, tales como: apuntalar las materias del área de filosofía y teoría del derecho, a partir de su conexión con otras ramas de la

* Versión revisada de la conferencia dictada el 29 de marzo de 2004 en el V curso de apoyo a la formación de investigadores en derecho "la metodología jurídica", organizado por la Red Mexicana de Posgrado en Derecho, la Coordinación del Posgrado en Derecho de la UNAM y la Coordinación de Posgrado en Derecho de la División de Estudios Jurídicos de la Universidad de Guadalajara, realizado en Guadalajara, Jalisco. El autor agradece los

Derecho y Cultura, núms. 14-15,
mayo-diciembre de 2004,
pp. 93-123.

filosofía; consolidar la metodología y técnica jurídica, a través de estudios teóricos-prácticos (y/o prácticos-teóricos) e interdisciplinarios; e implementar otros métodos de enseñanza del derecho, más allá de la tradicional "cátedra o lección magistral".

ABSTRACTS: Imer B. Flores asserts that it is necessary to reduce the growing gap between what juridical education offers and what juridical profession demands. To do so, first, he describes what he considers as a deficit on law teaching in general; and then describes what he considers as necessary to create a surplus on Master's degree and Ph.D. in particular. Thus, he proposes to find and implement new alternatives on law teaching such as the strengthening of philosophy and law theory cathedras, starting from their link to other philosophy branches, to consolidate juridical methodology and technique through inter-disciplinary and theoretical-practical studies, and to implement other law teaching methods besides the traditional "magisterial lesson or cathedra".

RÉSUMÉ: Selon Imer Flores, il faut réduire la brèche croissante entre ce que l'éducation juridique offre et ce que la profession juridique demande. A cet regard, il décrit ce qu'il caractérise comme un déficit dans l'enseignement du droit, en général, et après, il décrit ce qu'il considère nécessaire pour pouvoir créer un excédant en études troisième cycle. de cette façon, il propose chercher et implémenter des nouvelles alternatives dans l'enseignement du droit tels comme: renforcer les matières philosophiques et de théorie du droit à partir de leur liaison avec d'autres branches de

la philosophie~; consolider la méthodologie et technique juridique à travers d'études théorique/pratiques (et/ou pratique/théoriques) et interdisciplinaires e implémenter d'autres méthodes d'enseignement du droit au delà du "cours magistral et de la chaire" traditionnels.

I. PRÓLOGO

Liberar a la ciencia del derecho —de las cadenas del formalismo y/o positivismo jurídico, del conocimiento teórico (aparentemente divorciado de la práctica), y del método tradicional de cátedra magistral— al buscar e implementar nuevas alternativas en la enseñanza del derecho se ha convertido en el principal reto para los juristas preocupados por reducir la brecha creciente entre lo que la educación jurídica ofrece y la profesión jurídica demanda.¹

Cabe enfatizar que esta crisis no es exclusiva del derecho ni es propia de los países en vías de desarrollo o de los desarrollados, de los pertenecientes a la familia jurídica anglo-sajona (*common law*) o a la romano-canónica-germánica (*civil law*), sino que alcanza a todos los niveles de la educación superior, tanto pública como privada, en México y en el mundo. Si bien afecta en mayor o menor medida a la totalidad de los departamentos, escuelas y facultades de derecho, en sus diferentes niveles, en esta ocasión nos ocuparemos principalmente de la enseñanza del derecho en los estudios de posgrado.

Así, en nuestro estudio: primero, ofreceremos un diagnóstico, es decir una descripción de lo que es y podemos caracterizar como

¹ Véase Flores, Imer B., "On Legal Education and the Legal Profession", *De Legibus. Review of the Harvard Law School Association of Mexico*, año III, núm. 3, 2004, pp. 13-42. Véase también Edwards, Harry T., "The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession", *Michigan Law Review*, vol. 91, núm. 1, octubre de 1992, pp. 34 y ss.; *ibidem*, "The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession: A Postscript", *Michigan Law Review*, vol. 91, núm. 8, agosto de 1993, pp. 2191 y ss.; *ibidem*, "Another «Postscript» to «The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession»", *Washington Law Review*, vol. 69, núm. 3, julio de 1994, pp. 561 y ss.

un déficit en la enseñanza del derecho, en general; y, luego, presentaremos un pronóstico, esto es una prescripción de lo que se debe y puede hacer —o de lo que se ha hecho— para crear un superávit en los estudios de posgrado, en particular. Para ello, podemos adelantar que es imperativo: 1) apuntalar la filosofía y teoría del derecho, a partir de su conexión con otras ramas de la filosofía; 2) consolidar la metodología y técnica jurídica, a través de estudios teóricos-prácticos (y/o prácticos-teóricos) e interdisciplinarios; y 3) implementar, en consecuencia, otros métodos de enseñanza del derecho. Finalmente, después de nuestro estudio, refrendaremos estas propuestas porque consideramos que permiten reducir la brecha entre lo que la enseñanza del derecho ofrece y la profesión jurídica demanda.

II. DIAGNOSIS: DÉFICIT EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

A decir de Martín F. Böhmer “la concepción general de la enseñanza del derecho” abarca tres aspectos fundamentales estrechamente ligados entre sí: la concepción del derecho (qué enseñar); los objetivos de la enseñanza (para qué o por qué enseñar); y las formas de enseñarlo (cómo enseñar).² Ahora bien, en México, como en todos los países que pertenecen a la familia jurídica romano-canónica-germánica, a diferencia de la anglo-sajona, la concepción general que ha sido dominante es la “concepción del derecho continental”, también conocida como la “concep-

² Cfr. Böhmer, Martín F., “Introducción” en Böhmer, Martín F. (comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 14 y 15. Damos por sentado que las respuestas a donde enseñar y cuando enseñar están en principio dadas en favor de departamentos, escuelas o facultades de estudios académicos o profesionales —inclusive de posgrado— en lugar de no-académicos o técnicos y de estudios permanentes en vez de temporales. Cfr. Flores, Imer B., “On Legal Education and the Legal Profession”, *op. cit.*, nota 1, pp. 20-22.

ción napoleónica del derecho”.³ Hoy en día, a pesar de todo lo que se pueda decir, dicha concepción es todavía la predominante.⁴

[A]firma que el derecho es un conjunto de normas generales o particulares emanadas de los órganos creados al efecto, que enseñarlas significa 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.

Conforme a esta visión, el rol del juez consiste en aplicar neutralmente normas que carecen de problemas de interpretación, y el del abogado en ser un auxiliar de la justicia en la tarea de “encontrar” las normas que se aplican al caso concreto.

Por lo tanto los profesores... deben repetir y explicar el contenido de las normas jurídicas en sus clases y los alumnos deben repetir lo que dice el profesor en sus exámenes. Los profesores no son docentes profesionales, en el sentido de que su tarea universitaria se parece más a un pasatiempo que a una actividad que demanda una intensa dedicación. Para ellos, la enseñanza del derecho es una tarea subordinada a la principal que es, en general, la de trabajar como abogado o juez...

Los textos que se utilizan son los códigos, las leyes, o los comentarios a las leyes. No resulta extraño que las bibliotecas de las facultades de derecho que se adhieren a esta concepción carezcan de otros textos, o que, de tenerlos, no sean utilizados.

Si de lo que se trata es de contar lo que dicen los textos y comprenderlos, la enseñanza es una actividad descriptiva: los alumnos deben conocer y entender lo más claramente posible el contenido del sistema jurídico. La discusión crítica y la investigación empírica o normativa no tienen cabida en este esquema. No deben

³ Véase Böhmer, Martín F., “Introducción”, *op. cit.*, nota 2, p. 15; y, “Algunas sugerencias para escapar del silencio del aula”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 1, núm. 1, otoño de 2003, p. 22. *Cfr.* Flores, Imer B., “El porvenir de la ciencia jurídica. Reflexión sobre la ciencia y el derecho”, varios autores, *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 999-1027.

⁴ Böhmer, Martín F., “Introducción”, *op. cit.*, nota 2, pp. 15 y 16.

sorprender la carencia de aulas que permitan un diálogo al estilo de los seminarios, la falta de espacios para el debate y la inexistencia de clases y evaluaciones que tiendan a entrenar en la resolución de casos, en el análisis crítico de textos legales, o en la defensa de algún cliente.

En pocas palabras, esta concepción general, en primera instancia, enseña una concepción formalista y/o positivista del derecho, consagrada exclusivamente al "ser" del derecho, i.e. a un sistema de normas ya dadas, sean éstas otorgadas o reconocidas por la autoridad competente como formalmente válidas, positivas o vigentes; en segundo lugar, enseña para un conocimiento teórico, limitado meramente en el mejor de los casos a formar abogados litigantes y/o jueces y en el peor de ellos divorciado por completo de la práctica; y, en tercer término, enseña a través del método tradicional de "cátedra o lección magistral", restringido únicamente a la reproducción del derecho estricto, formal, positivo o vigente y su conocimiento doctrinal o dogmático, por parte del profesor en un monólogo, más o menos grandilocuente, y también por parte del alumno a su recepción primero en las aulas y a su repetición después en los exámenes.

De esta forma, el modelo de enseñanza del derecho se ha caracterizado por: patrocinar una enseñanza informativa más que formativa; privilegiar una enseñanza pasiva-receptiva en lugar de una activa-participativa; y, propiciar una enseñanza teórica en vez de teórica-práctica. Aunado a lo anterior, este modelo, en consecuencia y salvo honrosas excepciones, no favorece la configuración de un criterio propio ni de una actitud crítica.

En este orden de ideas, es indispensable que la enseñanza del derecho no sea solamente informativa sino además formativa, que la actitud pasiva-receptiva del alumno sea reemplazada por una activa-participativa en un verdadero diálogo, así como que los estudios doctrinales, dogmáticos o teóricos sean complementados con estudios mucho más críticos, empíricos o prácticos.⁵

Claro está que la concepción general ha producido un déficit en la enseñanza del derecho al reciclar la ignorancia y peor aún al producir más, pero también está claro que es forzoso cambiar dicha concepción para convertirla en un superávit. Como muestra de lo que se debe y puede hacer —o de lo que se ha hecho— para liberar a la ciencia del derecho de las cadenas del formalismo y/o positivismo, del conocimiento teórico (aparentemente divorciado de la práctica), y del método tradicional de enseñanza, vamos a centrarnos en el posgrado aunque no dejaremos de referirnos a los estudios profesionales.

III. PROGNOSIS: SUPERÁVIT EN LOS ESTUDIOS DE POSGRADO

Casi a mediados del siglo pasado, el juez Jerome Frank —uno de los juristas más representativos del movimiento del realismo estadounidense— escribió su célebre artículo *A Plea for Lawyer-Schools*,⁶ en el cual no sólo criticaba el método tradicional de enseñanza —en los Estados Unidos de América, esto es, el método de casos— sino también defendía lo que él llamaba “escuelas de abogados”. Al respecto baste citar un párrafo donde aclara:

El corazón de la facultad que propongo podría ser una especie de estudio jurídico complementario. Quienes asistieran a esta facultad aprenderían “haciéndolo” y no meramente leyendo o hablando sobre hacerlo. Pero dicha facultad no limitaría su instrucción a técnicas jurídicas. Podría considerar “problemas estrictamente jurídicos” a la luz de otros estudios sociales (mal llamados “ciencias sociales”)

Véase Flores, Imer B., “Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho: enseñar a pensar y a repensar el derecho”, *Cauces. Expresión de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la UNAM*, año II, núms. 5-7, enero-septiembre de 2003, pp. 32-34. Véase también “Protágoras vis-à-vis Sócrates: Los métodos de enseñanza-aprendizaje del derecho”, *Memoria del Congreso Internacional sobre Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, *passim*.

⁶ Jerome, Frank, “Una defensa de las escuelas de abogados”, trad. Böhmer, Martín F., en Böhmer, Martín F. (comp.), *op. cit.*, nota 2, pp. 35-72. [Título y publicación original: “A Plea for Lawyer-Schools”, *The Yale Law Journal*, vol. 56, septiembre de 1947, pp. 1303-1344.]

como la historia, la ética, la economía, la política, la psicología y la antropología...⁷

Y unas líneas, un poco más adelante, agrega: lejos de eliminar la noción de la enseñanza de materias no directamente “jurídicas” la extendería. Además mostraría (como trato de hacerlo en mi propia enseñanza) las conexiones entre filosofía del derecho y otras ramas de la filosofía.⁸

La receta de Frank podría resumirse en tres puntos: primero, “aprender haciendo”; segundo, complementar la instrucción de técnicas jurídicas con materias no-jurídicas; y tercero evidenciar las conexiones entre las diferentes ramas de la filosofía y la filosofía del derecho. En este sentido, consideramos que en la enseñanza del derecho, en general, y del posgrado, en especial, debe seguir —ya se hace hasta cierto punto— las directrices que nos legó Frank: 1) apuntalar la filosofía y teoría del derecho, a partir de su conexión con otras ramas de la filosofía; 2) consolidar la metodología y técnica jurídica, a través de estudios teóricos-prácticos (y/o prácticos-teóricos) e interdisciplinarios; y 3) implementar, por consecuencia, otros métodos de enseñanza del derecho.⁹

Aunque hemos invertido la exposición de los temas, lo hacemos para ir en orden ascendente del menos al más controvertido. Es conveniente adelantar que al igual que Frank somos partidarios de “aprender haciendo” y en consecuencia de “implementar otros métodos de enseñanza del derecho”. Sin embargo, a diferencia de su radical crítica al método de casos, nuestro criticismo es más moderado al estar matizado por una consideración: el

⁷ *Ibidem*, p. 55.

⁸ *Idem*.

⁹ Frank desprecia —como ya adelantamos— el método de casos, pero en cambio elogia las clínicas jurídicas: el aprendizaje a través del trabajo en un estudio jurídico o de la asistencia a los tribunales durante los procesos. Véase Jerome Frank, “Why Not a Clinical Lawyer School”, *Law Review*, Universidad de Pennsylvania, vol. 81, 1933, pp. 907 y 908; Véase “What Constitutes a Good Legal Education”, *American Bar Association Journal*, vol. 19, 1933, p. 723. Véase también *Law and the Modern Mind*, Brentano, Inc., 1930. [Hay otras ediciones: CowardMcCann, Inc., 1949 y Anchor Books, 1963.] *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*, Princeton, Princeton University Press, 1949.

método de casos no sería recomendable en los primeros años de la carrera, pero podría ser recomendado para los últimos semestres y para los estudios tanto de especialización como de posgrado, pero siempre y cuando los estudiantes cuenten o tengan ya un conocimiento más o menos amplio del derecho, o de alguna otra disciplina, como en aquellos lugares donde el derecho solamente es estudiado como posgrado o bien como una segunda carrera.¹⁰

1. *Filosofía y teoría del derecho*

Es un lugar común decir que la diferencia entre un jurista y un mero profesionalista del derecho es que el primero se ocupa de comprender no sólo la filosofía y teoría del derecho sino también la filosofía subyacente en los libros y en las acciones jurídicas, así como sus conexiones con otras ramas de la filosofía, en tanto que el segundo no se preocupa por entender tales materias ni mucho menos sus conexiones con el derecho.

Al respecto, es conveniente recordar que, en 1921, Benjamin N. Cardozo —el entonces ministro de la Corte Suprema de los Estados Unidos y uno de los autores ligados a la jurisprudencia sociológica— dictó una serie de conferencias en la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, mismas que dieron lugar a su clásico *The Nature of the Judicial Process*, en las cuales explicita que en el proceso judicial el juez se tiene que valer de varios métodos, a saber: el filosófico, el histórico, la tradición y el sociológico.¹¹

El mensaje implícito era que los futuros juristas, es decir los estudiantes del derecho, deberían aprender cómo utilizar dichos métodos para poder: atribuir un sentido o significado a la norma aplicable; aclarar ambigüedades y precisar vaguedades en su

¹⁰ Cfr. Flores, Imer B., *op. cit.*, nota 5, pp. 35-37 y "Protágoras vis-à-vis Sócrates" ... *cit.*, nota 5, *passim*.

¹¹ Cardozo, Benjamin N., *The Nature of the Judicial Process*, New Haven-Londres, Yale University Press, 1921, pp. 30 y 31. [Hay versión en español: *La función judicial*, trad. Victoria Cisneros y Leonel Perezniето Castro, Atizapán de Zaragoza, Perezniето Editores, 1996, p. 12].

formulación; superar antinomias y colmar lagunas; decidir cuando seguir el precedente y cuando rechazarlo, cuando aplicar la regla general y cuando la excepción, o bien, cuando flexibilizar la regla general para reconocer una nueva excepción.

En opinión de Cardozo todo juez utiliza esta pluralidad de métodos, aunque no todos con la misma intensidad ni en la misma proporción, para guiar sus decisiones. Así mismo, precisa que si bien el método filosófico no era necesariamente el más importante de todos y que con frecuencia era sacrificado en nombre de los demás, era el método que permitía buscar y comparar las diferentes soluciones al reexaminar críticamente los principios y las reglas, las cuales por ningún motivo pueden ser concebidas o consideradas como verdades absolutas o finales sino tan sólo como hipótesis de trabajo para ser comprobadas una y otra vez en los laboratorios del derecho.

Para mayor abundamiento, en *The Growth of the Law*, la secuela crítica a la exposición iniciada sobre la naturaleza de la función y del proceso judicial, donde se recopilan las conferencias complementarias dictadas también en Yale, pero un par de años después, Cardozo advierte:

El derecho de nuestro tiempo enfrenta una necesidad con dos partes. La primera es la necesidad de alguna reformulación que traiga certeza y orden de la barbaridad del precedente. Esta es la tarea de la ciencia jurídica. La segunda es la necesidad de una filosofía que medie entre las pretensiones conflictivas de estabilidad y progreso, y que ofrezca un principio de crecimiento.¹²

Así que no basta con la ciencia jurídica como ayuda para la certeza del derecho sino que además es necesaria la filosofía como ayuda para su crecimiento. Ahora bien, el mismo Cardozo ad-

¹² Cardozo, Benjamin N., *The Growth of the Law*, New Haven, Yale University Press, 1924, p. 1: "The law of our day faces a twofold need. The first is the need of some restatement that will bring certainty and order out of the wilderness of precedent. This is the task of legal science. The second is the need of a philosophy that will mediate between the conflicting claims of stability and progress, and supply a principle of growth".

vierte que la importancia del imperio de la segunda no siempre ha sido comprendida, pero no quita el dedo del renglón al insistir en su necesidad e instar a que sea bien entendida por todos.¹³

Implícita en toda decisión donde la cuestión es, por decir algo, en general, está una filosofía del origen y propósito del derecho, una filosofía que, aunque encubierta, es en verdad el árbitro final. Acepta una serie de argumentos, modifica otra, rechaza una tercera, manteniéndose en reserva como una corte de última apelación. Con frecuencia la filosofía está mal coordinada y fragmentada. Su imperio no es siempre sospechado incluso por sus súbditos. Ni el abogado ni el juez, al presionar sobre una línea o al retirarse sobre otra, está consciente en todo momento que es la filosofía la que lo obliga a ir hacia adelante o hacia atrás. No obstante, el impulso está ahí. Si no podemos escapar a las furias, haremos bien en tratar de entenderlas.

De esta manera, la enseñanza de la filosofía, en general, y de la filosofía jurídica, en particular, son cardinales para el crecimiento del derecho o para, lo que es casi lo mismo, un cambio con estabilidad. Así, el método filosófico y las herramientas analíticas resultan ser esenciales no solamente para resolver incoherencias e inconsistencias lingüísticas y lógicas sino además para solucionar toda clase de problemas técnico-jurídicos, desde una laguna hasta un conflicto de reglas o una colisión de principios. De igual modo, habría que incorporar la enseñanza de otras ramas de la filosofía, desde las ya bastante arraigadas como la lógica hasta las

¹³ *Ibidem*, pp. 25 y 26: "Implicit in every decision where the question is, so to speak, at large, is a philosophy of the origin and aim of law, a philosophy which, however veiled, is in truth the final arbiter. It accepts one set of arguments, modifies another, rejects a third, standing ever in reserve as a court of ultimate appeal. Often the philosophy is ill coordinated and fragmentary. Its empire is not always suspected even by its subjects. Neither lawyer nor judge, pressing forward along one line or retreating along another, is conscious at all times that it is philosophy which is impelling him to the front or driving him to the rear. None the less, the god is there. If we cannot escape the Furies, we shall do well to understand them".

no tan enraizadas como la ética, la retórica y la tópica e incluidas las casi nada o poco estudiadas, como la estética.¹⁴

Si bien en este apartado hemos enfatizado la trascendencia de la filosofía y del método filosófico para el derecho, nada más nos resta insistir en la importancia de su estudio ya sea de directa e indirectamente, mediante la instrucción de las materias del área de filosofía y teoría del derecho, incluida la teoría de la argumentación —e interpretación— jurídica. Estas materias nos permiten enseñar las diferentes concepciones del derecho¹⁵ e identificar cuando las leyes requieren alguna mejoría o perfeccionamiento, tal y como lo sugiere Kant en el epígrafe con el cual comenzamos este estudio, correspondiente al suplemento segundo de su *Paz perpetua*.¹⁶

Respecto a las concepciones del derecho cabe agregar que no basta con criticarlas sino que es preciso hacerlas competir en-

¹⁴ A pesar de su crítica al formalismo y a la lógica, Holmes no deja de reconocer que "El entrenamiento de los abogados es un entrenamiento en lógica". Véase Wendell Holmes, Oliver Jr., "The Path of the Law", *Harvard Law Review*, vol. 110, núm. 5, marzo de 1997, p. 998: "The Training of Lawyers is a Training in Logic" [publicación original 1897]. Véase también Costas Douzinas y Lynda Nead (eds.), *Law and the Image. The Authority of Art and the Aesthetics of Law*, Chicago-Londres, The University of Chicago Press, 1999. Cfr. Flores, Imer B., "¿Enseño, pesadilla y/o realidad? Objetividad e (in)determinación en la interpretación del derecho"; en Cáceres, Enrique *et al.* (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, 2005; Nettel D., Ana Laura, "The Power of Image and the Image of Power. The Case of Law", y Bonifaz, Leticia, "La interpretación en el derecho y en el arte. Primeras aproximaciones" en Cáceres, Enrique *et al.* (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, 2005.

¹⁵ Véase Flores, Imer B., "La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXX, núm. 90, septiembre-diciembre de 1997, pp. 1001-1036, *idem*, "El porvenir de la ciencia jurídica...", *cit.*, nota 3, pp. 999-1027.

¹⁶ Kant, Immanuel, "Perpetual Peace: A Philosophical Sketch", *Political Writings*, traducción H. B. Nisbet, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. 115: "Unless the jurist is at the same time a philosopher, at any rate in moral matters, he is under the greatest temptation to do this, for his business is merely to apply existing laws, and not to enquire whether they are in need of improvement". [Título y publicación original: *Zum ewigen Frieden. Ein Philosophischer Entwurf*, 1795.]

tre sí en búsqueda de la mejor e incluso de una noción integral. Así mismo, no es plausible enseñar nada más el derecho que es y el que fue, esto es, su 'ser', sino que además hay que enseñar el que 'debe ser' y el que 'puede ser'. En otras palabras, no es posible reducir la enseñanza del derecho a la dogmática o sistemática jurídica ni a una concepción positivista del derecho formalmente válido, positivo o vigente, sino que por el contrario debemos exponer las diferentes partes de la ciencia jurídica, incluidas tanto la filosofía del derecho como la sociología del derecho, así como las concepciones —y/o construcciones— alternativas o no-tradicionales, pero en fin críticas del formalismo o positivismo jurídico.¹⁷

2. Metodología y técnica jurídica

En el numeral anterior acentuamos la importancia del método filosófico y de la enseñanza de las materias del área de filosofía y teoría del derecho. En éste destacaremos la trascendencia de complementar los métodos típica o tradicionalmente jurídicos con aquéllos que no lo son, para consolidar la metodología y técnica jurídica, a través de estudios teóricos-prácticos (y/o prácticos-teóricos) e interdisciplinarios.

Sin embargo, primero hay que abrir un breve paréntesis para aclarar qué entenderemos por metodología y técnica jurídica. Al respecto es conveniente recordar que al cumplirse el primer centenario del Código Civil de Napoleón, el ilustre François Géný en su contribución al libro colectivo *Le Code Civil, 1804-1904: livre du centenaire*, reflexionaba —como lo había hecho a lo largo y ancho de toda su obra— sobre la necesidad de la técnica jurídica,

¹⁷ Flores, Imer B., *op. cit.*, nota 5, p. 38; "Protágoras vis-à-vis Sócrates...", *cit.*, nota 5, *passim*, y "Langdell vs. Holmes", nota 1, pp. 35-39.

en general, y de la técnica legislativa, en particular.¹⁸ Así, observaba en todos los códigos civiles modernos la existencia e influencia de una cierta técnica especial. Independientemente de las diferencias y semejanzas, así como de las ventajas y desventajas, tanto del Código Civil francés de 1804 como del aquel entonces flamante Código Civil alemán de 1896, proponía una conclusión:

[E]n cada intento de Codificación, inclusive en forma fragmentaria, hay un elemento claramente distinguible que puede llamarse la técnica, y la cual se refiere al plan y arreglo de una tarea. El jurista, cuya función es enseñar una apreciación de todas las relaciones del derecho con la vida social, debe necesariamente estar interesado en este elemento.¹⁹

Indudablemente, en el segundo centenario de la codificación napoleónica y a cien años de estas palabras de Géný, los juristas están cada vez más interesados en la enseñanza de la metodología y técnica jurídica. Por lo tanto, debemos distinguir entre al menos dos metodologías jurídicas: una —también conocida como epistemología jurídica— equiparada con el análisis de los métodos y técnicas jurídicas para conocer, concebir y construir el derecho o más precisamente las teorías acerca del mismo;²⁰ y, otra identificada con el estudio de los métodos y técnicas jurídicas para crear y aplicar el derecho, de un lado, y para crear y transmitir conocimientos jurídicos, del otro.

¹⁸ Géný, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, París, 1899; y *Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, vol. I, París, 1914, y vol. II, París, 1915.

¹⁹ Géný, François, "The Legislative Technic of Modern Civil Codes", *Science of Legal Method. Select Essays*, varios autores, traducción Ernest Bruncken, Boston, The Boston Book Company, 1917, p. 500. [Título y publicación original: *Le Code Civil, 1804-1904: livre du centenaire*, París, Société d'Études Législatives, 1904.]

²⁰ Cfr. Bix, Brian, "Some Reflections on Methodology in Jurisprudence", en Cáceres, Enrique *et al.* (coords.), *op. cit.*, nota 14; Flores, Imer B., "Procrusto, su cama y el viajero. Hacia una jurisprudencia comparada e integrada", en Villanueva, Enrique (coord.), *Memoria del Congreso Internacional sobre Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

En pocas palabras, la primera resulta ser una metodología jurídica impropriamente llamada así, porque se le puede reducir a la epistemología jurídica, en cambio al interior de la segunda se puede distinguir entre métodos y técnicas jurídicas propias e impropias —o mejor dicho aplicadas al derecho—. Las 'propias' son congénitas al derecho y consustanciales a las funciones relativas a su creación y aplicación, tales como: la 'técnica legislativa' y la 'técnica judicial'; y las 'impropias' no son ingénitas al derecho ni inherentes a sus funciones sino más bien adquiridas al ser adaptadas o adoptadas en la creación y transmisión de conocimiento jurídico, al aplicar los métodos y técnicas tanto de investigación como de enseñanza al derecho.

Solamente las primeras serían el objeto de la metodología jurídica propiamente así llamada, y las segundas de una metodología jurídica impropriamente así llamada, porque se trata más bien de una metodología aplicada al derecho. Con relación a los métodos y técnicas jurídicas propias, éstas no se pueden limitar a la creación y aplicación del derecho ni mucho menos reducir —de acuerdo con una versión anacrónica de la teoría de la separación de poderes— la 'técnica legislativa' a la creación del derecho y la 'técnica judicial' a su aplicación, cuando en realidad tanto una como la otra implican creación y aplicación como lo advierte Hans Kelsen en su polémico *Wer Soll der Hüter der Verfassung Sein?*²¹

En esta obra, el jefe de la Wiener Schule clasifica los actos jurídicos en: 1) actos de creación o producción de derecho, es decir de normas jurídicas todavía no existentes; y 2) actos de aplicación o ejecución de derecho, esto es de normas jurídicas ya existentes. Los primeros identificados como actos de legislación y los segundos como de dos tipos: a) actos de administración; y b) actos de

²¹ Cfr. Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)*, traducción Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001. [Aparecido con anterioridad en *Anuario Jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, vol. 1, pp. 471-515. Existe una versión italiana: "Chi dev'essere il custode della costituzione", *La giustizia costituzionale*, traducción Carmelo Geraci, Milán, Giuffrè, 1981. Título y publicación original: "Wer soll der Hüter der Verfassung Sein?", *Die Justiz*, Cuadernos núms. 11 y 12, 1930 y 1931, pp. 576-628.]

jurisdicción. Sin embargo, aclara que no hay una radical oposición entre estas tres funciones, porque “cada una... se presenta a la vez como un acto de creación y de aplicación del derecho”.²²

Asimismo precisa que todas ellas son etapas jerarquizadas e intermedias del proceso de creación-aplicación del derecho. De esta forma “Si la Constitución regula en lo esencial la confección de las leyes, entonces la legislación es, frente a la Constitución, aplicación del derecho”. Así, a pesar de que la libertad del legislador —al estar subordinado a la Constitución— es limitada, su poder de creación es relativamente grande, pero “a cada grupo en que se desciende, la relación entre libertad y limitación se modifica en favor del segundo término: la parte de aplicación aumenta, la de libre creación disminuye”. Y agrega más adelante: “Cada grado del orden jurídico constituye a la vez una producción de derecho, frente al grado inferior, y una reproducción del derecho, ante el grado superior”.²³

Por consiguiente, los actos tanto de legislación como de jurisdicción —y de administración— son a la vez actos de creación y de aplicación. Ciertamente los primeros son más creativos que los segundos y éstos más aplicativos que aquéllos, pero no por eso ambos dejan de ser creativos-aplicativos. Aunque unos y otros hacen cosas diferentes, ambos coadyuvan en una empresa común: la creación o producción del derecho, los primeros al crear normas generales y abstractas, y los segundos al producir normas particulares y concretas.

En este sentido, si la técnica jurídica consiste en la aplicación de los conocimientos teóricos —propios de la sistemática jurídica— a la solución de los problemas prácticos de nuestra disciplina científico-jurídica, podemos identificar al menos dos momentos: uno aplicado a la creación de normas jurídicas generales y abstractas —técnica legislativa— y otro a la producción de normas jurídicas particulares y concretas —técnica judicial—. A ambas les atañe la adecuada, correcta u oportuna (re)elaboración y (re)formulación

²² *Ibidem*, pp. 10-12.

²³ *Ibidem*, pp. 13 y 14.

de normas jurídicas, ya sea mediante el ejercicio de la legislación o de la jurisdicción. Por ello, insistimos en que es indispensable abandonar la concepción tradicional que equipara el papel creativo a la 'técnica legislativa' y el aplicativo a la 'técnica judicial', en lugar de actos complejos y complicados, con una naturaleza dual tanto aplicativa como creativa.

Si bien los métodos y técnicas tanto legislativas como judiciales deberían ser capitales en la enseñanza del derecho, rara vez —como ya habíamos adelantado— la legislación y la jurisdicción son centrales en su estudio y peor aún cuando lo han sido están viciados de origen —como acabamos de ver— al reducir la técnica legislativa y la técnica judicial a la creación y a la aplicación del derecho, respectivamente. Sin embargo, los métodos y técnicas para legislar y juzgar —como también ya vimos— son mucho más complejos y complicados.

De hecho los métodos y técnicas jurídicas propias se desglosan en una infinidad de métodos y técnicas, ya sea: para crear o promulgar normas generales y abstractas, desde la presentación de una iniciativa, la realización de un dictamen, su discusión, aprobación, sanción y promulgación hasta su publicación e iniciación de su vigencia (legislación); para cambiar o reformar dichas normas (adición y modificación); para abolir o anular estas normas (abrogación y derogación); para asignar derechos y deberes (adjudicación); para decir qué es el derecho (jurisdicción); para dictar normas individualizadas (decisión); para decidir conflictos de intereses, ya sean de reglas y de principios (ponderación); para aplicar las normas (interpretación); para colmar las lagunas al crear normas particulares y concretas (integración); para descubrir las premisas y justificar las conclusiones de sus decisiones y resoluciones (argumentación).

Por supuesto que la respuesta a la pregunta de si los departamentos, escuelas, y facultades de derecho enseñan toda esta gama de métodos y técnicas jurídicas propias tendría que ser negativa, y en dado caso de ser positiva ésta muy probablemente no sería eficaz o dejaría mucho que desear. La cuestión lisa y lla-

namente es que ha prevalecido una enseñanza teórica en lugar de una que sea al mismo tiempo práctica.

La explicación es simple: entre nosotros se ha privilegiado la ilusión de que las facultades de derecho no pueden enseñar experiencia porque ésta sólo se aprende en el mundo profesional y en la vida diaria, pero la idea es precisamente romper con este mito porque como diría Oliver Wendell Holmes Jr.: “La vida del derecho no ha sido la lógica: sino la experiencia”.²⁴ Así, hay que superar el aparente divorcio entre la enseñanza y la experiencia del derecho o como distinguiría Pound entre el “derecho en libros” y el “derecho en acción”.²⁵

Al respecto es conveniente traer a colación la distinción entre facultades de derecho académicas y no-académicas,²⁶ para recordar que cada una obedece a una dinámica diferente: las primeras a la teórica, encaminada a actualizar los fines de la ciencia, es decir de los científicos-teóricos; la segunda a la práctica, encauzada a realizar los valores de la profesión, esto es de los profesionistas-prácticos.²⁷ Ciertamente ambas orientaciones parecen entrar en conflicto la mayor parte del tiempo porque la tendencia es a privilegiar alguna de ellas —teoría o práctica— pero como no se excluyen ni se implican también pueden o al menos podrían estar ambas —teoría y práctica— en concierto. En este sentido, nada impide *prima facie* que ambas puedan estar en comunión.

Toda vez que la dicotomía teoría-práctica resulta ser una falacia, como veremos un poco más adelante, la cuestión es encon-

²⁴ Wendell Holmes, Oliver Jr., “Book Notices”, *American Law Review*, núm. 14, enero de 1880, p. 234, y *The Common Law*, Nueva York, Dover, 1991, p. 3: “The Life of Law has not been Logic: It has been Experience” [publicación original: 1881]. Cfr. Couture, Eduardo, “La enseñanza universitaria”, *Revista Foro de México*, núm. 82, 1o. de enero de 1960, pp. 26 y 27.

²⁵ Véase Pound, Roscoe, “Law in Books and Law in Action”, *American Law Review*, vol. 44, 1910, pp. 12 y ss.

²⁶ Fiss, Owen M., “El derecho según Yale”, Böhmer, Martín F. (comp.), *op. cit.*, nota 2, pp. 25 y 26.

²⁷ Flores, Imer B., *op. cit.*, nota 5, pp. 31-34; “Protágoras vis-à-vis Sócrates...”, *cit.*, nota 5, *passim*, y “Langdell vs. Holmes”, pp. 22-25.

trar un balance entre las dos. De hecho, una de las hipótesis de este estudio es precisamente que la enseñanza del derecho en los estudios de posgrado tiene la ventaja intrínseca sobre los de pregrado, de poder servir al mismo tiempo a la formación-información tanto de los juristas científicos o teóricos como de los profesionistas o prácticos. Baste pensar que en el posgrado se tratan de conciliar la enseñanza para la docencia y la investigación, de un lado, con la especialización y la profesionalización, del otro, al formar tanto maestros y doctores como especialistas y profesionistas.

Así, los futuros docentes e investigadores contribuyen a la preparación de los especialistas y profesionistas, e inversamente éstos a la de aquéllos. No obstante el hecho de que los estudios puedan ser a la vez teóricos y prácticos depende de que el método de enseñanza favorezca que tanto unos como otros contribuyan a enriquecer el diálogo en las aulas al compartir sus experiencias con los demás. Una vez cerrado el paréntesis sobre la metodología y la técnica jurídica procedemos a enfatizar la importancia de los estudios teóricos-prácticos (y/o prácticos-teóricos) y también de los interdisciplinarios.

A. Estudios teóricos-prácticos (y/o prácticos-teóricos)

Si bien habíamos adelantado que el dilema teoría-práctica es falaz, ya que nada impide que teoría y práctica puedan estar en comunión o que los estudios pueden ser a la vez teóricos y prácticos, todavía nos falta alegar y desde luego probar cómo es esto posible y por qué. En primerísimo lugar debemos evocar al pensador de Königsberg, quien al escribir *Acerca del refrán: 'Lo que es cierto en teoría, para nada sirve en la práctica'* argumenta: "Es obvio que no importa que tan completa una teoría pueda ser, un término medio es requerido entre teoría y práctica, para proveer un vínculo y una transición de uno a otro".²⁸

²⁸ Kant, Immanuel, "On the Common Saying: 'This May be True in Theory, but it does not Apply in Practice'", op. cit., nota 16, p. 61: "It is obvious that no matter how complete the theory may be, a middle term is required between theory and

Sin embargo, el mismísimo Kant se aprovecha de la ambigüedad sobre la relación teoría-práctica, al comenzar *La paz perpetua* con una “cláusula salvatoria” donde arguye:

El político práctico tiende a desdeñar con gran complacencia al político teórico como un mero académico. Las ideas abstractas del teórico, el práctico cree, no pueden poner en peligro al estado, puesto que el estado debe estar fundado en principios de la experiencia; entonces parece seguro dejarlo disparar todo su armamento, y el mundialmente-sabio estadista no tiene porque preocuparse. Entonces se sigue que si el político práctico es consistente, el no debe pretender, en caso de una disputa con el teórico, sentir peligro alguno para el estado en las opiniones que el teórico ha articulado accidentalmente en público.²⁹

Está claro que a estas alturas de su vida y obra, su posición no era ambivalente sino que nada más se escuda detrás de la creencia todavía prevaleciente, baste recordar que estos manuscritos aparecieron después de sus dos críticas mayores: la *Crítica de la razón pura* en 1781 y la *Crítica de la razón práctica* en 1788. Así como la que provee el vínculo y la transición de una a otra: *La crítica del juicio* en 1790.

De forma similar, hace un par de lustros, James Boyd White anotó que la línea relevante no es entre lo “teórico” y lo “práctico” sino entre las aportaciones teóricas que manifiestan interés en y respeto por lo que los abogados y los jueces —y demás operado-

practice, providing a link and a transition from one to the other”. [Título y publicación original: *Ubre den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie Richtig Sein, Taugt aber nicht für die Praxis*, 1792].

²⁹ Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 16, p. 93: “The practical politician tends to look down with great complacency upon the political theorist as a mere academic. The theorist’s abstract ideas, the practitioner believes, cannot endanger the state, since the state must be founded upon principles of experience; it thus seems safe to let him fire off his whole broadside, and the worldly-wise statesman need not to turn a hair. It thus follows that if the practical politician is to be consistent, he must not claim, in the event of a dispute with the theorist, to scent any danger to the state in the opinions which the theorist has randomly uttered in public”.

res jurídicos— hacen en la práctica y las que no muestran tal interés y/o respeto:³⁰

La oposición entre “teórico” y “práctico” es... falsa. Con frecuencia es el trabajo más teórico el que resultará ser de sorprendente valor práctico, con frecuencia la inmersión en particularidades prácticas la que estimulará el pensamiento más valioso de un tipo general. Gran parte de la vida de derecho de hecho descansa en la interacción constante que se requiere entre lo particular y lo general, entre lo práctico y lo teórico.

Por supuesto que debemos sospechar de cualquiera que desconfíe de la teoría o de la práctica, porque al estar tan estrechamente ligadas entre sí, el ser ignorante de una es en el fondo ser indiferente de la otra y viceversa. Al contrario, debemos insistir en un interés y respeto mutuo: por los adelantos de abogados, jueces y demás practicantes jurídicos, y por los avances de los académicos, estudiantes y otros teóricos jurídicos. A final de cuentas, hay un puente que conecta a ambos extremos, al grado que uno puede estar de un lado en un momento dado y del otro lado en una situación diferente; o, como en la metáfora de la puerta giratoria, algunas veces a dentro y otras a fuera.

El problema es que muchas veces parece que el puente colgante se cayó o que la puerta giratoria está atorada con lo cual el teórico y el práctico quedan incomunicados, de ahí que el teórico resulta ser “impráctico” y el práctico “in-teórico”. Por ende, es imperativo levantar el puente o desatorar la puerta para que el científico —o teórico— sea “práctico”, es decir un científico-práctico, y el practicante —o práctico— sea “teórico”, esto es un practicante-teórico, como si fueran *unum et idem*.

En este sentido uno de los grandes retos de la enseñanza del derecho es que sea a la vez teórica y práctica. Por esta razón, en

³⁰ Boyd White, James, “Law Teachers’ Writing”, *Michigan Law Review*, vol. 91, 1993, p. 1970: “The opposition between «theoretical» and «practical» is... misleading. It is often the most theoretical work that will prove of surprising practical value, often the immersion in practical particularities that will stimulate the most valuable thought of a general kind. Much of the life of the law in fact lies in the constant interaction it requires between the particular and the general, between the practical and the theoretical”.

cualquier facultad de derecho deben impartirse materias por profesores con orientaciones tanto teóricas como prácticas. Si bien es cierto que el estudiante aprende de las enseñanzas de su profesor, no menos cierto es que aquél como abogado, juez u operador jurídico del futuro aprende sobre todo de las experiencias de éste como abogado, juez u operador jurídico del pasado y/o del presente. Además es conveniente, como lo hace Atilio Aníbal Alterini, no sólo reiterar que “la enseñanza práctica reviste importancia primordial” sino también que nos referimos “a la enseñanza práctica y no a la enseñanza de la práctica profesional, que es otra cosa”.³¹

En pocas palabras no basta con encontrar un balance entre materias y profesores con orientaciones teóricas y prácticas, sino que en todas las materias y los profesores deben —en la medida de lo posible— combinar la teoría con la práctica, a partir de estudios teórico-prácticos y/o práctico-teóricos impartidos por profesores que sean científicos-prácticos y/o practicantes-teóricos. De la misma forma, como veremos a continuación, los profesores deben, también en la medida de lo posible, combinar teoría y práctica, pero a través de estudios interdisciplinarios realizados en conjunción con científicos-prácticos y practicantes-teóricos de varias disciplinas.

B. Estudios interdisciplinarios

Estamos convencidos de que al forzar el derecho dentro de un juego de cajas chinas o de comportamientos estancos no sólo se segmenta lo jurídico a lo estrictamente formal, positivo o vigente, sino también se le separa de otras disciplinas con las que está interrelacionado. Si queremos conocer científicamente el derecho no lo podemos estudiar de manera parcial o segmentada, pero tampoco de modo individual o separado de las demás ciencias, en general, y de las ciencias sociales, en particular, sino integralmen-

³¹ Alterini, Atilio Aníbal, “Prólogo”, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 1, núm. 1, otoño de 2003, p. VIII. (El énfasis es original.)

te.³² Así que como diría Böhmer “La interdisciplina se convierte así no ya en una moda pedagógica sino en una necesidad epistemológica.”³³

Aunque es un lugar común afirmar la necesidad de fomentar estudios interdisciplinarios muy poco se ha dicho sobre la posibilidad y viabilidad de dichos estudios. Es un hecho incuestionable que “La enseñanza del derecho —como lo sugiere Owen M. Fiss— requiere que un profundo conocimiento de la sociología, la historia, la filosofía, la economía y otras materias tratadas en las escuelas para graduados sea utilizado para indicar, de manera disciplinada, los problemas concretos que surgen del ejercicio del poder de un grupo profesional”.³⁴ Con todo se ha discutido muy poco alrededor de sí, en las condiciones actuales, es posible enseñar el derecho de manera interdisciplinaria o antes habría que crear dichas condiciones para hacerlo viable.

En este orden de ideas, en primerísimo lugar, para poder enseñar el derecho de modo interdisciplinario se requiere que los profesores sean personas graduadas de —o al menos con entrenamiento profesional en— otras disciplinas científicas, en general, pero muy en especial de las ciencias sociales, tales como antropología, ciencia política, economía, ética, filología, filosofía, historia, lógica, sicología, y sociología. Sin embargo, no bastaría con incorporar estas disciplinas y este tipo de profesores al profesorado sin ton ni son para que por arte de magia la enseñanza del derecho mejore sensible y significativamente.

Al respecto, Harold D. Lasswell y Myres S. McDougal reconocen que los “Heroicos pero poco claros esfuerzos para integrar el «de-

³² Véase Llewellyn, Karl N., “El derecho y las ciencias sociales, especialmente la sociología”, traducción E. Vera Villalobos, *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, año 1, núm. 1, otoño de 2003, pp. 99 y ss. [Publicación original: *Harvard Law Review*, 1949.] Véase también Flores, Imer B., *op. cit.*, nota 15, pp. 1026-1032; *idem*, “El porvenir de la ciencia jurídica...”, *op. cit.*, nota 3, pp. 1024-1027; *idem*, “Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho...”, *op. cit.*, nota 5, pp. 37 y 38; “Protágoras vis-à-vis Sócrates...”, *cit.*, nota 5, *passim*, y “Langdell vs. Holmes”, pp. 35-42.

³³ Böhmer, Martín F., *op. cit.*, nota 3, p. 30.

³⁴ Fiss, Owen M., *op. cit.*, nota 26, p. 25.

recho» con «las otras ciencias sociales» han fracasado debido a la falta de claridad acerca de qué debe ser integrado y cómo, y con qué propósitos”.³⁵ Estos autores sostienen que un primer e indispensable paso hacia una efectiva reforma de la enseñanza del derecho consiste en clarificar su objetivo final.³⁶

Afirmamos la siguiente proposición básica: si la enseñanza del derecho en el mundo debe servir adecuadamente a las necesidades de una comunidad libre y productiva, entonces debe consistir en un concienzudo, eficiente y sistemático entrenamiento en la construcción de políticas públicas (*training for policy making*): la función adecuada de nuestras facultades de derecho es en definitiva la de contribuir al entrenamiento de quienes diseñan las políticas públicas para el logro más completo de los valores democráticos...

Aun cuando el abogado no es hoy por sí mismo un “diseñador” de políticas,³⁷ es el asesor indispensable de un diseñador de políticas de nuestra sociedad, ya sea el jefe o responsable de un departamento del gobierno federal o local, el legislador, el Ejecutivo de una empresa o el secretario general de un sindicato, el representante de una asociación privada o sociedad comercial, de un empresario, de un profesionista o de cualquier particular. Sobre este punto Lasswell y McDougal sugieren “como tal, el abogado, cuando informa a su diseñador de políticas sobre lo que puede o no puede legalmente hacer, está (como muchas veces se quejan los diseñadores de políticas) en una inalcanzable posición estratégica que le permite influir sobre las políticas en cuestión, cuando no crearlas”.³⁸

³⁵ Lasswell, Harold D., y McDougal, Myres S., “Enseñanza del derecho y políticas públicas: entrenamiento profesional para el interés público”, traducción Böhmer, Martín F. en Böhmer, Martín F. (comp.), *op. cit.*, nota 2, p. 73. (El énfasis es original.) [Publicación original: “Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest”, *Yale Law Journal*, vol. 52, 1943, pp. 202-295.].

³⁶ *Ibidem*, p. 74.

³⁷ Salvo cuando actúa directamente como legislador —o asesor de éste— o como juzgador, al decidir un caso o controversia de manera consecuencialista o establecer un criterio o precedente de modo prospectivo.

³⁸ *Ibidem*, p. 75.

En este sentido, resulta indispensable que la enseñanza permita al alumno adquirir ciertas destrezas de pensamiento: 1) pensamiento dirigido a objetivos (*goal-thinking*); 2) pensamiento familiarizado con las tendencias causales (*trend-thinking*); y 3) pensamiento científico (*scientific-thinking*). De tal suerte,

el estudiante necesita clarificar sus valores morales (eventos preferidos, metas sociales); necesita orientarse en corrientes pasadas y probabilidades futuras; finalmente, necesita adquirir conocimiento científico y destrezas necesarias para aplicar los objetivos dentro del contexto de las corrientes contemporáneas.³⁹

La importancia de adquirir todas estas destrezas son obvias.⁴⁰

El pensamiento referido a metas requiere la clarificación de los valores... La aplicación de valores requiere de un pensamiento familiarizado con las tendencias causales (*trend-thinking*), que se vinculan con la forma de lo que vendrá, más allá de lo que dicten las propias preferencias... La aplicación de valores requiere, además, pensamiento científico. Mientras que la información en corrientes causales es indispensable, no es suficiente para permitirnos moldear el futuro. Las corrientes cambian de dirección; y muchas veces podemos contribuir a estos cambios a través de un manejo eficiente de los factores que los condicionan.

Claro está que no bastaría con la enseñanza de estas destrezas del pensamiento sino que además serían necesarias toda una gama de destrezas de razonamiento, de observación y de organización.⁴¹ Pero en todo caso Lasswell y McDougal insisten: "Nuestro propósito más importante en la actualidad es promover la adaptación de la enseñanza del derecho a las necesidades de las políticas públicas de una sociedad libre".⁴²

Por supuesto que Frank está completamente de acuerdo con Lasswell y McDougal cuando "proponen que las facultades de derecho deben enfatizar los valores e ideales de la democracia, y

³⁹ *Ibidem*, pp. 77 y 78.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 78-80.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 98-101.

⁴² *Ibidem*, p. 89.

que deberían estimular a los futuros abogados a pensarse a sí mismos en el rol de constructores de las políticas que aplicarán tales valores”.⁴³ No obstante, agrega de su ronco pecho:

Sí las facultades de derecho van a hacer algo más que hablar acerca de ideales y políticas, si apuntan a ideales y políticas en acción, deben, como mínimo, enseñar como esos ideales y políticas se ven diariamente frustrados en los tribunales debido a técnicas defectuosas, y deben indicar qué se puede hacer para reformar tales técnicas.⁴⁴

La actitud crítica, hacia lo que los jueces hacen en realidad, es una característica necesaria de los realistas jurídicos estadounidenses, desde que Holmes acuñara: “Las profecías de lo que las cortes harán en realidad, y nada más pretencioso, es lo que entiendo por derecho”.⁴⁵ Sin embargo, esta actitud no se debe limitar a criticar el papel del juzgador sino de todas las funciones que los abogados desempeñan dentro de las sociedades contemporáneas, para tal efecto el mismísimo Frank, cita a McDougal.⁴⁶

Por supuesto, el interés de los abogados debería ir más allá de la rama judicial del gobierno; pero esto no equivale a decir que debería suprimir sus intereses en ese aspecto. Sin duda, el “rol completo del abogado de la comunidad” obliga el reconocimiento de “su impacto en el consejo sobre y en la ejecución de políticas públicas”, y que él por lo tanto debe dar “imaginativa consideración” a “un rango total de instituciones... que pueden ser creadas, mejoradas o modificadas conforme a valores comunitarios”.

Los estudios interdisciplinarios son indispensables para el entrenamiento especial y especializado tanto de los juzgadores como de los legisladores. Para muestra basta un botón: los abogados

⁴³ Frank, Jerome, *op. cit.*, nota 6, p. 58.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 59.

⁴⁵ Wendell Holmes, Oliver Jr., *op. cit.*, nota 14, p. 994: “The prophecies of what courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law”.

⁴⁶ McDougal, Myres S., “The Law School of the Future: From Legal Realism to Policy Science in the World Community”, *Yale Law Journal*, vol. 56, 1947, pp. 1345 y 1348, citado por Frank, Jerome, *op. cit.*, nota 26, p. 60.

tienen que implementar otras técnicas que en principio no les parecen propias, aunque si lo son, como el cabildeo o *lobbying* al promulgar todo tipo de disposiciones legales, pero también al cambiar o derogar dichas normas.

Si de por sí parece que la enseñanza del derecho solamente tiene que ver con su aplicación mediante la interpretación y no con su creación e incluso su reforma, resulta que no es para sorprenderse, como lo advierte Michael Reisman, que los estudiantes estén tan condicionados para tomar al derecho como algo ya "dado" que no se les ocurre ni se les puede ocurrir cómo se puede o podría cambiar.⁴⁷

Así, cuando los estudiantes se percatan de que pueden cambiar el derecho, al ser electos para los cuerpos legislativos o agencias gubernamentales, al establecer grupos de presión, al organizar huelgas u otras formas de agitación para promover o conseguir una nueva legislación, una barrera psicológica es quebrantada: "Los estudiantes se dan cuenta de que la palabra "decisión" supone más que la sola función de sentenciar. No es una cuestión simplemente de aplicar el derecho vigente, sino también de prescribir o legislar derecho nuevo".⁴⁸

Habría que reforzar que el derecho es contingente e indeterminado y que como tal es imposible evitar la decisión, pero además que dicha elección no es absolutamente libre ni tampoco limitada o restringida.⁴⁹ De hecho, para Reisman:

⁴⁷ Reisman, Michael, "El diseño del plan de estudios: para que la enseñanza del derecho continúe siendo efectiva y relevante en el siglo XXI", en Martin F. Böhmer (comp.), *op. cit.*, nota 2, p. 114.

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ Duncan, Kennedy, "Freedom and Constraint in Adjudication. A Critical Phenomenology", *Journal of Legal Education*, vol. 36, 1986, p p. 518 y ss. [Versión en español: *Libertad y restricción en la decisión judicial*, traducción Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores et al., 1999.]; *idem*, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1997; Mangabeira Unger, Roberto, *Critical Legal Studies*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1986; *idem*, *What Should Legal Analysis Become?*, Londres, Verso, 1996.

[L]a empresa del derecho no puede ser vista exclusivamente como un sistema cerrado en el que las reglas lógicas operan solas. Es un sistema abierto en el que se debe optar entre alternativas diferentes y opuestas. Por consiguiente, lo mismo se aplica a la función de promoción que a la aplicación. Aunque a menudo nuestro sistema discute hasta qué punto nuestros jueces deben ser creativos, cualquiera que haya estado en una función de aplicación del derecho sabe que la elección es inevitable. La elección no se debería confundir con el ejercicio discrecional del capricho. En todas las funciones decisionales, se espera que las elecciones estén fundamentadas en el examen cuidadoso del pasado y, en sistemas políticos democráticos, en la relevancia de las expectativas y demandas de la comunidad. Pero el derecho no es y no será nunca una operación mecánica.⁵⁰

De todo lo anterior se desprende que la enseñanza del derecho debe propiciar que los estudiantes puedan aprender a tomar estas decisiones o elecciones a partir de un examen cuidadoso del pasado y también de su proyección en el futuro. Para ello, recomiendo: 1) la clarificación de objetivos; 2) el análisis de tendencias; 3) el análisis de factores; y 4) la invención de alternativas. Así, primero hay que clarificar los objetivos o preferencias; después, hay que analizar las tendencias o propensiones, pero como lo sucedido en el pasado no necesariamente se repite en el futuro; luego, hay que analizar los factores o condiciones que se pueden cambiar; y, finalmente, inventar o diseñar una estrategia que incremente la posibilidad de que sucedan los eventos deseados (o que no sucedan los eventos no-deseados) en el futuro, pero esto requiere alguna forma de estimar qué futuros alternativos podemos aguardar.⁵¹

Por tanto, resulta claro que el derecho es tanto retrospectivo como prospectivo, tal y como Holmes había anunciado: los abogados están preocupados por predecir el comportamiento futuro de

⁵⁰ Reisman, Michael, *op. cit.*, nota 47, p. 116.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 122-124.

los tribunales pero ciertamente a partir de la información pasada. Sin embargo, para ser más diáfanos habría que decir:

El abogado no está solamente preocupado por los tribunales y su comportamiento, sino también por predecir e influir en un complejo de agencias que toman decisiones formales, informales, organizadas, y no organizadas, grupos e individuos que, de hecho, es probable que tengan un impacto en los intereses de sus clientes.⁵²

Para concluir este apartado solamente nos resta evidenciar una gran paradoja de la enseñanza del derecho:

El derecho es —dice Peter H. Schuck— una profesión eminentemente práctica. La enseñanza del derecho busca preparar a los estudiantes para el mundo de los asuntos prácticos.” No obstante, hasta la fecha “la investigación empírica (el descubrimiento de la forma en que los individuos y las instituciones se comportan realmente en nuestra cultura legal) es decididamente una actividad académica marginal.”⁵³

La utilidad de la “investigación empírica” y de los “estudios estadísticos” aplicados al derecho son más que evidentes porque permiten “detectar regularidades (o irregularidades) significativas que no se hayan identificado o verificado previamente”.⁵⁴ Lo curioso es que hace poco más de un siglo, en 1897, Holmes ya había profetizado: “Para el estudio racional del derecho el hombre de letras puede ser el hombre del presente, pero el hombre del futuro es el hombre de las estadísticas y el maestro de la economía”.⁵⁵

⁵² *Ibidem*, pp. 118 y 119.

⁵³ Schuck, Peter H., “¿Por qué los profesores de derecho no hacen investigación empírica?”, Böhmer, Martín F. (comp.), *op. cit.*, nota 2, p. 129.

⁵⁴ En el caso de México, véase Concha Cantú, Hugo A., y Caballero Juárez, José Antonio, *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas. Un estudio institucional sobre la justicia local en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001; Concha Cantú, Hugo A., *et al.*, *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

⁵⁵ Wendell Holmes, Oliver Jr., *op. cit.*, nota 14, p. 1001: “For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics”.

De aquí la trascendencia para que los estudios interdisciplinarios sirvan no sólo para reconectar a la ciencia jurídica con otras disciplinas sino también con su realidad, esto es, las normas con los hechos o el derecho en los libros con el derecho en acción. Sin duda alguna, la falta de estudios sobre “los hechos del derecho” es una de las grandes debilidades de la educación jurídica contemporánea y que habría que subsanar de inmediato para poder enseñar a los alumnos cómo manejar hechos, ya sea al encontrarlos, interpretarlos, probarlos y refutarlos.⁵⁶ Para ilustrar la importancia de estudiar toda la gama de los hechos sociales, cabría invocar a Frank quién: “Haría estudiar a los estudiantes las diferentes variedades de psicología en relación con los problemas de los abogados y jueces, incluyendo la psicología de jueces, jurados, testigos y litigantes”.⁵⁷ Así “el estudiante, que es un juez en potencia, podría aprender a conocer algo sobre sus propios prejuicios y cómo controlarlos”.⁵⁸

Desgraciadamente el desinterés por los hechos es la regla general y el interés por los mismos es —y ha sido— la excepción.⁵⁹ Hoy en día solamente, unas cuantas teorías prestan una atención más o menos adecuada a los hechos en el aprendizaje del derecho:

Lo hace el canon del análisis económico del derecho (*law and economics*) al ofrecer una gama de presunciones derivadas de la teoría de hechos demostrados. Y también lo hace la teoría crítica (*critical legal studies*) al insistir vehementemente en que los hechos son irrelevantes, quizás aun pretextos, respecto del resultado de las decisiones de los jueces.⁶⁰

⁵⁶ Cfr. Schuck, Peter H., *op. cit.*, nota 53, p. 131.

⁵⁷ Frank, Jerome, *op. cit.*, nota 6, p. 55.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 63.

⁵⁹ Gordon, Robert W., “Conferencia Brendan Brown: la teoría crítica del derecho (*critical legal studies*) como método de enseñanza del derecho” en Martín F. Böhmer (comp.), *op. cit.*, nota 2, p. 153.

⁶⁰ Schuck, Peter H., *op. cit.*, nota 53, pp. 131 y 132.

De la misma manera en que las teorías críticas del derecho han insistido que las normas jurídicas son indeterminadas, al ser manipuladas y deducidas ideológicamente, las teorías literarias del derecho (*law and literature*) han reiterado una y otra vez que los textos legales como cualquier otro texto son radicalmente indeterminados.⁶¹ Por esta razón habría que dotar a los alumnos de las herramientas analíticas y críticas para desarrollar las habilidades que le permitan trabajar con el derecho como un material altamente indeterminado y que por definición debe ser determinado;⁶²

[L]o que la enseñanza de los CLS puede, o lo que idealmente debería ofrecer a los estudiantes son los medios para leer múltiples interpretaciones, explorar múltiples alternativas institucionales y conocer las diversas prácticas y avenidas posibles fuera de un sistema jurídico que a menudo es presentado como complaciente o trágicamente congelado dentro de un sistema unitario y con un único curso de desarrollo posible. Se trata de enseñar a los estudiantes a reconocer las grandes visiones políticas enterradas dentro de los argumentos más técnicos, y a debatir estas visiones abiertamente... Por supuesto, nadie que tenga algo de sentido común piensa que el sistema jurídico es infinitamente maleable en la dirección que uno quiera y cuando quiera. El derecho se encuentra siempre rodeado de las limitaciones que le imponen los poderes establecidos, de su inercia habitual, de la confianza en lo existente, de las expectativas actuales y del temor a lo desconocido.

3. *Métodos alternativos de enseñanza*

Antes de concluir con nuestro estudio, nada más nos resta aludir brevemente al hecho de que para apuntalar la filosofía y teoría del derecho, a partir de su conexión con otras ramas de la filosofía, y consolidar la metodología y técnica jurídica, a través de estudios teóricos-prácticos (y/o prácticos-teóricos) e interdisciplinarios,

⁶¹ *Ibidem*, p. 134.

⁶² Gordon, Robert W. , *op. cit.*, nota 59, pp. 169 y 170.

es necesario implementar otros métodos de enseñanza del derecho, más allá de la tradicional "cátedra o lección magistral", tales como el método de casos y/o problemas, los seminarios y/o laboratorios, las clínicas jurídicas y/o prácticas forenses, la pasantía en los tribunales y/o el tirocinio en un despacho o estudio jurídico.

Si bien hemos manifestado nuestras reservas hacia el método de casos y/o problemas porque no sería recomendable en los primeros años de los estudios profesionales, si resultaría ampliamente recomendado para los últimos semestres y sobre todo para el posgrado, con la única condición de que los alumnos cuenten o tengan ya un conocimiento más o menos profundo del derecho, para que puedan aportar su conocimiento teórico y experiencia práctica a la discusión en el aula.⁶³

De igual forma la implementación de seminarios y/o laboratorios no sería problemática, pero si la de clínicas jurídicas y/o prácticas forenses, al menos para el nivel de posgrado donde la pasantía en los tribunales y/o el tirocinio en un despacho o estudio jurídico no resultarían tan atractivos. No obstante, hay una idea subyacente que vale la pena destacar y en su caso tratar de explotar al máximo. La cuestión es que hasta el momento nuestras facultades se han caracterizado por ser facultades-bibliotecas en lugar de verdaderas facultades de abogados, donde nuestros "laboratorios" en lugar de estar confinados a los libros o materiales impresos estarían tanto dentro como fuera de las aulas.⁶⁴ Para ilustrar el punto bastaría con citar a Frank:

¿[P]odríamos considerar que no es ridículo que, con laboratorios de litigio a la vuelta de la esquina, las facultades de derecho obliguen [a] sus estudiantes a aprender en los libros lo que pueden sobre el litigio?, ¿qué diríamos de facultades de medicina donde a los estudiantes se les enseñara cirugía únicamente por medio de páginas impresas? Nadie, si pudiera hacer otra cosa, enseñaría el arte de jugar al golf hablándole al futuro jugador sobre golf y luego dándole

⁶³ Cfr. Flores, Imer B., *op. cit.*, nota 5, pp. 35-37; y "Protágoras vis-à-vis Sócrates...", *cit.*, nota 5, *passim*.

⁶⁴ Cfr. Frank, Jerome, *op. cit.*, nota 6, pp. 45 y 46.

a leer un libro sobre la materia. Lo mismo se aplica a la danza clásica, a la natación, a la conducción de automóviles, al corte de cabello o a cocinar patos silvestres. ¿Es la práctica jurídica más simple?, ¿por qué sería más difícil para los profesores de derecho y sus alumnos que para los profesores de golf y sus alumnos?, ¿quién aprendería la técnica del golf de un instructor contentándose con sentarse en el vestuario y analizar en los periódicos los relatos de torneos de golf que otros jugaron varios años atrás?⁶⁵

En resumidas cuentas su idea era que si “La práctica jurídica es un arte, y un arte bastante difícil. ¿Por qué hacer de su enseñanza algo más indirecto, más vago, más frustrante y más difícil que la enseñanza del golf?” Por lo mismo si:

lo que los estudiantes ven es una imagen en un mal espejo de lo que sucede en un día de trabajo en la vida de los abogados. ¿Por qué no destruir esos espejos?, ¿por qué no dejar que los estudiantes observen directamente la materia que es objeto de su estudio con los profesores actuando como intérpretes que iluminan lo que se observa?⁶⁶

Así, su propuesta concreta era instaurar el sistema del aprendiz (*apprentice system*),⁶⁷ ya sea de un “aprendiz intersticial”, al mismo tiempo que realizan los estudios, o —a la Llewellyn— un “aprendiz posfacultad”, al concluir los estudios como una especie de inter-nado-residencia.⁶⁸

De tal suerte, lo que podríamos rescatar es que los estudiantes deben experimentar por sí mismos y que los profesores deben servir de facilitadores. De hecho, los profesores no necesariamente requieren tener experiencia práctica de primera mano, pero sí que hagan referencia a los problemas no solamente teóricos sino

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 44 y 45.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 45.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 46.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 62; “Why Not a Clinical Lawyer-School”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 81, 1933, pp. 907 y ss. Cfr. Llewellyn, Karl N., “On What Is Wrong with So-Called Legal Education”, *Colorado Law Review*, vol. 35, 1935, p. 675 y 676.

prácticos e inclusive lo hagan desde una perspectiva interdisciplinaria.⁶⁹

IV. EPÍLOGO

En el proceso de reducir la brecha entre lo que la educación jurídica ofrece y la profesión jurídica demanda, con referencia especial a los estudios de posgrado, primero, equiparamos el problema con la descripción de un déficit en la enseñanza del derecho, en general, y, luego, identificamos su solución con la prescripción de una serie de medidas sobre lo que se debe y puede hacer —o lo que se hace— para crear un superávit en los estudios de posgrado, en particular. De hecho, no podemos perder de vista que la educación y profesión jurídica están estrechamente entrelazadas, porque tal y como lo advirtió, el entonces profesor de la facultad de derecho de Harvard y ministro presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, Felix Frankfurter:⁷⁰

A fin de cuenta, el derecho es lo que los abogados son. Y el derecho y los abogados son lo que las facultades de derecho hacen de ellos.

Así, reiteramos que es imperioso:

- 1) Apuntalar las materias del área de filosofía y teoría del derecho, incluida la teoría de la argumentación (e interpretación jurídica), a partir de su conexión con otras ramas de la filosofía, desde las ya bastante arraigadas como la lógica hasta las no tan enraizadas como la ética, la retórica y la tópica e incluso las casi nada o poco estudiadas como la estética.

2)

⁶⁹ *Ibidem*, p. 49.

⁷⁰ Carta del profesor Felix Frankfurter al señor Rosenwald fechada el 13 de mayo de 1927, citada en Flores, Imer B., *op. cit.*, nota 1, pp. 13 y 14: "In The Last Analysis, The Law is what Lawyers are. And The Law and The Lawyers are What the Law Schools make them".

Consolidar la metodología y técnica jurídica, a través de estudios teóricos-prácticos (y/o prácticos-teóricos) e interdisciplinarios, para enseñar experiencia en las aulas y no tener que esperar que los alumnos salgan de ellas para adquirirla en la vida profesional; y, consecuentemente.

- 3) Implementar otros métodos de enseñanza del derecho, más allá de la tradicional "cátedra o lección magistral", tales como el método de casos y/o problemas, los seminarios y/o laboratorios, las clínicas jurídicas y/o prácticas forenses, la pasantía en los tribunales y/o el tirocinio en un despacho o estudio jurídico, pero tratándose del posgrado sobre todo al incluir, junto a los materiales de lectura, casos y problemas.