

¿Qué?, ¿Cómo? y ¿Para qué?

*Análisis y crítica al modelo tradicional de enseñanza del Derecho en México**

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS**

La enseñanza del Derecho y las profesiones jurídicas se enfrentan hoy en día con retos a los que no están dando respuestas satisfactorias. Tanto en el sector público como en el sector privado los abogados son marginados de la toma de decisiones y sustituidos por economistas, administradores, politólogos y demás profesiones. Si bien los abogados siguen manteniendo un peso específico importante en este país, también es cierto que nos vemos crecientemente desplazados. Esto no necesariamente es malo. Por el contrario, habla de la creciente diversidad de opciones profesionales y de la especialización de la sociedad. Sin embargo,

* El trabajo que aquí se ofrece fue la tesis de licenciatura que elaboré bajo la dirección de Rodolfo Vázquez en el ITAM, escrita entre los años 2001 y 2002. Diversos fragmentos han sido ya publicados como artículos o notas en tres publicaciones mexicanas: *Isonomía*, *Cauces* y *Conjeturas*. Sin embargo, siempre quise publicar el trabajo completo pues creo que algo se pierde al fragmentarlo (además de lo no publicado). He procurado preservar lo más posible el texto original, a pesar de haber cambiado de parecer en algunos aspectos, porque creo que el trabajo puede servir como un interesante punto de partida para iniciar la discusión sobre la enseñanza del Derecho. La única modificación sustantiva al trabajo original ha sido la de suprimir el recuento histórico de los orígenes de la dogmática jurídica pues, tras dos años de investigar el tema para mi tesis doctoral, he considerado que lo que ofrecía era demasiado pobre para aportar algo y el tema demasiado amplio para hacer un mejor intento dentro de este mismo trabajo.

Quisiera agradecer a Rodolfo Vázquez a quien debo la elaboración de este trabajo y a Roberto Saba, quien se interesó en él varios años después lo suficiente como para promover su publicación.

** Licenciado en Derecho (ITAM, México), L. L. M. Escuela de Leyes de Universidad de Yale y candidato al doctorado por esa universidad.

no deja de quedar la impresión de que, frente a otras disciplinas cuyas herramientas teóricas y técnicas son más modernas, los abogados frecuentemente aparecen en una posición desventajosa. Además, con la apertura comercial y política, con la creciente importancia y presencia pública del Poder Judicial y con la cada día más evidente pluralidad política y social, el Derecho se ha quedado rezagado como medio de dirimir controversias y las instancias jurídicas no satisfacen los conflictos sociales. Estamos perdiendo al competir con otros profesionistas así como con nuestros colegas extranjeros. Las escuelas de Derecho de todo el país han revisado y re-revisado sus planes de estudio con mayor frecuencia en los últimos años. Parece que existe un malestar generalizado en las escuelas de Derecho y una insatisfacción creciente de la sociedad con las instancias jurídicas. En todo caso, esta tesis parte del supuesto de que los abogados no están enfrentando exitosamente los nuevos retos que se les presentan y las escuelas de Derecho no están formando el perfil de abogado que se requeriría para resolver dichos retos.

La tesis de este trabajo es doble. Por una parte sostengo que *el problema tiene raíces en los presupuestos teóricos de la enseñanza y el estudio del Derecho.* Esto es que la forma en que nos imaginamos al Derecho, en que lo pensamos y lo construimos, limita de raíz nuestras posibilidades de responder a los nuevos retos. La afirmación anterior abarca a un abanico amplísimo de actores jurídicos: desde el juez hasta el ciudadano común, pasando por el funcionario y el abogado postulante, de diferentes maneras por supuesto. En segundo lugar, sostengo que *todos los aspectos de la enseñanza del Derecho se encuentran interrelacionados.* Para entender el problema habrá que verlo en sus diversas facetas: las internas al Derecho, las externas al mismo, las teóricas, las valorativas y las técnicas. El problema no se resolverá con la modificación de los planes de estudio, ni con la introducción de técnicas auxiliares de pedagogía del Derecho sino que habrá que replantearse la enseñanza del Derecho desde su sustento teórico, sus valores, fines y principios, hasta la metodología con la que se enseña el Derecho.

Ahora bien, el cuerpo principal del trabajo, lo constituyen los siguientes tres capítulos, en los que se analiza lo que llamaré el *modelo tradicional* de la enseñanza del Derecho. Si bien no existe dicho modelo explícitamente, lo cierto es que todas (prácticamente todas) las escuelas del De-

recho del país siguen un patrón bastante claro y muy arraigado tanto en sus posiciones teóricas como en sus métodos de enseñanza. Este patrón, estos valores, prácticas y posiciones compartidas, es lo que constituye el modelo tradicional. Se trata de reconstruirlo, explicitando sus rasgos más relevantes, analizarlo y, finalmente, criticarlo.

El segundo modelo que se analiza es muy lejano a nosotros. Se trata de los *Critical Legal Studies*. La idea de presentar y analizar un segundo modelo tiene como finalidad casi exclusiva la de mostrar la posibilidad de formas alternativas de pensar y enseñar el Derecho. El modelo aquí presentado como alternativo fue escogido por diversas razones: en primer lugar, y creo que es importante prevenir al lector, porque simpatizo en muchos aspectos con las críticas de los *Critical Legal Studies*, comparto muchas posiciones políticas y algunas teóricas. Sin embargo, ésa no es la razón principal por la que dicho modelo es analizado en estas páginas. Hay dos razones más importantes, una práctica y una estratégica. La razón práctica es que, los *Crits* (como los llaman un tanto despectivamente algunos de sus colegas norteamericanos) han dedicado una considerable dosis de energía a tratar problemas de enseñanza del Derecho, lo cual hace fácil construir un modelo educativo a partir de sus críticas y propuestas. Pero la razón más importante, la que fue decisiva en la elección de este modelo para contrastarlo con el modelo tradicional, fue lo diferente que es de este último. En verdad, creo que sería difícil encontrar dos modelos de enseñanza del Derecho más distintos entre sí. Estimo que la mejor forma de probar que el Derecho puede enseñarse y pensarse en forma distinta, es ejemplificando con lo más distinto posible. Cuantos menos puntos en común haya, más fácil será sostener que los modelos de enseñanza y de pensar el Derecho son contingentes y, por lo tanto, modificables y mejorables.

La estructura del trabajo se basa en tres preguntas que encabezan los tres primeros capítulos y que se repiten al analizar el modelo de los *Critical Legal Studies* (en adelante CLS) y posteriormente al reflexionar sobre algunas posibilidades para pensar en un modelo de enseñanza del Derecho más adecuado a las necesidades de hoy en día. Las preguntas-eje no son más, sino que me tomé la libertad de robárselas al profesor argentino Martín F. Böhmer de la Universidad de Palermo:

¿QUÉ?, ¿CÓMO? Y ¿PARA QUÉ? ANÁLISIS Y CRÍTICA AL MODELO TRADICIONAL DE ENSEÑANZA DEL DERECHO EN MÉXICO

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

El término “enseñanza del Derecho” tiene algo de rimbombante y de inabarcable. Para pensarlo en forma aislada me parece necesario responder a tres cuestiones: 1) la concepción del Derecho; 2) las formas de enseñarlo, y 3) los objetivos de la enseñanza. Estas tres preguntas conforman lo que denomino una “concepción general del la enseñanza del Derecho” y toda facultad de Derecho privilegia al menos una.¹

Creo que las preguntas sirven para ordenar el análisis y para incluir las diferentes facetas que son básicas al analizar la enseñanza del Derecho.

I. EL MODELO TRADICIONAL

A. ¿QUÉ CONCEPCIÓN DEL DERECHO SE ENSEÑA?

Al preguntarnos por la concepción del Derecho que se enseña en la mayor parte de las escuelas de Derecho del país, no estamos buscando una definición exhaustiva y constante que enumere las características del Derecho y que sea comúnmente aceptada. Por el contrario, si algo se puede afirmar es que no hay una definición establecida, compartida por todos los autores y profesores. Más bien, encontramos una enorme cantidad de definiciones y parece ser que cada autor busca dar la suya, invirtiendo una enorme cantidad de energía en justificar por qué su definición es más adecuada, completa o precisa que la de sus colegas.

Lo que buscamos encontrar es una caracterización general del objeto de estudio formal, así como la perspectiva subyacente que resulta en dichas características. En otras palabras: ¿qué elementos son comunes a las definiciones?; pero sobre todo, ¿qué enfoque es el predominante? Buscamos, ante todo, entender desde qué perspectiva se analiza el objeto de estudio, determinar, en mayor o menor medida, cuál es el objeto formal² del estudio del Derecho que se transmite a los estudiantes.

¹ BÖHMER, Martín, F., *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 14.

² “... por ‘objeto formal’ hay que entender el objeto abstracto que resulta de contemplar un objeto real desde la perspectiva específica construida por un saber particular...” CAPELLA, Juan Ramón, *El aprendizaje del aprendizaje. Una introducción al estudio del derecho*, Madrid, Trotta, 1998, p. 35.

1. ALGUNOS EJEMPLOS

Para poder hacernos una idea de la concepción del Derecho predominante en la enseñanza del Derecho en México, vale la pena revisar algunos ejemplos de la literatura especializada que se utiliza para dicha enseñanza. Así, en los párrafos siguientes, se presentan y analizan textos de autores ampliamente reconocidos y utilizados, tanto en materias teóricas de introducción al Derecho, como de textos técnicos de dogmática jurídica de ramas particulares del Derecho. Se utilizan citas en las que el autor busca precisamente definir el Derecho, así como citas en las que, sin buscar dicha definición, el autor denota su concepción del Derecho. Las siguientes líneas buscan únicamente destacar elementos centrales, exponer los problemas comunes y posteriormente reconstruir la concepción tradicional del Derecho.

Ignacio Burgoa, en su obra *Las garantías individuales*, al hablar sobre la necesidad de que exista derecho en toda sociedad señala:

Ahora bien, para que la vida en común sea posible (...) es menester que exista un *Derecho*, concebido formalmente como un conjunto de normas de vinculación bilateral, imperativas, obligatorias y coercitivas.³

De la anterior cita, vale la pena señalar, y guardar en mente, que la concepción del Derecho allí contenida es expresamente formalista y centrada en torno al concepto de *norma*.⁴ Además de lo anterior, cabe señalar

³ BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 30ª ed., México, Porrúa, 1998, pp. 17-8.

⁴ Si seguimos a Eduardo García Máynez en su obra *Introducción al estudio del Derecho* nos dice que: "La palabra *norma* suele usarse en dos sentidos: uno amplio y otro estricto (sic): *lato sensu* aplicase a toda regla de comportamiento, obligatoria o no; *stricto sensu* corresponde a la que impone deberes o confiere derechos (...). A las que tienen carácter obligatorio o son atributivas de facultades les damos el nombre de *normas*." Un concepto de norma más actual y, en mi opinión, más completo, es el de Alchourrón y Bulygin: "Una manera de concebir las normas es caracterizarlas como significados de expresiones lingüísticas usadas para prescribir, es decir, para calificar como prohibidas, obligatorias o permitidas ciertas conductas o estados de cosas resultantes de ellas (en otro lugar hemos denominado hiletica a esta concepción de las normas). En consecuencia, vamos a distinguir entre la formulación de la norma como una expresión lingüística y la norma como significado de esa expresión (...) identificamos las normas con los significados de las expresiones lingüísticas y no con estas últimas. Esto significa que sólo se puede hablar de normas una vez que se haya interpretado de una manera unívoca las formulaciones normativas"; ALCHOURRÓN, Carlos E. y Eugenio BULYGIN,

que a las normas se les agregan los calificativos de imperativas, bilaterales, obligatorias y coercitivas. Esto es, se nos presenta al Derecho como un objeto formal (no sustantivo) consistente en normas, con ciertas características específicas. La estructura de este tipo de definición se entenderá mejor al revisar otros autores.

Al respecto, nos sirve el tratado *Derecho Civil Mexicano* de Rafael Rojina Villegas. En lo que resulta una paradoja común del esquema clásico de la presentación del Derecho como divisible en diversas ramas (presentación que será analizada más adelante), la obra en cuestión aborda, en su tomo primero, cuestiones propias de materias como Teoría del Derecho o Introducción al Estudio del Derecho. La ubicación de estos temas refleja el enorme peso del Derecho Civil en la enseñanza del Derecho, característica heredada desde las escuelas que participaron del movimiento codificador en Francia y que analizaron el Código Napoleón (en particular la escuela de la exégesis). Un vistazo al Título I del tomo primero de la obra de Rojina, nos permite ejemplificar el camino que sigue el modelo tradicional para presentar una determinada concepción del Derecho.

En su Capítulo I, Rojina nos presenta más de veinte distintas definiciones de Derecho (desde Celso hasta García Máynez), explicándolas en forma particularmente escueta, sin mayor análisis, explicación complementaria o crítica. En realidad resultan veinte resúmenes que saturan información en un breve espacio, sin analizarla, criticarla, explicarla o contextualizarla.

El Capítulo II presenta las divisiones en las que normalmente se clasifica a la diferente normatividad positiva por su objeto de regulación. Así inicia con la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado y, tras presentar diversas posiciones teóricas respecto de esta división, señala las divisiones del Derecho Privado, las del Derecho Civil (derecho de las personas, régimen jurídico de la familia y Derecho Civil patrimonial, a su vez subdividido en derechos reales, derechos personales y liquidación patrimonial) y termina con una lista de definiciones de las demás ramas del Derecho (Mercantil, del Trabajo, Agrario, Constitucional, Administrativo, Procesal, Penal, Internacional Público e Internacional Privado).

"Norma Jurídica", en GARZÓN VALDÉS, et al., *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*. T. 11, *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 134-5.

El Capítulo III trata sobre el tema de la justicia, presentando una serie de definiciones y explicaciones de diversas clases de justicia (de relación, compulsiva, premial, judicial, social y legal).

Finalmente, en el último capítulo (Capítulo IV) del Título I, trata las "Características formales de las normas jurídicas". Arranca con su "Concepto General" del Derecho:

El derecho puede definirse como *un conjunto de normas bilaterales, externas, generalmente heterónomas y coercibles, que tienen por objeto regular la conducta humana en su interferencia intersubjetiva.*⁵

Resulta oportuno señalar que esta definición, formal como la de Burgoa, concibe al Derecho como un conjunto de normas con una serie de calificativos específicos, cuya función es regular la interacción social. El resto del capítulo lo utiliza Rojina para distinguir a las normas jurídicas de las leyes naturales para luego señalar las características (los calificativos) que distinguen a su objeto formal de estudio de otros objetos formales: la moral, la religión y los convencionalismos sociales.

La anterior relación del contenido de la obra de Rojina resulta relevante pues ejemplifica el camino comúnmente seguido en la enseñanza del Derecho para presentar al estudiante con su objeto formal de estudio (su único objeto de estudio, pues, como se verá más adelante, el objeto real desde el cual se construye el objeto formal queda marginado de la enseñanza del Derecho). Este camino consiste en cuatro elementos que se presentan constantemente (aunque no necesariamente en el mismo orden) en los libros de texto jurídicos de introducción:

- 1) Presentar una multiplicidad de definiciones históricas de otros autores sin contextualizarlas. Lo anterior exige del lector-alumno una enorme capacidad nemotécnica y le obstaculiza el análisis, comprensión y crítica de la información que se le presenta.
- 2) Dividir el objeto formal de estudio en clasificaciones –o ramas– y subclasificaciones (que se repetirán a lo largo de su carrera ya en un plan de estudios). Esto permite al alumno clasificar la información que se le proporciona a lo largo de la carrera, pero le

⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*. Tomo I. *Introducción y personas*, México, Porrúa, 1997, p. 71.

dificulta establecer las relaciones entre una clase de información y otra. Refleja, dentro del estudio del Derecho, la compartimentación académica de los saberes.⁶

- 3) Presentar un esquema formalizado de la justicia, considerado valor necesariamente ligado con el Derecho. En realidad lo que aquí sucede es que se utilizan diversos conceptos de la justicia y se embonan en diferentes ramas del Derecho, para así permitir la operación simultánea de valores que son en realidad distintos y que pueden llegar a ser contradictorios, de tal manera que la separación de ámbitos donde operan dichos valores, esconda el hecho de que la totalidad de la normatividad positiva no es un orden coherente, sino una multiplicidad de intereses y valores encauzados en normas jurídicas.⁷
- 4) Presentar al Derecho como un conjunto de normas, esto es, como un objeto meramente formal, y consecuentemente proseguir a agregarle calificativos para distinguirlo de otros tipos de normas: "A través de estos calificativos fijaremos la diferencia específica entre el Derecho, la moral, la religión y los convencionalismos sociales".⁸

Este último modo de proceder (el señalado en el punto 4), que resulta común a los tratadistas mexicanos, tiene dos inconvenientes. El primero consiste en definir al objeto formal como un conjunto de normas. Sin más, se excluye de la concepción del Derecho tanto a los hechos como a los valores, principios e intereses en que se basa el Derecho y cuyo funcionamiento encauza y refleja. Mucho se ha argumentado sobre la

⁶ "Como la enseñanza media, la superior está organizada según una descomposición analítica del saber, que se presenta en forma de disciplinas separadas. Has de comprender que esta separación no es sólo el resultado de la descomposición de un todo en sus partes, sino que se trata de una separación forzada, llevada más allá de lo razonable, como consecuencia de la compartimentación académica de los saberes y su asignación a gremios académicos y científicos diferenciados". CAPELLA, op. cit., p. 35.

⁷ Como ejemplo de dicha división operativa de los valores en ramas o ámbitos un tanto artificiales, tenemos que el propio Rojina nos dice en la página 55: "La justicia de relación comprende dos formas: I. Justicia de coordinación. II justicia de subordinación. La justicia de coordinación es la justicia del derecho privado. La justicia de subordinación es la justicia del derecho público".

⁸ ROJINA, op. cit., p. 75.

inutilidad de incluir valores y otros elementos “ajenos” al Derecho por la imposibilidad de determinar cuáles serían los valores o principios presentes en todos los órdenes jurídicos. Este argumento resulta absurdo si consideramos que no es necesario determinar cuáles son, sino únicamente que los hay. Toda norma tiene un contenido sustantivo, aunque dicho contenido no sea siempre el mismo.

El segundo inconveniente consiste en buscar la definición de un objeto de estudio, esto es, construir un objeto formal de estudio, por medio del método aristotélico (definiendo por género próximo y diferencia específica) pues como el propio Rojina explica:

Este método aristotélico de fijar los conceptos y distinguirlos de otros por el género próximo y su diferencia específica, ha sido repudiado por diversos tratadistas como Fritz Schreier que estima, en su citada obra *Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho*, que no es posible llegar a la definición del ordenamiento jurídico mediante el citado método, porque este procedimiento tiene el inconveniente de dar por definido lo que se trata de definir, ya que parte de un cierto conocimiento de lo que es el derecho para pretender después llegar a su definición. Para poder establecer diferencias entre las normas, necesariamente tenemos que partir de un concepto previo que es precisamente el que vamos a definir. Por lo tanto, nos encontramos en un círculo vicioso en el cual damos por conocido lo que se trata de conocer y decimos que hay características comunes y específicas. Pero ¿cómo sabemos esto si aún no hemos definido ni el derecho, ni la religión, ni la moral, ni las reglas del trato externo?, y sí en cambio afirmamos que tienen las mismas características comunes. En cuanto al proceso de diferenciación será necesario un conocimiento más preciso y ¿de dónde sacamos ese conocimiento que nos permita diferenciar los preceptos normativos, si aún no hemos definido éstos? Éste es el inconveniente del método aristotélico.⁹

Lo sorprendente es que a pesar de conocer y explicitar esa crítica al método aristotélico, Rojina abre el párrafo siguiente diciendo: “Tratemos, no obstante, de seguir este método...”¹⁰ Así, sin justificar su proceder o refutar una crítica que de ser tomada en cuenta eliminaría el mencionado

⁹ ROJINA, op. cit., pp. 75-6.

¹⁰ *Ibíd.*

método como forma de definir su objeto de estudio, Rojina hace caso omiso de la crítica y expone cada uno de los calificativos que agrega al concepto de normas para presentar un concepto de Derecho.

Otros ejemplos de autores que, a pesar de la crítica fulminante ignorada por Rojina, proceden mediante el método de clasificación aristotélico son Kelsen¹¹ y García Máynez.¹² Este último nos dedica los primeros tres capítulos de su obra *Introducción al Estudio del Derecho*¹³ a presentar una concepción del Derecho siguiendo justamente el método mencionado. Primero distingue los juicios enunciativos de los juicios normativos. Dentro de estos últimos diferencia los imperativos categóricos de los imperativos hipotéticos, para luego eliminar esta distinción y establecer a la norma como un imperativo hipotético transformable en categórico.¹⁴ Habiendo establecido el concepto de norma, pasa, en los siguientes dos capítulos, a diferenciar al Derecho de otros órdenes normativos por medio de los calificativos de bilateral, externo, coercible y heterónomo. No cabe en este trabajo discutir cada uno de los calificativos sino señalar la estructura de la definición: se identifica al Derecho como normas y se le distingue por sus calificativos específicos.

Finalmente, para ilustrar la concepción del Derecho dominante en la enseñanza del Derecho en México, podemos citar una obra de dogmática jurídica para observar cómo el esquema básico de la definición del De-

¹¹ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1994. Ver en particular la argumentación que, en el primer capítulo, sigue Kelsen para concluir que el elemento esencial del Derecho es la coacción. De Kelsen no nos ocuparemos por tratarse de identificar la concepción del Derecho imperante en México. Sin embargo, cabe mencionarlo por la importante influencia de este pensador en nuestro país, y porque sigue la misma estructura de definición del Derecho que encontramos aquí.

¹² GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 45^a ed., México, Porrúa, 1993, caps. I - III.

¹³ Seguramente la obra de introducción al Derecho más usada en la enseñanza del Derecho y de mayor difusión e influencia en nuestro país. Sus más de 40 ediciones nos dan una idea de la difusión que ha tenido desde su publicación original en 1940. De hecho la definición del Derecho de una importante proporción de dogmáticos y autores jurídicos mexicanos retoma en parte o en todo la concepción desarrollada por García Máynez en sus tres primeros capítulos.

¹⁴ "Aunque parezca paradójico, antes de la realización de sus supuestos toda norma es hipotética y, cuando aquéllos se producen, deviene categórica". GARCÍA MÁYNEZ, op. cit., p. 14.

recho es compartido por un nivel más bajo de abstracción en el análisis del fenómeno jurídico: el estudio dogmático de las ramas particulares del Derecho.

Nosotros consideramos que el Derecho es un sistema de normas bilaterales, externas, heterónomas y coercibles con profundo contenido consuetudinario, espiritual y ético que sirve de instrumento a una determinada sociedad humana para encauzar y regular la interferencia intersubjetiva de sus componentes, así como las relaciones con otras sociedades humanas, en busca de la realización de los fines comunes y en vista de valores que les son correlativos como la justicia, la libertad, la seguridad y la justicia social.¹⁵

Si bien esta definición tiene más adornos, su estructura básica no difiere de las anteriores: se identifica al Derecho con las normas, se califica a dichas normas para distinguir al Derecho de otros órdenes normativos y se señala como objeto de la regulación jurídica la conducta humana en sociedad. La diferencia de esta definición con las anteriores consiste principalmente en incluir el elemento de los valores. Desafortunadamente, enuncia determinados valores en particular, lo que ancla la definición a una situación contingente. Es importante señalar que los valores, en esta definición como en la mayoría de las definiciones de Derecho en México que incluyen elementos valorativos en su concepción de Derecho, son meramente mencionados. Esto es, no se explican, analizan o critican. Pero sobre todo no se explica el papel que juegan los valores en la operación de la normatividad jurídica, esto es, en el Derecho en acción. Por esto, cuando encontramos elementos valorativos en las definiciones del Derecho podemos decir que, en general, no son explicaciones valorativas del objeto formal de estudio, sino explicaciones normativas, de corte formalista, que incluyen superficialmente la *mención* de los valores como un factor relacionado con el Derecho, mas no explican al Derecho incluyendo a dicho factor en la construcción del objeto formal de estudio.

¹⁵ ACOSTA ROMERO, Miguel, *Teoría general del Derecho Administrativo. Primer curso*, 22ª ed., México, Porrúa, 1995.

2. ANÁLISIS Y CRÍTICA

De los ejemplos arriba expuestos y del análisis de los mismos, podemos establecer que la concepción del Derecho que subyace en las explicaciones del Derecho que se transmiten a través de la enseñanza del mismo es una concepción formalista. El concepto del Derecho se centra en torno al concepto de norma,¹⁶ al cual, siguiendo el método aristotélico de definir por género próximo y diferencia específica, se le agregan determinados calificativos entre los que destaca el de *coercible*.

Sin embargo, lo que parece más relevante para entender la concepción tradicional del Derecho y las deficiencias que tiene en su explicación del Derecho, no son los elementos que la constituyen, sino aquellos que no se encuentran presentes. En ninguna definición de las estudiadas se presenta elemento fáctico alguno. No hay un solo hecho empírico que explique al Derecho, ni en cuanto a su creación, ni en cuanto a su aplicación, ni en cuanto a la explicación de su funcionamiento y operación cotidianas. Los hechos quedan relegados de la explicación del Derecho.

Vale la pena señalar que si bien el concepto de norma implica una conducta y el concepto de coercibilidad implica una aplicación, la mención de estos dos elementos deja mucho que desear en la vinculación del Derecho con algún tipo de hecho social. Si bien nuestros autores mencionan que la finalidad u objeto del Derecho es regular la conducta o interacción social, no incluyen elementos en su concepción del derecho que permitan entender y explicar cómo se regula esta interacción, con qué medios y en qué medida se logra, cuáles son las herramientas (físicas, psicológicas, económicas, culturales, etc.) que permiten y posibilitan dicha regulación. Ciertamente, se habla de coacción y coercibilidad, pero no se explica cómo se lleva a cabo, cuánto se utiliza, en qué grado depende la efectividad del Derecho en la coacción y en qué grado en la coercibilidad, qué otros factores participan en la operación y aplicación del orden jurídico. Toda la dimensión fáctica del Derecho se excluye o queda reducida al margen. Asimismo se excluye casi por completo la dimensión valorativa. Mencionar que el Derecho regula la conducta “en busca de la realización de los fines comunes y en vista de valores que les son co-

¹⁶ Entendiendo dicho concepto por oposición al concepto de juicio enunciativo y por la diferencia entre prescripción y descripción, no por distinción entre hecho y juicio.

rrelativos” no es suficiente para entender cómo los valores determinan los contenidos del Derecho, de qué forma y en qué grado afectan la interpretación y aplicación del mismo, qué papel juegan en la efectividad y legitimidad de un orden jurídico.

Al excluir las dimensiones fáctica y valorativa del fenómeno (o fenómenos) jurídico(s), el objeto formal del estudio del Derecho y con él la concepción del Derecho que se transmite en las aulas dista mucho del objeto real a partir del cual se construye (debería construirse) y con el cual operan los profesionistas, funcionarios, jueces, abogados y los individuos en general.

3. LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL DEL DERECHO Y LA DOGMÁTICA JURÍDICA

Lo que aquí llamamos la concepción “tradicional” del Derecho, dominante en los ámbitos del estudio del Derecho y de su aplicación judicial, proviene, en la tradición continental a la cual pertenecemos, del paradigma de la dogmática jurídica o “ciencia jurídica”.¹⁷ Aún hoy, la dogmática jurídica ocupa un lugar dominante en el estudio y la enseñanza del Derecho.¹⁸ El grueso del conocimiento que se publica, estudia y transmite en las escuelas y facultades de Derecho de nuestro país se limita a estudios de dogmática jurídica, marginando otras perspectivas desde las que se puede estudiar a los fenómenos jurídicos así como al estudio de las interacciones de este orden normativo con otras instituciones sociales. Por ello, resulta indispensable establecer los aspectos fundamentales de la dogmática jurídica, resaltando los puntos que trascienden a la concepción tradicional del Derecho. Tras establecer estos factores, ubicaremos el desarrollo de esta tradición en la historia del pensamiento jurídico.

Según Merryman, la concepción tradicional típica, producto de la ciencia jurídica, presenta al orden legal de una forma determinada.

¹⁷ TAMAYO y SALMORÁN en su obra *Elementos para una teoría general del derecho* señala que “ciencia jurídica” es un término equívoco que puede referirse a muy diversas actividades. Aceptando el planteamiento de Tamayo, aclaro que, a lo largo de este trabajo, “ciencia jurídica” se refiere a la dogmática jurídica, salvo mención en contrario.

¹⁸ CALSAMIGLIA, Albert, “Ciencia jurídica”, en GARZÓN VALDÉS et al., *El Derecho y la justicia*, en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Trotta, Madrid, t. XI, 1996, p. 20.

¿QUÉ?, ¿CÓMO? Y ¿PARA QUÉ? ANÁLISIS Y CRÍTICA AL MODELO TRADICIONAL DE ENSEÑANZA DEL DERECHO EN MÉXICO

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

El orden legal se contempla como algo estático. El Derecho no se contempla como un proceso para la percepción y resolución de los problemas, sino como un conjunto de reglas e instituciones establecidas. En lugar de estudiar cómo perciben y resuelven los problemas tales instituciones, o cómo hacen, interpretan y aplican el Derecho, la doctrina se concentra en el conjunto sustantivo de las reglas existentes como el objetivo principal de su estudio.¹⁹

El contemplar al Derecho como un orden estático y centrar su estudio en torno al contenido sustantivo del mismo tiene como consecuencia un giro formalista en el método de estudio. Sin embargo, este formalismo no se limita a determinar el método. Este formalismo propio de la dogmática jurídica ha sido tan dominante que, como pudimos observar en las definiciones del Derecho arriba analizadas, ha penetrado en las definiciones del Derecho de nuestros tratadistas. De esta forma vemos como la concepción del Derecho propia de la dogmática jurídica, penetra en la teoría del Derecho y determina así la visión del objeto de estudio no sólo de los dogmáticos, sino de los juristas en general. Con relación al formalismo de la dogmática jurídica y la concepción del Derecho, Bobbio nos dice:

El parentesco entre este formalismo de la ciencia jurídica y el normativismo es evidente; pues, sobre la base de la concepción formal de la ciencia jurídica se encuentra la concepción del Derecho, propia de la teoría normativa, según la cual el Derecho es un conjunto de clasificaciones normativas de comportamiento, con lo que la tarea de una investigación científica del Derecho se resuelve en una reducción de los comportamientos a las estructuras y en una continua constitución y reconstrucción de las estructuras mismas.²⁰

Así, el formalismo dogmático pasa de ser una aproximación determinada a un objeto de estudio a ser una concepción particular sobre dicho objeto de estudio. Formalismo y normativismo²¹ resultan dos caras

¹⁹ MERRYMAN, John H., *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 135.

²⁰ BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1995, p. 25.

²¹ El término "normativismo" es polivalente. Muchos autores que distan de ser formalistas (el realista Ross, por ejemplo) se consideran a sí mismos normativistas. Las normas son un elemento central al derecho, en cualquier concepción que se tenga de él. En un sentido amplio podríamos decir que todo quien considere a las normas

de la misma moneda: cuando hablamos del método de estudio le llamamos formalismo y cuando trasciende a la concepción misma del Derecho le llamamos normativismo. En otras palabras pasa de método de estudio a objeto formal de estudio.

Resulta importante, al tratar el formalismo dogmático, señalar que dicho formalismo no se reduce a la tradición continental ni a la dogmática jurídica, pues en diferentes momentos ha resultado dominante en otras tradiciones jurídicas. Aun el método de casos de los Estados Unidos, frecuentemente considerado como un método de estudio que presupone una concepción del Derecho opuesta al normativismo, ha sido clasificado como formalista y criticado por ello.²²

Además de heredar a la concepción del Derecho su visión estática y formalista, la dogmática jurídica cuenta con otra característica que afecta en forma importante tanto el estudio del Derecho como su enseñanza. La dogmática se presenta como *ciencia* del Derecho. Consecuentemente pretende ser descriptiva de su objeto.²³ Sin embargo, contrariamente a lo que parecería indicar su denominación como “ciencia jurídica”, no es una teoría cuya principal función sea descriptiva sino que en realidad resulta prescriptiva. Los dogmáticos, al determinar cuál es el Derecho aplicable, asignarle significado normativo a las expresiones lingüísticas y reformular las consecuencias normativas de los textos legales para dar solución a problemas de interpretación o aplicación, no están describiendo un objeto, sino que proponen soluciones particulares a problemas jurídicos. Esta prescripción, por demás común en las obras de dogmática jurídica, al

como un elemento central al derecho es normativista. Sin embargo, cabe aun distinguir dos tipos de normativismos: lo que llamaremos “normativismo incluyente”, el cual incluye en la concepción del Derecho elementos distintos a las normas, pero entendidos como jurídicos a la luz de las normas; y un “normativismo excluyente” el cual considera otros elementos, como hechos y valores, como ajenos al Derecho o sólo circunstancialmente relacionados con él. Una cosa es poner el acento sobre las normas y otra distinta es reducir la concepción del Derecho a un conjunto únicamente de normas. Este normativismo excluyente es al que nos referimos en este trabajo.

²² FRANK, Jerome, “Una defensa de las escuelas de abogados”, en BÖHMER, Martín, *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Barcelona, Gedisa, 1999.

²³ “Normalmente la jurisprudencia dogmática se encuentra en los escritos de los juristas. Cuando los juristas hacen jurisprudencia su propósito es describir un determinado derecho”. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, México, Themis, 1998, p. 279.

¿QUÉ?, ¿CÓMO? Y ¿PARA QUÉ? ANÁLISIS Y CRÍTICA AL MODELO TRADICIONAL DE ENSEÑANZA DEL DERECHO EN MÉXICO

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

presentarse como resultado de una actividad nominalmente “científica”, se reviste de la autoridad de una descripción. La dogmática resulta así, en realidad, una disciplina práctica, mas no una ciencia descriptiva.

El *pensamiento dogmático* (...) se atiene a una opinión establecida (dogma o dogmas); por una parte, la pone *fuera de toda duda* y, por la otra, la desarrolla de múltiple manera. (...) el esquema conceptual y lingüístico que aquí interesa adquiere, por el mero hecho de su fijación, una función social múltiple. Transmite a los demás una convicción, influye sobre los demás y finalmente, como aquí, se convierte en prescripción de conducta, pues este tipo del pensar y del hablar trata siempre de que lo pensado y lo expresado lleguen a tener una función operativa. (...) Contiene, por cierto, elementos cognoscitivos pero, sin duda, no es una teoría con una función primariamente cognoscitiva, es decir, una teoría de la investigación o cetética. Es más bien una teoría (operativa) que influye en el comportamiento social, es decir, una teoría con una función primariamente social.²⁴

El problema no es que los dogmáticos prescriban, de hecho ésta es su principal función. Al hacerlo resultan de suma utilidad a quienes practican, aplican u operan el Derecho. El problema es prescribir y llamarle descripción, pues se generan dos errores. El primero es hacer creer al lector que las opiniones contingentes son descripciones objetivas. Asimismo, al plantear el producto de la dogmática jurídica como explicación y no como interpretación se esconde el hecho de que una parte considerable del Derecho positivo ofrece múltiples opciones de interpretación. El segundo consiste en que, al ocupar el lugar de “ciencia” del Derecho, y presentarse como descriptiva del mismo, desplaza a enfoques netamente descriptivos del Derecho.

En cuanto a los efectos que tienen los presupuestos implícitos de la dogmática jurídica en la concepción del Derecho que se enseña, aunados al esquema vertical, segmentado y autoritario de la pedagogía imperante en las aulas (lo cual trataremos en el segundo capítulo), podemos afirmar con Merryman:

²⁴ VIEHWEG, Theodor, “Ideología y dogmática jurídica”, en *Tópica y filosofía del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 101-2.

El supuesto de la ciencia jurídica que deriva conceptos y clases del estudio de los datos legales naturales por una parte, y la naturaleza generalmente autoritaria y nada crítica del proceso de educación legal por la otra, tienden a generar la actitud de que las definiciones de conceptos y clases expresan la verdad científica.²⁵

4. LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL DEL DERECHO Y SU ENSEÑANZA

La enseñanza del Derecho consiste, principalmente, en transmitir una explicación del Derecho, esto es, una concepción del Derecho y el modelo de acercamiento metodológico correspondiente. Explicación que sirve para entender, estudiar y operar al Derecho. Por ello, revisaremos la labor que algunos autores han hecho al enunciar las características generales de la enseñanza del Derecho o de la explicación del Derecho surgida de tradición continental y arraigada en países latinoamericanos. Una revisión de estos estudios nos permitirá mejor entender en qué medida la concepción tradicional del Derecho determina la enseñanza del mismo.

Para Martín F. Böhmer la concepción tradicional:

afirma 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 profesiones jurídicas (...) 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 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 los textos legales, o en la defensa de algún cliente (...) Las facultades que asumen esta concepción general de la enseñanza del Derecho no explicitan los presupuestos sobre los que se tomaron estas decisiones (...) El presupuesto fundamental se debe encontrar en cierta concepción de la autoridad normativa (...) [que] postula que toda autoridad nace de la voluntad mayoritaria del pueblo y que sólo sus representantes pueden emitir normas jurídicas válidas, que la autoridad

²⁵ MERRYMAN, op. cit., p. 124.

¿QUÉ?, ¿CÓMO? Y ¿PARA QUÉ? ANÁLISIS Y CRÍTICA AL MODELO TRADICIONAL DE ENSEÑANZA DEL DERECHO EN MÉXICO

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

surge, en definitiva del consenso mayoritario expresado por el texto constitucional y por las leyes.²⁶

Como podemos ver, varias de las características tratadas en los apartados anteriores (1.1.1, 1.1.2 y 1.1.3) las encontramos en el modelo tradicional de enseñanza del Derecho. A saber: la idea de que el Derecho se reduce a normas, la consecuente exclusión de hechos y valores del estudio del Derecho, la creencia de que la labor realizada es meramente descriptiva y la presentación mistificante de la ley como concreción de la voluntad mayoritaria.

Por su parte, José Ramón Cossío considera que la explicación tradicional del Derecho reúne las siguientes características:

...la consideración puramente normativa del Derecho; el estudio exclusivo de las normas generales, particularmente las leyes; la consideración puramente normativa de los órganos del Estado y demás sujetos de actuación dentro de los procesos normativos; la discusión de los temas de estudio mediante las opiniones de profesores o investigadores del Derecho (juristas); la ausencia de discusión acerca de las individualizaciones normativas producidas por los órganos del Estado o las propuestas del sentido normativo producidas por los restantes sujetos de actuación en los procesos normativos; la ausencia de consideración de lo que suelen denominarse las “fuentes reales” del Derecho; la falta de historicidad para la identificación o explicación de normas jurídicas (como no sea mediante una historia puramente normativa e interna); la consideración de los elementos distintos a la pura normatividad mediante formas de conocimiento diversas y ajenas a los juristas.²⁷

De esta cita podemos destacar los siguientes elementos: 1) normativismo; 2) identificación del Derecho con las leyes; 3) exclusión de la dimensión dinámica del Derecho, esto es de su creación, operación y aplicación; 4) la exclusión de la dimensión fáctica y empírica del sistema jurídico; 5) falta de contextualización histórica de la normatividad, y 6) la afirmación de que los elementos marginados del estudio del Derecho corresponden a disciplinas distintas o ajenas a los juristas.

²⁶ BÖHMER, op. cit., pp. 15-17.

²⁷ Cossío, José Ramón, *Cambio social y cambio jurídico*, México, Miguel Ángel Porrúa Editor - ITAM, 2001, p. 294.

En resumen, podemos concluir que la concepción tradicional del Derecho se caracteriza por reducir el Derecho a normas, entendiéndolas desde una perspectiva formalista y estática. Consecuentemente, resulta una visión excluyente de hechos y valores, mistificadora de la ley y ahistórica. Asimismo, esta concepción pretende que la actividad principalmente prescriptiva que es la dogmática jurídica sea una actividad descriptiva y nos hace creer que cualquier estudio del Derecho que incluya elementos que no sean estrictamente normativos, corresponde a otras disciplinas ajenas a la del jurista.

Nos encontramos con una concepción abstracta²⁸ del Derecho. Esto es, una concepción que excluye aquellos factores que contextualizan, delimitan y determinan a su objeto de estudio, con lo cual presentan una visión deformada del mismo.²⁹ Tenemos pues un objeto formal de estudio distinto y distante del objeto real a partir del cual debería estar construido.

B. ¿CÓMO SE ENSEÑA EL DERECHO?

Con relación a cómo se enseña el Derecho, hay problemas de diversa índole por contestar. Por una parte está la perspectiva pedagógica. Se

²⁸ BERUMEN CAMPOS, Arturo, *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural*, México, Cárdenas Editor Distribuidor, 2000. "Una cosa es pensada abstractamente, cuando se le piensa de una manera 'indiferente' respecto de las otras con las cuales, sin embargo, mantiene relación, de modo, que parecería no necesitar de las otras para definirse o determinarse. Al abstraerse, es decir, al no considerarse su relación con las otras, ella misma se hace abstracta, es decir, no es considerada en su totalidad, pues se hace abstracción de las cualidades que se le determinan por medio de las otras, ya que, ambas se determinan recíprocamente.

"De esta manera, si se considera al sujeto como 'independiente' de los demás, se le está considerando abstractamente, pues él, en su determinación, contiene las determinaciones que los demás le establecen como sus límites. E igual, los demás respecto de él, pues todos son sujetos, sólo recíprocamente.

"En esto consiste, precisamente, considerar algo concretamente: en considerarlo como determinándose, recíprocamente, con los otros. Los sujetos sólo se constituyen como tales, determinándose, recíprocamente, con los demás. De modo que, sólo puede haber contradicción cuando se considera, primero, que las cosas no tienen relación; segundo que las cosas sí la tienen y, tercero, se oculta la relación para soslayar la propia contradicción" pp. XVII-XVIII.

²⁹ Más tarde nos referiremos a esta concepción como la concepción "científica" del derecho para contraponerla a la concepción "política" del mismo, la cual se explica más adelante.

¿QUÉ?, ¿CÓMO? Y ¿PARA QUÉ? ANÁLISIS Y CRÍTICA AL MODELO TRADICIONAL DE ENSEÑANZA DEL DERECHO EN MÉXICO

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

puede abordar el tema desde el punto de vista de la teoría pedagógica que se adopta para llevar a cabo la enseñanza o las técnicas pedagógicas empleadas en el aula. Esta perspectiva no es la que interesa para este trabajo por varias razones. Primero, sería demasiado arriesgado adentrarnos en temas que, si bien son de gran importancia, no nos es posible analizar ni mucho menos criticar. Segundo, para los efectos de esta tesis lo importante es analizar cómo se enseña el Derecho a un nivel más elemental. Antes de determinar las técnicas pedagógicas a emplear, es indispensable discutir cuál es el conocimiento a enseñar.

Así, se nos presenta la segunda perspectiva, la jurídica, que es la que este capítulo abordará principalmente. Cabe aclarar que para contextualizar el análisis de conocimiento a transmitir haremos referencia a dos aspectos que superficialmente tematizan materias propias de la pedagogía: el tipo de aprendizaje que se espera lleve a cabo el estudiante y una caracterización básica de la técnica de enseñanza típica del modelo tradicional.

A lo largo de toda esta sección y en relación con los conocimientos que se transmiten, hay que tener en cuenta el factor dominante en el modelo tradicional, derivado de su concepción del Derecho: el normativismo excluyente.

En efecto, el cómo enseñar o aprender va unido dialécticamente al qué enseñar o aprender.

El modelo de docencia jurídica tradicional supone al Derecho como el *conjunto de normas* que rigen la conducta de los hombres en sociedad. Por tanto, ellas son el punto de partida de todo el aprendizaje jurídico. Las normas prefiguran la realidad deseable y esta última debe ajustarse a ellas.

Así, el Derecho se reduce a normas autosuficientes que se integran a un sistema y que diseñan un deber que no debe confundirse con el ser. Un dualismo neutro, ahistórico que separa tajantemente forma y contenido. La forma -norma- es la materia prima de los juristas y abogados y el contenido es la vida social que sólo importa al hombre de Derecho cuando esa vida social impacta o cae en las hipótesis de las normas.³⁰

³⁰ WITKER V., Jorge, "Docencia crítica y formación jurídica", en *Antología de estudios sobre la enseñanza del derecho*, 2ª ed., México, UNAM, 1995, p. 226.

1. MODOS DE APRENDIZAJE

Siguiendo a Juan Ramón Capella,³¹ podemos decir que existen tres modos básicos de aprendizaje: el *aprendizaje por shock*, el *aprendizaje de mantenimiento* y el *aprendizaje innovador*. El primero consiste en ubicar al alumno en una situación en la cual aprende o fracasa. Esto es, sustituir el trabajo del enseñante de producir estímulos intelectuales con la voluntad de aprender del discípulo frente a la necesidad de evitar el fracaso. El segundo modo de aprendizaje consistente en la repetición de la información que se desea transmitir. El tercero consiste en aprender a afrontar problemas y situaciones distintos de los conocidos, por alumnos e incluso por los enseñantes, y a hallarles soluciones inéditas; y, secundariamente consiste en solventar problemas conocidos con mejores soluciones.

El modo de aprendizaje correspondiente al modelo tradicional es el *aprendizaje de mantenimiento*. Respecto de este modo, Capella abunda:

El carácter gradual tiene que ver con el hecho de que la transmisión de conocimientos se organiza por pasos (...). La enseñanza está basada en la repetición (...) Estos rasgos de gradualidad y repetición hacen posible el aprendizaje con una condición previa: que la materia pueda transmitirse completa, esto es, que se trate de algo fijo, estable, conocido por quien enseña y enteramente trasladable a quien aprende (...) El propósito (...) es transmitir sin pérdida unos conocimientos que permiten enfrentarse a situaciones conocidas mediante procedimientos también conocidos...

El aprendizaje de mantenimiento posibilita que el sujeto se enfrente a situaciones problemáticas tanto prácticas como cognitivas cuyos rasgos fundamentales se suponen no mudables, y obtenga en ellas resultados ya probados...

Además de datos de hecho y saber científico (...) transmiten valores (...) Con los valores (...) inculca paradigmas o modelos de actitud ante el mundo.³²

Si consideramos las características de la labor de los profesionistas del Derecho, parecería que el aprendizaje de mantenimiento debería ocu-

³¹ CAPELLA, op. cit., cap. 3, pp. 29-39.

³² *Ibíd.*, pp. 31-2.

par un lugar secundario en la enseñanza del Derecho. En efecto, si algo caracteriza a los profesionistas del Derecho (al menos los abogados, jueces y funcionarios) es la necesidad de resolver problemas, esto es, enfrentar situaciones complejas no previstas y darles una solución. En ese sentido el aprendizaje innovador parecería el más adecuado. Sin embargo, si consideramos las características de la concepción tradicional del Derecho, veremos cómo el aprendizaje innovador resulta incompatible con algunos de sus presupuestos, mientras que el aprendizaje de mantenimiento resulta sumamente adecuado.

Si recordamos algunas de las características del modelo tradicional es posible encontrar el vínculo entre éste y el aprendizaje de mantenimiento:

- El contemplar al orden jurídico como un conjunto estático de reglas e instituciones implica que este conocimiento es fijo, completamente conocido por quien enseña y perfectamente transmisible a quien aprende.
- La visión formalista y normativista excluye la posibilidad de estudiar un objeto dinámico, lo que hace innecesario 1) concentrarse en las preguntas más que en las respuestas y 2) aprender a enfrentarse a situaciones imprevistas.
- La no explicitación de los presupuestos de la explicación y enseñanza, mencionada por Böhmer, encuentra su contraparte técnica con la transmisión de valores y paradigmas con base en la repetición.

De esta forma, tenemos que el modo de aprendizaje propio del modelo tradicional de enseñanza del Derecho es el aprendizaje de mantenimiento. Cabe, sin embargo hacer dos aclaraciones al respecto. En primer lugar, que el aprendizaje de mantenimiento en el Derecho exige ser complementado de alguna forma, pues los estudiantes, al ingresar al mundo profesional (normalmente antes de acabar la carrera, al menos en México) requieren aprender a enfrentar situaciones no previstas con soluciones creativas. La solución al problema es el *aprendizaje por shock*. El estudiante, al recibirse y comenzar a ejercer la profesión o más frecuentemente al iniciar sus labores como pasante en algún despacho u oficina, debe de aprender a resolver problemas imprevistos o fracasar. Así tenemos que

el modelo tradicional cuenta con un *aprendizaje de mantenimiento* para el alumno durante la carrera y supone un *aprendizaje por shock* fuera de las aulas.

El segundo punto es que, desde la perspectiva de los profesores, su actividad (en el mejor de los casos) se centra en algo parecido a la innovación: la actualización. Por actualización entendemos el intento por incorporar a la docencia el resultado de la investigación. Se actualiza el contenido de las enseñanzas, pero en todo caso esto es mero mantenimiento desde el punto de vista de quien aprende. En todo caso, innovación sería incorporar no los resultados, sino las problemáticas de la investigación a la docencia.³³

2. EL ESQUEMA DE ENSEÑANZA DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO EN EL MODELO TRADICIONAL

Afín con el aprendizaje de mantenimiento, la enseñanza del Derecho está organizada según una descomposición analítica del saber, presentada en forma de disciplinas (o ramas) separadas.³⁴

El esquema que siguen, con algunas variantes, los planes de estudio de la mayor parte de las escuelas de Derecho del país es consistente con la principal clasificación del Derecho en ramas determinadas por el objeto de regulación: Derecho Público y Derecho Privado.³⁵ Cada subdivisión o rama particular del Derecho corresponde a una materia de dogmática jurídica en el plan de estudios.

Por supuesto, existen variantes en las subclasificaciones, pero esencialmente todas siguen el mismo patrón. Asimismo existen materias que no corresponden a las ramas de dogmática jurídica,³⁶ pero consistentemente a estas materias se les considera periféricas o auxiliares, y repre-

³³ *Ibíd.*, pp. 33-34.

³⁴ CAPELLA, *op. cit.*, p. 35.

³⁵ Un buen ejemplo típico de la estructura completa de los cursos fue revisado al analizar la obra *Derecho Civil Mexicano* de Rafael Rojina Villegas en el primer capítulo de este trabajo.

³⁶ Economía, Teoría Política, Historia, Filosofía del Derecho o Sociología son materias que buscan, en teoría, formar el criterio y ampliar la visión de los estudiantes, dotándolos de las herramientas analíticas necesarias para comprender problemas de un espectro más amplio que el jurídico.

sentan una proporción pequeña del plan de estudios comparado con las materias dogmáticas.³⁷ También resulta importante señalar que tanto este sistema de clasificaciones y subclasificaciones así como lo que es conocido como la “parte general”, esto es, la doctrina acerca de las normas, aplicable a cualquier rama del Derecho, provienen del Derecho Romano a través del Derecho Civil.³⁸

Así dos factores caracterizan los planes de estudio de la licenciatura en Derecho: la preponderancia de las materias de dogmática jurídica frente a las “complementarias” y la preponderancia del Derecho Civil frente a las demás ramas de la dogmática jurídica.

Al respecto Capella dice:

La organización material en asignaturas, en disciplinas, de la licenciatura en Derecho, se basa en la vieja distinción entre Derecho Público y Derecho Privado (...) Se supone que el Derecho Privado es la columna vertebral del aprendizaje y, dentro de éste, en las facultades de Derecho se dicta un número desmesurado de cursos de Derecho Civil (...) El empacho de Derecho Civil que se impone a los estudiantes va en detrimento no sólo del Derecho Público, sino también de la parte más sustancial del Derecho Privado, o sea, el Derecho Mercantil (...) se sigue dando a una figura jurídica como la hipoteca mucha más importancia que a cualquier otro instrumento financiero (...) El Derecho Público está infrarrepresentado en la licenciatura de Derecho (...) Derecho Público,

³⁷ CAPELLA clasifica las materias en tres grupos: materias de Derecho Público, materias de Derecho Privado y materias preparatorias o complementarias. Yo prefiero una clasificación diferente: materias formativas (que corresponden a las que Capella llama complementarias), materias de teoría dogmática (donde se estudia la parte general de cada rama) y materias de Derecho positivo (donde se estudian normas concretas o lo que comúnmente se llama parte especial de las materias de dogmática). Por el momento, sólo se distingue entre materias formativas o complementarias y materias de dogmática jurídica (las de teoría dogmática y las de Derecho positivo).

³⁸ “Los principales conceptos legales operativos, la estructura básica del derecho y las principales instituciones legales, se extraen directamente del derecho civil o se desarrollan por analogía con tal derecho. El aparato del academismo legal debe su origen a los académicos del derecho civil, y a la sistemática estructura conceptual desarrollada para este campo se ha adaptado finalmente a todos los demás campos. Todavía se cree generalmente que el académico del derecho civil debe desarrollar teorías generales del derecho que sean válidas para todo el orden legal” (MERRYMAN, op. cit., pp. 132-3).

que lo invade todo, todo, con una importante excepción: los planes de estudio de la licenciatura en Derecho.³⁹

En resumen: los planes de estudio se basan principalmente en la clasificación académica histórica de la dogmática jurídica. Las materias formativas son cuantitativa y cualitativamente supeditadas a las de dogmática. Dentro de las materias de dogmática se da preeminencia al Derecho Civil, adecuándose a la compartimentación del conocimiento producto de una tradición académica antes que a la normatividad jurídica positiva de hoy en día.

3. LA TÉCNICA DE ENSEÑANZA

Uno de los problemas que más preocupación ha generado (y que curiosamente menos ha sido objeto de estudio) es la pasividad generalizada de los alumnos de Derecho.⁴⁰ Sorprende que cause sorpresa la pasividad del alumnado cuando el método típico de enseñanza en las aulas de las escuelas de Derecho exige un formato en el cual el alumno juega un papel casi absolutamente pasivo. Se trata de la cátedra. La enseñanza del Derecho ha sido y es predominantemente expositiva. Rara vez se presentan modelos más activos de enseñar el Derecho en nuestras aulas.⁴¹

Los cursos regulares de las distintas disciplinas están organizados como una sucesión de "clases magistrales". La expresión del supuesto (que raramente responde a la verdad) de que quien las dicta es un verdadero maestro en su especialidad que no ha puesto por escrito el saber que publica verbalmente. Su origen histórico como instrumento pedagógico es remoto. En las universidades antiguas como la de Salamanca se daban clases así, de unos tres cuartos de hora de duración. No podían ser interrumpidas (...) el *procedimiento* de enseñanza es el mismo: un monó-

³⁹ CAPELLA, op. cit., pp. 91-93.

⁴⁰ FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho en México y Latinoamérica", en WITKER V., Jorge, *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho*, 2ª ed., UNAM, México, 1995, p. 78.

⁴¹ "...la enseñanza práctica ha sido uno de los aspectos que se ha descuidado en las facultades de nuestra región, en las que ha predominado de manera abrumadora, la exposición de los conocimientos doctrinales, que inclusive ha recibido por su rigidez y formalismo el nombre de 'dogmática'" (ibíd., p. 80).

¿QUÉ?, ¿CÓMO? Y ¿PARA QUÉ? ANÁLISIS Y CRÍTICA AL MODELO TRADICIONAL DE ENSEÑANZA DEL DERECHO EN MÉXICO

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

logo de unos tres cuartos de hora de duración (a menudo no cerrado en sí mismo sino con prolongación en una o varias clases posteriores), impartido a centenares de personas a la vez, ininterrumpido salvo excepcionalmente (lo que no lo vuelve dialógico dado el número de asistentes), seguido en ocasiones, al acabar la clase, de aclaraciones y consultas por parte de alumnos interesados...

El tipo de contenido que los distintos profesores dan a sus clases es muy variable. Por decirlo pronto y rápido, puede encontrar desde la investigación original aún no puesta por escrito hasta la exégesis o incluso la lectura disimulada de algún manual, o cosas peores.⁴²

Poco se puede agregar a la descripción anterior. No es de extrañarse la pasividad del alumnado. Únicamente cabría señalar que este esquema subraya la autoridad tanto del profesor como del contenido de la cátedra, el cual normalmente consiste en formulaciones producto de la dogmática jurídica, presentadas como verdad científica. Es una técnica que genera una cultura profundamente acrítica entre los alumnos.

Witker, por su parte señala:

Este modelo de antecedentes medievales, se basa en una técnica de enseñanza autoritaria, que centra en el profesor toda la comunicación informativa –dueño del conocimiento y del método– relegando a los estudiantes a un papel pasivo y receptivo. Es la concepción bancaria de la educación que Paulo Freiré describió con singular crudeza.

Los rasgos distintivos de este modelo de docencia son:

- Verticalismo, al favorecer relaciones en el salón de clases, de tipo jerárquicas, de subordinación, competitivas, etcétera. Un superior (maestro) y subordinado (alumno).
- Autoritarismo, al dar la voz a uno sólo de los actores: el docente.
- Verbalismo, al desarrollar las clases preferentemente a través de las exposiciones magistrales que sustituyen a la realidad y a las fuentes del conocimiento mismos.
- Intelectualismo, al dar más importancia al desarrollo cognoscitivo del alumno (repetición memorística), dejando de lado las áreas afectivas y de los valores, separando el aula de toda relación con la realidad social circundante.

⁴² CAPELLA, op. cit., pp. 25-6.

Estas premisas se presentan en materia de concepto de aprendizaje, objetivos, contenidos, actividades y evaluación, en los cuales el subjetivismo docente excluye al estudiante de toda participación y de relaciones humanas de igualdad y respeto.⁴³

Fácilmente podemos ver cómo este modelo es el ambiente propicio para transmitir un conocimiento pragmático con pretensiones científicas, formalista y abstracto, caracterizado por no explicitar sus presupuestos.

C. *¿CON QUÉ FINES SE ENSEÑA ESTA CONCEPCIÓN DEL DERECHO?*

Hay dos posibles formas de abordar la pregunta que buscamos resolver en este capítulo: encontrando los fines que el modelo de enseñanza explícitamente hace suyos o interpretando los posibles fines a partir de las consecuencias que su operación produce. Este capítulo se dividirá en tres secciones: la primera se concentra en los fines que el modelo en cuestión hace explícitamente suyos; en la segunda contextualizará el modelo de enseñanza dentro de un ámbito más amplio, principalmente político, en nuestro país; en la tercera se interpretarán los fines que implícitamente se buscan al aplicar el modelo de enseñanza del Derecho.

1. *LOS FINES EXPLÍCITOS*

Las escuelas de Derecho tienen dos funciones evidentes: formar profesionistas y generar y transmitir la ciencia jurídica. Es a través de la transmisión de la ciencia jurídica que las escuelas de Derecho pretenden cumplir con la labor de formar juristas, como si ejercer una de las profesiones jurídicas consistiera, casi exclusivamente, en llevar a cabo las operaciones de dogmática jurídica con la finalidad de aplicar u operar el Derecho. Por supuesto, las materias formativas o complementarias asumen el papel de preparar en forma más completa a los futuros profesionistas.

Ahora bien, del análisis de la concepción tradicional del Derecho y de su revisión histórica podemos extraer algunos de los fines explícitos de la enseñanza tradicional. Como veremos, estos fines explican principalmente el formalismo y el normativismo característicos de la misma.

⁴³ WITKER V., Jorge, op. cit., p. 222.

En primer lugar, encontramos que, buscando respetar la voluntad general o mayoritaria, expresada por medio del legislador en las normas generales, se pretende proveer de seguridad jurídica entendida como Estado de Derecho. Por supuesto, esta pretensión entiende al Estado de Derecho de forma un tanto minimalista. Principalmente se reduce el Estado de Derecho a la aplicación de las normas preestablecidas sin mayor intervención creativa por parte de quien la aplica. Esta concepción de la seguridad jurídica y del Estado de Derecho proviene de la doctrina de la separación de poderes, entendida en forma estricta.⁴⁴

Ahora bien, esto nos lleva al segundo fin perseguido por las escuelas de Derecho: hacer ciencia. Si las normas van a ser interpretadas (y la realidad nos obliga a interpretarlas), su interpretación no es legítima si se fundamenta en opiniones contingentes. Por lo tanto, las respuestas a los casos difíciles requieren de la legitimación que provee el sello científico. De esta forma, la interpretación, y con ello la aplicación judicial, de las normas no violenta la voluntad general pues lo único que se hace es encontrar por medios científicos *la* respuesta correcta.

Para hacer ciencia se necesita excluir lo contingente y lo metafísico. Los hechos se excluyen del estudio del Derecho, pues siendo contingentes no pueden incluirse en la búsqueda de las soluciones permanentes del sistema normativo estático. Los valores, descartados como subjetivos, también se excluyen del estudio de las normas.

Con respecto a los valores en el estudio del Derecho vale la pena señalar lo siguiente. Es frecuente que en nuestro país los juristas invoquen ciertos valores⁴⁵ como propios del Derecho. Sin embargo, rara vez se

⁴⁴ "Con la Revolución [francesa], y su consagración del dogma de la separación estricta de los poderes, se restringió categóricamente la función judicial. La insistencia revolucionaria en que la ley se hiciera sólo por una legislatura representativa significaba que los jueces no podrían hacer la ley, de manera directa o indirecta (...) El juez se convierte en una especie de empleado experto. Se le presenta una situación de hecho para la que se encontrará a la mano una respuesta legislativa en todos los casos, excepto los extraordinarios. Su función consiste simplemente en encontrar la disposición legislativa correcta, compararla con la situación de hecho y consagrar la solución que produce la unión en forma más o menos automática. Todo el proceso de la decisión judicial se ajusta al silogismo formal de la lógica escolástica. La premisa mayor se encuentra en el estatuto, los hechos del caso proveen la premisa menor y la conclusión se sigue inevitablemente" (MERRYMAN, op. cit., pp. 76-77).

⁴⁵ V. gr., Justicia, Seguridad, Libertad, Bien Común y Justicia Social.

entabla un debate sobre en qué consisten o sobre cómo afectan la normatividad positiva. Aun cuando se tematizan, normalmente se presenta una o varias doctrinas clásicas en forma escueta.⁴⁶

Por otra parte, es importante considerar lo siguiente: frente a la pregunta explícita sobre si la moral y el Derecho se encuentran vinculados en los hechos, todos los estudiosos del Derecho responden afirmativamente. El debate sobre la vinculación conceptual o necesaria entre Derecho y moral es el que normalmente ocupa a los juristas.⁴⁷ Lo curioso es que, independientemente de si hay o no una vinculación necesaria entre uno y otro sistema normativo, se reconoce que en todo sistema jurídico ha habido un vínculo fáctico con la moral. Si en el sistema jurídico estudiado, cualquiera que éste sea, hay dicha vinculación, el que los estudiosos del Derecho no incluyan en sus obras el estudio de qué tanto y en qué forma el Derecho es afectado por la moral, tanto en su creación como en su aplicación, resulta absurdo. Lo cierto es que, al no tematizar esta vinculación fáctica, se esconde a la moral en el objeto formal, perdiendo la posibilidad de debatir y criticar esta faceta del Derecho y, paradójicamente, se mina indirectamente la seguridad jurídica y el respeto a la voluntad mayoritaria expresada por el legislador. Esto, por supuesto, también afecta la explicación del Derecho, en tanto que ignora un factor importante de su funcionamiento.

2. LAS CONSECUENCIAS POLÍTICAS E HISTÓRICAS DE LA ADOPCIÓN DEL MODELO TRADICIONAL⁴⁸

En esta sección, tendremos que cambiar de perspectiva. Hemos analizado el modelo tradicional de enseñanza del Derecho a partir del objeto de análisis mismo. Corresponde ahora apartarnos de nuestro objeto de estudio y contextualizarlo política e históricamente. Así, mientras hemos

⁴⁶ Por ejemplo, se explican las reflexiones sobre la justicia distributiva, conmutativa y correctiva de Aristóteles. Un ejemplo, más generoso que la mayoría, de cómo se tematiza la justicia en el debate jurídico es, de nuevo, la obra de Rojina Villegas, antes citada.

⁴⁷ O al menos los debates entre iusnaturalistas y iuspositivistas que tanto espacio ocupan en nuestra Filosofía del Derecho.

⁴⁸ Muchas de las reflexiones contenidas en este apartado han sido publicadas en mi artículo "Estado de derecho y cultura jurídica en México", en *Isonomía*, N° 17, octubre, 2002.

entendido al Derecho principalmente como un orden normativo, ahora tenemos que entenderlo como un fenómeno social mucho más complejo. En esta sección se presentará al Derecho como la suma del referente normativo (las normas jurídicas), los hechos relacionados a su aplicación y el papel que juega como un elemento de la sociedad. De esta forma hablaremos de dos concepciones del Derecho: la concepción “científica”, predominante en los ámbitos académicos y judiciales, y que hemos venido analizando hasta ahora, por una parte, y la concepción “política” del Derecho, esto es, el papel que juega el Derecho dentro del contexto político.

Las concepciones “científica” y “política” del Derecho parecen, a primera vista, contradictorias. En realidad operan como dos visiones separadas pero complementarias, conjugadas de tal forma que la concepción científica resulta en una parálisis del pensamiento jurídico frente a la autoridad y la política, dejando el camino libre a la concepción política para regir la aplicación del Derecho y determinar su creación.

Previo al estudio de la concepción política del Derecho en México, su relación con la concepción científica y las consecuencias de dicha relación, es necesario establecer dos conceptos y sus relaciones con el Derecho:⁴⁹ acción política y revolución.⁵⁰

Para el Derecho, la acción política puede considerarse de tres formas. Primero se encuentra dentro de la normatividad, segundo se encuentra

⁴⁹ Consideramos que el Derecho es política. No toda política es Derecho, pero sí todo actuar en el Derecho es un actuar político. Las relaciones jurídicas son relaciones de poder, y el actuar a través de normas jurídicas es un actuar político pues se utilizan las relaciones de poder sancionadas institucionalmente. Sin embargo, es preciso aclarar que aquí nos referimos como “acción política” a las interacciones de poder que se realizan independientemente del Derecho positivo. Se entiende como la acción que se realiza en (o en función de) el foro público independientemente de que sea conforme a derecho o contraria a él, es decir, aquella que no considera al parámetro jurídico como una razón para actuar o dentro del cual actuar. Esta acción se contrapone a una acción sometida a derecho, limitada y encausada por el Derecho positivo. En ese sentido la acción política como aquí se entiende se contrapone al actuar en el Derecho en tanto que la primera es libre y el segundo acotado. Cabe aclarar que la revolución es la acción política libre por excelencia, en tanto que no sólo no esta sometida a un orden jurídico, sino que busca precisamente revertirlo.

⁵⁰ Las consideraciones aquí expuestas respecto a la relación entre Derecho y revolución se basan en el texto de KAHN, op. cit., cap. 3, quien toma como punto de partida el pensamiento de Hannah Arendt en lo que respecta al concepto de revolución.

fuera del Derecho (en cuyo caso es indiferente o bien contraria al Derecho). En tercer lugar la acción política puede estar al origen, como fundamento, del ordenamiento normativo o al final. Esta última situación es precisamente la revolución.

Revolución y Derecho tienen una relación compleja. Por una parte se niegan mutuamente y por otra parte se encuentran inevitablemente ligadas. La revolución es la negación del Derecho y, sobre todo, del Estado de Derecho. Es la acción política libre por excelencia que se autolegitima y niega la legitimidad toda de un orden jurídico. Consiste precisamente en el rompimiento de un orden establecido, desde fuera del mismo. Sin embargo, la revolución, para triunfar, debe necesariamente negar esa libertad de acción a las generaciones futuras y transformarse en un nuevo orden jurídico. Así el Derecho surge a partir de una revolución y con fundamento en ella, pero constituye precisamente el final de la acción política libre y el comienzo de la acción política sometida.

Así pues, el nuevo orden recurre a la revolución que le dio origen para legitimarse y justificarse, pero niega, a partir de entonces, que la acción política pueda válidamente ser libre. Exige que todo actuar político quede sometido al ordenamiento jurídico. En eso consiste lo más fundamental del Estado de Derecho: el actuar sometido al Derecho positivo.

En su concepción política, debemos entender al Derecho a partir de su momento fundacional,⁵¹ esto es, el momento en que un orden jurídico y un régimen político particular surgen y se establecen en una sociedad. Los órdenes jurídicos modernos, al no legitimarse en la intervención divina, se legitiman a través del mito de un momento fundacional en que la voluntad del soberano (el pueblo, reza nuestro mito fundacional) tiene su expresión originaria. En nuestro caso, este momento fundacional resulta⁵² la Revolución Mexicana y su culminación en la Constitución de 1917.

Lo particular en el caso mexicano es la cultura política que se desarrolló en las décadas posteriores a este momento fundacional. El discurso

⁵¹ KAHN, Paul, *The reign of law*, Yale University Press, 1997, cap. 3.

⁵² O resultaba, hasta el año 2000. Las elecciones presidenciales del año 2000 y la derrota del PRI es probable desemboquen, eventualmente, en una reinterpretación de nuestra historia oficial.

¿QUÉ?, ¿CÓMO? Y ¿PARA QUÉ? ANÁLISIS Y CRÍTICA AL MODELO TRADICIONAL DE ENSEÑANZA DEL DERECHO EN MÉXICO

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

oficial, escuchado en las ceremonias oficiales y en los discursos políticos, y aprendido en los libros de historia de la educación básica, consistía en sostener que la Revolución no había terminado, sino que continuaba vigente. La Revolución había pasado de su fase armada a su fase “institucional”. Se presentaba pues a la Revolución como continuada, como acción política constante. Esta idea, de la Revolución continuada, resulta importante para entender la relación entre el Derecho y la política que ha imperado en México hasta principios del siglo XXI.

Así tenemos a un orden jurídico que se legitima sobre la base de una “revolución” persistente. El orden jurídico debe su legitimidad a la Revolución. Pero la Revolución aún no acaba sino que se traduce en acción política institucional. La Revolución era una revolución hecha Partido; el Partido, partido hecho gobierno. Así las cosas, debiendo el Derecho su legitimidad a la acción política pasada y presente, queda subordinado a ella. El Derecho queda subordinado a la coyuntura política, en lugar de encauzarla y delimitarla. Ley y Derecho subordinados al gobierno (y no al revés). De esta forma, si el proyecto político no cabía en el marco constitucional, frecuentemente se modificaba la Constitución, se la interpretaba (interpreta) o bien se la ignoraba (ignora).

Aquí es donde encontramos la primera divergencia entre la cultura jurídica⁵³ mexicana y una cultura jurídica basada en el Estado de Derecho. El Derecho se legitima en tanto que es producto de una revolución. Hasta

⁵³ Por cultura jurídica entendemos a la forma en que nos representamos al Derecho y a la forma en que nos representamos dentro de él. Es lo que determina cómo lo operamos y cómo lo estudiamos. Son creencias y presupuestos comunes que deben tomarse en cuenta, no porque sean ciertos o falsos, sino porque construyen todo un universo de significado. El Derecho entendido como fenómeno cultural es un conjunto de creencias y presupuestos acerca de la forma y carácter de la comunidad en la que vivimos inmersos.

“Antes de ser un conjunto de reglas particulares, el Estado de derecho, es un conjunto de creencias acerca de la forma y el carácter de la comunidad en que vivimos. Los juristas no preguntan cómo la creencia en el Estado de derecho da estructura y significado a la ciudadanía dentro de esta comunidad política. Esta investigación requiere mucho más que el acercamiento acríptico de la academia tradicional, pero también más que el breve tránsito más allá del derecho que caracteriza a mucha de la academia contemporánea. Debe quedarse dentro de las creencias sobre el derecho, no porque sean verdaderas sino porque moldean un mundo de significado”. KAHAN, op. cit., p. IX (T. del A.).

allí resulta normal el caso mexicano, como sucede en otros contextos. La situación cambia en el caso mexicano cuando se considera que la Revolución no ha acabado y por lo tanto se considera necesario actuar con enorme libertad política para llevarla aún a cabo. Esto es, cuando no se niega a las generaciones futuras ese derecho a actuar libremente. Si la Revolución (acción política libre) no cesa, no puede surgir el Estado de Derecho (acción política sometida al Derecho positivo). Así, el discurso de la facción revolucionaria triunfante es el primer alejamiento del Estado de Derecho. Si la Revolución continúa, el Estado de Derecho no puede regir, entonces se entiende que la aplicación o inaplicación del Derecho positivo se encuentra sujeta a la acción política y no ésta última a aquél. Con el tiempo, la subordinación del Derecho a la acción política degeneró en la subordinación de la ley a casi cualquier tipo de acción. Debido a esto la corrupción, la impunidad y la desestimación del orden jurídico se han vuelto parte de la cultura judicial, jurídica y política del país.

Ahora bien, no basta un discurso oficial para generar una cultura jurídica. En los hechos, se subordinó la norma a la necesidad de la coyuntura política. El gobierno aplicaba o desaplicaba la normatividad positiva con gran arbitrariedad, irregularidad y en forma considerablemente abierta. Posiblemente el mejor ejemplo de ello sea también uno de los más importantes en establecer esta práctica autoritaria de aplicación arbitraria de la norma: la inaplicación de la legislación en materia religiosa concertada por el gobierno al término de la Guerra Cristera en 1929.

En 1926 el gobierno federal legisló de tal forma que las infracciones a la legislación en materia religiosa constituyeran delitos. En reciprocidad, la jerarquía católica nacional suspendió servicios eclesiales en julio del mismo año. La situación desembocó en la rebelión armada conocida como la Guerra Cristera que llevaron a cabo grupos organizados de católicos en contra del gobierno federal, principalmente en el medio rural. Para 1929 los Cristeros contaban con un ejército de aproximadamente 25.000 soldados armados y 25.000 guerrilleros. En dicha encrucijada, el gobierno federal decidió buscar un arreglo con la Iglesia. Entre el 12 y el 21 de junio de 1929 se llevaron a cabo negociaciones en las que participaron informalmente el Vaticano y los Estados Unidos (con la importante labor del embajador norteamericano Dwight Morrow). El arreglo al que llegaron Iglesia y Estado consistía, principal-

mente en que la Iglesia reconocería al gobierno y la legislación anticlerical de 1926 seguiría *vigente, pero sin ser aplicada*.⁵⁴

La importancia de este ejemplo no sólo es ilustrativa sino histórica, pues sentó un precedente importante.⁵⁵ A finales de los años veinte, cuando se consolidaba el gobierno revolucionario que habría de regir en México por el resto del siglo veinte, las dos principales instituciones en la vida del país (el gobierno y la Iglesia Católica) pactaron explícitamente la inaplicación sistemática y abierta de la legislación relativa a uno de los temas fundamentales de la Constitución de 1917: la materia religiosa. Así, a partir de ese momento, el gobierno sentó un importantísimo precedente de abiertamente subordinar el Derecho positivo a las necesidades de la coyuntura política sin modificar la legislación, simplemente ignorándola en los hechos. El Derecho positivo era formalmente vigente, pero absoluta y conscientemente ineficaz. El actuar político dejaba de lado al Derecho positivo.

Así como el anterior, podemos encontrar una multiplicidad de ejemplos vigentes y ampliamente conocidos en los que las normas son abiertamente ignoradas por la autoridad y la ciudadanía por razones políticas. En algunos casos, esto se hace explícitamente, como son el paro ilegal de actividades en la UNAM en 1999 y la rebelión zapatista en Chiapas. En otros casos la inaplicación es sistemática y consiste en el cauce ordinario de desarrollo de sectores importantes de la sociedad, como lo son la urbanización irregular por medio de invasión ilegal de predios (los llamados “paracaidistas”), el ambulante y la economía informal, etcétera.

Todos estos ejemplos de inaplicación sistemática del Derecho por parte de la autoridad generan una cultura de desacato a la ley. Es perfectamente comprensible que para sectores enteros de la población sea irrisoria la ley si nunca se les ha exigido cumplimiento por parte de las autoridades, quienes desacatan las normas abierta y sistemáticamente en amplios aspectos de la convivencia social. En verdad, para estos

⁵⁴ MEYER, Jean, “Revolution and Reconstruction in de 1920’s”, en BETHELL, Leslie, *Mexico since Independence*, Nueva York, Cambridge University Press, 1991.

⁵⁵ Posiblemente el primer precedente importante provenga desde la época colonial donde se institucionalizó la práctica de desacatar las disposiciones reales que resultarían inadecuadas con la famosa frase: “Obedézcase pero no se cumpla”.

sectores de la población, lo que es ajeno es la ley, no la ilegalidad, y tienen razón en percibirlo así.

Hay dos factores más que contribuyeron a que la aplicación del Derecho positivo fuera arbitraria: el partido hegemónico y la poca importancia política y capacidad de acción del Poder Judicial. Por no ser tema de este trabajo se señalan únicamente los aspectos más relevantes.

El jefe del Ejecutivo era el jefe real del PRI. El PRI tuvo, durante décadas, el control absoluto del Poder Legislativo. De esta forma las políticas presidenciales podían fácilmente desembocar en cambios en el Derecho positivo, incluso en modificaciones constitucionales. La política presidencial normaba el desarrollo del Derecho positivo y no era enmarcada por él. La falta de independencia de los legisladores frente a las políticas presidenciales se debía, además de la existencia de un partido hegemónico, a la institución de la no-reelección legislativa. Los legisladores hasta la fecha, al no poder ser reelectos para el período inmediato, dependen más de sus partidos que de sus electores para el desarrollo de su carrera política. Siendo el presidente el jefe real del PRI y siendo la gran mayoría de los legisladores miembros de dicho partido, esto se traducía en que el Legislativo dependiera del Ejecutivo.

Debe advertirse que el origen estructural de la ilegalidad es el presidencialismo del gobierno de un solo hombre, que establece el monopolio personal del poder político, que encabeza todo el gobierno (dominando desde el Ejecutivo a los Poderes Legislativo y Judicial); mismo que se impone, a través de su partido oficial, a los demás partidos políticos, y a los opositores en general, así como a la sociedad para preservar tal monopolio del poder público, lo que le permite utilizar *al Derecho como instrumento de dominación*.⁵⁶

Por su parte, el Poder Judicial resultaba políticamente insignificante. Primero, la falta de presupuesto suficiente siempre ha hecho a los poderes judiciales muy vulnerables a la corrupción. En segundo lugar, se marginaba al Poder Judicial federal y a las decisiones judiciales del foro público. La ciudadanía poco se enteraba del actuar de los tribunales y

⁵⁶ SALDAÑA HARLOW, Adalberto, *Lecturas constitucionales: Teoría política de la ley*, México, Asociación Nacional de Abogados Democráticos, 2000, p. 2.

escasa resultaba la discusión pública al respecto. Parte importante de las controversias entre ciudadanos encuentran solución fuera de los tribunales ya que éstos resultan ineficientes y demasiado costosos para la mayor parte de la población. Aún hoy resulta incipiente la participación del Poder Judicial en el foro público. Sólo escasas y escandalosas decisiones de la Suprema Corte u otros tribunales pasan en los medios masivos de comunicación (por ejemplo el caso sobre anatocismo o los conflictos poselectorales de Tabasco y Yucatán), pero la mayoría pasan desapercibidas.

Una vez establecida la concepción política del Derecho en México, las relaciones entre acción política, Derecho y revolución en nuestra cultura jurídica, y hecha la revisión del desarrollo histórico de esta concepción, podemos retomar la concepción científica del Derecho y señalar cómo interactúan ambas. Si vemos los presupuestos y consecuencias del modelo tradicional de enseñanza del Derecho que parte de la concepción científica del Derecho entenderemos por qué más arriba se señaló que la preeminencia de la concepción científica del Derecho en los ámbitos académico y judicial se traducía en una actitud acrítica frente a la concepción política del Derecho.

Cuando revisamos el modelo de enseñanza de Derecho surgido de la concepción “científica” del Derecho, resultaron una serie de factores que caracterizan al tipo de profesionales jurídicos que produce dicho modelo. Ahora resulta pertinente subrayar los presupuestos implícitos en la formación de juristas que desincentiva el tipo de crítica que debiera esperarse de quienes se ocupan de la creación, análisis y operación de la normatividad positiva frente a la situación que en la realidad guarda el Derecho frente a la acción política en México.

1. Al concebirse el Derecho únicamente como las normas generales emanadas de los órganos considerados como legítimos por representar la voluntad general, encontramos que se obtienen dos resultados diversos:
 - 1.1. Se desincentiva el análisis crítico de dichas normas por considerarse que su legitimidad democrática las hace incuestionables.

- 1.2. Se marginan las normas particulares del estudio del Derecho, resultando en un desinterés por la actividad judicial.
2. Al marginarse la investigación empírica se ignora la información requerida para poder analizar y criticar tanto la creación de la normatividad positiva como su aplicación.
3. Al limitarse la función de los jueces a una interpretación mecánica se enerva la revisión judicial del actuar de los Poderes Ejecutivo y Legislativo.
4. Al reproducirse un esquema social autoritario dentro de las propias aulas se generan juristas poco críticos y muy pasivos frente a las figuras de autoridad.
5. La consideración puramente normativa del Derecho excluye de la mesa de discusión las consideraciones valorativas de las normas, lo cual implica que los valores que éstas instrumentan se aceptan tácitamente y nunca se explicitan para su discusión.
6. Al sustituir las fuentes del conocimiento con la cátedra magistral se acostumbra a los juristas a no buscar la información relevante para analizar las normas creadas, las decisiones sobre las mismas y la aplicación de ellas.
7. Al marginarse los elementos considerados “ajenos” al Derecho en aras de una “ciencia” “pura” se eliminan del análisis de los fenómenos jurídicos los factores fundamentales en la creación y aplicación del Derecho, como lo son los objetivos políticos y económicos así como las consideraciones ideológicas y morales.

Si en la práctica el Derecho se subordina a la acción política, esto es visto como ajeno al Derecho y por lo tanto no concierne a los juristas. Si el Derecho es interpretado en forma limitada (o extensiva, para tal caso) por el Poder Judicial de conformidad con la política imperante emanada del Ejecutivo, esto se considera como ajeno al Derecho y a su estudio. Si el sistema judicial es a todas luces ineficiente, eso no es objeto de estudio de los juristas sino que es un problema de los funcionarios públicos. Las decisiones judiciales, las políticas administrativas y los debates legislativos son pobremente analizados en los foros de discusión pública, o bien superficialmente estudiados en los foros de discusión

académica. Los jueces pasan prácticamente desapercibidos y las argumentaciones formales son las únicas que resultan permisibles.

Esta situación de imposibilidad de generar interpretaciones alternativas fue uno de los factores esenciales para la generación de una cultura autoritaria (...) El modo en que los jueces, magistrados y ministros se subordinan al poder político fue mediante la formulación “reducida” de sus estándares de interpretación, *i.e.*, de las garantías individuales.⁵⁷

Al respecto Merryman dice:

...la insistencia del Derecho Civil en el cientificismo, la construcción de sistemas, el formalismo, etcétera, obstruye la resolución eficaz de los problemas. También disminuye el papel del juez en el proceso legal, con ventaja para el legislador y el académico.⁵⁸

En el caso particular de México el discurso “científico” del Derecho, más que evitar o contradecir al discurso “político” del Derecho, lo esconde. Al confinar a límites muy estrechos el análisis de su objeto de estudio, la enseñanza del Derecho basada en la “ciencia jurídica” no produce profesionistas con destreza analítica ni con espíritu crítico.

El operador jurídico en México es el intelectual orgánico del sistema político, que como docente, magistrado, juez o notario, hace más ideología jurídica que ciencia del Derecho.⁵⁹

El Derecho, por ende, nunca pudo ser visto como una forma para controlar el ejercicio de la política, para mantener a cada órgano o persona dentro del ámbito de competencias que le señalaba el orden jurídico. Por el contrario, el Derecho era un producto, el producto más importante del ejercicio político y, por ende, la vía para lograr los fines de ese ejercicio político.⁶⁰

3. *EL FIN IMPLÍCITO*

Para interpretar la situación analizada en el apartado anterior y sugerir el fin al que sirve el modelo tradicional de enseñanza del Derecho, segui-

⁵⁷ Cossío, *op. cit.*, pp. 73, 75.

⁵⁸ MERRYMAN, *op. cit.*, p. 130.

⁵⁹ WITKER, Jorge, *op. cit.*, p. 223.

⁶⁰ Cossío, *op. cit.*, p. 74.

remos el estudio realizado por el maestro Arturo Berumen Campos, catedrático de la Facultad de Derecho de la UNAM, en un trabajo inédito titulado *La enseñanza del derecho y el conservadurismo de los juristas*.⁶¹

Para Berumen, el fin, no necesariamente consciente, de la enseñanza del Derecho basada en la dogmática jurídica es preparar abogados que sirvan para legitimar el orden jurídico existente.

De nada sirve aceptar o proponer innovaciones jurídicas, si se va a continuar conceptualizando y enseñando el Derecho dogmáticamente. Más bien, seguiría sirviendo para que los abogados aprendan a legitimar el orden jurídico existente. Lo cual, por sí mismo, no tendría nada de negativo, si no fuera por la aceptación acrítica del poder por parte de los juristas.⁶²

En el desarrollo del trabajo, el autor plantea la existencia de tres variables: la dogmática jurídica, el elemento conservador en el pensamiento de los juristas y, finalmente, la función específica de los juristas con respecto del Estado. La primera variable resulta la variable independiente que determina a la segunda variable: el conservadurismo de los juristas. Esta segunda variable, dependiente con respecto de la primera, resulta la variable independiente frente a la tercera variable (la función legitimadora que los juristas representan en relación con el Estado).

LA VARIABLE DEPENDIENTE-INDEPENDIENTE: EL CONSERVADURISMO DE LOS JURISTAS

El conservadurismo de los juristas se expresa en tres niveles: con respecto del poder político, con respecto de los valores sociales y con respecto de la concepción del Derecho misma.⁶³ Señala el autor que este

⁶¹ BERUMEN CAMPOS, Arturo, *La enseñanza del derecho y el conservadurismo de los juristas*, sin publicar, México, 1993. La tesina citada fue redactada por Berumen en 1993. Al conocer mi tema de tesis, Arturo Berumen, con quien cursé las materias de Ética Jurídica y Filosofía del Derecho (en 1998 y 1999 respectivamente), me prestó una copia del trabajo en cuestión. Si aquí me permito seguirlo y citarlo es con su consentimiento. No siendo un trabajo publicado, intentaré ser cuidadoso de no tergiversar lo que plantea, por lo que lo citaré extensamente.

⁶² *Ibíd.*, p. 5.

⁶³ Con relación al conservadurismo de los juristas con respecto a la concepción del Derecho podríamos decir que ésta no es otra que la concepción del Derecho propia

¿QUÉ?, ¿CÓMO? Y ¿PARA QUÉ? ANÁLISIS Y CRÍTICA AL MODELO TRADICIONAL DE ENSEÑANZA DEL DERECHO EN MÉXICO

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

conservadurismo se encuentra oculto por una ideología jurídica persistente: “la de que el jurista debe velar por el prevalecimiento de los valores jurídicos, aun en contra del poder mismo”.⁶⁴ Como ejemplo del servilismo del jurista frente al poder, así como del discurso sobre los valores jurídicos, el autor cita el discurso pronunciado en 1992 por el director de la Facultad de Derecho de la UNAM, Máximo Carvajal Contreras, frente al presidente de la República:

Ciudadano Presidente, su gobierno se ha caracterizado por encauzar el desarrollo nacional dentro del orden jurídico, expresión y garantía del Estado de Derecho, en donde la libertad, la justicia, la seguridad y el bienestar común, se basan en el cumplimiento del Derecho. En nuestra Facultad –la facultad del pueblo mexicano– enseñamos esos principios básicos de toda convivencia social; por lo tanto al refrendar nuestra convicción de que el Derecho siempre hablará –*ius semper loquitur*– como lo ha demostrado durante sus tres años de gobierno...”⁶⁵

En cuanto al conservadurismo de los valores jurídicos, critica que “se arriba siempre a conceptos abstractos, es decir, que sólo se toma en cuenta un aspecto de la realidad ocultando los otros”, “valores ‘eternos’” cuya concepción “no es que sea falsa sino que posibilita que se subsuma bajo su abstracción, precisamente, lo contrario...”⁶⁶ En cuanto al conservadurismo frente el propio Derecho sostiene que éste queda encubierto con la afirmación vaga y reiterada de que el Derecho debe adaptarse al cambio social e inclusive que se sitúa a la vanguardia social. En este sentido, la vaguedad mencionada permite al jurista, más que defender

de la dogmática jurídica analizada en el primer capítulo de este trabajo, que se transmite a los juristas precisamente a través de la enseñanza del Derecho.

⁶⁴ Para ejemplificar esta ideología, cita a Justo Sierra con una frase que ya ha adquirido perfil retórico (y satírico) en la UNAM: “la siempre erguida y gloriosa Escuela Nacional de Jurisprudencia que sólo es capaz de inclinar o abatir su insignia ante el civismo o el genio.” Citado por José Castillo Larrañaga, Director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia en 1949, en el “Discurso de apertura de cursos del Doctorado en Derecho”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, t. XII, núm. 46, Abril-Junio de 1950, p. 19.

⁶⁵ CARVAJAL CONTRERAS, Máximo, “Presentación del proyecto de la biblioteca de la Facultad de Derecho”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 13, Mayo de 1992, p. 6, citado en BERUMEN, *La enseñanza...*, op. cit., p. 9.

⁶⁶ BERUMEN, *La enseñanza...*, op. cit., p. 11.

un pensamiento verdaderamente conservador, adecuarse a las políticas predominantes de las autoridades políticas.

LA VARIABLE INDEPENDIENTE: LA DOGMÁTICA JURÍDICA

La dogmática jurídica, para proceder de manera “puramente jurídica” debe aislar a los hechos sociales del estudio del Derecho, los valores políticos y los ideológicos. El suponer la validez del Derecho positivo se traduce, en la mayor parte de los juristas prácticos formados bajo el paradigma de la dogmática jurídica, en una presuposición. Al presuponerse esta validez sucede que, al revés que los juristas teóricos, concientes de suprimir hechos y valores de esta visión del Derecho, los dogmáticos confunden normas con valores y hechos, y reducen la totalidad de los fenómenos jurídicos a las normas. De esta forma, al desaparecer los hechos y los valores de la enseñanza del Derecho, sin estar plenamente conscientes de hacerlo, producen en los abogados y juristas un pensamiento dogmático y cerrado.⁶⁷

LA VARIABLE DEPENDIENTE: EL PAPEL ESTATAL DE LOS JURISTAS (FIN IMPLÍCITO EN LA ENSEÑANZA TRADICIONAL DEL DERECHO)

La legitimación del orden vigente se lleva a cabo en tres ámbitos: como funcionario público, como ideología jurídica y en la función judicial. En cuanto al primer y segundo ámbitos, señala que la preponderancia histórica de los abogados en la administración pública mexicana permite reproducir, en toda su estructura, la ideología jurídica, consistente en justificar jurídicamente que el Estado se presenta como un Estado de Derecho, y cimentada en el común denominador que resulta la formación jurídica.⁶⁸

⁶⁷ “No necesariamente, el suponer, hipotéticamente una norma fundamental es un proceso dogmático, sino sólo cuando la suposición se vuelve una presuposición, es decir, cuando es inconsciente, lo cual sucede con la mayoría de los juristas. La necesidad de suponer una norma fundamental, por parte de los juristas teóricos (Kelsen) y la de presuponerla por parte de los juristas prácticos proviene, en el primer caso, de separar, conscientemente, las normas jurídicas de los hechos sociales y de los valores ético-políticos y, en el segundo caso, de confundirlos, sin ninguna científicidad y sin ninguna crítica. Es indudable que el poco papel que juegan estos dos elementos (los hechos y los valores), en la enseñanza del derecho contribuye al pensamiento dogmático de los juristas” (Ibíd., p. 65).

⁶⁸ “Esta situación no tan sólo condicionaba que dicha preponderancia se reprodujera en toda la estructura de la administración pública sino también que la necesidad de

El aspecto judicial, ya analizado con anterioridad, es producto de la ficción que presenta al orden jurídico como estático y completo, relegando al juez a un papel meramente mecánico.⁶⁹

Hasta aquí el planteamiento de Berumen. Seguimos este planteamiento porque permitía interpretar de una forma estructurada cómo opera la concepción del Derecho reproducida a través de la enseñanza del Derecho, con la legitimación del poder político.

Lo cierto es que, opere a través de las variables dependientes descriptas por Berumen o no, el modelo tradicional produce un pensamiento jurídico acrítico y parcial, que, por lo menos, desincentiva el análisis y crítica del poder político y de su derecho y frecuentemente fomenta una actitud legitimadora de ambos.

Lo importante es señalar que el resultado del modelo tradicional de enseñanza del Derecho, inspirado en la concepción “científica” del mismo, es que lo que se reproduce en las aulas de las escuelas de Derecho es a un estudiante (y futuro profesionista del Derecho) con una visión parcial y fragmentada del universo de lo jurídico, y con un esquema mental acrítico y profundamente pasivo frente a la norma positiva y a los fenómenos políticos, que aprende a operar y reproducir esquemas de organización social autoritarios.

II. CRITICAL LEGAL STUDIES

A. *EL MODELO DE LOS CRITICAL LEGAL STUDIES*⁷⁰ (CLS)

Antes de analizar el modelo de enseñanza propuesto por CLS es necesario contextualizar el análisis explicando brevemente y a grandes

justificar, jurídicamente, al poder fuera más sentida, puesto que los juristas por su formación unilateral y todo, difícilmente pueden dejar de intuir, al menos, lo crucial que resulta para el Estado presentarse como un Estado de derecho para los efectos de la estabilidad política del sistema, aunque, en los hechos en muchos casos no fuera así” (Ibíd., p. 31).

⁶⁹ “Es ampliamente aceptado que los jueces son aún más conservadores que la mayoría de los juristas, debido tal vez a la fuerte institucionalidad del proceso judicial, a la suposición de que el juez sólo ejecuta o aplica el derecho existente y al formalismo jurídico que le sirve al juez de refugio ante un conflicto social que prefiere eludir” (Ibíd., p. 42).

⁷⁰ *Critical Legal Studies* puede traducirse burdamente como Estudios Legales Críticos. Por razones de brevedad me referiré a ellos en adelante por sus siglas en inglés: CLS.

rasgos en qué consiste esta corriente crítica del pensamiento jurídico. No es el propósito de este trabajo presentar a CLS ni mucho menos hacer una descripción exhaustiva ni un análisis completo de esta corriente (lo cual resulta casi imposible dada su enorme diversidad interna y su gran complejidad de pensamiento).⁷¹ Me concentraré en los elementos que resultan relevantes para este trabajo, aquellos relacionados con la enseñanza del Derecho, y cuyo análisis seguirá las tres preguntas eje que guiaron la vivisección del modelo tradicional de enseñanza del Derecho (¿qué concepción del Derecho se enseña?, ¿cómo se enseña? y ¿con qué fines se enseña?). Aun así, creo que hay mucho más que decir acerca de esta corriente en relación con la enseñanza del Derecho de lo que aquí se podrá plasmar. La finalidad de este capítulo es únicamente presentar, a grandes rasgos, un modelo de enseñanza alternativo (y radicalmente opuesto) al hasta aquí analizado. Lo anterior, con la intención de demostrar que una enseñanza del Derecho diversa al modelo tradicional no sólo es posible, sino que puede ser drásticamente distinta.

CLS irrumpe en escena a finales de los setenta.⁷² En mayo de 1977 se celebra la primera conferencia de este grupo en Madison, Wisconsin, la cual se proponía reunir a quienes intentaban desarrollar un enfoque crítico para el estudio del Derecho en la sociedad. Encabezados por David Trubek y Duncan Kennedy, y otros académicos, este grupo de académicos había germinado en la Universidad de Yale, en el contexto de los conflictivos y politizados años sesenta, y había comenzado a definirse en torno a la expulsión de seis profesores de la Escuela de Derecho de dicha universidad. La expulsión se debió a los ataques que estos profesores (de los más jóvenes en Yale) y un grupo de alumnos

⁷¹ "CLS es un movimiento formado por un conjunto enormemente heterogéneo de autores, que utilizan soportes teóricos y metodologías muy diversas, que se ocupan de una serie variadísima de problemas pertenecientes a múltiples campos de estudio, y que ofrecen soluciones o sostienen posturas a menudo dispares e incluso contradictorias entre sí (...) sin aspirar a imponer una teoría o un método 'correcto'" PÉREZ LLEDÓ, Juan A., *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 33-34. A lo largo de todo este capítulo citaré extensamente a Pérez Lledó, pues su reconstrucción de CLS es muy completa y recurrir a los autores originales peligra en perdernos en un estudio demasiado detallado del movimiento para las pretensiones de este trabajo.

⁷² La "historia política" de CLS aquí resumida es tomada del libro de Pérez Lledó.

habían realizado en contra del formalismo tradicional y el *policy analysis*⁷³ dominante en Yale.

En aquellos momentos predominaba la escuela de *Law & Society*, centrado en estudios sociológicos y empíricos en cierta medida externos al Derecho. Los “Crits” (como se llama a veces a los miembros de CLS) criticaban a este enfoque por desviarse de los postulados más radicales del realismo jurídico estadounidense, en particular la tesis de la indeterminación del Derecho, regresando a una versión matizada del formalismo previo a los realistas. En realidad, quienes encabezaban el movimiento constituían el ala izquierda de *Law & Society* y buscaban revigorizar algunos postulados olvidados del realismo sustituyendo al *policy analysis* con una teoría social basada principalmente en Marx y Weber.

Sin embargo, la conferencia tomó un giro inesperado. Podemos distinguir tres grupos que a grandes rasgos se diferenciaron durante la conferencia: los marxistas ortodoxos, los veteranos de *Law & Society* encabezados por Trubek, y un tercer grupo, menos definido, que se podría llamar marxismo crítico (influenciado por el estructuralismo francés y por los neomarxismos de Gramsci y la Escuela de Fráncfort) que estaba encabezado por Duncan Kennedy. De la conferencia salieron triunfantes las críticas a la ciencia social positiva y se comenzó a perfilar al neomarxismo como la veta dominante del movimiento.

Lo que siguió fue una rápida consolidación acompañada de una vertiginosa diversificación del movimiento. Basta por el momento decir que durante la década de los ochenta CLS expandió su campo de acción y se consolidó como una plataforma común de acción política para los juristas de izquierda en Estados Unidos. Además de crecer en número, logró afianzarse en distintas escuelas de Derecho de Estados Unidos, algunas de ellas de considerable importancia (en particular Harvard). Para finales de los ochenta, la expansión de CLS cayó en una desaceleración, pero constituye hasta hoy una de las principales voces en el debate jurídico de su país.

Pérez Lledó nos dice sobre CLS que:

Su cohesión no es tanto “intelectual-sustantiva” cuanto “política y sociocultural”: política no por la adhesión a una teoría política elaborada,

⁷³ Análisis de políticas públicas, por hacer una traducción un tanto burda.

sino en un sentido o bien muy general de valores y actitudes “de izquierdas” compartidos o bien muy concreto de “activismo” en disputas políticas y cotidianas...

Por eso el trabajo sustantivo de CLS, centrado en cuestiones técnico-jurídicas (ellos son juristas, más que iusfilósofos), es fuertemente interdisciplinar y teóricamente muy *ecléctico*. Esto se debe a que CLS participa de la actualidad crítica post-ilustrada a la “gran teoría”, porque esa búsqueda de explicaciones globales sobre la base de poderosas estructuras que se suceden siguiendo tendencias determinantes traiciona la idea de la complejidad y la contingencia social y “congela” la posibilidad de imaginar órdenes alternativos. CLS ni se adhiere ni aspira a construir un único “sistema” teórico, y opta en cambio por prácticas teóricas a pequeña escala (“teoría local”) adaptando elementos tomados de las más diversas tradiciones y autores...⁷⁴

De la cita anterior quisiera destacar los siguientes rasgos de CLS:

- 1) La unidad de CLS no se basa en una formulación teórica explícita y unitaria acerca del Derecho sino en conjunto de valores compartidos y actitudes críticas y de izquierda.
- 2) Un activismo político explícito.
- 3) El trabajo de CLS es interdisciplinario.
- 4) El trabajo de CLS es principalmente técnico-jurídico.
- 5) El sustento teórico de CLS es ecléctico, con una amplia gama de autores y corrientes como referente común.
- 6) Una definición importante del CLS es el elemento negativo de renunciar a teorías generales y sustituirlas por construcciones teóricas en pequeña escala enfocadas a problemas delimitados.
- 7) Una visión de las construcciones sociales como complejas y contingentes.

Un elemento que vale la pena resaltar es que los miembros de CLS no se ven a sí mismos como iusfilósofos sino como juristas prácticos. Sus incursiones en debates políticos y morales son un elemento fundamental, y el movimiento no podría entenderse sin un sólido compromiso político con la izquierda y la pluralidad. Sin embargo,

⁷⁴ PÉREZ LLEDÓ, *Teorías Críticas del Derecho*, en GARZÓN VALDÉS et al., op. cit., pp. 95-97.

¿QUÉ?, ¿CÓMO? Y ¿PARA QUÉ? ANÁLISIS Y CRÍTICA AL MODELO TRADICIONAL DE ENSEÑANZA DEL DERECHO EN MÉXICO

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

El trabajo de CLS, en cambio, pretende ser ‘más jurídico’ y, aunque su enfoque crítico se aleje del ‘punto de vista interno’ de la dogmática tradicional, no aspira tampoco a adoptar la perspectiva del iusfilósofo ‘profesional’. En la medida en que quepa hablar de la obra de CLS como de filosofía del Derecho, ésta consiste sobre todo en una filosofía del Derecho ‘aplicada’ o, parafraseando una conocida distinción paralela, una ‘filosofía *en* el Derecho’ (o ‘filosofía del Derecho de los juristas’) más que ‘una filosofía *del* Derecho’ (o ‘filosofía del Derecho de los filósofos’ o, mejor dicho, ‘de los filósofos del Derecho’)⁷⁵

Hasta aquí el lector estará seguramente insatisfecho por la breve historia y la escueta caracterización de la corriente de CLS. Lo único que puedo decir es que difícilmente haya alguna forma de presentar esta corriente en forma coherente y completa y que comparto su insatisfacción después de haber leído los materiales que sobre el tema he encontrado, así como varios escritos de los propios *Crits*. No en vano, CLS ha sido clasificado como un “fermento” más que una escuela de pensamiento jurídico.⁷⁶ Sin embargo, puedo decir que, conforme uno se familiariza con CLS, el sentimiento de confusión y la impresión vaporosa que dan va disminuyendo. Así, espero que el análisis que sigue arroje mayor luz sobre el tema.

1. ¿QUÉ CONCEPCIÓN DEL DERECHO SUBYACE A LOS CLS?

1.1. EL DERECHO COMO POLÍTICA: UN PRIMER ACERCAMIENTO

“Law is politics. It does not have an existence outside of ideological battles within society”.⁷⁷ La primera oración de la cita anterior es no sólo el eslogan por el que muchos identifican a los *Crits*, sino que resulta una frase reveladora de cómo conciben al Derecho.

Para los *Crits*, el Derecho no es inherentemente ni una estrategia de juego de la clase dominante ni un recipiente de principios nobles pero pervertidos. Es un medio plástico de discurso que sutilmente condiciona cómo experimentamos la vida social (...) A veces [las] formas en las que

⁷⁵ PÉREZ LLEDÓ, *El movimiento...*, op. cit., p. 102.

⁷⁶ FREEMAN, M. D. A., *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, Londres, Sweet & Maxwell, 1994, p. 949.

⁷⁷ El Derecho es política. FREEMAN, *ibíd.*, p. 936.

se habla acerca del Derecho (llamémosles *discursos jurídicos*) nos parecen argumentos técnicos sofisticados, a veces nos parecen simplemente sentido común (...) De cualquier manera se encuentran entre los discursos que nos permiten darle sentido al mundo, que fabrican lo que interpretamos como realidad. Construyen papeles para nosotros (...) y nos indican cómo comportarnos dentro de esos papeles (...) Dividen al mundo en categorías que filtran nuestra experiencia...

...ser capaz de esgrimir discursos jurídicos con facilidad y autoridad, o para pagar a otros (abogados, legisladores, cabildadores, etc.) para que los esgriman en nuestro nombre, es una parte importante de lo que significa tener poder en la sociedad. Los discursos jurídicos tienden, por lo tanto, a reflejar los intereses y las perspectivas de la gente poderosa, quienes los utilizan principalmente.⁷⁸

De la cita anterior podemos reformular acerca del Derecho, según CLS, lo siguiente:

- 1) El Derecho es un medio para afectar la vida social.
- 2) El poder en sociedad afecta directamente la forma en que se utiliza el poder dentro del Derecho.
- 3) El Derecho no se limita a las normas, sino que incluye, al menos, los usos (discursos jurídicos) que los actores sociales les dan.
- 4) El Derecho tiene una carga y una función principalmente política.
- 5) El Derecho puede ser, y es, utilizado para la persecución de intereses políticos y particulares.
- 6) El Derecho participa en la construcción del mundo social en tanto que "filtra" nuestra experiencia a través de categorías determinadas.

En resumen, la concepción del Derecho de CLS parece ser una concepción "politizada" del Derecho. Desde ahora podemos ver como las concepciones subyacentes a CLS y al modelo tradicional son, no sólo diferentes, sino opuestas. El Derecho ya no es un conjunto de normas, sino que está abierto (como elemento tanto activo como pasivo) a, por lo menos, la política, los intereses y las creencias acerca del mundo. Existe pues, la posibilidad de incluir los hechos sociales, los valores y las creencias comunes al estudiar el Derecho.

⁷⁸ GORDON, Robert, "Law and Ideology" (1988), en FREEMAN, *ibid.*, pp. 950-951 (T. del A.).

1.2. LOS ANTECEDENTES DE CLS Y SUS PRINCIPALES LEGADOS

Lo anterior es sólo una breve muestra de la concepción del Derecho de CLS, pero nos sirve para situarnos en la perspectiva (o perspectivas) que éstos adoptan al abordar su objeto de estudio. Hace falta, para abundar sobre el tema, aclarar a grandes rasgos los elementos y presupuestos que CLS adopta de sus principales influencias: el realismo jurídico estadounidense, el neomarxismo de la Escuela de Fráncfort y el deconstruccionismo de Derrida. No se trata de detallar los matices que CLS enfatiza o minimiza de lo que hereda de estas dos corrientes. Se trata de establecer algunos elementos fundamentales que nos permitan reconstruir una concepción del Derecho en CLS que sea contrastable con la concepción tradicional.

En gran medida podemos considerar a CLS como un movimiento que retoma el proyecto crítico de los realistas estadounidenses de principios del siglo XX, negando la faceta constructiva de éstos y llevando la crítica más allá. Ahora bien, al retomar el proyecto crítico realista (principalmente antiformalista) los *Crits* lo han enriquecido con una infinidad de influencias más recientes (y también anteriores) que les dan carácter propio y que determinan algunos métodos y tesis importantes que encontraremos en su trabajo. La multiplicidad de influencias de las que abreva CLS es tal que resultaría absurdo abarcarlas todas. Así nos enfocaremos principalmente en los tres antecedentes arriba mencionados como principales. Pero resulta importante tener en mente que esto es simplificar y que las influencias son múltiples y variopintas pues CLS ha procedido

...adaptando elementos de las más diversas tradiciones y autores: existencialismo, fenomenología, teoría social clásica (Marx, Weber, Durkheim), pragmatismo, estructuralismo, psicoanálisis, Hegel, Nietzsche, Gramsci, Foucault y Habermas sería algunos ejemplos. Pero destaca la influencia del realismo jurídico norteamericano, el neomarxismo y el "postestructuralismo" y el feminismo...⁷⁹

De los realistas, CLS retoma dos elementos fundamentales: la tesis de la indeterminación del Derecho y el carácter político del mismo. La

⁷⁹ PÉREZ LLEDÓ, *Teorías...*, op. cit., pp. 96-97.

indeterminación del Derecho, esto es, el limitado papel que juegan las normas positivas en los resultados al aplicar el derecho a casos concretos, se debe a dos razones.

El primer tipo tendría que ver con las reglas individualmente consideradas: se trata del carácter abierto y flexible de las reglas y conceptos jurídicos, su vaguedad lingüística, lo que Hart ha llamado la “zona de penumbra” debida a la “textura abierta” de todos los términos generales del lenguaje natural. Para los realistas, esta indeterminación se multiplica debido al hecho de que, para cada caso en litigio, hay casi siempre no una sino varias reglas relevantes. La vaguedad de cada una de esas reglas podría afectar a la solución del caso: hay pues no uno, sino múltiples puntos potenciales de indeterminación debido a la “textura abierta” del lenguaje (dejemos de lado los problemas derivados de la determinación de los hechos). El segundo tipo de razones del “escepticismo ante las reglas” –y la consiguiente indeterminación del Derecho– tendría que ver con las inconsistencias entre reglas distintas...⁸⁰

De aquí quisiera rescatar enunciados que se podrían hacer acerca de la concepción del Derecho de los realistas que es rescatada por CLS:

- 1) El Derecho es indeterminado.
- 2) El Derecho es contradictorio.

En cuanto a la indeterminación y contradicción del Derecho, valdría la pena mencionar en este momento la influencia de Derrida y el deconstruccionismo, pues a través de su método muchos *Crits* buscan demostrar que la indeterminación y la contradicción no son sólo lingüísticas o formales, sino también son sustantivas o valorativas realizando “...un análisis crítico en términos de contradicciones internas, o de develar la ambigüedad o vaguedad de un concepto o de una regla, o de denunciar prejuicios ideológicos ocultos...”⁸¹ Principalmente, y simplificando enormemente, el método consiste en ubicar valores o soluciones opuestas (v. gr., racional/irracional, deudor/acreditor, intención/formalidad, etc.) en los discursos (jurídicos). Estos valores opuestos son interdependientes y se requieren uno al otro, pero se encuentran en posición de jerarquía de forma que uno de ellos es privilegiado. Hecho esto, se procede a invertir

⁸⁰ PÉREZ LLEDÓ, *El movimiento...*, op. cit., p. 262.

⁸¹ *Ibíd.*, p. 183.

la jerarquía de los opuestos e imaginar el resultado de ordenar el discurso a partir de la jerarquía invertida. Así se puede proceder de esta forma, mas nunca perder de vista que la operación deconstruccionista puede ejercitarse sobre su propio resultado, esto es, invertir la nueva relación jerárquica.

En cuanto al carácter político del Derecho, que el realismo vio principalmente en la actuación de los jueces y en la posibilidad de guiar sus decisiones mediante ciencias sociales empíricas, CLS lleva la relación entre Derecho y política un paso más allá para sostener que:

La idea es que la lucha política no sólo está en el origen del sistema jurídico, sino que continúa presente en su funcionamiento ordinario. Y continúa presente no ya sólo en el sentido de que los jueces a menudo, consciente o inconscientemente, *deciden* (en el “contexto de descubrimiento”) atendiendo a sus convicciones políticas, sino en el sentido de que *en las discusiones jurídicas, en la “argumentación” de las decisiones judiciales, se reproducen prácticamente todas las controversias que desempeñan un papel significativo en el debate público sobre cuestiones políticas. El mismo espectro de ideologías y argumentos que fragmentan el debate político en nuestra cultura se refleja también de una u otra forma en el discurso jurídico, tanto en el Derecho positivo como en la argumentación judicial.*⁸²

Así, podríamos decir que los *Crits* consideran que *el Derecho es afectado en forma determinante y permanente por la política*, al grado en que reproduce las luchas políticas al interior de la normatividad, ya sea legislada, jurisdiccional o académica. Hasta aquí los tres elementos que quisiera resaltar sobre la herencia del realismo.

De la enorme deuda que CLS tiene con la Escuela de Fráncfort, veremos únicamente un elemento, por ser éste el que más claramente encuentra su origen en el neomarxismo: el paso de la *autonomía relativa* del Derecho a la *teoría constitutiva*. Los neomarxistas reformularon la idea marxista ortodoxa acerca del determinismo económico de la sociedad. Frente a la idea de diversos aspectos de la sociedad como “superestructura” de la “infraestructura” económica, los neomarxistas plantearon la *autonomía relativa* para cuestionar la idea de que las prác-

⁸² *Ibíd.*, p. 273 (cursivas y mayúsculas del autor).

ticas sociales (entre ellas el Derecho) dependen de las relaciones productivas, considerando que dependían también de factores internos a dichas prácticas.⁸³ CLS aterriza esta idea con relación al Derecho y la lleva más allá:

...las prácticas jurídicas dependen en buena parte de prácticas jurídicas previas, y en general de factores internos a la propia "cultura jurídica". La tesis se desdobra también en dos argumentos: 1) no cabe entender de manera simplista el Derecho como una variable puramente "dependiente" de la sociedad, comprensible exclusivamente según factores externos; 2) más aún, a menudo son esos factores externos los que necesitan ser entendidos, al menos en parte, como variables dependientes del Derecho...⁸⁴

El Derecho pasa a participar en la constitución o construcción de la sociedad.

Frente a la distinción entre "Derecho" y "sociedad" como dos esferas conceptualmente separadas aunque causalmente relacionadas, CLS defiende una visión más fuerte de la "interpretación" o el carácter mutuamente "constitutivo del Derecho y la sociedad..."⁸⁵

Esta *tesis constitutiva* la encontramos formulada más adelante de la siguiente forma:

El discurso del Derecho -sus categorías, argumentos, modos de razonamiento, tropos retóricos, y rituales procedimentales- encaja en un complejo de prácticas discursivas que juntas estructuran las percepciones de la gente y que por tanto actúan para reproducir o intentar cambiar la relación social de la gente.⁸⁶

Parafraseando, podemos decir que el Derecho no sólo es permeado constantemente por la política sino que *constituye, junto con otros discursos, la realidad social misma.*

⁸³ *Ibíd.*, cap. V.

⁸⁴ *Ibíd.*, pp. 381-382.

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 398.

1.3. RASGOS BÁSICOS DE LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO DE CLS

Teniendo en mente que los párrafos anteriores hacen un recuento brevísimo y simplificado de la principal herencia intelectual de CLS (y recalcando que se resaltaron únicamente los aspectos elementales básicos para los objetivos de este capítulo) podemos resumir que para CLS:

- 1) El Derecho es parte de una realidad social y política, de una visión del mundo, que constantemente lo determina y es determinada por el Derecho.
- 2) El Derecho refleja a la lucha política.
- 3) El Derecho es contradictorio.
- 4) Es Derecho es indeterminado.

Así, a grandes rasgos podemos caracterizar⁸⁷ esta concepción del Derecho como un discurso que incluye a las normas positivas, valores, hechos, creencias y rasgos culturales, que es indeterminado y contradictorio, y que se encuentra dentro de un contexto social, cultural y político al cual ayuda a conformar a la vez que lo refleja.

El Derecho es sólo uno entre muchos sistemas de significado que la gente construye para lidiar con uno de los aspectos más amenazantes de la existencia social: el peligro que representa la demás gente, cuya cooperación es indispensable para nosotros (ni siquiera podemos tener identidad individual sin que ellos nos ayuden a definirla socialmente), pero que pueden matarnos o esclavizarnos. Parece esencial tener un sistema que nos ayude a distinguir entre interacciones positivas y aquellas negativas (...) Los sistemas, por supuesto, han sido construidos por elites que han creído tener algún interés en racionalizar sus posiciones de poder dominantes, por lo que han tendido a definir los derechos de tal manera que refuercen las jerarquías existentes de riqueza y privilegio. Aún más importante resulta que el construir dichos sistemas tiene el efecto de hacer que el mundo social, como se presenta, parezca natural e inevitable.⁸⁸

⁸⁷ No pretendo aquí dar una definición del Derecho según CLS. Los propios *Crits* se cuidan de hacer definiciones y creo que nunca harían una afirmación como ésta. Se trata tan sólo de reunir, en una oración, diferentes elementos que parecen estar a veces explícitos y otras implícitos, en sus trabajos.

⁸⁸ GORDON, R. W., "New Developments in Legal Theory (1982)", en FREEMAN, op. cit., p. 963. (T. del A.).

Estamos ya muy apartados de la idea del Derecho como sistema de normas (coercibles) completo y consistente que la “ciencia” jurídica nos presenta.

2. ¿CÓMO PRETENDEN ENSEÑAR EL DERECHO LOS “CRITS”?

Recordando la herencia marxista, y sobre todo neomarxista, de CLS, no debe resultar extraño que esta corriente ponga un énfasis particular en la enseñanza del Derecho: para ellos enseñar es la praxis política. Consistentes con su activismo político, han dedicado una importante dosis de energía a criticar e intentar reformular su hábitat natural y las jerarquías ilegítimas que sirven y reproducen las escuelas de Derecho. “La denuncia de las jerarquías ilegítimas y el compromiso de los CLS con la acción política concreta en sus centros de trabajo explica, en buena medida su especial interés por la enseñanza del Derecho. Ésta no es una actividad secundaria o subordinada sino más bien constitutiva de su propia concepción del Derecho”.⁸⁹

2.1. LAS CRÍTICAS: EL MÉTODO SOCRÁTICO Y EL MÉTODO DE CASOS; EL CURRÍCULUM FORMAL VS. EL CURRÍCULUM OCULTO

Es importante resaltar que las críticas y propuestas para la enseñanza del Derecho formuladas por CLS se dan en el contexto de las escuelas de Derecho estadounidenses. La enseñanza del Derecho en Estados Unidos se basa en dos métodos que forman una unidad funcional: el método de casos y el *método socrático*.⁹⁰ Este contexto resulta para nosotros muy distante de la cátedra magisterial.⁹¹ Pensemos en función de los modos de aprendizaje que se enunciaron en el capítulo segundo y que sirvieron para analizar cómo se enseña el Derecho en el modelo tradicional. Cla-

⁸⁹ VÁZQUEZ, Rodolfo, “Modelos teóricos y enseñanza del Derecho”, en *Revista Mexicana de Derecho Público*, N° 2, México, ITAM, 2001, p. 131.

⁹⁰ El método socrático consiste básicamente en clases dialogadas a las cuales los estudiantes asisten habiendo preparado el material respectivo y en el que tanto la información como las soluciones a los problemas planteados les será extraída por el profesor a base de preguntas y repreguntas.

⁹¹ “1) más *metodológica* y menos *memorística*; 2) más *sustantiva* e interdisciplinar y menos *formalista* y cerrada; 3) más *crítica* (o participativa, o activa) y menos *dogmática* o pasiva” (PÉREZ LLEDÓ, *El Movimiento...*, op. cit., p. 117).

¿QUÉ?, ¿CÓMO? Y ¿PARA QUÉ? ANÁLISIS Y CRÍTICA AL MODELO TRADICIONAL DE ENSEÑANZA DEL DERECHO EN MÉXICO

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

ramente el *método socrático* se aleja del *aprendizaje de mantenimiento* y nos acerca al *aprendizaje innovador*.

El aprendizaje innovador no puede ser *enseñado* directamente: quienes enseñan no conocen los problemas o las situaciones que habrán de afrontar quienes aprenden. En el mejor de los casos –y hay que subrayar que *en el mejor*– a lo sumo barruntan, esto es: mediante operaciones de abstracción realizadas sobre lo que conocen, y extrapolando tendencias percibidas en la realidad, suponen o imaginan situaciones y problemas futuros; pero incluso cuando esto se hace con la más cautelosa base científica sólo se puede obtener una concepción abstracta, esto es, necesariamente carente de algunos de los rasgos que adquirirá el objeto, problema o situación real, rasgos que serán decisivos a la hora de considerar su tratamiento.⁹²

La cita anterior se acerca felizmente a la descripción del *método socrático* como técnica de enseñanza. Si el Derecho es indeterminado y contradictorio, entonces no podemos conocer los problemas futuros que afrontarán los futuros abogados. Así, conforme a la concepción realista dominante en los Estados Unidos y presente en CLS, el método socrático resulta al menos congruente. Ahora bien, dado que CLS no sólo adopta elementos del realismo estadounidense, sino que los lleva a sus siguientes consecuencias, veremos que este método es criticado. Lo importante es hacer notar que la base de la que parten los *Crits* para formular sus críticas ya de por sí implica un método de enseñanza diverso de su análogo en el modelo tradicional.

Podemos considerar que el método socrático tiene dos aspectos fundamentales. Primero que incentiva la participación del estudiante, lo confronta con problemas y lo obliga a buscar soluciones que no le son dadas por el profesor. Esta faceta es consistente con el *aprendizaje innovador* que hemos utilizado como tipo para contrastarlo con el *aprendizaje de mantenimiento*, propio del modelo tradicional. Hasta aquí parecería que los *Crits* estarían de acuerdo con el *método socrático*. El problema, o la objeción, que presentan a este método los miembros de CLS está relacionado con la segunda faceta del *método socrático*.

⁹² CAPELLA, op. cit., p. 33.

El fundamento del método en cuestión, que resulta una herencia, al menos emotiva, de la mayéutica socrática en la que se inspira, es que la verdad se puede descubrir a través de una discusión ordenada y conforme a una racionalidad adecuada. Esto se traduce, al enseñar el Derecho, en el mensaje de que mediante una discusión ordenada en la que se “piensa como jurista” se encontrará la respuesta jurídica “correcta”. Ahora bien, en el contexto del “currículum oculto”, explicado más abajo, en el que se privilegia el razonamiento técnico-jurídico y se margina la destreza práctica y el análisis teórico, el razonamiento adecuado para encontrar la respuesta correcta sería una racionalidad jurídica autónoma que excluya la ponderación moral, política y filosófica.

Esto resulta inadmisibile para la concepción del Derecho de CLS en la cual el Derecho es un universo de significado constituido por y constituyente de la realidad social, económica y política. Si el Derecho es política, entonces la racionalidad adecuada para estudiar al Derecho debe *incluir* la racionalidad política y moral, no excluirla. También, el hecho de que exista una respuesta correcta es inadmisibile para CLS ya que esto implicaría un Derecho coherente, consistente y completo. Nada más ajeno a la visión que los *Crits* tienen acerca del Derecho como algo fuertemente contradictorio e inevitablemente indeterminado.

Más aún, la forma en que *en la práctica* se lleva a cabo el *método socrático* resulta también criticable. En primer lugar, sostienen que más que invitar a la participación del alumno, ésta se exige en tal forma que sitúa al alumno en un contexto de temor frente al profesor. Cualquier alumno puede ser interrogado sobre el tema a tratar en clase y pesa sobre ellos un temor a ser ridiculizados si no responden “correctamente”. Esta situación condiciona a los alumnos a aceptar un mundo jerarquizado cuyo esquema repetirán en la vida profesional.

Por su parte, el método de casos, a diferencia del aprendizaje de mantenimiento del modelo tradicional, básicamente transmite problemas, no información. De nuevo nos encontramos frente a una práctica propia del aprendizaje innovador, por oposición al aprendizaje de mantenimiento. Sin embargo, lo que aquí resulta criticable para CLS es que al estudiar los temas en función de casos únicamente, se ubica a los alumnos en un plano intermedio de análisis, alejado por igual de la explicación teórica completa y un enfoque verdaderamente práctico. Se excluye del trata-

miento de los temas vistos en clase las dimensiones política y moral, presentando a los razonamientos jurídicos como autónomos y autosuficientes para dar cuenta de los problemas abordados.

Resulta así que, aun partiendo de métodos más cercanos al *aprendizaje innovador* que al *aprendizaje de mantenimiento*, los *Crits* critican. Resumiendo, señalan principalmente tres críticas⁹³ a la conjunción de estos métodos:

- 1) Este método está enfocado a enseñar al alumno a “pensar como abogado”. Esto no tiene nada de malo, en un primer momento. La crítica se enfoca hacia el mensaje subyacente: del “pensar como abogado” se excluye el razonamiento ético-político, por una parte, y por otra, se presenta como un patrimonio exclusivo de la comunidad jurídica, de los iniciados, lo que justifica la estratificación social y la identificación del gremio con los intereses de los poderosos.
- 2) En segundo lugar, consideran que la enseñanza del Derecho mantiene un nivel intermedio en el cual, ni se proporciona el entrenamiento práctico suficiente, ni se proporciona la herramienta necesaria para comprender el fenómeno jurídico en su dimensión contextual (política, ética, filosófica). No sólo no se proporcionan estas dos perspectivas, sino que al enfatizar el análisis “intermedio”, se devalúan los otros dos niveles de discusión.
- 3) La presión a la que están sometidos los alumnos mediante el método socrático y que los hace sentirse a merced del profesor que los puede interrogar y humillar, hace que se transmita un “mensaje emocional”. El mensaje emocional se transmite cuando el profesor utiliza el método socrático de manera diferenciada. Riguroso al discutir temas técnico-jurídicos y flexible durante el debate ético, político o filosófico, el profesor transmite la idea de que lo importante es lo primero, mientras que lo segundo es complementario y menos serio.

En consecuencia, sus propuestas para los métodos de enseñanza serían corregir esos defectos: desmitificar el “pensar como abogado”, incursionar seriamente en los dos niveles (práctico y verdaderamente teórico) antes excluidos y, finalmente, relajar el ambiente en el salón de

⁹³ PÉREZ LLEDÓ, op. cit., pp. 127-134.

clases de tal forma que se evite el trato diferenciado de temas y su correspondiente “mensaje emocional”.

Un tercer elemento de la enseñanza del Derecho en la cual CLS se encuentra inmerso es, por supuesto, la organización del currículum.⁹⁴ Frente al currículum formal, sostienen algunos miembros de CLS, existe un currículum oculto consistente en “la inculcación, a través del currículum formal, y la experiencia en clase de un conjunto de actitudes políticas frente a la economía y la sociedad en general, frente al Derecho y frente a las posibilidades de desarrollo profesional”.⁹⁵

El currículum formal esta organizado en tres años. Durante el primero se verán las materias obligatorias, la mayoría de ellas dogmáticas o de carácter técnico-jurídico. El segundo y tercer año consisten de materias en su mayoría optativas concentrándose normalmente las de *public policy* (políticas públicas) en el segundo año y dejándose para el tercero las más teóricas y multidisciplinarias. Es importante señalar que durante el tercer año muchos alumnos ya se encuentran ocupados con preparar el examen de la barra de abogados o consiguiendo trabajo para cuando egresen de la universidad.

Al referirse al currículum oculto detrás de este esquema curricular básico, los *Crits* señalan que las materias pueden ser categorizadas en tres conjuntos: centrales, secundarias y periféricas:

- 1) Las materias centrales corresponden al primer año de la carrera y son, principalmente, los cursos obligatorios como Contratos, Responsabilidad Objetiva (*Torts*), Propiedad, Procedimientos Civiles y Derecho Penal. Estas materias se presentan como claras, coherentes, racionales, precisas y “verdaderamente” jurídicas. Constituyen pues el corazón de la carrera de abogado y reflejan el pensamiento jurídico más acabado e importante. Casualmente, dirían los *Crits* irónicamente, corresponden a la regulación propia del capitalismo del siglo XIX.
- 2) Un segundo grupo de materias son las asociadas con las corrientes posrealistas consistentes en una dosis importante de políticas pú-

⁹⁴ KENNEDY, Duncan, “The Ideological Content of Legal Education” (1982), en FREEMAN, op. cit., pp. 1019-1024, y PÉREZ LLEDÓ, op., cit., pp. 121-127 (T. del A.).

⁹⁵ KENNEDY, Duncan, loc. cit., p. 1019 (T. del A.).

blicas. Éstas se toman normalmente en el segundo año y se consideran como menos jurídicas pero útiles. Son optativas y su contenido corresponde al del auge del Estado Benefactor de la época posterior al realismo jurídico pero instrumentada por él.

- 3) El tercer grupo, periférico, se toma normalmente en el tercer año y no es presentado como algo realmente jurídico y necesario para el abogado. Más que útil, parecería interesante. Se presentan de forma pospuesta (3^{er} año) y desarticulada. Sus contenidos son los de filosofía del Derecho, teoría política, teoría social, etcétera.

En *conclusión*, el mensaje de la estructura del currículum es que el discurso “técnico-jurídico” (1), el de *policy* (2), y el auténticamente “político-moral” (3) son fundamental y cualitativamente distintos entre sí; y que, en el actual “posrealismo” jurídico, (1) sigue teniendo prioridad pero puede verse corregido y hasta cooperar con (2), siempre que (3) se quede fuera y, si ha de coexistir, no se mezcle con ellos.⁹⁶

2.2. LAS PROPUESTAS DE CLS

La acusación más persistente y difundida que se hace en contra de CLS es que su proyecto es esencialmente negativo, que resulta en un nihilismo jurídico, marginando el Derecho frente a las consideraciones políticas e ideológicas. Lo anterior puede parecer cierto en un primer momento, pero con una revisión un poco más cuidadosa de los textos elaborados por los *Crits* encontraríamos un abundante listado de propuestas creativas y veríamos que, antes que pensadores sociales, activistas políticos o filósofos del Derecho, son juristas.

La faceta propositiva de CLS es particularmente manifiesta en relación con la enseñanza del Derecho. En cuanto al cómo enseñar el Derecho los, *Crits* proponen, y proponen mucho. Es necesario precisar aquí que, como en el resto de su trabajo, no proponen una gran teoría que abarque desde los principios normativos más abstractos hasta los detalles más minuciosos de la enseñanza jurídica. En lugar de ello encontramos una enorme cantidad de propuestas enfocadas a reformas específicas o problemas determinados de la enseñanza. Una revisión ordenada de tan abundante fuente de propuestas resulta absurda y desborda las preten-

⁹⁶ PÉREZ LLEDÓ, op. cit., p. 125.

siones de este trabajo. Lo que sí resulta pertinente es, siguiendo a Pérez Lledó,⁹⁷ enunciar a grandes rasgos los ejes en torno a los cuales gravitan las propuestas.

En primer lugar, se podría decir que lo que pretenden es politizar la enseñanza del Derecho. Por politizar entendamos no adoctrinar sino, de cierta forma contextualizar al Derecho. Se trata de desnudar al Derecho de su falsa pretensión de neutralidad valorativa y contemplar los debates morales, políticos y filosóficos que lo conforman y de los que forma parte. Se busca explicitar los contenidos morales y políticos y los puntos de partida filosóficos que configuran el discurso jurídico, por una parte, y desactivar las limitantes que esconden estos elementos bajo un formalismo con pretensión de neutralidad. En concreto, veamos algunas de las propuestas que pretenden.

En relación con la conformación del currículum, las propuestas parecen mantenerse dentro del esquema del currículum formal antes analizado. CLS dirige sus embates hacia el currículum oculto, hacia los mensajes subyacentes al currículum formal. Si retomamos la clasificación de materias en los tres grupos descritos con anterioridad, y consideramos las materias de dogmática (primer grupo) como moviéndose en un nivel intermedio entre la práctica y la teoría; a las materias de *public policy* (pertenecientes al grupo 2) como insertas en un nivel práctico, y las materias periféricas (pertenecientes al grupo 3) como aquellas materias propiamente teóricas, entonces las propuestas de CLS van encaminadas a equilibrar el peso real de los tres grupos de modo que las materias prácticas no sean apéndice de las dogmáticas y las teóricas no queden marginadas a la periferia.

El grupo más reforzado debe entonces ser el tercer grupo (nivel teórico, que incluye materias como teoría social, filosofía jurídica e historia del Derecho). No sólo se trata de subrayar la importancia de este tipo de materias al rescatarlas de la periferia optativa y, comúnmente, del último año de la carrera, en que se encuentran. Además de reorganizar el currículum de tal forma que las materias teóricas corran al paralelo de los otros dos grupos de materias, se pretende integrar dichas materias a las materias prácticas y dogmáticas. Esto posiblemente sea la medida

⁹⁷ PÉREZ LLEDÓ, op. cit., pp. 141-148.

más importante y difícil que CLS propone al respecto: integrar *dentro* de las materias prácticas y de las clases de Derecho positivo y dogmática, las herramientas y perspectivas de las materias teóricas.⁹⁸ Integrar la explicación política, filosófica e histórica al dar a conocer y enseñar a operar el Derecho positivo. Se propone que “la formación que en ellos [los cursos teóricos y multidisciplinarios] se adquiere sirva como instrumento y orientación tanto para el análisis de las instituciones jurídico-positivas (...) como para la realización de las prácticas ‘clínicas’”.⁹⁹

El primer grupo, correspondiente a nuestras materias de dogmática jurídica, de perfil más bien técnico-jurídico, perdería su *status* de pensamiento jurídico autónomo (su calidad o pretensión de “ciencia” y su “pureza” formalista y metodológica) al incluir dentro de la explicación del material jurídico positivo las dimensiones política, moral y filosófica. Es importante subrayar que para los CLS no se trata de marginar el estudio técnico-jurídico. Por el contrario, se le considera de suma importancia pues, al enriquecerlo con las perspectivas antes marginadas, se le puede explotar al máximo para demostrar la indeterminación del Derecho así como para utilizarse en formas y con fines alternativos a las pretensiones privilegiadas que actualmente encubren los valores e intereses en pugna. Esta nueva capacidad para demostrar la indeterminación jurídica se relaciona con la propuesta para contrarrestar el carácter jerárquico del *método socrático* que explicaré más adelante. Por el momento, basta señalar que, con la integración de las explicaciones periféricas a la enseñanza técnico-jurídica se desvanece el mensaje emotivo de que estas materias son *duras* o *verdaderamente jurídicas* en contraste con los apéndices de *public policy* o con las materias periféricas, que carecen de dicho carácter.

En cuanto al segundo grupo, actualmente enfocado casi por completo a materias de *public policy*, se buscaría complementarlo con una enseñanza

⁹⁸ “Para los CLS la enseñanza de la teoría social, de la filosofía jurídica y de la historia del derecho, por ejemplo, no se debe dar *al lado* de las otras materias jurídico-positivas sino *dentro* de las mismas. La teoría del derecho debe hacerse explícita, por ejemplo, en un curso de contratos y la historia del derecho en un curso de derecho civil, y así en todas las materias regulares. No deben ser materias separadas sino integradas.” (VÁZQUEZ, op. cit., p. 132).

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 145.

verdaderamente clínica, en la que los estudiantes se enfrenten con las prácticas y problemáticas reales que surgen al aplicar el Derecho, esto es, al confrontar las normas con los hechos. Así, la dimensión práctica del Derecho cobraría fuerza frente al nivel intermedio del análisis dogmático o técnico-jurídico. Lo que se propone es que “los estudiantes lleven casos reales, bajo la supervisión del profesor, a veces ante tribunales locales, prestando asistencia jurídica a personas necesitadas: presidiarios, inquilinos desahuciados, vagabundos, beneficiarios de pensiones asistenciales, pequeños delincuentes, etcétera”.¹⁰⁰ Esto, que también es un proyecto retomado de los realistas,¹⁰¹ no sólo sería efectivo en cuanto a fortalecer la dimensión práctica de la enseñanza del Derecho, sino que permitiría ilustrar, a través de los casos concretos, la relevancia del análisis a nivel teórico. Esto es, permitiría ilustrar las implicaciones morales y políticas (si no es que también las filosóficas) de la práctica jurídica.

En relación con el *método socrático*, la propuesta de CLS va encaminada a desarticular el perfil jerarquizante y demostrar la indeterminación del Derecho. Abandonando una posición de superioridad, el profesor debe demostrar con los alumnos y a través de sus participaciones, la manipulabilidad de los argumentos jurídicos, los valores contrastantes y las múltiples posibilidades que cada problema puede ofrecer como soluciones.

Una vez que se ha mostrado la manipulabilidad del Derecho, el profesor “CLSer” no cínico sino constructivo debe hacer –y hace– todavía dos cosas: 1) describir o explicar cuáles son las selecciones “convencionales”, de entre las alternativas posibles, que el sistema jurídico “en acción” privilegia una y otra vez, y a qué obedece esa selección (a esto le llamaría yo la parte “constructivo-explicativa”); y 2) completar y desarrollar las “alternativas no convencionales” (posibles desde el sistema pero reprimidas por su práctica) con el suficiente detalle como para hacerlas plausibles ante los estudiantes (esto sería la parte más bien “constructivo-normativa”).

Creo que no hace falta insistir mucho en que es en la realización de esta doble tarea donde entran en juego con mayor claridad los elementos

¹⁰⁰ *Ibid.* p. 147.

¹⁰¹ FRANK, *op. cit.*

¿QUÉ?, ¿CÓMO? Y ¿PARA QUÉ? ANÁLISIS Y CRÍTICA AL MODELO TRADICIONAL DE ENSEÑANZA DEL DERECHO EN MÉXICO

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

filosóficos, históricos, teórico-sociales, etcétera, de la enseñanza del Derecho. Es sobre todo aquí donde el nivel “técnico-jurídico” se fusiona con el nivel “teórico-político”. Y, de esas dos tareas, es sin duda la segunda la que posee un carácter “constructivo” y una vocación “política” transformadora más marcada. La manipulación de argumentos nos muestra que el sistema jurídico adquiere su falsa apariencia de orden y coherencia al privilegiar uno de los polos o posibilidades argumentativas y ocultar o reprimir el polo contrario. Esta segunda tarea deberá consistir en explorar con los estudiantes la posibilidad de órdenes sociales alternativos al que tenemos, y para ello el procedimiento será intentar imaginar con ellos “cómo sería una determinada fracción del mundo si estuviera ordenada conforme a la visión político-jurídica del polo suprimido”.¹⁰²

3. ¿CUÁLES SON LOS FINES QUE PRETENDE CLS?

En relación con los fines que pretende CLS, no resulta necesario abundar tanto como al analizar el modelo tradicional pues en este caso los fines son explícitos. Aun las más políticas y comprometidas de las metas que persiguen los *Crits* son asumidas abiertamente por los miembros del movimiento, el cual tiene como principal elemento de cohesión precisamente su activismo político. Como hemos visto, los *Crits* ven su labor principalmente como una actividad en la que la frontera entre teoría y praxis se difumina. Para ellos, la teoría es praxis. “La estrategia propuesta sugiere ‘descender la política’ en cada uno de los ambientes concretos en los que los intelectuales desarrollan su trabajo...”¹⁰³ El movimiento es una plataforma política para la izquierda intelectual jurídica. “CLS se ha organizado, en efecto, como ‘una pequeña red radical autónoma’ en las facultades de Derecho para practicar ‘una política disidente’”.¹⁰⁴

Sin embargo, el movimiento no se agota en querer hacer política comprometida de izquierda en el ámbito jurídico-académico. Busca desarticular, desde adentro, la ideología imperante en los discursos jurídicos, revelándola. En efecto, la más importante herramienta ideológica del discurso jurídico es precisamente esconder su carga ideológica. CLS pre-

¹⁰² *Ibid.*, p. 146.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 47.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 49.

tende sacar a la luz los valores e intereses que el discurso jurídico establecido esconde, para entonces (y sólo entonces) contrastarlo con su propia posición política, abiertamente comprometida con el pluralismo y con la izquierda. Podríamos decir que es una reacción, desde la izquierda, en contra del discurso homogeneizante liberal que oculta las dimensiones políticas y morales del Derecho. CLS busca llevar esto a cabo desde dentro del discurso jurídico (recordemos que la mayoría de los *Crits* son el equivalente funcional de nuestros dogmáticos jurídicos y realizan trabajos de técnica jurídica a la que *integran* las dimensiones teórica y clínica) para poder así transformar al Derecho en una herramienta de cambio comprometido con una posición de izquierda.

Cabe resaltar que los principales frentes a los que CLS se dirige son precisamente las corrientes con las que coexisten en la academia jurídica estadounidense. Como vimos, en un principio se enfrentó con la corriente de la cual se estaba escindiendo, *Law and Society*, por lo que, en opinión de CLS constituía una vuelta al formalismo a través del estudio jurídico basado en estudios de *public policy*. En realidad, la reacción se enfocó en contra del posrealismo estadounidense, predominante en los sesenta y setenta, que había rescatado una versión matizada del proyecto constructivo de los realistas (enfocado hacia problemas de *public policy*) con influencia de los juristas neoformalistas de los años cincuenta (Fuller y Hart y Sacks, con su *Legal Process School*). Con el paso del tiempo otras dos corrientes han sido objeto de los embates de CLS: el liberalismo encabezado por Dworkin y *Law and Economics*, encabezada por Calabresi y Posner. Por otra parte CLS ha encontrado aliados naturales en escuelas también consideradas como posmodernas, como *Feminist Jurisprudence* y *Critical Race Theory*, enfocadas a perspectivas particulares de grupos distinguibles y también críticas del discurso jurídico dominante. Ahondar en el debate de CLS con sus antagonistas e interlocutores no es el objeto de este trabajo. Lo anterior busca únicamente ilustrar como CLS debe de entenderse dentro de un debate mucho más amplio y muy fértil, que se desarrolla en las escuelas de Derecho en Estados Unidos. Es en este contexto en el que los *Crits* llevan a cabo su praxis política a través del análisis y la enseñanza jurídica.

Queda aún una pregunta por responder: ¿qué perfil de egresados busca producir CLS?

¿QUÉ?, ¿CÓMO? Y ¿PARA QUÉ? ANÁLISIS Y CRÍTICA AL MODELO TRADICIONAL DE ENSEÑANZA DEL DERECHO EN MÉXICO

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

Posiblemente esta pregunta sea la primera que se debe preguntar al pensar en cómo diseñar un modelo de enseñanza jurídica. Las decisiones que se tomen al responder a dicha pregunta determinan las respuestas que se darían a las tres preguntas que nos han servido de eje en el análisis de nuestros dos modelos. Sin embargo, este artículo busca principalmente analizar y criticar, no proponer. Por ello la respuesta a esta pregunta es el último aspecto a abordar. De toda la energía que CLS vierte en análisis y propuestas sobre la enseñanza del Derecho, ¿cuál es el resultado que esperan obtener?

Buscan egresados políticamente conscientes y comprometidos. La respuesta parece sencilla, pero sus implicaciones acerca de las consecuencias que esperan de ello son profundas y complejas.

...el auditorio al que CLS quiere llegar, criticar y persuadir, no es el de los filósofos del Derecho, sino el de "los juristas", tanto los dogmáticos del Derecho positivo en las universidades como incluso quienes ejercen (o estudian para ejercer) la profesión como abogados, jueces, etcétera. A CLS le mueve sobre todo un espíritu práctico y una intencionalidad política. Y para cumplir su proyecto de transformación de la enseñanza del Derecho y de contribuir a los cambios jurídicos y sociales sustantivos, la vía elegida no es tanto la de embarcarse en discusiones en un elevado nivel de sofisticación teórica con los filósofos del Derecho, sino la de intentar influir sobre todo en quienes de forma más directa contribuyen a configurar la cultura jurídica dominante y las mentes de cada nueva promoción de licenciados que pasarán a protagonizar el funcionamiento del Derecho en el mundo real.¹⁰⁵

CLS busca producir profesionistas, no teóricos. Busca generar abogados comprometidos, críticos y concientes del medio en el que se encuentran inmersos, no abogados de empresas que reproduzcan las jerarquías ilegítimas en la sociedad. Buscan, también, activistas que mediante el ejercicio profesional redeterminen al Derecho como un motor del cambio social, no abogados formalistas que mantengan el statu quo. Buscan jueces que entiendan su labor como un factor de cambio jurídico, que permita traducir dicho cambio en agente transformador de la socie-

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 103.

dad. “Lo que se demanda del juez, en ese contexto, no es una aplicación mecánica y pasiva de la ley sino un activismo político que facilite y garantice, precisamente, los medios de transformación social”.¹⁰⁶ Buscan, finalmente, académicos que, concientes de la relevancia política de la reflexión teórica, generen una masa crítica que permita entender la sociedad y el Derecho como son y cambiarlos.

A todo esto, es importante subrayar que producir los egresados arriba mencionados no es un fin en sí mismo, sino un medio para la transformación social. Su fin último es explícitamente político. Intentan desmascarar la realidad construida, y después imaginar y construir una realidad más justa e igualitaria y menos jerarquizada.

Se trata de sacar a la luz las visiones del mundo plasmadas en la conciencia jurídica, para mostrar a continuación la “falsedad” de esas visiones del mundo en cuanto pretenden mostrarse como verdades empíricas sobre una realidad objetiva e independiente con la que guardan una relación de exacta “correspondencia”: la fuerza constitutiva y legitimadora de las visiones del mundo puede socavarse mostrando que puede refutarse su pretensión de “verdad como correspondencia”. Una vez cumplida esta tarea crítica, “las anteojeras se caerán de nuestros ojos –dice Trubek–, y seremos libres para crear nuevos sistemas de significado y de esta forma nuevas relaciones”. Por supuesto, esa nueva conciencia que elijamos puede presentarse a sí misma como “verdadera” en el sentido habitual de término, pues entonces estaría sujeta al mismo tipo de crítica con la que hemos desmontado la visión vigente. La nueva visión seguiría siendo una de entre muchas otras formas posibles de construir el mundo social, podría sustituirse a su vez por otra distinta, y de ahí el carácter permanentemente “autoreflexivo”, en el sentido frankfurtiano, de nuestras propuestas alternativas: la crítica nunca se detiene, la “descongelación del mundo” no puede servirnos simplemente para volver a congelarlo en otra de sus versiones.

Desde luego, CLS no pretende que sea ésa la única vía de transformación de la conciencia social, ni siquiera del aspecto jurídico de la misma... pero CLS anima a los profesores de Derecho a trabajar en esa dirección desde su propia actividad profesional de publicar artículos y

¹⁰⁶ VÁZQUEZ, op. cit., pp. 132-133.

formar a futuros juristas (ahora se entenderá mejor la enorme relevancia que dan a la docencia), mostrándoles hasta qué punto ese trabajo puede ser útil para cambiar las cosas “ahí afuera” (éste sería el sentido de su “subeslogan” de que “*scholarship is politics*”).¹⁰⁷

IV. CONCLUSIONES

Hasta ahora, el presente trabajo ha pretendido analizar y criticar el modelo tradicional de enseñanza del Derecho a partir de las tres preguntas que han servido como hilo conductor de la tesis. Asimismo, he presentado un modelo radicalmente distinto al modelo tradicional a través de las mismas tres preguntas. Más que defender el modelo de los CLS frente al modelo tradicional, lo que pretende este trabajo es ejemplificar la posibilidad de pensar y enseñar al Derecho en forma distinta a la que hoy predomina en nuestro país. Así, el cuarto capítulo cumple una función principalmente ejemplificativa que nos sirva de espejo para contrastar los presupuestos bajo los cuales operamos. Por ello, el análisis de este último modelo tiene un corte menos crítico y más expositivo. Se trata de ilustrar una posibilidad más que de comparar rigurosamente dos opciones radicalmente opuestas. Lo cierto es que CLS ha sido criticado a su vez por sus interlocutores¹⁰⁸ y muchas de estas críticas son tan poderosas como las que se esgrimen en contra del modelo tradicional. Se requeriría un ejercicio mucho más profundo para poder no sólo completar el trabajo aquí iniciado, sino para proponer un modelo de enseñanza del Derecho que satisficiera las necesidades actuales. Esto, desafortunadamente, excede las posibilidades de este trabajo.

Quedan aún muchas preguntas que formular y muchas respuestas que intentar para tener un análisis completo tanto del modelo tradicional como de las posibilidades alternas al mismo.¹⁰⁹ Asimismo, las críticas

¹⁰⁷ *Ibíd*, op. cit., p. 399.

¹⁰⁸ Tenemos un magnífico ejemplo de dicha crítica traducido al español: FISS, Owen, “¿La muerte del derecho?”, en *Doxa*, núm. 10, Centro de Estudios Constitucionales, Alicante, 1991. Vale la pena también echar un ojo a un segundo artículo de Fiss en el que modera sus críticas a los *Crits*: FISS, Owen, “El derecho recuperado”, en *Doxa*, núm. 11, Centro de Estudios Constitucionales, Alicante, 1992.

¹⁰⁹ A manera de ejemplo, y lejos de ser exhaustivo, el tipo de preguntas que quedan por formular y responder son, por ejemplo: “Las preguntas que quedan pendientes

hasta ahora expuestas no son ni exhaustivas, ni completas. He buscado, más bien, esbozar los problemas fundamentales de nuestro modelo de enseñanza del Derecho, tematizar sus presupuestos y oponerles algunas críticas elementales.

Este trabajo pretende, a lo mucho, ser el punto de partida de un debate sobre el tema. Está lejos de permitir llegar a conclusiones sólidas y medianamente completas. En este apartado no intentaré reproducir y sintetizar ni el análisis ni las críticas al modelo tradicional, y mucho menos llevar a cabo una especie de síntesis en la que se contrasten minuciosamente los dos modelos arriba expuestos. Más bien, pretendo limitarme a sostener algunas conclusiones muy generales, que, más allá del acierto o desacierto de mis críticas al modelo tradicional, sirvan para poner en perspectiva los problemas tratados y servir para una futura y minuciosa polémica sobre el tema. Asimismo intentaré esbozar algunas de las soluciones que preveo puedan desarrollarse mejor en un futuro.

A. CONCLUSIONES

- 1) *El problema tiene profundas raíces teóricas.* Podemos afirmar que la forma en la que se diseña e instrumenta la enseñanza del Derecho depende, en gran parte, de la concepción del Derecho, normalmente implícita, de la que se parte. Esto parece una obviedad, y lo es, pero creo que es necesario explicitarla. Así, la enseñanza del Derecho y su subsecuente operación, están determinados en importante medida por los presupuestos teóricos acerca de lo que es el objeto de estudio y de lo que debe ser la actividad de estudiarlo. Los presupuestos teóricos acerca del Derecho, por más enterrados que se encuentren, por poco que se les explicita, son determinantes para la construcción y operación del sistema jurídico.
- 2) *La concepción del Derecho y la enseñanza del mismo son producto de un proceso histórico determinado que responde al contexto en que se ha*

son complicadas y se mueven en ese difícil campo de la política educativa, que supone la elección de alternativas y su impacto en la selección de profesores para integrar la facultad o en la selección de alumnos de acuerdo con el perfil del tipo de egresado que se quiera." VÁZQUEZ, op. cit., pp. 178.

¿QUÉ?, ¿CÓMO? Y ¿PARA QUÉ? ANÁLISIS Y CRÍTICA AL MODELO TRADICIONAL DE ENSEÑANZA DEL DERECHO EN MÉXICO

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

desarrollado. La “ciencia jurídica” es producto de una larga y lenta evolución del pensamiento jurídico y científico que fija sus características principales a lo largo del siglo XIX. El estudio del Derecho en México es una respuesta a las exigencias de dicha tradición y de su propio desarrollo histórico. El Derecho en México se entiende y se opera a partir de las necesidades históricas, políticas y económicas que la emergente Nación y el nuevo Estado buscaban satisfacer, en particular durante la consolidación del Estado pos-revolucionario.

- 3) *El qué, cómo y para qué de la enseñanza del Derecho son interdependientes*. Como hemos visto al analizar ambos modelos de enseñanza, la forma en la que se enseña el Derecho responde a las necesidades que requiere la transmisión de conocimientos acerca del mismo, los cuales van determinados por lo que se cree que es el objeto de estudio. El cómo (métodos y estructuras de la enseñanza jurídica) depende del qué (concepción del Derecho), el cual a su vez parece responder a las necesidades de los valores que se persiguen a través del sistema jurídico (los fines). Así, una decisión valorativa da lugar a una toma de posición teórica, lo cual determina la instrumentación práctica de la actividad de enseñar el Derecho.¹¹⁰ Este orden, sin embargo, no es unidireccional. El inverso puede ser cierto, así como la inversión del orden de forma que la decisión práctica-técnica determinara la toma de posición valorativa (a lo que Habermas llama tecnocracia). El orden de las decisiones previas encauzan, mas no determinan absolutamente, el orden de las decisiones posteriores. En efecto, creemos que, de enseñarse el Derecho en forma distinta, esto obligaría a modificar la concepción acerca del Derecho, lo cual inevitablemente abre el debate sobre los valores perseguidos. Lo importante es resaltar cómo las respuestas a las tres preguntas planteadas se

¹¹⁰ El orden y jerarquía de las decisiones parece seguir el orden del que habla Habermas, según el cual primero se toma una decisión valorativa, la cual determina una decisión estratégica y finalmente se establece la decisión técnica de toda acción social (ver McCARTHY, Thomas, *The Critical Theory of Jürgen Habermas*, MIT Press, Cambridge, MA, 1978, caps. I y II). Aquí se equipararía la concepción teórica del Derecho con una decisión estratégica.

complementan y apoyan las unas a las otras, de forma que las tres deben de ser abordadas al tematizar la problemática de la enseñanza del Derecho.

- 4) *El modelo tradicional de enseñanza del Derecho no proporciona las herramientas conceptuales ni las habilidades prácticas para enfrentar las problemáticas presentes de la sociedad ni de la profesión.* En efecto, una explicación del Derecho tan cerrada como nos presenta el formalismo actual no permite (no proporciona los a priori¹¹¹ necesarios) contemplar todas las facetas de los problemas que el sistema jurídico debe resolver. Al marginar las dimensiones fáctica y valorativa, el modelo tradicional elimina el contexto histórico, político, económico y cultural en el que opera el Derecho, eliminando así la posibilidad de entender y operar al Derecho en forma satisfactoria. Los cambios políticos y culturales, así como la transformación hacia una economía abierta en la cual los abogados también tienen que competir con sus contrapartes de otros países, parecen evidenciar las deficiencias y limitaciones que los juristas y el sistema jurídico y judicial de nuestro país padecen.
- 5) *Es posible imaginar e instrumentar formas alternativas de entender al Derecho, de transmitirlo, de comprender sus funciones, de analizar sus resultados y de operarlo.* Los presupuestos teóricos, los fines perseguidos y los métodos empleados para enseñar (y operar) el Derecho son contingentes. No hay una definición necesaria de lo que es la ciencia, de lo que es el Derecho, de lo que debe de ser su estudio o de cómo debe enseñarse el Derecho. La posibilidad de actuar y pensar en forma distinta a la que estamos acostumbrados permite (y obliga) a revisar y repensar nuestra actividad. El modelo tradicional y los *Critical Legal Studies* son solo dos, entre muchas, formas en las que se puede concebir y enseñar al Derecho. Debemos tomar de ellas lo que responda a nuestras necesidades e imaginar un modelo que nos permita entender y operar mejor el Derecho.

¹¹¹ Aquí entiendo por a priori, no los a priori de Kant, sino las categorías conceptuales históricamente contingentes de las que habla Paul Kahn: "El a priori de Kant se vuelve un conjunto de significados contingente e históricamente determinados" (T. del A.) *The Cultural Study of Law*, Chicago, Chicago University Press, 1999, cap. 2.

B. PROPUESTAS

A toda crítica debe de seguir una propuesta más rica que pretenda resolver los problemas resueltos por la solución anterior y además algunos de aquellos que no encuentren solución satisfactoria en la posición que se está criticando. Podría parecer que la propuesta de este trabajo es abandonar el modelo tradicional para sustituirlo por el modelo de CLS. Si bien es cierto que, considerando las posiciones relativas de los dos modelos, la solución a muchos de los problemas que nos presenta el modelo tradicional es, efectivamente moverse en la *dirección* en que se encuentran los CLS, también es cierto que CLS es una posición radical, que tiende a ir hacia los márgenes opuestos del espectro de posibles formas de abordar el Derecho.

En realidad, creo que la solución se encuentra en un punto intermedio entre uno y otro modelo, menos tendiente hacia el formalismo que hacia la posición radical de los CLS. Lo cierto es que la elaboración de un modelo alternativo es una tarea titánica que con mucho excede las posibilidades de este trabajo y de su autor. Ni siquiera estoy convencido de la conveniencia de intentar la elaboración de un modelo integral. Si se quiere, haciendo analogía de la posición de CLS respecto de la teoría, una Gran Teoría o un Gran Modelo tal vez esconda y limite más de lo que revele y posibilite, por lo que buscar hacer *teoría local* o *modelos locales* de enseñanza del Derecho sea la mejor opción. Dejando esa interrogante sin respuesta, lo cierto es que este trabajo no tiene pretensiones de proponer un modelo de enseñanza del Derecho. Sin embargo, sí quisiera tomar posición con respecto de algunos de los interrogantes y problemáticas que han surgido en esta tesis y consecuentemente hacer algunas propuestas. Parece entonces pertinente comenzar por responder a las preguntas que nos han servido para analizar los dos modelos.

1. ¿QUÉ CONCEPCIÓN DEL DERECHO SE DEBERÍA UTILIZAR?

Primero que nada, una concepción del Derecho mucho más abierta que la actual. El Derecho es un fenómeno muy complejo que oscila entre los mundos del *ser* y del *deber ser*, por utilizar una terminología común al gremio. El Derecho es norma. El Derecho es hecho. El Derecho es valor. El Derecho es costumbre. El Derecho es un lenguaje. El Derecho es política. El Derecho es retórica. El Derecho es argumentación. El De-

recho es un tipo de lógica. El Derecho es imposición, reivindicación, lucha. El Derecho es uno de los mecanismos que tenemos para resolver controversias. El Derecho es una técnica de control social. El Derecho es historia. El Derecho es cultura. El Derecho es una cosmovisión. El Derecho es una forma de entendernos a nosotros mismos dentro del contexto social. El Derecho es la interiorización del reconocimiento de la autoridad. El derecho es autoridad. El Derecho es institución. El Derecho es dúctil.

Tan amplio espectro de posibilidades tal vez sea demasiado abierto para satisfacer los deseos de mucha gente de tener un objeto identificable que estudiar y que enseñar. Sin embargo, no me atrevo a excluir ninguna de las oraciones anteriores y posiblemente con más tiempo y paciencia podríamos pensar en muchas otras que incluir. Tal vez nos sirva pensar no tanto en todo lo que el Derecho es, sino en aquello que no es. El Derecho no es un sistema, al menos no uno muy riguroso. El Derecho no es estático. El Derecho no es completo. El Derecho no es coherente. El Derecho no es claro, ni unívoco ni consistente. Más bien es redundante, incompleto y contradictorio. El Derecho no es producto de un legislador racional; normalmente no es producto de un legislador sino de un debate y un compromiso. El Derecho no es coerción, al menos no sólo es coerción. Tampoco es únicamente norma.

En cuanto a lo que hace. El Derecho prescribe. El Derecho describe. El Derecho fabrica realidades. El Derecho esconde intereses. El Derecho refleja intereses. El Derecho protege valores. El Derecho vulnera valores. El Derecho regula conductas. El Derecho omite regular conductas. El Derecho aclara. El Derecho confunde. El Derecho genera formas de entender los hechos. El Derecho faculta, obliga y prohíbe. El Derecho hace publicidad y propaganda. El Derecho legitima. El Derecho justifica...

Los párrafos anteriores no quieren decir que el estudio del Derecho deba reducirse a una sociología específica, ni subordinarse a la teoría política, a la lógica, a la teoría social o algo semejante. La importancia del estudio del Derecho desde la fundación de las primeras universidades y la autonomía que el estudio de lo jurídico siempre ha tenido deberían tranquilizar a quienes les inquieta que el estudio del Derecho se disuelva en la política, la economía, la teología o algo semejante. El Derecho como disciplina intelectual, ciencia o no ciencia, siempre a sido una disciplina identificable y necesaria.

No intentaré una definición, pero señalaré ciertos elementos que considero merecen ser explicitados: El Derecho no se reduce a normas, incluye, al menos, hechos y valores (por hablar en los términos más abstractos posibles). Esto es, de todo lo que el Derecho hace y es, si simplificáramos lo más posible y utilizáramos los términos “hecho”, “norma” y “valor” en sus connotaciones más amplias, posiblemente podríamos incluir todos los factores de lo jurídico en estas tres categorías, pero no podríamos reducir a menos que estas tres categorías los factores que constituyen fenómenos jurídicos. Aún así, me parece que referirnos únicamente a hechos, normas y valores, es simplificar demasiado. El Derecho es un sistema (poco sistemático) de hechos, normas y valores abierto, indeterminado, contradictorio, incompleto y no siempre coherente.

Habiendo dicho esto, surge la pregunta sobre ¿cómo puede estudiarse el Derecho así concebido? Para estudiar el Derecho debemos partir de los problemas que éste nos presenta, no de los elementos de una definición. Así, creo que podemos reducir, generalizando, tres grandes tipos de problemas que enfrenta quien quiere estudiar el Derecho: *problemas de validez* (normas), *problemas de eficacia* (hechos) y *problemas de justificación* (valores). Por supuesto, todos los problemas se encuentran relacionados entre sí, por lo que las divisiones son arbitrarias.

Ahora bien, el primer grupo sería el consistente en aquellos problemas enfocados principalmente de las normas y del lenguaje jurídico (indeterminación, interpretación, lógica deóntica, lagunas, contradicciones y redundancias). En el segundo grupo, el enfoque central sería el de la aplicación, es decir los problemas de efectividad y eficacia de la operación del sistema jurídico. Se enfocaría en las instancias de aplicación del Derecho. El tercer grupo vincula dos tipos de problemas que normalmente no vinculamos al pensar en nuestro sistema jurídico: legitimidad e interpretación. La justificación implica no sólo la justificación al legislar, esto es, recurrir a valores morales, políticos o económicos para explicar un conjunto de normas; también tiene que ver con la interpretación y la aplicación de las normas. Los abogados justifican sus pretensiones y presentan una determinada interpretación de la normatividad aplicable. Los jueces justifican (aunque casi nunca lo suficiente) sus decisiones, principalmente presentándolas como las consecuencias lógicas de una norma,

pero argumentan. En el fondo, deben hacernos creer que su solución a un problema determinado fue correcta. Por supuesto el tema de interpretación tiene que ver con las normas y con los problemas de validez que ubicamos dentro del primer grupo. También la justificación tiene que ver con problemas de eficacia. Un sistema judicial que no justifica y convence es un sistema que erosiona su legitimidad y termina por ser muy poco efectivo. Lo anterior sólo refuerza la tesis de que validez, eficacia y justificación se relacionan necesariamente.

Los métodos para analizar y estudiar estos problemas pueden ser múltiples. Desde la dogmática jurídica (redimensionada y curada de la esquizofrenia por la que dice describir mientras prescribe) hasta estudios meramente cuantitativos sobre las instituciones concretas (juzgados de lo familiar en el Distrito Federal, por ejemplo), pasando por la más amplia gama de estudios multidisciplinarios que podamos imaginar. Sobre todo, hay que ir más allá, mucho más allá, de la dogmática jurídica.

La dogmática jurídica es una disciplina útil, pero insuficiente para explicar y operar el Derecho. En resumen, se podría decir que las deficiencias de la dogmática jurídica, en virtud del purismo metódico, mal entendido y mal ejecutado, y del formalismo en que se fundamenta, es que considera a su objeto de estudio –el Derecho– desde un punto de vista “abstracto”.¹¹² La dogmática hace abstracción del Derecho, tornándose profundamente ideológica.

¹¹² BERUMEN CAMPOS, Arturo, *La ética jurídica...*, op. cit. “Una cosa es pensada abstractamente, cuando se le piensa de una manera ‘indiferente’ respecto de las otras con las cuales, sin embargo, mantiene relación, de modo, que parecería no necesitar de las otras para definirse o determinarse. Al abstraerse, es decir, al no considerarse su relación con las otras, ella misma se hace abstracta, es decir, no es considerada en su totalidad, pues se hace abstracción de las cualidades que se le determinan por medio de las otras, ya que, ambas se determinan recíprocamente.

“De esta manera, si se considera al sujeto como ‘independiente’ de los demás, se le está considerando abstractamente, pues él, en su determinación, contiene las determinaciones que los demás le establecen como sus límites. E igual, los demás respecto de él, pues todos son sujetos, sólo recíprocamente.

“En esto consiste, precisamente, considerar algo concretamente: en considerarlo como determinándose, recíprocamente, con los otros. Los sujetos sólo se constituyen como tales, determinándose, recíprocamente, con los demás. De modo que, sólo puede haber contradicción cuando se considera, primero, que las cosas no tienen relación; segundo que las cosas sí la tienen y, tercero, se oculta la relación para soslayar la propia contradicción” (pp. XVII-XVIII).

Ahora bien, para subsanar las deficiencias del modelo predominante de estudio del Derecho se propone recurrir a otras disciplinas en diferentes formas. En cuanto a complementar las funciones operativas de la dogmática se buscaría fortalecer y profundizar las investigaciones empíricas sobre el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales –judiciales y administrativos–. Tomando prestado de la sociología y la estadística se buscaría llevar a cabo estudios cuantitativos y cualitativos de dichos órganos. ¿Cómo están integrados los órganos? Es decir, ¿de qué género, edad, inclinación política, formación, etcétera, son los operadores de dichos órganos?, ¿cuántos juicios hay?, ¿qué proporción llega a sentencia?, ¿qué proporción se resuelve durante el juicio antes de llegar a sentencia?, ¿qué proporción llega a la etapa probatoria?, ¿cuántos llegan únicamente a la notificación?, etcétera. ¿Cuál es el costo promedio de un juicio ordinario civil, de un ejecutivo mercantil, de un divorcio, de un procedimiento administrativo, etcétera? ¿Qué variables relativas a los juzgadores, como la edad, el sexo, la formación o la inclinación política tienden a afectar el sentido de la sentencia? Parece evidente la utilidad que este tipo de información tendría para abogados, asesores jurídicos, empresas, diseñadores de políticas públicas, legisladores, particulares, sindicatos y en general para toda la sociedad.

En cuanto al enriquecimiento de la función explicativa del estudio del Derecho recurriendo a otras disciplinas, hay dos posibles enfoques. El primero consiste en estudiar al Derecho desde otras disciplinas. Así, se estudiaría al Derecho como fenómeno político, como fenómeno económico o como fenómeno social. Aquí se vería cómo encaja el Derecho como un elemento dentro de cada uno de estos contextos, manteniendo a la disciplina jurídica aislada de las correspondientes disciplinas, pero estudiando su objeto desde ellas. Esto se hace ya en cierta medida y se plasma en la inclusión de ciertas materias, como Teoría Económica o Teoría Política, en los planes de estudio de las escuelas de Derecho.

El segundo enfoque tampoco es nuevo, pero ha sido mucho más marginal en su impacto sobre la formación de abogados y juristas y ha encontrado resistencias importantes.¹¹³ Consiste principalmente en consi-

¹¹³ PÉREZ PEDROMO, Rogelio, "Sociología del derecho", en GARZÓN VALDÉS et al., op. cit., p. 34.

derar al Derecho como un objeto multifacético que entrelaza elementos normativos, valorativos, económicos, políticos, culturales y sociales y, consecuentemente, adoptar de otras disciplinas las metodologías adecuadas para estudiarlo, entrelazándolas con la forma de estudiar al Derecho.

Asimismo, habría que reconocer que algunos elementos considerados por la dogmática jurídica como “ajenos” al Derecho forman parte integral del objeto de estudio, y por otra parte importar metodologías y enfoques de otras disciplinas adaptándolos de tal forma que funcionen como herramientas propias del estudio del Derecho. Este segundo enfoque es el que resulta verdaderamente interesante, pues expande la capacidad explicativa de las disciplinas jurídicas.

Por una parte, se puede descender del nivel de abstracción de la dogmática jurídica para incluir y contemplar los hechos, y por otra parte se puede elevar el nivel de abstracción, permitiendo modelos explicativos más completos del fenómeno jurídico. En realidad, esto ya se ha hecho con considerable éxito, en ciertos sectores académicos y en ciertos países. La metodología económica, por ejemplo, se ha aplicado con gran éxito al estudio del Derecho en los Estados Unidos con la escuela de *Law and Economics* (Análisis Económico del Derecho); el acercamiento que integra factores políticos al estudio del Derecho está presente en movimientos como el Uso Alternativo del Derecho y los *Critical Legal Studies* (escuela de Estudios Críticos Legales) o bien en las diferentes escuelas marxistas; el estudio del Derecho con métodos propios de la literatura ya se emplea en *Law and Literature* (Derecho y Literatura); un enfoque multidisciplinario para entender ciertos fenómenos jurídicos lo encontramos en la llamada *Feminist Jurisprudence* (Jurisprudencia Feminista); otra metodología posible proviene de la antropología,¹¹⁴ y existen otras muchas ya más arraigadas en el estudio de lo jurídico, como lo son la psociología, la sicología, la lógica, la ética y la filosofía.

2. ¿CÓMO SE PUEDE ENSEÑAR EL DERECHO?

De querer responder satisfactoriamente a esta pregunta, nos veríamos en la necesidad de explorar una cantidad de técnicas de enseñanza bas-

¹¹⁴ Por ejemplo el libro *The Reign of Law*, de Paul Kahn, Yale University Press, 1997. Para una explicación más extensa de la obra de Kahn.

¿QUÉ?, ¿CÓMO? Y ¿PARA QUÉ? ANÁLISIS Y CRÍTICA AL MODELO TRADICIONAL DE ENSEÑANZA DEL DERECHO EN MÉXICO

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

tante considerable. Por ello aquí se mencionarán, brevemente, sólo algunas de las posibilidades. Tres tipos de recursos están a nuestro alcance: la enseñanza *práctica*, lo que llamaremos enseñanza *comprensiva*, y la reorganización de la información a transmitir. Más que propuestas concretas, lo que sigue son ideas para iniciar una reflexión al respecto.

Pasando a la *enseñanza práctica* y lo que hemos llamado *enseñanza comprensiva*, podemos empezar por distinguirlos. Muchas de las críticas al formalismo frecuentemente son entendidas como señalamientos del divorcio que hay entre el Derecho que se enseña en las escuelas de Derecho y el Derecho como se opera en la práctica. La solución que los estudiantes de Derecho han encontrado por décadas para subsanar esta falta es realizando pasantías en despachos desde muy temprano en la carrera. Muchas escuelas de Derecho han intentado subsanar estas deficiencias recurriendo a métodos auxiliares de enseñanza del Derecho: bufetes jurídicos gratuitos patrocinados por las escuelas, materias clínicas procesales¹¹⁵ (que desgraciadamente se han traducido en entregar periódicamente contratos o demandas hipotéticas copiadas de algún machote), la elaboración de concursos consistentes en simulacros de juicios, etcétera. Todos estos mecanismos, de utilizarse correctamente, podrían ser beneficiosos, no cabe lugar a dudas. El problema es que plantear mecanismos mediante los cuales los futuros abogados aprendan las habilidades técnicas (esto es, la enseñanza práctica) no subsana las deficiencias que presenta el modelo tradicional.

Además de la enseñanza práctica, es necesaria, y mucho más importante, una enseñanza comprensiva. Por enseñanza comprensiva me refiero a aquella que construya (que enseñe a construir) los conceptos y categorías con los que se comprende la realidad a partir de los problemas que se buscan resolver. Hoy en día parece ser al revés como se enseña: se transmiten conceptos y categorías y se adecuan (o se intenta adecuar) los problemas y los hechos de tal forma que embonen con esas categorías,

¹¹⁵ Un ejemplo de cómo se creyó que las deficiencias de la enseñanza jurídica serían subsanadas con un mero acercamiento a la práctica, lo podemos encontrar en el entusiasmo con que Héctor Fix-Zamudio habla de las reformas al plan de estudios de la Facultad de Derecho de 1977, por el cual se introdujeron las clínicas procesales, en su artículo *Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho en México y Latinoamérica*, en WITKER, op. cit., p. 81.

para encontrar las soluciones. En cierta forma, se trata de que la enseñanza satisfaga los criterios de lo que Capella ha llamado el *aprendizaje de innovador*: transmitir problemas, no información. Enseñar a comprender problemas no conocidos y darles soluciones mejores a las que se tienen o bien desconocidas. Esto se puede llevar a cabo mediante dos mecanismos principalmente: la *integración de perspectivas* diversas dentro del estudio de los temas jurídicos y el *aprendizaje por casos*.

Se objetará que el aprendizaje por casos es un método propio de la tradición del Derecho anglosajón, debido a la importancia del precedente, pero no aplicable o no adecuado a nuestra tradición jurídica. Eso es falso. El estudiar mediante casos en lugar de a partir del esquema normativo, permite abordar los temas jurídicos de tal forma que sean más interesantes para el alumno. Además, al comprender cómo se resuelven los problemas concretos, el alumno estaría aprendiendo la lógica que hay detrás de las instituciones jurídicas, la forma en la que operan y los mecanismos que utilizan. Es mucho más fácil entender una figura jurídica, como el parentesco en cuarto grado (por utilizar un ejemplo fácil) o el arrendamiento financiero (no tan fácil) con un problema a resolver, que en abstracto. No se trata de dar un ejemplo para ilustrar un concepto, se trata de construir un concepto para ilustrar un problema. Además, los casos son una oportunidad para vincular diferentes problemas y diferentes materias, de forma que se entienda la complejidad que existe en la aplicación del Derecho.

En segundo lugar, hay que señalar que cuando se argumenta que el método de casos no sería adecuado para nuestro sistema no se está contemplando un hecho sencillo: en el Derecho anglosajón los procedimientos son orales, por lo que los "casos" con los que se estudia el Derecho no son en realidad casos sino sentencias. Esto ha sido muy criticado en EE. UU.¹¹⁶ pues no refleja al Derecho en acción sino sólo algunas decisiones judiciales (normalmente de segunda instancia y de jueces federales). Si lo pensamos un poco, resulta que el método de casos tiene mayor propensión al éxito en un sistema escrito, como el nuestro, que en uno oral, como el anglosajón. Aquí sí podríamos traer los casos completos (no sólo las sentencias) al salón de clases. El expediente es el caso, en

¹¹⁶ Ver, por ejemplo, FRANK, op. cit.

una medida importante. El estudiante podría aprender, en un caso, sobre derecho administrativo, contractual, familiar, procesal civil, amparo y laboral, por dar algún ejemplo. Todo esto con la facilidad con que se traslada un expediente a un salón de clases.

En cuanto a la integración de perspectivas podemos enunciarlo en una forma breve: en lugar de explicar alguna institución jurídica normativamente, como se hace hoy en día, habrá que estudiarla en su evolución histórica, en su contexto político, en su vaguedad lingüística, en su problemática axiológica y, por supuesto, en sus consecuencias normativas. No se trata de dar los “antecedentes históricos” como suele suceder en nuestros libros de texto, consistente en una narración de las reformas legislativas o en un brevísimo repaso de la historia occidental desde los sumerios hasta nuestro días (en 5 cuartillas). Se trata de explicar históricamente cómo surge la regulación de un problema (social, económico, político o cultural), a qué intereses responde, en qué contexto se suscita, cómo se integra una nueva institución o cómo se justifica su reforma en su momento, cómo ha evolucionado su interpretación. Lo histórico como mínimo necesario. Además habría que interiorizar los problemas del contexto: las consecuencias económicas y sociales de una determinada solución a una cuestión controvertida, las implicaciones valorativas que tiene una norma jurídica, los intereses que afecta como efecto secundario una norma nueva introducida al sistema. Así, la clave para enseñar al alumno a pensar y entender los problemas jurídicos desde sus diferentes perspectivas estaría dada por una combinación de la enseñanza a través de casos concretos y la explicación contextualizada de la normatividad positiva. Casos y contextos.

Nuestro último recurso buscaría, principalmente, contrarrestar la compartimentación del saber, criticada en el capítulo segundo de este trabajo. Así la división del Derecho en ramas tendería a debilitarse. Se puede (se necesita) dividir en materias la carrera, pero esto no tiene que seguir la lógica heredada de la dogmática jurídica. La carrera podría dividirse por problemáticas, esto es, *sustituir los temas por problemáticas*. Claramente son distintos los problemas de índole penal a los problemas de Derecho Civil, pero eso no quiere decir que en *toda* área de regulación jurídica (rama del Derecho) podamos tan claramente contar con un código que nos guíe en forma tan certera como en el Derecho Penal o en el

Derecho Civil. Pongámonos, por un momento, en la perspectiva de un actor jurídico determinado. Tomemos, por ejemplo, a un comerciante. Al enseñar Derecho Mercantil, habría que enseñarlo desde esta perspectiva. Las preguntas que habría que responder y el correlativo material jurídico serían los siguientes: ¿Quiénes son los actores relevantes? Algo del Código de Comercio, mucho de sociedad anónima y poco de sociedad de responsabilidad limitada, los demás posibles actores parecen marginales. ¿Cómo se constituyen? ¿Cómo empiezan a funcionar? Algo de propiedad intelectual, Derecho Laboral. ¿Cómo se financian? Algo de Derecho Bancario. ¿Cómo intercambian bienes? Títulos y operaciones de crédito. ¿Cómo desaparecen? Quiebras y suspensión de pagos. Siguiendo esta problemática, el panorama es muy distinto al que tendemos hoy en día al seguir, en los cursos de Mercantil, al Código de Comercio, con sus múltiples amputaciones y anexos. La lógica de las actividades reguladas por el Derecho Mercantil y la forma en que son reguladas serían mucho más comprensibles.

Por otra parte, sería necesaria la reestructuración de la carrera. Tendrían que dimensionarse correctamente las materias. Como vimos en el capítulo segundo, al citar a Capella, la organización de los planes de estudio corresponde a la preeminencia de antaño de una materia jurídica en especial: el Derecho Civil. Habría que reducir la importancia de los temas menos relevantes hoy en día e intentar que los planes de estudio correspondieran con la realidad (por ejemplo habría que subrayar la importancia del Derecho Administrativo o del Derecho Mercantil, y despreocuparnos del testamento marítimo o de los esponsales).

3. *¿CON QUÉ FINES SE DEBE ENSEÑAR?*

En realidad el problema de los fines, la decisión valorativa, debería ser el primer tema abordado al elegir entre posiciones teóricas y modelos o métodos de enseñanza del Derecho. Sin embargo, para facilitar la exposición y análisis tanto del modelo tradicional como de CLS se optó por no seguir ese orden y dejar esta cuestión hasta el final. Si se expone primero el modelo y después se le ve a partir de sus fines, se aclara mejor cómo funciona el modelo que si se empieza por los fines pues frecuentemente las posiciones teóricas y metodológicas parecerían, in-

tuitivamente, contrarias a los fines. Queriendo respetar el orden seguido a lo largo de la tesis, dejamos este problema hasta el final.

En realidad, es difícil plantear un sustento valorativo completo para explicar todo un modelo. Esta reflexión parte de la identificación de los fines que se busca evitar al formar juristas, más que de los fines concretos que yo adopte como los valores válidos. Así, mi posición personal puede ser el favorecer los valores de igualdad y autonomía, frente a los de propiedad o libertad, sin desestimar estos últimos. Mi inclinación político-moral puede ser más igualitaria que liberal, pero lo importante, al pensar en un modelo de enseñanza no son mis inclinaciones personales, sino la posibilidad de elegir las conscientemente y de manera informada. Así, los valores que estarían detrás de las propuestas que hago son los de pluralidad y transparencia. Se trata de tematizar los valores sustantivos concretos y a la vez establecer un marco en el cual pueda haber la mayor inclusión posible de posiciones encontradas. Lo que se busca es formar abogados capaces de comprender los problemas en una forma completa, y capaces de cuestionar y reformular las soluciones dadas de manera de producir nuevas o mejores soluciones a los problemas jurídicos. También es importante recordar que la preocupación central es formar abogados competentes, que no se encuentren en desventaja frente a sus colegas extranjeros o frente a quienes han sido formados en otras disciplinas al participar en la toma de decisiones colectivas.

Se trata de formar jueces que comprendan y resuelvan conflictos privados y sociales, que asuman su función en la separación de poderes como aquellos que son el último recurso para controlar a la autoridad y garantizar los derechos de los ciudadanos. Funcionarios públicos capaces de enfrentar las necesidades sociales, que coordinen los esfuerzos de la sociedad, los encaucen en forma efectiva y eficiente. Abogados que comprendan las necesidades y posibilidades de sus clientes, que agilicen la resolución de conflictos, no que la entorpezcan. Asesores que tengan los elementos para diseñar las mejores estrategias contemplando los factores no sólo jurídicos sino del contexto.

En resumen, se procura contrarrestar el dogmatismo de los juristas y las limitaciones que dicho dogmatismo implica, para buscar mayor pluralidad, mejor competitividad y una capacidad crítica y propositiva que solucione mejor los problemas a los que nos enfrentamos hoy en

día. La idea es producir juristas que puedan fiscalizar la actividad de la autoridad, mejorarla y abrir el espacio público a los debates sustantivos que afectan a sus clientes, a sus propios intereses o a los del público en general. “Estoy consciente que se requieren esfuerzos notables, pero también estoy seguro de que no hay mejor antídoto para la intolerancia, para los dogmatismos autoritarios y el eclecticismo paralizante, que el pluralismo crítico y el permanente debate de las ideas”.¹¹⁷

Se trata de formar profesionistas que garanticen el Estado democrático de Derecho.

¹¹⁷ VÁZQUEZ, op. cit., p. 138.