



**LA FORMACIÓN ARGUMENTATIVA EN “CASOS DIFÍCILES” DE LOS ESTUDIANTES DE PREGRADO DE LA ESCUELA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER: PRIMER Y ÚLTIMO SEMESTRE**

**JUAN PABLO STERLING CASAS**

**FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA  
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO  
BUCARAMANGA  
2009**



**LA FORMACIÓN ARGUMENTATIVA EN “CASOS DIFÍCILES” DE LOS ESTUDIANTES DE PREGRADO DE LA ESCUELA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER: PRIMER Y ÚLTIMO SEMESTRE**

**JUAN PABLO STERLING CASAS**

TRABAJO DE APLICACIÓN EN DERECHO PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
MAGISTER EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO

DIRECTOR:

**Mg. PEDRO ANTONIO GARCÍA OBANDO**

**FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA  
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO  
BUCARAMANGA  
2009**

## CONTENIDO

	<b>Pág.</b>
INTRODUCCIÓN	12
CAPÍTULO I	16
HERMENÉUTICA, INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN EN EL PANORAMA ACTUAL DEL DERECHO Y SU ENSEÑANZA	16
CAPÍTULO II	36
ASPECTOS DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO:	36
UBICACIÓN HISTÓRICA DE LOS PROCESOS Y EVOLUCIONES DE LA EDUCACIÓN POR COMPETENCIAS Y PANORAMA ACTUAL	36
ANTECEDENTES EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN COLOMBIA	36
LA EDUCACIÓN POR COMPETENCIAS EN EL DERECHO	44
EL PANORAMA ACTUAL DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO	48
CAPÍTULO III	55
METODOLOGÍA, RESULTADOS Y ANÁLISIS	55
METODOLOGÍA	55
RESULTADOS Y ANÁLISIS	60
CAPÍTULO IV	76
CONSIDERACIONES FINALES:	76
HACIA UNA REIVINDICACIÓN DE LA HERMENÉUTICA COMO FILOSOFÍA DEL LENGUAJE Y DE LA COMPRENSIÓN JURÍDICA	76
UNA CLARA DIFERENCIA ENTRE HERMENÉUTICA E INTERPRETACIÓN.	86
RECONOCIMIENTO DE LÓGICAS NO TRADICIONALES	92
LA IMPORTANCIA DEL DERECHO COMO UN EJERCICIO DISCURSIVO	95
CAPÍTULO V:	100
CONCLUSIONES	100
BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA	103

## ÍNDICE DE TABLAS

	<b>Pág.</b>
Tabla 1: Respuestas frente a la pregunta 1 (general)	60
Tabla 2: Respuesta frente a la pregunta 2 (general)	61
Tabla 3: Respuestas pregunta 3.1 (general)	61
Tabla 4: Respuestas pregunta 3.2 (general)	62
Tabla 5: Respuestas pregunta 3.3 (general)	62
Tabla 6: Respuestas pregunta 3.4 (general)	62
Tabla 7: Respuestas pregunta 3.5 (general)	63

## AGRADECIMIENTOS

Gracias a Dios ante todo por darme la fuerza para llevar a feliz término esta empresa intelectual y personal. La realización de este proyecto nunca hubiese sido posible sin la colaboración, en primer lugar, de mi maestro y amigo *Pedro Antonio García Obando*; como profesor, como director de esta tesis y como persona sólo tengo palabras de agradecimiento y lealtad hacia él, hoy soy una persona mejor formada gracias a su influencia en mí.

Deseo también agradecer al profesor Orlando Pardo Martínez, quien sembró en mí el deseo de iniciar esta maestría, su apoyo y confianza fueron un tesoro invaluable. A mis maestros *Laureano Gómez Serrano*, *Óscar Mejía Quintana* y *Jorge Francisco Maldonado* por generar en mí una revolución intelectual sin precedentes, pueden estar seguros que nunca olvidaré sus enseñanzas.

A los profesores *Jaime Gutiérrez Ribero*, *Rodolfo Arango Rivadeneira*, *Diego Eduardo López Medina*, *Manuel Atienza*, *Joseph Aguiló* y *Daniel González Lagier* por sus contribuciones, revisiones y comentarios sobre las piezas que conforman este trabajo.

A mis amigos de maestría: *Osilda Ramírez*, *Matilde Gómez*, *Eduard Rodríguez*, *Carolina Bernal*, *Ramiro Rivero*, *Johanna Sarit*, *Carlos A. Navarro*, *Patricia Pabón* y *Luis Guillermo Rozo*. Aprendí de todos ellos y me generaron gratos momentos y recuerdos.

Quiero hacer mención a *Maritza Jaimés*, o como cariñosa y abusivamente llamo "May", en un momento complicado su talento y don de gente suavizaron las calamidades y me enseñaron el valor de la solidaridad humana.

A mi familia: Mi señora madre *Luz María Casas*, mi abuela *Ilía Fernández de Casas*, mi hermano *Fabio Andrés*, mi sobrino *Santiago*, *María Elena*, en fin, todos aquellos que desde la distancia me apoyan y desean lo mejor para mí. Quiero hacer un agradecimiento especial a *Patricia Casas Fernández*, *Gerardo Mendoza Mendoza*, *William Gerardo* y *Oscar Mauricio*, su apoyo es invaluable.

Por último, y no por ello menos importante, quiero agradecer y dedicar esta tesis a *Milagros Vanstrahlen González*, el amor de mi vida, le he robado tiempo para poder desarrollar este proyecto, gracias a su apoyo y generosidad siempre me he impulsado para seguir pese a las adversidades.

A todos ellos: gracias, mil gracias.

Para Milagros, en compensación por todo el  
tiempo que le robé realizando este sueño.  
*Forever is our today.*

*“Ésta es precisamente la manera como yo entiendo el lenguaje. Es una tela hecha de una sola pieza, de la que uno se puede apropiar si renuncia a todas las distinciones tradicionales”.*

Richard Rorty, *“¿Para qué sirve la verdad?”*

## RESUMEN

**TITULO: LA FORMACIÓN ARGUMENTATIVA EN “CASOS DIFÍCILES” DE LOS ESTUDIANTES DE PREGRADO DE LA ESCUELA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER: PRIMER Y ÚLTIMO SEMESTRE**

**AUTOR: JUAN PABLO STERLING CASAS\*\***

**PALABRAS CLAVES:** argumentación jurídica, hermenéutica jurídica, paradigmas jurídicos, pedagogía jurídica, filosofía del derecho, lógica jurídica.

### DESCRIPCIÓN

Se evidencia en la escuela de derecho de la Universidad Industrial de Santander, y en general en las facultades de la ciudad, una fuerte tendencia al desconocimiento de principios argumentativos en la técnica del derecho.

Los denominados “casos difíciles” han aumentado y tomado mayor relevancia en los últimos años, especialmente con la expedición de la Constitución de 1991. Por sus características esenciales, la argumentación frente a este tipo de casos implica una serie de habilidades especiales, no sólo el conocimiento de la normatividad vigente.

El proyecto requiere indagar sobre el proceso de transmisión de competencias argumentativas a los estudiantes y verificar si el discurso normativo que se imprime a lo largo de la carrera estropea una capacidad argumentativa necesaria para resolver los denominados “casos difíciles”.

En el primer capítulo se realiza una introducción al panorama del derecho, entendido éste como un ejercicio de argumentación. Ilustrando una evolución de los paradigmas jurídicos se llega a la necesidad de concebir al derecho dentro de un contexto del lenguaje.

El segundo capítulo muestra la evolución de la enseñanza en Colombia, en especial de la enseñanza del derecho desde los orígenes del Estado. Se podrá apreciar cuáles eran los principios y directrices que orientaban el quehacer jurídico-pedagógico contextualizado desde luego con las necesidades de la época.

En el tercer capítulo se ilustra la encuesta realizada con la respectiva explicación de los ítems preguntados y el objetivo correspondiente.

El cuarto capítulo plantea una propuesta para el mejoramiento de la transmisión de competencias a los estudiantes que gira en torno a cuatro ejes: 1) Una fuerte relación entre derecho y lenguaje, 2) una diferenciación clara entre interpretación y hermenéutica, 3) un reconocimiento de lógicas no tradicionales y 4) un reconocimiento del derecho como concepto discursivo.

---

\* Proyecto de grado

\*\* Universidad Industrial de Santander. Escuela de Derecho y Ciencias Políticas Director GARCIA OBANDO ´, Pedro Antonio

## ABSTRACT

**TITULO: THE ARGUMENTATIVE FORMATION IN "DIFFICULT CASES" OF THE STUDENTS DE PREGRADO OF THE SCHOOL OF RIGHT OF THE INDUSTRIAL UNIVERSITY DE SANTANDER: FIRST AND LAST SEMESTER**

**AUTOR: JUAN PABLO STERLING CASAS\*\***

**PALABRAS CLAVES:** artificial argument, artificial hermeneutics, juridical paradigms, artificial pedagogy, philosophy of the right, artificial logic.

## DESCRIPTION

Se evidencia en la escuela de derecho de la Universidad Industrial de Santander, y en general en las facultades de la ciudad, una fuerte tendencia al desconocimiento de principios argumentativos en la técnica del derecho.

Los denominados "casos difíciles" han aumentado y tomado mayor relevancia en los últimos años, especialmente con la expedición de la Constitución de 1991. Por sus características esenciales, la argumentación frente a este tipo de casos implica una serie de habilidades especiales, no sólo el conocimiento de la normatividad vigente.

El proyecto requiere indagar sobre el proceso de transmisión de competencias argumentativas a los estudiantes y verificar si el discurso normativo que se imprime a lo largo de la carrera estropea una capacidad argumentativa necesaria para resolver los denominados "casos difíciles".

En el primer capítulo se realiza una introducción al panorama del derecho, entendido éste como un ejercicio de argumentación. Ilustrando una evolución de los paradigmas jurídicos se llega a la necesidad de concebir al derecho dentro de un contexto del lenguaje.

El segundo capítulo muestra la evolución de la enseñanza en Colombia, en especial de la enseñanza del derecho desde los orígenes del Estado. Se podrá apreciar cuáles eran los principios y directrices que orientaban el quehacer jurídico-pedagógico contextualizado desde luego con las necesidades de la época.

En el tercer capítulo se ilustra la encuesta realizada con la respectiva explicación de los ítems preguntados y el objetivo correspondiente.

El cuarto capítulo plantea una propuesta para el mejoramiento de la transmisión de competencias a los estudiantes que gira en torno a cuatro ejes: 1) Una fuerte relación entre derecho y lenguaje, 2) una diferenciación clara entre interpretación y hermenéutica, 3) un reconocimiento de lógicas no tradicionales y 4) un reconocimiento del derecho como concepto discursivo.

---

\* Proyecto de grado

\*\* Universidad Industrial de Santander. Escuela de Derecho y Ciencias Políticas, Director GARCIA OBANDO ´, Pedro Antonio

## INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigación titulado *La formación argumentativa en “casos difíciles” de los estudiantes de pregrado de la escuela de derecho de la Universidad Industrial de Santander: primer y último semestre* se enmarca, principalmente, dentro del área correspondiente a la teoría de la argumentación jurídica y la pedagogía.

Se evidencia en la escuela de derecho de la Universidad Industrial de Santander, y en general en las facultades de la ciudad, una fuerte tendencia al desconocimiento de principios argumentativos en la técnica del derecho. Esta problemática ha traído consigo un estancamiento en la producción jurídica local que se refleja en la escasez de debates jurídicos, el apego a la literalidad de la norma como razón única en los fallos judiciales, a un “formalismo” jurisprudencial, entendido como el sometimiento a un lenguaje constitucional de autoridad y la imposibilidad de resolver los llamados “casos difíciles”. El origen de este problema debe ser estudiado en sus orígenes, es decir, desde la formación de los estudiantes en la etapa de pregrado de la carrera de derecho.

Los denominados “casos difíciles” han aumentado y tomado mayor relevancia en los últimos años en nuestro panorama jurídico, especialmente con la expedición de la Constitución de 1991. Por sus características esenciales, la argumentación frente a este tipo de casos implica una serie de habilidades especiales, no sólo el conocimiento de la normatividad vigente. Le evidente polémica y debate propios de los “casos difíciles” sugieren un nuevo esquema de argumentación mediado por aspectos filosóficos, políticos y económicos y respaldado por un discurso normativo racional.

Aunque las capacidades argumentativas están presentes en todas las personas, uno es el ejercicio de argumentación realizado por un estudiante que inicia sus estudios de derecho y que desconoce el “discurso normativo” y otro es el ejercicio desarrollado por un estudiante de último semestre con un aparente basto dominio de fuentes del derecho. El reto se presenta interesante, pues muchas veces ese discurso normativo, que en ocasiones raya con el formalismo, no siempre es el adecuado para resolver los “casos difíciles”; mientras que la racionalidad argumentativa de los estudiantes de primer semestre, que no poseen una formación normativa extensa, y es, por decirlo así, precaria, en muchas ocasiones responde a los lineamientos que suponen la correcta resolución de estos casos atendiendo a un consenso racional.

El proyecto requiere indagar sobre el proceso de transmisión de competencias argumentativas a los estudiantes y verificar si el discurso normativo que se imprime a lo largo de la carrera estropea y eventualmente anula una capacidad argumentativa necesaria para resolver los denominados “casos difíciles”. Teniendo en cuenta que el desarrollo moderno del derecho implica la aprehensión de nuevas teorías, tanto interpretativas como argumentativas. La

evolución ideológica, social y económica afecta a la técnica jurídica y esto se ve reflejado en una serie de retos que plantea el ejercicio del derecho, y especialmente en el proceso de decisión de los jueces y sus consecuencias sociales.

Hoy en día los diferentes Tribunales son más amplios en sus decisiones. Sus interpretaciones y argumentaciones son más complejas y polémicas, pues han tomado conciencia de que el Derecho se basa en las realidades cambiantes sociales, culturales y económicas, y que estas realidades son complejas y sus desarrollos no pueden ser resumidos como un sistema aritmético sintetizado y trabajado por la Ley. Prueba de ello es el papel de nuestra Corte Constitucional, cuyos fallos son una muestra del avance en la interpretación y la argumentación.

Los objetivos inicialmente trazados son, como principal: Identificar procedimientos argumentativos de los estudiantes de pregrado de la escuela de derecho de la Universidad Industrial de Santander frente a la resolución de “casos difíciles”. Y como específicos:

- a. Sugerir soluciones para el mejoramiento de la transmisión de habilidades argumentativas en los estudiantes de derecho de la Universidad Industrial de Santander.
- b. Elaborar planes, estrategias y herramientas pedagógicas para una correcta construcción de capacidades argumentativas en los alumnos de pregrado de la carrera de derecho.
- c. Evaluar el nivel actual argumentativo de los estudiantes de derecho de la Universidad Industrial de Santander.
- d. Determinar la relación entre las concepciones del derecho de los estudiantes y su influencia en las soluciones argumentativas frente a “casos difíciles”.
- e. Identificar frente a “casos difíciles” los argumentos empleados por parte de los estudiantes para su resolución.
- f. Identificar las premisas de la argumentación empleadas por los estudiantes a partir de la distinción entre: premisas sobre lo real y premisas sobre lo preferible.

La hipótesis de trabajo es la siguiente: Las concepciones de derecho que van construyendo los estudiantes de la Escuela de Derecho de la Universidad Industrial de Santander a lo largo de su formación académica, en tanto concepciones normativas, determinan, no sólo su concepto de derecho sino también su práctica argumentativa frente a los denominados “casos difíciles”.

Como hipótesis específicas se manejan las siguientes:

- a. Los problemas de transmisión de competencias argumentativas se deben a la escasa difusión de un nuevo paradigma jurídico discursivo.
- b. La práctica argumentativa frente a “casos difíciles” suele confundir a los estudiantes debido al desconocimiento y fundamentación de las diferentes concepciones de derecho que son enseñadas.
- c. Como resultado de las dos hipótesis anteriores se perpetúa la hegemonía del discurso normativo ocasionando un estancamiento en un avance dinámico y crítico del derecho.

La metodología empleada fue la investigación sobre el papel actual de la hermenéutica, la argumentación y la lógica jurídica, al igual que un estudio sobre la evolución de la enseñanza del derecho en Colombia. Se continuó con la realización de encuestas a estudiantes de primer y último año de la carrera de derecho en la Universidad Industrial de Santander, Universidad Santo Tomás, Universidad Pontificia Bolivariana, Universidad Autónoma de Bucaramanga y Universidad Cooperativa de Colombia, de la misma manera se indagó la opinión de profesores de diversas facultades de derecho. Los resultados son analizados de acuerdo con unos parámetros determinados y permiten no sólo identificar el problema en la institución inicialmente seleccionada, sino que además arrojan comparaciones interesantes.

El trabajo está dividido en cuatro capítulos:

En el primer capítulo se realiza una pequeña introducción al panorama del derecho, entendido éste como un ejercicio de argumentación. Ilustrando una evolución de los paradigmas jurídicos y la transformación del Estado a su forma actual (Estado Social de Derecho) se llega a la necesidad de concebir al derecho dentro de un contexto del lenguaje que abarque a la hermenéutica, la lógica y la argumentación. De la misma manera se analiza el papel de la educación por competencias en la actualidad y su relación con la pedagogía del derecho (teniendo en cuenta que una de las competencias que se exigen por ley es la argumentativa).

El segundo capítulo muestra la evolución de la enseñanza en Colombia, en especial de la enseñanza del derecho desde los orígenes del Estado Colombiano una vez lograda la independencia. Se podrá apreciar cuáles eran los principios y directrices que orientaban el quehacer jurídico-pedagógico contextualizado desde luego con las necesidades de la época.

En el tercer capítulo se ilustra la encuesta realizada con la respectiva explicación de los ítems preguntados y el objetivo de cada uno de ellos. Posteriormente se procede su análisis de los resultados obtenidos por categorías: 1) general, 2) respecto de la relación docentes/estudiantes, 3)

respecto de las universidades encuestadas y por último 4) respecto del año cursado (primero y último).

El cuarto capítulo plantea una propuesta para el mejoramiento de la transmisión de competencias argumentativas, hermenéuticas y lógicas a los estudiantes que gira en torno a cuatro ejes: 1) Una fuerte relación entre derecho y lenguaje, 2) una diferenciación clara entre interpretación y hermenéutica, 3) un reconocimiento de lógicas no tradicionales y 4) un reconocimiento del derecho como concepto discursivo y sus implicaciones.

Finalmente se presenta un quinto capítulo con las conclusiones respecto de la hipótesis de trabajo principal y las hipótesis específicas.

Espero que este trabajo sea de su agrado y cumpla con las expectativas que pueda generar.

## CAPÍTULO I

### HERMENÉUTICA, INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN EN EL PANORAMA ACTUAL DEL DERECHO Y SU ENSEÑANZA

La hermenéutica, la lógica, la interpretación y la teoría de la argumentación jurídica son una parte del estudio del derecho -entendido éste como un fenómeno complejo-, que han experimentado un gran auge durante las últimas décadas lo cual no es de extrañar. Lejos quedan los tiempos en los que el ideal de jurista, en todas sus expresiones, tanto analíticas como operativas, se asemejaba a un autómatas que dictaba mecánicamente sus razones apoyado únicamente en el texto legal. En el caso de los operadores judiciales, por así decirlo, la centralidad de los derechos fundamentales ha ampliado el ámbito de decisión de los Jueces, pero ello, al mismo tiempo, ha puesto de manifiesto la necesidad imperiosa de controlar su discreción. De la misma manera, el reconocimiento de un paradigma “discursivo” del derecho ha conllevado a recobrar teorías y estructuras que permitan su desarrollo desde esta nueva arista para todos los que reflexionan y aplican el derecho.

El desarrollo moderno del derecho implica la aprehensión de nuevas teorías, tanto interpretativas como argumentativas. La evolución ideológica, social y económica (atendiendo a los elementos planteados por Max Weber en *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*), afecta a la técnica jurídica y esto se ve reflejado en una serie de retos que plantea el ejercicio del derecho, especialmente en el proceso de decisión de los Jueces, proceso que llevaría dos fases: interpretación y argumentación.

Es importante resaltar que ante este panorama la Ley no cubre todos los aspectos que la realidad presenta, de ahí que cada vez con más frecuencia se deba acudir a interpretaciones y argumentaciones que ponen a prueba la creatividad, rigurosidad y claridad de quien interpreta y argumenta. Hoy no puede afirmarse rotundamente que la Ley es la respuesta a todos “los males” de la sociedad a lo que los operadores jurídicos y estudiosos del Derecho simplemente acudían mecánicamente como una “*panacea*” infalible. Las tres dimensiones trilemáticas y recíprocamente excluyentes: validez, legitimidad y eficacia juegan un papel importante en la función del Juez como realizador del derecho, sobre todo cuando estamos ante la presencia de los denominados “casos difíciles”.

Hoy en día los diferentes Tribunales son más amplios en sus decisiones. Sus interpretaciones y argumentaciones se pulen cada día más, pues han tomado conciencia de que el Derecho se nutre de diversas realidades, y que éstas son complejas y llenas de elementos cambiantes, que no pueden ser resumidos y resueltos como un sistema aritmético sintetizado y trabajado por la Ley. Prueba

de ello es el papel de nuestra Corte Constitucional, por ejemplo, cuyos fallos son una muestra del avance en la interpretación y la argumentación, todo ello en beneficio de un Estado Social de Derecho como lo es Colombia, en el cual se debe proteger la dignidad humana ante todo.

Al abordar el derecho desde la perspectiva de su **validez** (iuspositivismo); desde la perspectiva de la **legitimidad** (neo-iusnaturalismo) y desde la perspectiva de la **eficacia** (realismo y sociología del derecho) surgen una serie de preguntas que se pueden plantear a este enfoque discursivo del derecho enunciado anteriormente.

El origen de estas inquietudes se debe a varias razones:

1. La necesidad de ubicar la teoría discursiva del derecho (argumentación jurídica, lógica y nueva retórica) en uno de los extremos de la trilogía: validez – legitimidad – eficacia.
2. La justificación de las decisiones judiciales, dependiendo de su complejidad y estructuración, puede indistintamente ubicarse en uno de los extremos, en varios o en todos ellos, lo que llevaría a replantear si éstos son de verdad excluyentes.
3. La pretendida lucha entre la lógica (formal) y la teoría de la argumentación jurídica (nueva retórica, ética del discurso, tópica) permite aportar elementos a esta relación trilemática.
4. El surgimiento del concepto de “caso difícil” (*hard case*) replantea el contenido de la tensión entre la validez, la legitimidad y la eficacia en el derecho.
5. La teoría de la argumentación jurídica como fuente integradora y conciliadora de los extremos de la relación trilemática (legitimidad, validez y eficacia).
6. La acuñación de una categoría que despierta polémica en la comunidad jurídica: “El derecho de los jueces”, lo que implica razonar sobre si los jueces están autorizados para crear derecho.
7. ¿Es realmente la teoría de la argumentación jurídica una respuesta efectiva a los problemas del derecho? Es decir, su aplicabilidad es posible en escenarios indistintos.
8. ¿Cuál es el papel de la hermenéutica en la teoría contemporánea del derecho?

Los denominados “casos difíciles” (cuya evolución y concepto desarrollaré más adelante y con más profundidad) han aumentado y tomado mayor relevancia en los últimos años en nuestro panorama jurídico, especialmente con la

expedición de la Constitución de 1991. Por sus características esenciales, la argumentación, frente a este tipo de casos, implica, una serie de habilidades especiales, no sólo el conocimiento de la normatividad vigente. Le evidente polémica y debate propios de los “casos difíciles” sugieren un nuevo esquema de argumentación mediado por aspectos filosóficos, políticos y económicos y respaldado por un discurso normativo racional.

Aunque las capacidades argumentativas están presentes en todas las personas, uno es el ejercicio de argumentación realizado por un estudiante que inicia sus estudios de derecho y que desconoce el “discurso normativo” y otro es el ejercicio desarrollado por un estudiante de último semestre con un aparente basto dominio de fuentes del derecho. El reto se presenta interesante, pues muchas veces ese discurso normativo, que en ocasiones raya con el formalismo, no siempre es el adecuado para resolver los “casos difíciles”; mientras que la racionalidad argumentativa de los estudiantes de primer semestre, que no poseen una formación normativa extensa, y es, por decirlo así, precaria, en muchas ocasiones responde a los lineamientos que suponen la correcta resolución de estos casos atendiendo a un consenso racional.

Por ello es necesario fortalecer las capacidades argumentativas de los estudiantes de derechos como futuros juristas. Es un deber de las universidades enseñar el panorama que un “nuevo derecho” ofrece y capacitar a los futuros abogados para que puedan contribuir a una disciplina dinámica y compleja.

Como lo sostiene Juan Antonio García Amado: *“Las doctrinas que se acogen al rótulo genérico de teoría de la argumentación jurídica constituyen, pese a su relativa diversidad, el mejor ejemplo de lo que dentro de la teoría y filosofía del derecho actuales se puede considerar un modelo teórico de gran éxito y enorme eco. Algunos dirían que se trata de un nuevo “paradigma” y otros, quizá, de una simple moda pasajera.”*<sup>1</sup>

Como se aprecia, el auge de la teoría de la argumentación jurídica obedece a un nuevo paradigma discursivo del derecho, en el cual la rehabilitación de la razón práctica dentro de una teoría racional y ética del discurso impone una serie de competencias que no se agotan con el solo conocimiento del discurso normativo: *“El carácter ideal de la teoría del discurso conduce a la necesidad de su inclusión en una teoría del Estado y del Derecho. Este vínculo es mucho más que una simple compensación a sus mencionadas debilidades. Un sistema jurídico que desee responder a las exigencias de la razón práctica sólo puede crecer a través de nexos de elementos institucionales o reales con tales ideales y no sólo de modo institucional.”*<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> García Amado, Juan Antonio (1999), “Retórica argumentación y derecho”. En: revista *Isegoría* N° 21, Madrid, p. 131 y ss.

<sup>2</sup> Alexy, Robert (1995), *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 52

Entonces, la necesidad de recuperar un fuerte rigor argumentativo que se ha disminuido debido al culto al normativismo es una tarea indispensable para las facultades y escuelas de derecho. Es hora de dejar de concebir al derecho como un mero sistema normativo alejado de posiciones meta-jurídicas que sin duda lo condicionan; al respecto el profesor Guillermo Hoyos dice: *“Se piensa que con el descrédito de los meta-relatos en la «condición postmoderna» ha perdido vigencia toda forma de argumentación filosófica en torno a los valores, la ética y la moral. Entonces se radicaliza esta sospecha, estetizando y privatizando el espacio de lo ético y se deja a la normatividad positiva regular el espacio público mediante convenciones de corte eminentemente pragmatista”*.<sup>3</sup>

La teoría de la argumentación jurídica y sus estructuras están cobrando bastante auge en el mundo académico, no sólo a nivel jurídico. Este paradigma discursivo implica reconocer un dinamismo propio del derecho y la reconciliación con elementos de la moral, la política y la educación. Como lo sostienen Víctor Alberto y Manuel Fernando Quinche Ramírez: *“En el fondo gran parte de la novedad estriba en la recuperación del fuerte valor normativo que adquiere el acto de la interpretación por parte del juez de última instancia, así como de un intento de captar teóricamente el estilo del funcionamiento argumentativo cuando se intenta responder a la pregunta ¿qué es el derecho?, en presencia, por ejemplo, de la violación de un derecho declarado como fundamental en la Carta constitucional. De cara a este problema, el profesor en el aula y el teórico al que se recurra, intentan determinar una ley de funcionamiento de los enunciados que refleje la racionalidad de base del acto de interpretación, y que sirva a su vez para recuperar ex post la estructura de la trama argumental. Ante el descrédito de los sistemas altamente formalizados de la lógica tradicional, se han colonizado los sistemas relativamente débiles de las lógicas informales bajo el supuesto compartido de la posibilidad de reconstruir el hilo interno de los argumentos a la luz de su “estructura” argumentativa”*.<sup>4</sup>

Como se dijo, hoy en día los diferentes Tribunales son más amplios en sus decisiones y los debates en torno a éstas son una obligación moral de la academia. Las interpretaciones y argumentaciones son más complejas y diversas, pues los órganos aplicadores de justicia y la comunidad jurídica en general han tomado conciencia de que el Derecho se basa en realidades, y que estas realidades son complejas y llenas de elementos cambiantes, que no pueden ser resumidos como un sistema aritmético sintetizado y trabajado por la Ley. Afirma el profesor Manuel Atienza que: *“La tesis de que existe una estrecha relación entre el Estado Constitucional y la argumentación jurídica no pasa de ser una obviedad, pero quizás no sea ya tan obvio precisar cómo hay que entender esa relación”*.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Hoyos Vásquez, Guillermo (1995), “Ética comunicativa y educación para la democracia”. En: *Revista iberoamericana de educación*, N° 7, enero-abril, p. 66

<sup>4</sup> Quinche Ramírez, Víctor Alberto y Quince Ramírez, Manuel Fernando (2005), “Teoría de la argumentación, mundo de la vida y práctica argumental”. En: *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, 7 (1), Bogotá, p. 118

<sup>5</sup> Atienza, Manuel (2004), “Argumentación Jurídica y Estado Constitucional”. En: *Revista Anales de jurisprudencia, estudios jurídicos*, Universidad Autónoma Nacional de México, p. 353. Sobre este punto es importante resaltar que la

Ese Estado Constitucional no debe entenderse sólo como aquel Estado en el que está vigente una Constitución, sino como aquel que está dotado de una y que conlleva una serie de características como la delimitación de contenidos de los derechos fundamentales.

Con lo anterior, y citando a la profesora Eveline T. Feteris: *“Una pregunta central en la teoría del derecho es ¿cuándo se puede considerar que un juicio legal es racional?”*<sup>6</sup>, tenemos que la racionalidad en la justificación de las decisiones judiciales, sobre todo en los “casos difíciles”, se convierte en una necesidad en un Estado Constitucional de Derecho y por ende un aspecto a fortalecer en la formación de los estudiantes de pregrado.

La academia debe estar siempre dispuesta a la vigilancia y al examen de las ciencias y técnicas. Pero no podemos permitir que, en el caso del derecho, ésta se transforme en una mera construcción artificial obediente de un discurso normativo anulador de la racionalidad argumentativa primaria (entendida como aquella con la que el estudiante ingresa al debate jurídico y presenta prejuicios y valoraciones morales abundantes) y eficiente al omitir criterios de moral, justicia, razón práctica y elementos del lenguaje. Por lo tanto, es necesario una reconstrucción integral de las bases éticas del discurso aplicadas a la teoría de la argumentación jurídica: *“En esta reconstrucción de las relaciones dinámicas entre sociedad civil y opinión pública se manifiesta el sentido genético de los derechos fundamentales y de los principios del Estado de derecho: en ellos se expresa y articula el sentido performativo (participativo) de autoconstitución de una sociedad de personas libres e iguales en procesos de cooperación social. Ciertamente dichos procesos son de naturaleza política y están regulados por un derecho positivo y por leyes determinadas. El sistema político se mueve entre principios de efectividad y de legitimidad, ya que por un lado debe garantizar el buen funcionamiento de la sociedad y, por otro, corresponder a las expectativas de los ciudadanos, que de todas formas van más allá de las condiciones necesarias para el desarrollo material del mundo de la vida y reclaman condiciones y acciones para su fortalecimiento simbólico, cultural y moral”*.<sup>7</sup>

Sin duda la construcción de una capacidad argumentativa, sin desconocer los aportes del discurso normativo, es relevante, pues a partir de ella se puede construir una eticidad personal conducente a profesionales íntegros y con autonomía, capaces de construir identidad con “autenticidad”<sup>8</sup>. Se trata de un

---

relación entre el Estado Social de Derecho y la teoría de la argumentación jurídica tienen una estrecha relación en la actualidad. La consagración de derechos fundamentales, muchos de los relacionados con la administración y aplicación de justicia, sumado al reconocimiento de un pluralismo han permitido interpretaciones y argumentaciones novedosas. El mismo autor sostiene que en países denominados “en vías de desarrollo” la aparición de casos difíciles es más común debido a su particular desarrollo constitucional.

<sup>6</sup> Feteris, Eveline (2007), *Fundamentos de la argumentación jurídica: revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 16

<sup>7</sup> Hoyos Vásquez, Guillermo (1995), *Op. Cit.*, p. 88

<sup>8</sup> Tal como lo sostiene Charles Taylor: *“Hay que acentuar la estructura fundamentalmente contextualista, en la cual se constituye este sujeto moral como responsable de... y con respecto a...: en el mundo de la vida, en la historicidad, en la cultura, en la sociedad civil. Esto protege en todo momento al sujeto moral de interpretar su autenticidad como*

nuevo tipo de racionalidad, que compromete la acción personal a ser coherente con lo expresado, para que la persona sea reconocida como veraz, sincera y auténtica.

La ley escrita no nos proporciona “*todas las soluciones que requiere la práctica, y puesto que la lógica del derecho (...) es impotente para darnos la clave de los problemas de la vida social*”<sup>9</sup>, cada vez con más frecuencia se debe acudir a interpretaciones y argumentaciones que ponen a prueba la creatividad, rigurosidad y claridad de quien interpreta y argumenta.

La evolución del Estado (en cualquiera de sus formas) ha ido de la mano con la jurisdicción y la administración de justicia, y, por ende, con los procesos de interpretación y argumentación de éstos; Ferrajoli dice: “*El progreso del Estado de derecho es entonces simultáneo y paralelo al desarrollo del papel de la jurisdicción. Por lo tanto, este desarrollo es un fenómeno común en todas las democracias avanzadas, ya que está relacionado con la expansión del papel del derecho como técnica de regulación de los poderes públicos, que se produjo con el crecimiento de la complejidad de los sistemas políticos y, por consiguiente, del paradigma del Estado de derecho*”.<sup>10</sup>

El Estado Constitucional no debe entenderse sólo como aquel Estado en el que está vigente una constitución, sino como aquel que está dotado de una constitución que conlleva una serie de características como la delimitación de contenidos de los derechos fundamentales y esta reflexión es bastante interesante, ya que, debido a la centralidad de los derechos fundamentales que son garantizados por el Estado, se establecen nuevas reglas y criterios de interpretación de los mismos. Se supera así al recurso de apelación a la autoridad (en este caso del legislador) como sostén de la justificación judicial, pues se abandona la fe en la legalidad y vigencia de la norma como último fundamento de coacción sin razón práctica aparente: “*No basta la referencia a la autoridad y a ciertos procedimientos sino que se requiere un control en cuanto a los contenidos*”.<sup>11</sup>

Esta consideración, sin duda, es adecuada para entender el papel central que los jueces tienen en el Estado Constitucional, pues son ellos los que van a determinar en varias ocasiones el contenido y alcance de los derechos fundamentales constitucionales y no el legislador, llamado en principio a ello.

---

*solipsismo monológico, cayendo en actitudes narcisistas que niegan “el carácter fundamentalmente dialógico”*. Ver: Taylor, Charles (1994), *La ética de la autenticidad*, Barcelona, Paidós, p. 68

<sup>9</sup> Gèny, François (1954), *Méthode d'interprétation et Sources en droit privé positif Essai Critique*, Seconde édition revue et mise au courant, Paris LGTD, 2t, T I, p. 207

<sup>10</sup> Ferrajoli, Luigi (2003), “El papel de la función judicial en el estado de derecho”, Conferencia impartida en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación Mexicana el 20 de mayo en el Seminario *Estado de derecho y función judicial*, traducción: Daniela Bochicchio

<sup>11</sup> Atienza, Manuel (2004), *Op. Cit.*, p. 355

Es evidente en nuestro país la posición descrita en el párrafo anterior. Las constantes disputas entre las Cortes respecto del contenido y obligatoriedad de las interpretaciones sobre derechos fundamentales están a la orden del día.

Toda esta discusión en torno al papel “creador” de derecho por parte de los jueces ha sido fuertemente influenciada por los estudios y posiciones norteamericanas relativas al “activismo judicial” en el sentido expuesto por Charles Evans Hughes: “*estamos regidos por una Constitución, pero esa Constitución es lo que los jueces dicen que es*”<sup>12</sup>; o bien en la afirmación de Woodrow Wilson según la cual “*la Suprema Corte es algo así como una Convención Constituyente en sesión permanente*”<sup>13</sup>; o, así mismo, la tesis en el sentido que la función de los hombres de Derecho “*es predecir lo que los jueces habrán de decir*.”<sup>14</sup>

Las constantes batallas por establecer superioridad y aceptabilidad en los fallos judiciales han llevado a un panorama ciertamente rico en materia académica, pero preocupante en materia de seguridad jurídica. Afirma Vanossi (ilustrando el caso argentino –muy similar por cierto al colombiano-): “*En consecuencia, de la combinación de fuentes interpretativas procedentes de modelos distintos y distantes, se produce una mixtura que, lejos de ayudar al esclarecimiento de los problemas que se suscitan en la aplicación de las normas y en el consiguiente funcionamiento de los órganos, por el contrario, se acrecientan los niveles de oscuridad y las justificadas dudas que aparecen ante un cuadro tan complejo, al punto de resultar casi imposible intentar una calificación correcta y asequible en torno a qué tipo de modelo y qué clase de régimen hemos adoptado*”.<sup>15</sup>

Como vemos, la necesidad de justificar decisiones judiciales que tienen que ver con el contenido de los derechos y garantía fundamentales en el Estado Constitucional de Derecho es un tema bastante delicado que no se agota con la simple enunciación de la relación entre éste y la argumentación jurídica.

## PARADIGMA JURÍDICO DISCURSIVO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Empecemos por aclarar el uso de la palabra paradigma. En este sentido la tomamos como una solución ejemplar a problemas actuales de las ciencias. De esta forma entenderemos que dichos paradigmas son cambiantes y no poseen una verdad absoluta, solo proyecciones hegemónicas duraderas, concepto

---

<sup>12</sup> Linares Quintana, Segundo (1976), *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, p. 27

<sup>13</sup> Wilson, Woodrow (1922), *El gobierno constitucional de los Estados Unidos*, traducción al español de Federico González Garza, México, Cultura, p. 8.

<sup>14</sup> Wendell Holmes, Oliver (1991), *The Common Law*, New York, Dover, p. 299-300

<sup>15</sup> Vanossi, Jorge Reinaldo (2003), “Breves reflexiones sobre forma y estilo en la interpretación judicial de la Constitución histórica”, *En: Sesión de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, abril 23, texto completo en [http://www.ancmyp.org.ar/user/files/Forma\\_y\\_estilo-Vanossi-2003.pdf](http://www.ancmyp.org.ar/user/files/Forma_y_estilo-Vanossi-2003.pdf)

ilustrado por Thomas Kuhn; al respecto tenemos: “*Con el nombre de soluciones ejemplares, se designa al conjunto de problemas modelo que los estudiantes encuentran a lo largo de su formación científica, que le sirven de base para aprender a aplicar la teoría a un nuevo conjunto de fenómenos. De esta manera el estudiante aprende con la resolución de problemas y no con la aprehensión de conceptos, teorías y modelos.*”<sup>16</sup> Kuhn también sostiene que un paradigma es: “*un signo de madurez del desarrollo en cualquier campo científico dado*”<sup>17</sup>, de esta forma el paradigma es la mejor explicación teórica posible en un momento determinado “*pero no necesita explicar, en efecto nunca lo hace, todos los hechos que se puedan confrontar con ella*”<sup>18</sup>.

La lucha al interior del derecho por plantear un concepto propio “definitivo” y una funcionalidad universal ha generado una tensión entre la validez, la eficacia y la legitimidad, cada una determinante en la otra, lo que convertiría al derecho en un sistema autopoiético, es decir, un sistema con “capacidad universal” de todo para producir “estados propios” bien diferenciados, enlazando a estos las operaciones propias del sistema gracias a su “*auto-organización*”<sup>19</sup> (Luhmann). Esta lucha trilemática, como lo sostiene el profesor Oscar Mejía Quintana: “*(...) Ha sido presentada en el marco de la segunda etapa estructural del proceso de racionalización donde, a partir de la funcionalidad sistémica, se deriva un nuevo tipo de legitimidad funcional que penetra los campos de la vida social y el discurso práctico de los sujetos colectivos*”<sup>20</sup>

No se puede alejar de la concepción de legitimidad, entendida como un conjunto de valores y tradiciones impuestas por una clase dominante insertada en el poder (proceso de racionalización), y tampoco se puede deslindar de la fructífera lucha (en materia conceptual) de la tensión entre derecho y moral propia del ámbito de la validez. Al respecto dice Habermas: “*Max Weber entiende los órdenes estatales de las sociedades occidentales modernas como acuñaciones de la “dominación legal”. Basan su legitimidad en la fe en la legalidad del ejercicio de la dominación. La dominación legal cobra un carácter racional entre otras cosas por la fe en la legalidad.*”<sup>21</sup>

---

<sup>16</sup> Sánchez, Campos M, “Thomas S. Kuhn”. En: Fernández Labastida, F, y Mercado J.A. (editores), *Philosophica: Enciclopedia filosófica on line* (página Web consultada el 20 de Noviembre de 2008) URL: [http://www.philosophica.info/archivo/2007/voces\)kuhn/kuhn.html](http://www.philosophica.info/archivo/2007/voces)kuhn/kuhn.html)

<sup>17</sup> Kuhn, Thomas S. (1992), *La estructura de las revoluciones científicas*, Bogotá, FCE, p. 35

<sup>18</sup> *Ibíd.* p. 44

<sup>19</sup> Luhmann, Niklas (1997), *La descripción del futuro, en Observaciones sobre la modernidad*, Barcelona, Paidós, p. 121-138.

<sup>20</sup> Mejía Quintana, Óscar (2005), *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*, Bogotá, Temis. 2005, p. 102

<sup>21</sup> Habermas, Jürgen (2005), “The Tanner Lectures”, En: *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta, p. 535. Es importante aquí señalar que Habermas acude a la religión, para, de la mano con Weber, explicar ese proceso de racionalización. Habermas utiliza el esquema tripartito de Talcott Parsons: a) sociedad, b) cultura y c) personalidad. Desde la perspectiva de la sociedad coincide con Marx en la evolución gracias al modelo capitalista y el Estado Moderno; la cultura a las diferentes esferas de valores cambiantes y los avances en la ciencia y la tecnología; y desde la personalidad Weber se centra en Métodos de vida y la necesidad de “salvación” (prueba de ello se ve a lo largo de “La ética protestante y el espíritu capitalista”).

Después de los aportes en teoría política y filosofía que hicieron los griegos y el afianzamiento del derecho en el Imperio romano, surge una etapa importante que se inicia con la caída de Roma: La edad media y el concepto del derecho natural como expresión de un proceso de racionalización instrumental de tradiciones impuestas.

De aquí que el derecho natural, en su esencia y en su versión originaria, es un derecho antiguo, mágico, ligado a tradiciones y a cuestiones metafísicas, míticas -si así se quiere llamar- y, por ende, su desarrollo temprano estuvo ligado a la religión, que de la mano con las monarquías imponían lo que “naturalmente” era correcto y aplicable. Lo anterior es ilustrado por Xacobe Bastida Freixedo así: *“Durante la época en que el pensamiento iusnaturalista campeó por los predios del pensamiento occidental, la unidad del derecho se sustanció desde el punto de vista axiológico. El esquema podría ser el siguiente: la Ley Divina que es la actualización de la Ley Eterna y razón o voluntad de Dios –disyuntiva agustiniana luego preterida por el racionalismo tomista- deja una huella imborrable.”*<sup>22</sup>

Aunque algunos autores, como Francisco Carpintero, discrepan sobre el origen exacto de la aparición del iusnaturalismo (en el caso del autor mexicano mucho más tarde), plantea los mismos puntos centrales de las tesis iusnaturalistas (principios eternos y universales, principios cognoscibles por la razón humana y sometimiento del derecho positivo a dichos principios): *“La Escuela del derecho natural que se desarrolla entre los Siglos XVI al XIX, asumió históricamente la tarea de establecer y hacer creíbles las tesis según las cuales no existe obligación legítima que no provenga del consentimiento de las partes afectadas, y que los ámbitos en los que los hombres desarrollan su actividad – sociedad, propiedad, familia- para ser legítimos no pueden tener otro origen y otro alcance que el que determina el consentimiento prestado por los individuos.”*<sup>23</sup>

Es importante aclarar que el iusnaturalismo no sólo obedeció a cuestiones teológicas y divinas. Un iusnaturalismo “racionalista” también se forjaba paralelamente con el positivismo; uno de sus mayores exponentes fue Emmanuel Kant, veamos: *“Una acción es conforme a Derecho cuando, según ella o según su máxima, la libertad del arbitrio de cada uno puede conciliarse con la libertad de todos, según una ley general.”*<sup>24</sup>

La importancia de ese proceso en la evolución de los paradigmas jurídicos es invaluable, pues permite establecer las bases, no sólo ideológicas, sino también sociales, bajo las cuales se desarrolla una idea de legitimidad, validez y eficacia que moldea los conceptos posibles de derecho. Al respecto Razquin

---

<sup>22</sup> Bastida Freixedo, Xacobe (2000), *El silencio del emperador, un ensayo sobre la unidad del ordenamiento jurídico*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, p. 6

<sup>23</sup> Carpintero, Francisco (1999), *Historia del Derecho Natural*, México DF, Universidad Autónoma Nacional del México, p. 185

<sup>24</sup> Kant, Emmanuel (2005), *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Ed. Marcial Pons, p. 46

nos dice: *“Durkheim y Weber han analizado cómo se ha producido en Occidente un específico proceso de racionalización de las imágenes del mundo que ha dado lugar a una constelación de estructuras intersubjetivas”*.<sup>25</sup>

La llegada de la Edad Moderna supuso un profundo cambio en Europa en todos los órdenes, innegable e indisolublemente ligado a la eclosión del humanismo y el Renacimiento. Para estos primeros humanistas, que se consideraban herederos de la Antigüedad grecorromana, el periodo comprendido entre ésta y su tiempo fue la "Edad del Medio", e inmediatamente tuvo una connotación eminentemente negativa. Por varios siglos este panorama negativo reinó en la política, el derecho, y, en general, en las ciencias.

La ilustración, inspirada en gran medida por el renacimiento, tal como Mondolfo lo señala *"la idea de progreso humano, que tiene sus antecedentes y sus primeras manifestaciones en el pensamiento griego, se afirmó como solución histórica del conflicto entre antigüedad y modernidad en la época del Renacimiento"*<sup>26</sup> fue decisiva para afianzar nuevos valores que permitirían el triunfo de la razón sobre el oscurantismo.

La ilustración, aplicada al derecho, surge como respuesta a los abusos del derecho natural y como contrapeso a las tradiciones impuestas por las clases dominantes. Surge de nuevo una conciencia humana sustentada en el egocentrismo, el avance en las ciencias pone de nuevo al hombre al mando de la razón y derrumba los mitos preservados por la religión. Nos dice Sabine: *“En el siglo XVIII, la teoría política tuvo su centro en Francia, este hecho constituía por sí solo una revolución, ya que, aunque la filosofía francesa había encabezado en la época de Descartes la emancipación científica de Europa, no había tenido nada que decir en materias políticas y sociales”*.<sup>27</sup>

Cansados de los abusos de los monarcas y ante la desconfianza a un derecho natural inestable y abstracto en su fundamentación, la Revolución Francesa plantea una serie de cambios fundamentales que conllevaría a la hegemonía de un nuevo paradigma: el iuspositivismo. Michel Vovelle, en una de sus obras clásicas, *Introducción a la Historia de la Revolución francesa*<sup>28</sup>, recuerda que el objetivo último de la Revolución era la destrucción del feudalismo, lo que implicaba derribar entre otras cosas, el sistema del derecho natural y básicamente la exigencia de leyes escritas y de la división del poder como condiciones *sine qua non* para la continuidad de la idea revolucionaria francesa.

---

<sup>25</sup> Beriain Razquin, Josetxo (1990), "La reconstrucción del proceso de racionalización occidental según J. Habermas: el mundo de la vida, crisis y racionalidad sistémica". En: *Revista de estudios políticos Nueva Época*, Nº 67, enero-marzo, Madrid, p. 153

<sup>26</sup> Mondolfo, Rodolfo (1974), *Tres filósofos del Renacimiento, Bruno, Galileo, Campanella*, Buenos Aires, Losada, p. 175.

<sup>27</sup> Sabine, George (1999), *Historia de la teoría política*, México DF, Fondo de la Cultura Económica, p. 416

<sup>28</sup> Vovelle, Michel (1984), *Introducción a la historia de la revolución francesa*, Barcelona, Crítica.

Con los ideales impuestos por los revolucionarios franceses se impone también un nuevo paradigma, cuya hegemonía va a ser duradera. El iuspositivismo o derecho positivo girando en torno a una idea de seguridad jurídica al extremo y como resultado de una desconfianza enorme hacia el Estado.

Independientemente de las variaciones, o identidades, que se tomen del positivismo: escepticismo ético (Kelsen), positivismo metodológico (Hart), positivismo ideológico (Austin), etc., existen criterios para establecer puntos centrales de esta teoría: *“En este intento de trazar la evolución de las doctrinas, utilizaremos el término iuspositivista en oposición al iusnaturalismo, pues históricamente el positivismo se caracterizó, en sus orígenes, por su oposición a todas las formas de iusnaturalismo.”*<sup>29</sup>

El modelo positivista se reafirma cuando el hombre se aleja de la gracia divina que resulta inexplicable y caprichosa y se da cuenta de leyes que lo relacionan con el resto de los seres vivos; Bastida nos dice: *“Las acciones humanas están ahora sometidas al determinismo del universo y no al de un demiurgo barbudo. No hay derechos del hombre –como tampoco los hay del lirón careto o del gibón sindáctilo-. Al perder el hombre su privilegio de ser trasunto de Dios no tiene más derechos naturales que los de un mamífero cualquiera. Sólo hay fuerzas.”*<sup>30</sup>

Surgen varias versiones del positivismo. Por un lado Kelsen y lo que se puede denominar un “positivismo escéptico”, expuesto en su *Teoría Pura del Derecho* (teoría que no pretende describir el contenido de ningún ordenamiento jurídico en particular, sino, más bien una definición “universal”). El intento de Kelsen por dar una definición de derecho sin elementos “nocivos” tales como aportes sociológicos, políticos y morales que permitan establecerlo como un concepto con una elevada pretensión de universalidad (es decir una definición válida para cualquier ordenamiento jurídico en cualquier tiempo y lugar) concluye con la fundamentación de la validez del derecho en una hipotética norma fundamental (Constitución), cuyo contenido no es aclarado, veamos: *“Cual sea el contenido de esa constitución, y el del orden jurídico estatal erigido con su fundamento; que ese orden sea justo o injusto, es cuestión que aquí no se suscita; tampoco el de saber si ese orden jurídico efectivamente garantiza, dentro de la comunidad por él constituida, un estado relativo de paz. Con la presuposición de la norma fundante básica no se afirma ningún valor trascendente al derecho positivo.”*<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Bonorino, Pablo Raúl y Peña Ayazo Jairo Iván (2002), *Filosofía del Derecho*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, p. 34

<sup>30</sup> Bastida Freixedo, Xacobe (2000), *Op. cit.*, p. 36

<sup>31</sup> Kelsen, Hans (2002), *Teoría Pura del Derecho*, México DF, Universidad Autónoma Nacional de México, p. 209. Kelsen, así, desarrolla bajo el título de Dinámica Jurídica, en su *Teoría Pura del Derecho*, la pregunta en cuanto a el fundamento de validez de un orden normativo, y comienza planteándonos una serie de interrogantes tales como: ¿Qué funda la unidad de una multiplicidad de normas? ¿Por qué pertenece una norma determinada a un orden determinado? ¿Por qué vale una norma? o ¿cuál es su fundamento de validez? Y seguidamente afirma que el hecho de que una norma valga significa que obliga, lo que significa que el hombre debe comportarse de acuerdo con la norma. Y responde la pregunta por el fundamento de validez de una norma del siguiente modo: “El fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma. La norma que representa el fundamento de validez de otra es caracterizada, metafóricamente, como una norma superior en relación con una inferior”.

Por su parte, Hart explica al derecho como una serie de órdenes generales respaldadas por amenazas emitidas por un soberano, lo que constituye un modelo bastante simple, pues posteriormente Hart establece una clasificación entre lo que él denomina reglas primarias y reglas secundarias; así como su famosa “regla de reconocimiento” que busca superar vaguedades propias del lenguaje jurídico, ya sea central o periférico. Hart pretende diferenciar entre lo que él denomina un *enunciado interno* (lenguaje natural usado por quien acepta la regla de reconocimiento) y un enunciado externo (lenguaje natural de un observador externo del sistema, que sin aceptar la regla de reconocimiento enuncia el hecho que otros aceptan): *“Si se comprende este uso de una regla de reconocimiento aceptada al formular enunciados internos, y se lo distingue cuidadosamente de un enunciado fáctico externo que afirma que esa regla es aceptada, desaparecen muchas oscuridades referentes a la noción de “validez” jurídica.”*<sup>32</sup>

Como consecuencia del papel hegemónico del iuspositivismo a partir de la Revolución Francesa y la ley escrita como oferente de seguridad jurídica se plantea una especie de *“Fe en la legalidad”*.

A pesar de que el positivismo y el iusnaturalismo conceptualmente son distintos, confluyen en una situación particular: la legitimación de normas (indistintamente de su origen) para lograr fines deseados por una clase dominante. En la práctica, naturalistas y positivistas tienen una “fe en la legalidad” aunque las leyes que sigan tengan una naturaleza distinta. Prueba de lo anterior es el acontecimiento histórico que rompe con el paradigma positivista tradicional: El holocausto Nazi.

La “fe en la legalidad” y el poderoso adoctrinamiento logrado por el *Führer* fueron elementos contundentes para lograr implantar un pensamiento caracterizado por el fanatismo y un “mesianismo” mediático; la ley, entonces, era un instrumento para la protección del Estado de los enemigos tanto internos como externos, convirtiendo al derecho en una ideología. Sabine nos dice: *“Una filosofía cuyo fin político inmediato era la expansión nacional mediante la guerra, tenía que ser, necesariamente, una filosofía aventurera (...) Tenía que atribuir un valor místico más que un valor racional a la grandeza de la nación, una meta remota y brillante de creatividad nacional que mitigara, al mismo tiempo, los escrúpulos morales del individuo y le llevara a aceptar la disciplina y el heroísmo como fines.”*<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Hart, Herbert L.A. (1995), *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, p. 128. Ahora bien: *“La problemática común subyacente tanto a la noción kelseniana de «norma básica» como a la noción hartiana de «regla de reconocimiento» es la de la unidad del sistema jurídico y la de la obligatoriedad de sus fuentes últimas. Ello no obstante, la noción kelseniana apunta a una norma, presupuesta por los juristas teóricos, que constituye condición de posibilidad de una ciencia jurídica pura, esto es, que excluya todo aquello que «no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico» (la ética, la política y en general los juicios de valor, por un lado, y por otro, los enunciados de tipo causal). La noción hartiana, por su parte, apunta a una norma que existe en cuanto que socialmente aceptada y que constituye condición de existencia de un sistema jurídico.”* (Atienza Manuel & Ruiz Manero, Juan (1996), “La regla de reconocimiento y el valor normativo de una Constitución”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 16, Núm. 47, mayo-agosto, p. 30)

<sup>33</sup> Sabine, George (1999), *Op. cit.* p. 654

Bajo la pretendida “*fe en la legalidad*” y una exégesis que eliminaba cualquier resquicio de conciencia y racionalidad se cometieron actos aterradores, que pretendían, como se dijo, ser amparados por la protección brindada por la Ley y el Estado, tal como la afirma García Amado: “*Un Estado de Derecho que admita y practique la tortura es un imposible conceptual, es como un círculo cuadrado*”.<sup>34</sup> Y de la misma manera: “*Hablar de la relación entre derecho y nazismo ha venido significando ante todo, y ya desde 1945, referirse a la interrelación entre el positivismo y la práctica jurídica de aquel régimen*”.<sup>35</sup>

Ante el rompimiento del paradigma positivista, que inevitablemente había caído en los mismos excesos del iusnaturalismo, se replantea un nuevo panorama en el campo jurídico, político y filosófico sustentado en la conciencia colectiva y en la idea que horrores como el ocurrido no podían volverse a cometer y menos permitir que el derecho fuese un instrumento legitimador de los mismos.

Se necesitaba un nuevo modelo que permitiera aplicar la ley, es decir, preservar una “*fe en la legalidad*”, pero al mismo tiempo garantizar un mínimo de condiciones de dignidad que no pueden ceder ante dicha legalidad. Es entonces cuando se empieza a retomar las denominadas corrientes realistas, en especial aquella aplicada al derecho, pues ésta criticaba frontalmente tanto a los iusnaturalistas como a los positivistas, entre otras cosas por los excesos que su ideología había permitido, tal y como lo he expuesto.

Bertrand Russell establece el año de 1900 como punto de partida de una corriente denominada realismo. Este realismo “contemporáneo” es diferente del realismo platónico (doctrina sobre los universales, luego refutada por Ockham) y del realismo aristotélico (doctrinas metafísicas). Siguiendo a Russell, las características de este realismo “contemporáneo” serían: **1)** Concepción unitaria de la ciencia y la filosofía, es decir la filosofía no tiene la verdad absoluta, **2)** el análisis como método y **3)** el reconocimiento del pluralismo. Con estas ideas se empieza también a desarrollar, principalmente en Estados Unidos, un realismo jurídico.

El realismo adquiere una faceta “conciliadora” y esclarecedora, que se vería plasmada más adelante en su desarrollo jurídico. En este punto es que se vislumbra el realismo como un paradigma no sólo jurídico. Al respecto, Lukacs dice: “*Pero en realidad el realismo no es del todo un “camino intermedio” entre la falsa objetividad y la falsa subjetividad; más bien al contrario, es el verdadero tertium datum resolutivo frente a los seudo dilemas que derivan de los problemas impropriamente planteados por aquellos que sin brújula yerran desorientados en el laberinto de los tiempos actuales.*”<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> García Amado, Juan Antonio (2005), “Todo totalitarismo tortura, toda tortura es totalitaria”. En: García Amado, Juan Antonio y Paredes Castañón, José Manuel (coords.), *Torturas en el cine*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 19-45

<sup>35</sup> García Amado, Juan Antonio (1991), “Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho”. En: *Anuario de Filosofía del Derecho* Madrid, p. 3

<sup>36</sup> Lukacs, Georg (1944), *Ensayos sobre Realismo*, Buenos Aires, Ed. Siglo Veinte, p. 13

Para los iusrealistas el derecho no consiste exclusivamente en normas. El derecho no se identifica con un deber ser sino con un ser; este ser puede identificarse con la norma pero también con el hecho. De este modo, podemos distinguir entre el derecho como norma estatal y el derecho como hecho social, lo que haría de éste un fenómeno social complejo. Karl Llewelyn, uno de los juristas realistas más destacados trató de establecer una corriente “realista” en el derecho diciendo que: *“No hay escuela realista. Ni posibilidad alguna de que llegue a existir tal escuela. Hay, sin embargo un movimiento en el pensamiento y en el trabajo jurídico.”*<sup>37</sup>

En el mismo trabajo, Llewelyn identificó puntos de partida para lo que se podría denominar Realismo Jurídico, estos puntos son: 1) Una concepción dinámica del derecho, 2) El derecho como un medio para fines sociales, 3) La sociedad al igual que el derecho es dinámica, 4) La separación metodológica entre el ser y el deber ser, 5) La desconfianza hacia la “tradicción” de los conceptos jurídicos tradicionales aplicados por Tribunales y personas en general, 6) Cuestionamiento a que el papel del juez sea relevante sólo por causa de reglas prescriptivas, 7) La necesidad de crear nuevas categorías de casos, 8) Valoración del derecho por sus efectos, y 9) Investigación programática de los problemas jurídicos. Estos elementos son posteriormente aprovechados por varios exponentes de teorías de la argumentación jurídica (Alexy, Perelman, MacCormick, Aulio, entre otros).

La actitud realista hacia el derecho no sólo se suma a la protesta en contra de la concepción teológica y metafísica del iusnaturalismo sino también a la reacción dirigida contra la concepción positiva o analítica-normativa del iusformalismo. De hecho, cabe resaltar las palabras de Oliver Wendell Holmes: *“La vida del derecho no ha sido la lógica: ésta ha sido la experiencia. Las necesidades sentidas de cada época, las teorías morales y políticas predominantes, las instituciones en las que la acción política se ha inspirado, bien aquellas confesadas explícitamente o bien otras inconscientes, e incluso los prejuicios que los jueces tienen al igual que otras gentes, han tenido que ver mucho más que los silogismos en la determinación de las normas para gobernar a los hombres.”*<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Llewelyn, Karl (1931), *Some Realism about Realism*, Cambridge, MA, Harvard Law Review XLIV. Llewelyn sostiene que hay funciones primordiales en el derecho atendiendo a un carácter realista: la función de reacción o sancionadora (resolución de conflictos), la función de orden o reguladora (orientación del comportamiento), la función constitucional (legitimación y organización del Poder), la función de planificación o configuradora (configuración de las condiciones de vida), y la función de supervisión (cuidado del Derecho); y las resume diciendo que la principal función del Derecho consiste en la integración del grupo -job of producing and maintaining the groupness of a group-(Rehbinder, Manfred (1981), *Sociología del Derecho*, trad. de Gregorio Robles, Madrid, Pirámide, p. 155-170).

<sup>38</sup> Wendell Holmes, Oliver (1991), *The Common Law*, Cambridge, MA, Harvard University Press. p. 12 El movimiento realista norteamericano surge como una respuesta a los métodos tradicionales de enseñanza del derecho (organizados por C.C. Langdell) y la enseñanza Clínica como movimiento cuestionador de los métodos tradicionales de estudio del derecho en los EEUU, que si bien se abre camino en las Universidades en la década del 60, tiene su origen en demolidoras críticas lanzadas por Jerome Frank en los años 30, en su artículo *Why Not a Clinical Lawyer School*. En esta obra, Frank sostiene que las Escuelas de Derecho podrían aprender mucho de las Escuelas de Medicina, en el uso de las Clínicas gratuitas y dispensarios, como ámbitos para desarrollar un método de enseñanza basado en la práctica de los estudiantes en la atención de casos reales, en lugar de destinar todo el tiempo al estudio de libros de casos. La crítica de Frank al método predominante por entonces en las facultades americanas (especialmente en la Universidad de Harvard bajo la tutela de Langdell), apunta directamente a la concepción extremadamente positivista y logicista del derecho en la cual se basa. No es difícil adivinar en esas críticas la inspiración del pensamiento de Oliver

Ante este panorama surgió la necesidad de establecer un nuevo esquema interpretativo y argumentativo del derecho. Un esquema comprometido con la justicia y con lo que Robert Alexy denominaría más adelante una “pretensión de corrección”. Desde luego, tamaña empresa necesitaría de replantear al derecho, darle un enfoque discursivo que le permitiera al juez fundamentar sus decisiones de una manera racional y analítica y no simplemente acomodadas a la fuerza a determinado ordenamiento jurídico.

Sumado a lo anterior, el decaimiento de la teoría del silogismo judicial ideológico aplicada al derecho (propia de la lógica clásica) conlleva a reconocer que la aplicación de éste no obedece a unas máximas de decisión ya conocidas (premisas) para obtener una decisión a partir de éstas. El surgimiento de los denominados “casos difíciles” obliga a replantear la lógica al interior del derecho llegando al concepto de “nueva retórica” perfeccionado posteriormente en una “teoría de la argumentación jurídica”. Tal como lo afirma Karl Larenz: *“Ya nadie puede afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente.”*<sup>39</sup>

El papel del juez en la sociedad cobra gran importancia, pues tiene un papel decisivo en la sociedad ya que va a ser él quien articule el derecho y en la práctica lo concrete. Su función entonces como creador de derecho es innegable, tal como lo sostiene Ronald Dworkin: *“Las personas pueden ganar más por el asentimiento de un juez, que por cualquier acto general del Congreso.”*<sup>40</sup>

Ante la indeterminación del lenguaje jurídico, ante la aparente contradicción de contenidos fundamentales normativos, ante la ausencia de normatividad, y ante la avasallante evidencia de que el derecho no es idéntico a la totalidad de normas que lo componen, el juez surge como un faro, como un soldado listo para remediar este problema: *“Cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una determinada norma jurídica promulgada previamente por alguna institución, aquí el juez tiene discreción para decidir el caso en uno u otro sentido.”*<sup>41</sup>

---

Wendell Holmes y la frase citada. Para Holmes “un criterio realista impone llamar derecho exclusivamente a la conducta real de los tribunales y una observación aguda y desinteresada obliga a confesar que el fundamento de las decisiones judiciales se encuentra a menudo no en una norma previa sino en una “premisa mayor inarticulada” que es una decisión valorativa y a veces inconsciente de los jueces fruto de sus ideas o prejuicios, que no se expresa en las sentencias pese a constituir el verdadero fundamento sobre el que se alcanza la decisión”. (Abramovich, Víctor E. *En: Cuaderno de Análisis Jurídico*. Serie Publicaciones Especiales, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, N° 9, Defensa Jurídica del Interés Público)

<sup>39</sup> Larenz, Karl (1980), *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1980, p. 33

<sup>40</sup> Dworkin, Ronald (1992), *El imperio de la justicia*, Barcelona, GEDISA, p. 15

<sup>41</sup> Dworkin, Ronald (2005), *Taking rights seriously*, Cambridge MA, Harvard University Press, p. 392 (**traducción propia**)

La argumentación jurídica es, entonces, un caso especial de argumentación práctica en el cual el Juez pretende dar una solución a través de un fallo, pero como característica especial el objeto de la decisión es lo que se denomina un *caso difícil* (que aparentemente tiene más de una solución). Según el profesor Óscar José Dueñas Ruiz: “*Superando un poco el debate Hart-Dworkin, se encuentra la teoría de la argumentación planteada por Robert Alexy. Al igual que Dworkin, él sostiene que las decisiones en derecho se deben tomar a través de un discurso donde ciertos argumentos se enfrentan a otros y triunfan los mejores.*”<sup>42</sup>

La teoría de la argumentación jurídica, como cualquiera puede suponer, tiene como objeto de reflexión las argumentaciones que se producen en contextos jurídicos. En el Derecho existen básicamente tres contextos de argumentación: el de la producción o establecimiento de normas jurídicas; el de la aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos; y el de la dogmática jurídica. Así pues, tanto la labor de los órganos jurisdiccionales y, en general, aplicadores del Derecho, como la de los dogmáticos, puede decirse que consiste en producir argumentos para la resolución de casos, bien sean individuales o genéricos, reales o ficticios. Pero ¿qué significa más exactamente argumentar?

Desde el punto de vista de la lógica, un argumento es un encadenamiento de proposiciones, puestas de tal manera que de unas de ellas (las premisas) se sigue(n) otra(s) (la conclusión).

Esta práctica deductiva en el ámbito de la argumentación jurídica es parte, según Alexy, de una de las reglas básicas del discurso práctico general, bajo el dominio de la actividad argumental: la existencia de un consenso racional. Se sostiene que el consenso es el producto de una práctica sistemática de los involucrados de someterse a sí mismos al peso de la evidencia y a la fuerza de los argumentos racionales. El supuesto de la regla es que los humanos tienen la posibilidad de consenso racional, de acuerdo a la capacidad práctica de sujeto racional.

Un discurso es una “*empresa colectiva*”<sup>43</sup> pero no significa que necesariamente exprese ideas colectivas. De ahí la importancia del contexto social para la construcción del discurso, que se va a construir en un proceso de interrelación y debate. La universidad entonces es un escenario ideal para implementar las prácticas argumentativas racionales en su formación temprana.

Los estudiantes que abordan el estudio del derecho se encuentran con un desconocimiento, apenas obvio, de las fuentes del derecho, y como estas soportan el discurso normativo su capacidad argumentativa debe acudir a veces al sentido común o a tradiciones o valores (lo que definimos arriba como “derecho natural”).

---

<sup>42</sup> Dueñas Ruiz, Óscar José (2005), *Hermenéutica Jurídica*, Bogotá, Universidad del Rosario, p. 26

<sup>43</sup> Alexy, Robert (2002), *Derecho y razón práctica*, México, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, p. 40

Ante la presencia de los denominados casos difíciles (pensemos en el famoso caso del “*nieto apurado*” –Riggs vs. Palmer-) las respuestas de los nuevos estudiantes de derecho obedecen a una razón práctica que es posible gracias a la ausencia de “contaminación” generada por la abundancia de normas (muchas de ellas incoherentes o en ocasiones ausentes). Esta razón práctica toma elementos de diversas áreas del conocimiento para construir respuestas, que muchas veces no se ajustan a la normatividad, pero que poseen un rigor lógico propio de un paradigma discursivo que impone una relación más cercana entre derecho y moral y un abandono de esa “fe en la legalidad”.

El proceso temprano que describí anteriormente es posible gracias a que cada uno de nosotros capta la realidad a partir de un conjunto de afirmaciones implícitas, las cuales configuran nuestra mentalidad, ideología y sensibilidad. Estas ideas pueden sintetizarse en la creencia segura y estable de la existencia de principios externos que crean y gobiernan la realidad en su conjunto: fundamentación externa como criterio de pensamiento y sensibilidad. Esta creencia es muy sólida y está muy arraigada, es inconsciente e invisible a la experiencia y al conocimiento.

La argumentación jurídica puede abordarse desde tres enfoques:

Un enfoque **lógico** que es el de más larga tradición y que da un papel principal a la validez formal como criterio de racionalidad de la argumentación jurídica. Obedece por lo tanto a una teoría del silogismo judicial. El argumento es válido entonces sólo si se adecua (infiere) lógicamente de unas premisas aceptadas previamente. Se habla aquí de un requisito de validez lógica. Este enfoque requeriría la explicación y estructuración de una lógica deóntica. Aquí hablamos de una argumentación jurídica con base en argumentos “*lógicamente válidos*”<sup>44</sup>.

Un enfoque **retórico** que se centra en el contenido de los argumentos y los aspectos necesarios para su aceptabilidad (con todo lo que implica un manejo de la retórica y la oratoria). La efectividad de la argumentación depende entonces no de una demostración lógica sino de una aceptabilidad que proviene de un auditorio. Uno de los exponentes de este enfoque es Perelman: “*El papel de la lógica formal es hacer que la conclusión sea solidaria con las premisas, pero el de la lógica jurídica (entendida como una nueva retórica) es mostrar la aceptabilidad de las premisas.*”<sup>45</sup>

Y por último un enfoque **dialógico**; en éste se defienden posiciones jurídicas a partir de argumentos racionales. El debate jurídico se considera entonces un diálogo sobre el punto de vista legal. La importancia aquí del concepto de hermenéutica es importante, pues se trata de comprender lo que las partes argumentan e identificar sus contenidos. Es un enfoque, sin duda, más desde una teoría del lenguaje. Aarnio nos dice: “*Las normas jurídicas se manifiestan a*

---

<sup>44</sup> Feteris, Eveline (2007), *Op. Cit.*, p.38

<sup>45</sup> Perelman, Chaïm (1979), *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, p. 232

*través de lenguaje. Las decisiones de los tribunales que aplican las normas en la práctica son lenguaje. Incluso, si en ocasiones es incierto lo que está escrito en la ley, todo el material interpretativo, como los debates legislativos (trabajos preparatorios), se materializa también en lenguaje escrito. Así, el lenguaje es interpretado por lenguaje y el resultado se expresa por medio de lenguaje”<sup>46</sup>*

En el mismo sentido Jaime Coahuila dice que: *“En principio cabe aclarar que el Derecho puede ser visto como texto o como discurso. La idea del derecho como texto ha sido defendida por el español Gregorio Robles quien ha señalado que la norma jurídica es una proposición lingüística de carácter prescriptivo perteneciente a un sistema proposicional expresivo de un ordenamiento jurídico y dirigida directa o indirectamente a orientar la acción humana; en cambio la idea del Derecho como discurso ha sido apoyada, aunque nominalmente, por el jurista italiano Norberto Bobbio quien definió al Derecho como un discurso, el discurso prescriptivo del legislador y a la Jurisprudencia como el análisis del lenguaje legislativo.”<sup>47</sup>*

Sumado a los anteriores enfoques debemos tener en cuenta que la adecuada transmisión de habilidades y competencias argumentativas para preservar la racionalidad que se diluye ante un paradigma positivo formalista propio del discurso normativo necesita también de unos componentes, entre ellos.

Hablamos de un componente **filosófico** que permita una fundamentación normativa de la teoría de la argumentación jurídica con criterios de legitimidad, moral y justicia; un componente **teorético** que desarrolle los modelos teóricos de la argumentación, es decir las principales teorías de la argumentación jurídica a lo largo de la historia; un componente de **reconstrucción** que permite observar cómo se reconstruye el argumento jurídico en un modelo analítico (desde la teoría del lenguaje por ejemplo) permitiendo así la visualización clara de las etapas y reglas de la argumentación; un componente **empírico** que permita evaluar los argumentos en la práctica jurídica y académica real que asegure una corroboración con el componente teórico; y por último un componente **práctico** que enseñe cómo se pueden usar los resultados del proceso de argumentación no sólo en la práctica judicial sino en la academia.

La teoría de la argumentación jurídica lejos de ser una teoría explicativa solamente, se encarga de resolver problemas reales y prácticos: *“El punto de partida de la teoría de la argumentación jurídica es que en la jurisprudencia se trata en definitiva siempre de cuestiones prácticas, por tanto, de lo que está ordenado, prohibido y permitido. La argumentación jurídica es por ello un caso especial de la argumentación práctica en general. En un caso especial porque*

---

<sup>46</sup> Aarnio, Aulis (2000), *Derecho, racionalidad y comunicación social*, en *Ensayos sobre filosofía del derecho*, México DF, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, p. 12

<sup>47</sup> Coahuila, Jaime (2005), “Análisis discursivo del derecho”. En: *Revista Isonomía*, N° 23, México DF, octubre, p. 166

*está situada bajo una serie de vínculos institucionales que brevemente pueden caracterizarse como la vinculación a la ley, al precedente y a la dogmática.*<sup>48</sup>

El punto de encuentro entre dos temas: derechos fundamentales y argumentación jurídica lo ubicamos dentro del concepto del *discurso racional* que busca rehabilitar la razón práctica reforzando así el enfoque discursivo del derecho que permita justificar decisiones en casos difíciles: *“El carácter ideal de la teoría del discurso conduce a la necesidad de su inclusión en una teoría del Estado y del Derecho. Este vínculo es mucho más que una simple compensación a sus mencionadas debilidades. Un sistema jurídico que desee responder a las exigencias de la razón práctica sólo puede crecer a través de nexos de elementos institucionales o reales con tales ideales y no sólo de modo institucional.”*<sup>49</sup>

Todo lo anterior debe ser matizado con lo que se denomina una concepción lingüística del derecho: *“Aquella que ve al derecho como un conjunto de enunciados dotados de significado (más o menos determinado) y proveniente de ciertas instancias o fuentes “reconocidas” como productoras de normas por el propio ordenamiento jurídico y, en última instancia por la sociedad de que se trate”.*<sup>50</sup>

Igualmente se piensa en una Teoría Comunicacional del Derecho y desde su punto de vista esta teoría insiste en entender al Derecho como un fenómeno de comunicación y no sólo como un orden coactivo de la conducta humana, un medio de control social o un ideal de justicia. Explicado más claramente se asume el carácter lingüístico del Derecho y mediante la conciliación del método analítico y del hermeneútico se investigan los discursos inmersos en su seno.

La riqueza del análisis discursivo practicado por las disciplinas extrajurídicas y la profundidad de las teorías discursivas nacidas del propio Derecho constituyen una demostración clara de la importancia de entender al Derecho como un discurso y no solamente en tanto texto normativo. El Derecho ya no es únicamente el paraíso de los juristas, ahora es una cuestión en plena construcción y deconstrucción, donde se entrecruzan diferentes discursos provenientes de las más diversas disciplinas. La aceptación de este giro paradigmático traería consigo el cambio de perspectiva de los estudios jurídicos, la discusión interdisciplinaria del Derecho, y porque no, arrojaría una cuota de humildad a la disciplina jurídica. Es tiempo que el Derecho en tanto enunciado recurra a su mejor *performance* discursiva.

---

<sup>48</sup> Alexy, Robert (2002), *Op. Cit.*, p. 21

<sup>49</sup> Alexy, Robert, *Ídem*, p. 52

<sup>50</sup> García Amado, Juan Antonio (2004), “El argumento teleológico: las consecuencias y los principios”. En: *Interpretar y argumentar, nuevas perspectivas para el derecho*, Zuluaga Gil, Ricardo (editor y compilador), Medellín, Librería Jurídica Sánchez, Universidad Javeriana Cali, p.13

La utilidad del paradigma discursivo se ve entonces en la capacidad de lograr consensos racionales y justificar de igual modo las decisiones judiciales (casos difíciles) producto de tensiones constitucionales palpables.

## **CAPÍTULO II**

### **ASPECTOS DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO: UBICACIÓN HISTÓRICA DE LOS PROCESOS Y EVOLUCIONES DE LA EDUCACIÓN POR COMPETENCIAS Y PANORAMA ACTUAL**

Este segundo capítulo busca indagar sobre el proceso histórico de la enseñanza del derecho en Colombia, con un especial énfasis en la transmisión de competencias lógicas, argumentativas e interpretativas. Además se busca ofrecer un análisis de nuestra enseñanza jurídica a partir de una comparación con las tendencias actuales en diversos contextos.

Sin duda, el presente proyecto de investigación tiene una estrecha relación con la pedagogía del derecho, pero no pretende convertirse en un “teoría de pedagogía jurídica” por una razón: el núcleo a desarrollar es eminentemente jurídico. Por lo tanto, en este apartado me referiré a aquellas teorías que sustentan una educación por competencias y su evolución histórica. Posteriormente realizaré un análisis sobre el panorama actual de la enseñanza del derecho.

Se trata, entonces, de un breve estudio de historia universitaria respecto de los saberes jurídicos, de los procesos de construcción de “verdad” o de “las verdades” jurídicas de la época, de los procedimientos de transmisión de los discursos, de los instrumentos (como la interpretación, la argumentación y la lógica) con los que se realizaban estas tareas, los referentes de legitimidad que los sustentaban, y, en general, de los campos de referencia dentro de los que se produjeron esos procesos de transmisión.

#### **ANTECEDENTES EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN COLOMBIA**

La formación universitaria de los juristas en los comienzos del Estado colombiano se inicia en un sistema estatal centralizado y controlado por el poder local en él ubicado. Después de los fracasados intentos de revivir la obra científica de la expedición botánica para promover así la investigación científica, la universidad neogranadina de los primeros años terminó educando para convertir a las personas en “servidores” del Estado.

El Estado asumió así el control de la enseñanza en las universidades, con la intención de generar grandes cambios sociales y adecuar al país a las transformaciones propias de un mundo cada vez más competitivo y desarrollado. Este control era bastante severo, los profesores eran nombrados por el Estado, éste también estructuraba las materias a enseñar y sus contenidos, la forma de evaluación. Este sistema pedagógico fue el que acogió

a los primeros juristas del país, es decir, un ambiente donde la crítica no era bien vista gracias a la imposición estatal de las políticas y métodos de educación.

Desde finales del siglo XVIII se llevó a cabo lo que el profesor Julio Gaitán Bohórquez denomina “*la docilización de los juristas*”<sup>51</sup>; dicho proceso se generó gracias a la necesidad estatal de organización pues ésta suponía una supresión de ideologías que podían poner en riesgo la naciente estructura. Este paradigma puede ser ilustrado por la posición “*ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la vigueur*”<sup>52</sup>, figura usada por Montesquieu<sup>53</sup>. Irónico es presentar que los juristas, que tanto habían luchado por el surgimiento de un Estado moderno, quedaran sometidos ahora a su propia creación<sup>54</sup>.

A partir de la segunda mitad del siglo XVIII los controles del Estado sobre las facultades de derecho y la enseñanza del mismo fueron mucho más severos. Inicialmente por la Corona y luego por los gobiernos republicanos. En este escenario se empieza a observar la primera forma de control a la argumentación y la interpretación, que debían ser vigiladas y limitadas por el Estado: “*su finalidad era la de promover formas de discurso jurídico más disciplinadas y controlables por el poder estatal, apartando a los juristas de su sujeción a lo que cada vez más se concebía como formas irracionales del discurso, como dogmática confusa y artificiosa, para que en cambio adoptasen un estilo racionalista orientado por nuevas reflexiones sobre el método*”<sup>55</sup>. Respecto de las fuentes, las predominantes eran las disposiciones reales que a su vez dotaban el sistema de una seguridad jurídica que el derecho romano, el derecho canónico o la costumbre amenazaban.

Las doctrinas jurídicas enseñadas eran básicamente de origen europeo continental. Ello no suponía, como podría pensarse, que se trataba de una cuestión de “historia jurídica”; por el contrario, lo que se buscaba con el anuncio de éstas en los planes oficiales de estudio era un grado de certeza sobre las bases y desarrollos de los saberes jurídicos. Pero se presentaba un inconveniente, de nuevo en el discurso jurídico práctico: debido a la poca comunicación espacial entre los diversos territorios del Estado, debido desde luego a las precarias vías y al escaso o nulo desarrollo de las comunicaciones,

---

<sup>51</sup> Gaitán Bohórquez, Julio (2002), *Huestes de Estado, la formación universitaria de los juristas en los comienzos del Estado colombiano*, Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, p. 27

<sup>52</sup> “*Son sólo la boca que habla las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar la fuerza o la fuerza*”. Montesquieu, C.L., “*De l'esprit des loix*”, compilación de Pierre Réta et Catherine Volpilhac-Auger (2008), Vols 3-4. *De l'esprit des loix: manuscrits*, textos recolectados, comentados y analizados por Catherine Volpilhac-Auger, coordinación editorial de Caroline Verdier, Voltaire Foundation

<sup>53</sup> Cuando Montesquieu inmortalizó la imagen que *Gerrard Winstanley* había expresado un siglo antes, del juez “*boca de la ley*”, ya había dejado sentado que “*hay en cada Estado tres clases de poderes*” y que “*todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes*”. De estas dos ideas: separación de poderes y sujeción del juez a la ley, nace la figura del juez moderno.

<sup>54</sup> Tal como lo sostiene Franz Wieaker en su obra *Historia del derecho privado en la edad moderna*, Madrid, Aguilar, p. 59 y ss.

<sup>55</sup> Gaitán Bohórquez, Julio (2002), *Op. Cit.* P. 28

los discursos jurídicos eran fragmentados, no había unidad en las prácticas judiciales al igual que en las interpretaciones y argumentaciones. “Se trata, entonces, de un estudio de historia universitaria de los saberes jurídicos, de los procesos de construcción de “verdad” o de “las verdades” jurídicas, de los procedimientos de transmisión de los discursos, de los instrumentos con los que se realizaban estas tareas, los referentes de legitimidad que los sustentaban, y, en general, de los campos de referencia dentro de los que se produjeron esos procesos de transmisión”.

Los elementos del derecho enseñados en las universidades neogranadinas marcaron muchos de los aspectos actuales de nuestra nación. En el naciente desarrollo jurisprudencial se desarrollaron “experimentos” que permitieron dar forma a una estructura estatal definida que no contaba con antecedentes sólidos y debía acudir a un arriesgado proceso de formación a través del derecho. Se trataba de un verdadero laboratorio jurídico-estatal. Uno de los primeros intentos realizados por los colegios y las universidades republicanas consistía en una labor de unificación y establecimiento de un derecho vigente en todo el territorio, con las dificultades señaladas anteriormente.

Un aspecto para resaltar, respecto de la interpretación jurídica durante el siglo XIX, fue la construcción de una teoría interpretativa con pretensiones de unificación, pero minada por la comprobada singularidad de la vida regional cuya “unidad” era letra muerta y sólo existía en la Constitución y los códigos. He aquí una primera reflexión sobre el divorcio entre las realidades y la interpretación jurídica. Se generó de lo anterior una rivalidad de grupos sociales como por ejemplo los indígenas, las mujeres o los iletrados, hacia las directrices estatales<sup>56</sup>. Esta situación tendió a normalizarse después del triunfo hegemónico de 1886 del Partido Conservador, y la separación de Panamá en 1903.

La repartición del poder político, económico y social en Colombia fue un factor que oscureció el desarrollo jurídico, especialmente por el anhelo de regresar a tradiciones y modelos hispánicos muy afines a la filosofía y metodología decimonónica que predominó durante todo el siglo XX.

Básicamente se estudiaba el derecho romano y el derecho civil (debido a su acercamiento con el tema de la propiedad). Respecto de la enseñanza de la historia de las ideas políticas y la teoría del Estado estuvo, de igual manera, vinculada de forma muy servil a la realidad y tradición europea continental (especialmente Francia) y de una forma más excluyente que con ánimo integrador.

La regulación de la enseñanza jurídica durante los primeros gobiernos de la República deben entenderse también como un ambicioso proyecto que buscaba un control estratégico de la educación por parte del Estado y reducir

---

<sup>56</sup> Ver: Lynch, John (1984), “Los caudillos de la independencia: enemigos y agentes del Estado-Nación”. En: *Problemas de la formación del Estado y de la nación en Hispanoamérica*, Buisson, Inge, et. al. (comp.), Bonn, Inter Naciones, p. 197-218

así el monopolio y la influencia de la enseñanza por parte de la Iglesia. Poco a poco se fue ganando autonomía por parte de los entes universitarios. En 1786 se dispuso la uniformidad de todas las universidades de los reinos en asuntos como la matrícula de los estudiantes, asistencia, duración de los cursos, academias, oposición a las cátedras, exámenes, número de cursos para los grados, rigor y formalidades de éstos.

### ***La regulación de los estudios jurídicos***

En 1802 una orden fundamental dispuso que el ciclo de estudios de jurisprudencia fuera de diez años, cuatro para el grado de bachiller en leyes de los cuales la mayoría del tiempo se dedicaban al derecho civil y romano; cuatro años más al estudio del derecho patrio y dos más de pasantía con un abogado.

Un plan de 1807 ordenó que toda la enseñanza jurídica se llevara a cabo dentro de las universidades, suprimiendo así las prácticas por fuera de ella. Además, tomando como ejemplo a Salamanca, se unificaron los planes de estudio de las facultades de jurisprudencia.

El plan de estudios de 1826, que tuvo origen en una comisión nombrada en 1822 y cuya finalidad era ordenar lo referente a la educación pública, elaboró un “Plan general de enseñanza en las escuelas y universidades de Colombia”, que en la parte referente al derecho (jurisprudencia en aquellos tiempos) contemplaba cursos de legislación universal, historia e instituciones de derecho civil romano, derecho patrio, economía política, derecho público, político y leyes constitucionales, elementos de derecho público eclesiástico e instituciones canónicas. Como se puede apreciar, cursos sobre áreas referentes a la retórica, argumentación, interpretación o lógica eran inexistentes.

La estructura del plan general era similar al proyecto preparado por Condorcet para la asamblea nacional Francesa de 1792 en lo que se denominaba las bases para la formación de un plan general de instrucción pública, redactado por Jovellanos. En este plan se daba prioridad a las ciencias útiles o prácticas, esto influenciado en gran medida por la expedición Botánica. Ello conllevó un auge de la experimentación como eje de una educación sólida. También instauró un principio de gratuidad, uniformidad en el método, prescripción de obras, uso de la lengua castellana, exámenes públicos, entre otros.

La importancia de este plan de estudios en materia del derecho es la reducción del tiempo de duración de la carrera (a seis años), la implantación en las universidades centrales o departamentales de las cátedras de filosofía y jurisprudencia. Además, distribuyó la enseñanza de las universidades en facultades, creando así facultades de jurisprudencia.

### ***La formación jurídica***

El profesor Julio Gaitán Bohórquez presenta algunos aspectos que permiten analizar la evolución de la formación jurídica de los primeros juristas, a saber: retórica y lógica, el método, ideología, la memoria, el latín, la enseñanza de la Constitución, el derecho natural.

## 1. RETÓRICA Y LÓGICA

Se tendía a sustituir el método de cuño aristotélico y ciceroniano por el método axiomático o sistemático. El antiguo método había desarrollado una tópica, entendida ésta como una forma de pensamiento problemático que se distinguía claramente de un método deductivo sistemático. En el nuevo método las demostraciones se desarrollarán de acuerdo con un modelo geométrico (teniendo en cuenta que la geometría es la primera ciencia demostrable). Este método tiene una consecuencia de empobrecimiento del lenguaje y una frialdad considerable pese a proporcionar agudeza y precisión conceptual.<sup>57</sup>

Lo anterior significó un cambio en la concepción de la retórica para los juristas. Se hablaba ahora de un sistema lógico-axiomático enfocado hacia el Estado. Ante un derecho con un sistema de fuentes difuso, el argumento de autoridad era hegemónico y el jurista cobraba importancia al escoger él lo que era el derecho mediante la selección de los tópicos más adecuados para su argumentación. En palabras de Tarello, se hablaba de una posición frente: “a un objeto pre-constituido y externo”.<sup>58</sup> De esta forma el derecho podía dividirse en dos elementos: por un lado la retórica y por otro lado un método axiomático o sistemático, es decir una combinación de técnicas de argumentación y oratoria y una comprensión de la relación del derecho con otras áreas del conocimiento.

En un modelo como el anterior era importante desde luego el manejo de la tópica y la retórica, que junto al dominio de las autoridades en materia de doctrina, garantizaban un derecho “justo”. Pero ante el nuevo sistema de derecho, con una fuente única, un derecho del Estado, se mira con desconfianza el ejercicio retórico y se sustituye por un proceso lógico (*more matemático*) como la mejor garantía de una aplicación del derecho válido y justo (positivismo lógico).

## 2. EL MÉTODO

El método se concebía como un ideal de saber. Se pretendía un sistema de enseñanza más metódico, basado en el estudio de la geometría, y su pretensión de ser universal buscaba desterrar el espíritu escolástico (*lectio, questio* y *disputatio*) con una “lógica pura”. El plan de estudios de 1842 recomendó: “que se procurase ir desterrando de las conclusiones públicas y demás actos literarios la forma silogística usada por los peripatéticos, -la que

---

<sup>57</sup> Ver: Viehweg, Theodor (1964), *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, p. 25 y ss.

<sup>58</sup> Tarello, Giovanni (1976), *Historia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, p. 18

*tampoco sirva para descubrir la verdad-, al tiempo que sugirió poner los argumentos “en pequeños discursos” o en el “método académico”*.<sup>59</sup>

### 3. IDEOLOGÍA

La ideología era el nombre que se le daba en la época a la parte de la filosofía que se ocupaba de los problemas de teoría del conocimiento. El término ideología implicaba una investigación sobre el proceso de nacimiento de las ideas a través de un proceso propio de la antropología materialista consistente en la relación entre el cuerpo y la mente, conllevando esto a que se le considerara una parte de la fisiología pasando de ser una disciplina particular en un “saber de todos los saberes” como la gramática, la lógica y toda ciencia posible<sup>60</sup>. Sede resumir los saberes de cualquier rama de la ciencia en proposiciones fundamentales para luego atomizarla en el concepto de sensaciones. En conclusión, era todo un ejercicio de resumen conceptual.

La enseñanza de la filosofía en los colegios neogranadinos fue durante muchos años soportada por los *Elementos de ideología* de Destutt de Tracy<sup>61</sup>, pero en 1843 esto fue prohibido debido a que muchos sectores lo consideraban inmoral y atentatorio en contra de la religión. Por lo que se adopta la escuela sensualista o experimental, que se apoyaba en el conocimiento empírico negando cualquier posibilidad cognitiva a temas metafísicos o no revelados. Los postulados teóricos de Tracy servirían de base conceptual para la recepción del utilitarismo de Bentham en la Nueva Granada y su uso en las aulas de clase.

### 4. LA MEMORIA

La memoria tiene eficacia performativa en cuanto refleja y representa el entorno social a falta de sensaciones o percepciones, algo similar al dibujar, sostenía Wittgenstein. Pero también posee una eficacia prescriptiva, pues ordena a través de representaciones ordenadas para poder estructurar un sistema coherente de indicaciones.

La memoria era un elemento central de la estructura de la enseñanza del derecho en aquella época, y no es de extrañar debido a la influencia de la escuela de la exégesis francesa con su abundante producción del texto

---

<sup>59</sup> Gaitán Bohórquez, Julio (2002), *Op. Cit.* P. 63

<sup>60</sup> Ver: Foucault, Michel (1993), *Las palabras y las cosas*, México, Siglo veintiuno, 22ª Ed. p.236 y ss.

<sup>61</sup> Destutt de Tracy era el representante más conocido de la escuela sensualista que Condillac fundó en Francia a raíz una interpretación unilateral de Locke. Él llevó los principios de dicha escuela a sus consecuencias, estando de acuerdo con las posiciones materialistas de Cabanis, aunque éste último dedicó su atención más al campo fisiológico que de Tracy que se dedicó al lado psicológico o “ideológico” del hombre. En su “ideología”, él indicó, que formaba “una parte de zoología” (biología). Afirma que hay cuatro facultades en que se divide la vida consciente: opinión, memoria, juicio, voluntad, y éstas a su vez son todas las variedades de sensación. Su visión es que la sensación es causada por un actual afecto de las extremidades externas a los nervios; la memoria es sensación causada, en ausencia de dicha excitación, por las disposiciones de los nervios que son el resultado de experiencias previas; el juicio es la opinión de relaciones entre las sensaciones, y es en sí mismo una especie de la sensación, porque si estamos enterados de las sensaciones debemos estar enterados también de las relaciones entre ellas; la voluntad que él identifica con la sensación del deseo, y por lo tanto la incluye como variedad de sensación

impreso como herramienta principal de trabajo y a un proceso de “codificación”. A pesar de todas las voces en su contra siempre estuvo refugiada en lo más recóndito de la estructura pedagógica. La memoria y la imaginación han sido los pilares sobre los cuales se han establecido los valores intelectuales en occidente<sup>62</sup>. Pero a partir del siglo XVIII se empezaron a escuchar voces que rechazaban el aprendizaje textual “de memoria”, pero durante mucho este fue el escenario predominante.

## 5. EL LATÍN

Debido a que era la lengua oficial de la Iglesia su uso en la vida cotidiana era muy grande, además las prescripciones reales, que se hacían en latín, reforzaban su práctica. Hacia el siglo XVIII se empezó a disminuir su intensidad para poco a poco reemplazarlo por el castellano. Durante el siglo XIX el latín era considerado un símbolo de los sectores tradicionalistas que defendían la iglesia.

## 6. LA ENSEÑANZA DE LA CONSTITUCIÓN

La divulgación y enseñanza de la Constitución siempre ha sido una prioridad en la enseñanza jurídica colombiana, incluso su enseñanza se impartía en colegios como una parte de la formación integral de todo ciudadano. Es curioso anotar que en un principio la enseñanza de temas constitucionales estuvo ligada al poder de la Iglesia, el plan de estudios de 1826 se designó como texto guía el *Catecismo Político Constitucional* de José María Grau.

## 7. EL DERECHO NATURAL

Aunque no en su versión racionalista, el derecho natural cumplió un papel fundamental en esta época, como “codificador de los demás conocimientos”<sup>63</sup>. El texto de una real orden de 1787 expedida para regular los estudios de san Isidro nos ilustra lo anterior: “...nadie duda que el derecho natural no sólo facilita y prepara los entendimientos del civil, sino que se considera como la más noble parte suya. Porque el derecho civil y aún el canónico y todos los demás con que se rigen las sociedades tienen por base la equidad natural de la que como dictada a los hombres por el infalible autor de la naturaleza no puede apartarse ni caer en perniciosos errores o extravíos”<sup>64</sup>. Como se aprecia aquí la influencia del derecho natural es eminentemente teológica.

### **Algunos ejemplos**

En la Constitución de la República de Cundinamarca, por ejemplo, el tema fue abordado en el título XI, en cuyo artículo primero declaraba<sup>65</sup>:

---

<sup>62</sup> Mazzacané, Aldo (1997), “El jurista y la memoria”. En: *Pasiones del jurista, amor, memoria, melancolía e imaginación*, Petit, Carlos (ed.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 77

<sup>63</sup> Gaitán, Bohórquez, Julio (2002), *Op. Cit.* P. 70

<sup>64</sup> Tomado de: Martínez Neira, Manuel (1998), “¿Una supresión ficticia? Notas sobre la enseñanza del derecho en el reinado de Carlos IV”. En: *AHDE*, LXVIII, p. 523 a 544

*“Las primeras ideas que se imprimen al hombre en su niñez y la educación que se recibe en su juventud, no sólo son la base de la buena o mala suerte que haya de correr en el decurso de su vida, sino las que aseguran todas las ventajas o desventajas a favor o en perjuicio de la sociedad, las que dan a esta ciudadanos robustos e ilustrados, o la plagan de miembros corrompidos y perjudiciales. El cuerpo legislativo tendrá en mucha consideración y el Gobierno promoverá con el mayor esmero los establecimientos que miran a esta parte importantísima de la felicidad del Estado”.*

Por su parte, la Constitución de la República de Cartagena señalaba:

*“La difusión de las luces y de los conocimientos útiles por todas las clases del Estado es uno de los primeros elementos de su consistencia y felicidad. El conocimiento y aprecio de los derechos del hombre, y el odio consiguiente a la opresión y de la tiranía, son inseparables de la ilustración pública. Ella es, además, la que mejor iguala a todos los ciudadanos, les inculca y hace amables sus deberes, aumenta la propiedad individual y las riquezas del Estado, suaviza las costumbres y en gran manera mejora y previene los delitos; la que perfecciona el gobierno y la legislación; el fiscal más temible de los depositarios de la autoridad; el presupuesto de los hombres dignos de serlo, y, en fin, la amiga inseparable de la humanidad y de los sentimientos sociales y benéficos. Cualesquiera que puedan ser los abusos de la luz, jamás podrán balancear sus bienes y los males de la oscuridad, y todo los poderes del Estado conspirarán en uno, a fomentar con el mayor esmero este germen fecundo de felicidad y a promover los establecimientos que lo hagan más productivo”.*

Como muestra del excesivo control estatal, recordando la prohibición de la filosofía de Bentham, tenemos el siguiente decreto de noviembre 8 de 1825. Santander ordenaba enseñar legislación en los siguientes términos<sup>65</sup>:

*“Artículo 1º. Los catedráticos de derecho público enseñarán los principios de legislación por Bentham, los principios de derecho político constitucional por Constant Lepage, y el derecho público internacional por la obra de Watel”.*

El mismo decreto, en su artículo segundo, asignaba a los rectores de las universidades y colegios cuidar que se cumpliera la disposición. Esta tendencia de reglamentación es todavía más clara en el plan general de estudios superiores expedido por Santander el 3 de octubre de 1826, el cual sufriría varias reformas posteriores. En una de ellas, la contenida en el Decreto del 12 de marzo de 1828, Simón Bolívar *“teniendo en consideración varios informes que se han dirigido al gobierno, manifestando no ser conveniente que los tratados de legislación civil y penal escritos por Jeremías Bentham sirvan para la enseñanza de los principios de la Legislación universal...”* decretó:

---

<sup>65</sup> Tomados de: Uribe Vargas, Diego (1985), *Las Constituciones de Colombia*, Instituto de Cooperación Iberoamericana, V. II, p.432 y ss.

<sup>66</sup> Tomado de: Díaz A., Pedro Agustín (1974), *Compilación de Normas sobre la Educación Superior*, Bogotá, Ministerio de Educación, Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, Oficina Jurídica, p. 165

*Artículo 1º. En ninguna de las universidades de Colombia se atañerán los tratados de legislación de Bentham, quedando por consiguiente reformado el artículo 168 del plan general de estudios”.*

## **LA EDUCACIÓN POR COMPETENCIAS EN EL DERECHO**

Al dar una mirada a lo que ha sido la educación en Colombia se puede ver cómo los procesos de formación se han caracterizado por estar centrados en la enseñanza más que en el aprendizaje. No obstante, al igual que en otros países, existe una tendencia a señalar el aprendizaje como objetivo fundamental de los procesos de formación.

En Colombia solamente se han realizado dos reformas estructurales del sistema educativo. La primera cuando por primera vez se organiza la educación bajo la responsabilidad del Ministerio de Instrucción Pública, con la ley 39 de 1903 sobre la Instrucción Pública, en la que no se define qué es la educación ni mucho menos sus objetivos. La segunda gran reforma se realizó con la ley 115 de 1994 en la que se define la educación como un proceso de formación permanente, personal, cultural y social. De esto se infiere que en Colombia se trasladó la visión de la educación como un proceso de instrucción a uno de formación del sujeto en un contexto social y cultural.

Afirma el Profesor Walter Alfredo Salas Zapata: *“Si se divide el siglo XX en períodos de 25 años, se vislumbra entonces que entre 1903 y 1925 la función de la educación fue instruir, por consiguiente la función del profesor era “decir” y la del alumno era “oír”. En el siguiente período el profesor tomó el nombre de maestro en tanto que su función era “explicar”, mientras el alumno tomó el nombre de estudiante y ya su función era “entender”. Cerca de 1950 los llamados docentes, en el marco del proceso educativo deben “demostrar” a sus discentes mediante la “experimentación”. No obstante, alrededor de 1975, con el surgimiento de las corrientes constructivistas, la función de los educandos era ya la de “aprender” a través de un proceso de construcción del conocimiento acompañado por el educador.”<sup>67</sup>*

Hacia el año 2000 surge un modelo en el que el educador cumple con el rol de mediador en el proceso de formación que busca hacer del educando un líder agente de transformación competitivo en la sociedad. No obstante, para competir es necesario actuar y conocer el medio en el que se compete, por ello ese proceso de formación de sujetos tiene como propósito la transformación de la sociedad a través de la solución de problemas por parte de un individuo que la conoce, que se conoce a sí mismo, que conoce el problema, su abordaje conceptual y factual y que aprende cuál es la mejor manera de traducir los conceptos en hechos.

---

<sup>67</sup> Salas Zapata, Walter Alfredo (2005), “Formación por competencias en la educación superior, una aproximación conceptual a propósito del caso colombiano”. En: *Revista Iberoamericana de educación*, N° 36/9, septiembre 25, Madrid, p. 2

Ahora bien, cuando hablamos de “competencias” es difícil encontrar un concepto unívoco. Chávez lo define como: “*el resultado de un proceso de integración de habilidades y de conocimientos; saber, saber-hacer, saber-ser, saber emprender.*”<sup>68</sup>

El mismo autor, referenciado a Vigotsky, dice: “*Vigotsky propone que el desarrollo cognitivo, más que derivarse del despliegue de mecanismos internos, resulta del impacto que tiene la cultura sobre el individuo en la realización de las funciones psicológicas, como en el caso del lenguaje. Por ello la competencia puede entenderse como capacidad de realización, situada y afectada por y en el contexto en que se desenvuelve el sujeto.*”<sup>69</sup>

La competencia también puede ser entendida como una “*actuación idónea que emerge de una tarea concreta, en un contexto con sentido*”<sup>70</sup>, por lo tanto exige del individuo la suficiente apropiación de un conocimiento para la resolución de problemas con diversas soluciones y de manera pertinente, por ello la competencia se desarrolla en una situación o contexto determinado.

El Ministerio de Educación Nacional sostiene que: “*Más allá de las conceptualizaciones, es claro que la competencia debe ser entendida como un elemento que integra aspectos que tienen que ver con conocimientos, habilidades y valores, es decir comprende aspectos de tipo cognitivo, procedimental y actitudinal interrelacionados en la búsqueda de desempeños eficientes en entornos de trabajo asociados a un campo laboral concreto; desde esta perspectiva, la competencia es integral e integradora.*”<sup>71</sup>

Como se aprecia, la evolución de la educación es un proceso similar a la del derecho, pues se toma conciencia de los cambios sociales que son inevitables y se adapta a las necesidades de las personas transmitiendo competencias para que sean desarrolladas como herramientas útiles; es decir, formando antes que enseñando. Ante esta situación las competencias argumentativas que deben ser transmitidas por las facultades de derecho deben estar, en primer plano pues no sólo son un reto que impone el derecho globalizado, sino también la misma evolución de la educación.

Se puede considerar que con un adecuado manejo que combine los enfoques y los componentes de la teoría de la argumentación jurídica se puede preservar un adecuado manejo del discurso normativo potencializado por una capacidad argumentativa mejorada. Lo que se traducirá en una preservación de la razón práctica que permita la adecuada interpretación, argumentación y resolución de

---

<sup>68</sup> Chávez, U. (1998), “Las competencias en la educación para el trabajo”, *Seminario sobre la formación profesional y empleo*, México DF

<sup>69</sup> Salas Zapata, Walter Alfredo (2005), *Op. Cit.*, p. 5

<sup>70</sup> Bogoya, D., Torrado, María. et al (2000), *Competencias y Proyectos Pedagógicos: Educar para el desarrollo de las competencias: Una propuesta para reflexionar*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, p. 11

<sup>71</sup> Ministerio de Educación Nacional (2007), *Política pública sobre educación superior por ciclos y competencias, documento de discusión*, agosto 21, p. 8. Documento electrónico consultado el 10 de febrero de 2009 en: [http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-131953\\_archivo\\_doc\\_politica.doc](http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-131953_archivo_doc_politica.doc)

los “casos difíciles”, tarea que impone una serie de trabajos metodológicos por parte de las facultades de derecho para lograr el alcance de dichas competencias. Estas estrategias metodológicas pueden ser:

### ***La consagración normativa de las competencias***

En primer lugar analicemos el marco legal colombiano, por lo menos en lo atinente a la regulación de la enseñanza por competencias en las facultades de derecho. Veamos la resolución 2768 del 13 de noviembre de 2003 (negritas y subrayados con intención):

**REPUBLICA DE COLOMBIA  
MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL  
RESOLUCION NÚMERO 2768 DE 2003  
(13 NOV 2003)**

*Por la cual se definen las características específicas de calidad para los programas de pregrado en Derecho*

**LA MINISTRA DE EDUCACIÓN NACIONAL**

*En uso de sus atribuciones legales y en especial las conferidas en el decreto 2566 del 10 de Septiembre de 2003, y,*

**CONSIDERANDO:**

*Que mediante decreto 2566 del 10 de septiembre de 2003 el Gobierno Nacional reglamentó las condiciones mínimas de calidad y demás requisitos para el ofrecimiento y desarrollo de programas académicos de educación superior.*

*Que conforme a lo dispuesto en los artículos 1 y 4 del Decreto No. 2566 del 10 de Septiembre de 2003, le corresponde al Ministerio de Educación Nacional, fijar las características específicas de calidad para cada programa con el apoyo de las instituciones de educación superior, las asociaciones de facultades o profesionales o de pares académicos.*

*Que en la definición de las características específicas de calidad para el ofrecimiento y desarrollo de programas de formación profesional de pregrado aplicables en el área de Derecho, se contó con la participación activa de la comunidad académica nacional de la respectiva área de conocimiento, en los encuentros organizados en los seis Centros Regionales de Educación Superior (CRES) y en otros escenarios académicos; logrando en su definición altos niveles de consenso y un mayor compromiso con la calidad de la Educación Superior.*

*Que por lo anterior se hace necesario definir las características específicas de calidad aplicables a los programas de pregrado en Derecho.*

## **RESUELVE:**

**Artículo 1. Denominación académica del programa.-** La denominación académica del programa será claramente diferenciable como programa profesional de pregrado, así mismo, ésta no podrá ser particularizada en cualquiera de los campos de desempeño del derecho, ni tampoco en ninguna de sus funciones. El título profesional que se otorgará será el que determine la Ley.

**Artículo 2. Aspectos curriculares.-** De acuerdo con su enfoque, el programa de pregrado en Derecho será coherente con la fundamentación teórica y metodológica del derecho, hará explícitos los principios y propósitos que orientan la formación desde una perspectiva integral, considerando, entre otros aspectos, las características y las competencias que se espera posea el futuro abogado. Por lo tanto:

1. En la formación del Abogado, el programa propenderá por:
  - a. Una sólida formación jurídica, **humanística y ética**, que garantice un ejercicio profesional en beneficio de la sociedad;
  - b. Capacidad analítica y crítica para la interpretación de los problemas sociales, políticos y económicos del país, así como del impacto de las normas frente a la realidad.**
  - c. La plena conciencia del papel mediador y facilitador que cumple el abogado en la resolución de conflictos.
  - d. Suficiente formación para la interpretación de las corrientes de pensamiento jurídico.**
  - e. El desarrollo de habilidades comunicativas básicas en una segunda lengua.
  - f. Las demás características propias de la formación que se imparte en la institución de acuerdo con su misión y proyecto institucional y con la tradición universal del conocimiento jurídico.
2. En la formación del abogado, el programa buscará que el egresado adquiera **competencias cognitivas, investigativas, interpretativas, argumentativas y comunicativas**, así como capacidades para la conciliación, el litigio y para el trabajo interdisciplinario.
3. El programa comprenderá las áreas y componentes fundamentales de saber y de práctica que identifican la formación de un abogado, incluyendo como mínimo los siguientes componentes básicos, los cuales no deben entenderse como un listado de asignatura:

- a) *Área Jurídica, que incluirá como mínimo los siguientes componentes: Derecho Civil, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Penal, Derecho Laboral, Derecho Comercial y Derecho Internacional. Estos componentes deben responder tanto a lo sustantivo como a lo procesal.*
- b) *Área Humanística, incluirá componentes que complementen la formación integral del jurista tales como la filosofía del derecho, la sociología jurídica, la historia del derecho y la historia de las ideas políticas.*
- c) *Un componente transversal orientado a la formación del estudiante en el análisis **lógico conceptual, en la interpretación constitucional y legal y en la argumentación jurídica.***
- d) *Prácticas Profesionales, en el programa se organizará, con los alumnos de los dos últimos años lectivos, consultorios jurídicos cuyo funcionamiento requerirá aprobación de la respectiva autoridad de conformidad con lo establecido en la Ley 583 del 12 de junio de 2000.*

4. *El programa debe tener una estructura curricular flexible mediante la cual organice los contenidos, las estrategias pedagógicas y los contextos posibles de aprendizaje para el desarrollo de las competencias esperadas. La flexibilidad curricular debe atender por un lado, la capacidad del programa para ajustarse a las necesidades cambiantes de la sociedad y, por otro lado, las capacidades, vocaciones e intereses particulares de los estudiantes.*

5. *Sin perjuicio de los demás requisitos que en ejercicio de su autonomía universitaria establezca la institución de educación superior, de conformidad con el artículo 2° de la Ley 552 de 1999, el estudiante que haya terminado las materias del pensum académico, elegirá entre la elaboración y sustentación de una monografía jurídica o la realización de la judicatura.*

**Parágrafo.-** *Cada institución organizará dentro de su currículo estas áreas y sus componentes, así como otras que considere pertinentes, en correspondencia con su misión y proyecto institucional.*

**ARTICULO 3. Vigencia.-** *Esta resolución rige a partir de su publicación.*

*Publíquese y cúmplase  
Dado en Bogotá, DC. 13 noviembre de 2003  
La ministra de educación nacional,*

*Cecilia María Vélez White*

**EL PANORAMA ACTUAL DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO**

Según Martin Böhmer, la enseñanza del derecho debe girar en torno a tres aspectos:

1. La concepción del derecho
2. Las formas de enseñarlo
3. Los objetivos de la enseñanza.

Estas tres preguntas conforman lo que se puede denominar una concepción de la enseñanza general del derecho que estaría encaminada a establecer los pilares básicos de una formación tendiente a potencializar la capacidad cognitiva y crítica del derecho.

### **La concepción del derecho**

*“La calidad de cualquier institución académica depende en definitiva de la diversidad y profundidad de su cuerpo docente, que es el que da forma al plan de estudios de la facultad y es responsable de los resultados de la enseñanza, del contenido de su biblioteca y del tipo de estudiantes que son atraídos por la institución, es el cuerpo docente quien define la facultad”.*<sup>72</sup>

Si bien es cierto, el estudiante de derecho al iniciar su carrera de pregrado tiene alguna serie de pre-concepciones o prejuicios, es el docente el encargado de reforzarlos o suprimirlos por otro que el futuro jurista considere más acertado. Pretendo con esto indicar que la enseñanza del derecho debe dar una prioridad a la enseñanza del concepto y la función del derecho inicialmente.

El tratadista español Manuel Atienza dice: *“En la crítica de la razón pura Kant ironizaba a propósito de los juristas que todavía están buscando una definición del concepto de Derecho; hoy, después de un par de siglos, no puede decirse que la hayan encontrado”*<sup>73</sup>

Lo que hace complicado encontrar una definición de Derecho, es una serie de inconvenientes de orden cognoscitivo que se podrían resumir así siguiendo las ideas de Atienza:

- a. El concepto de “definición”:** Si es complicado definir el concepto de derecho, es aún más complicado establecer una definición de la palabra “definir”. Se debe, en primer lugar, establecer claramente qué se quiere con la definición y qué elementos se requieren para “definir” con relativo éxito. Primero se debe comenzar por indagar ¿qué es el derecho? Desde luego, el papel de la definición estaría encaminado a poner límites a un concepto, haciéndolo manejable, identificable y entendible, quizás acudiendo a un razonamiento minimalista donde podemos “limitar” conceptos difíciles de definir con verdades manejables y aceptables.

---

<sup>72</sup> Fiss, Owen (1999), “El derecho según Yale”. En: Böhmer, Martin (comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Barcelona, Gedisa, p 28

<sup>73</sup> Atienza, Manuel (2000), *Introducción al derecho*, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, p. 9

- b. El nivel lingüístico y conceptual de la palabra Derecho:** Debemos distinguir entre el término “Derecho”, el concepto de “Derecho” y el objeto del “Derecho”. Entendiendo que los términos designan conceptos que pueden tener o no una referencia empírica u objetiva. Es decir, el significado de las expresiones lo constituye la designación y la referencia. El término “Derecho” (jurídicamente hablando) nos lleva a una referencia que puede variar en aspectos formales, pero que sustancialmente nos indica una ciencia, técnica o tecnología que, *a priori*, regula la conducta humana. Por lo anterior podemos distinguir Derecho como un objeto de estudio, o Derecho como una forma o figura o incluso como una manera de comportamiento en un lenguaje figurado.
- c. La ambigüedad del término Derecho:** Como consecuencia de lo anterior, y sumado a otros factores que expondré a continuación, podemos concluir que el Derecho es ambiguo, es decir, que puede tener más de un significado. Lo que es contrastado con una vaguedad que se suma para hacer más interesante y complicada la labor de definición. Es necesario analizar las distintas formas de utilización del término “Derecho” y como éste puede ser asimilado, comparado o reforzado con estas situaciones: Derecho como normas, Derecho como Estado, Derecho como poder, Derecho como ideología o cultura, Derecho como argumentación.

Es ya conocido el ejemplo de Carlos Santiago Nino<sup>74</sup> al enunciar tres proposiciones que contienen el término “Derecho” (El derecho argentino prohíbe la pena de muerte; el derecho a vestirme como yo quiera y el derecho es una disciplina milenaria).<sup>75</sup> Como vemos, la ambigüedad es notoria, pues mientras en la primera proposición se hable del “derecho” como un conjunto de normas, en la segunda se habla de “derecho” como un derecho subjetivo, y finalmente en la tercera se habla de “derecho” como objeto de estudio. Por lo tanto la definición, en un sentido de “poner límites”, es imposible en el derecho, pues siempre se tendrá que analizar bajo qué contexto y sentido se está usando el término.

Pero por otro, lado este particular problema de la difícil definición de derecho ha sido utilizado por los seguidores del escepticismo jurídico, quienes ven en el derecho una ficción o un ente que tarde o temprano va a desaparecer, pues debido a su “ilimitada” capacidad conceptual es un área fértil para servir como alienación. Eugeni Pashukanis cuestiona: “¿Es posible un análisis de las definiciones fundamentales de la forma jurídica, tal como existe en la economía política; un análisis de las definiciones fundamentales y generales de la forma mercantil o de la forma del valor?”<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> Nino, Carlos Santiago (2006), *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, p. 24

<sup>76</sup> Pashukanis, Eugeni (1976), *Teoría general del derecho y marxismo*, Barcelona, Labor, p. 26

Aunque la discusión continúa, y esto debe ser así para el avance del derecho, no se puede olvidar que sumado a las dificultades para definir derecho y para la construcción de una teoría o una filosofía del mismo, se agrega la discusión de si éste es una ciencia o una técnica. *“Al pretender hablar de la “ciencia jurídica” uno tiene la sensación de estar pisando un terreno espinoso y resbaladizo en el que es muy difícil eludir la declamación, el lenguaje vago y los lugares comunes.”*<sup>77</sup>

Sería mejor hablar no de un concepto de derecho, sino de las concepciones de derecho, partiendo de su ambigüedad. Este sería el primer paso en la formación de los estudiantes. Enseñar que no hay un concepto unívoco del término “derecho” permite abordar con mayor facilidad el estudio de los paradigmas jurídicos como ampliación de visiones. Conocer otras posturas, otras definiciones condicionadas por el contexto y el uso práctico del lenguaje permite mayor profundidad y calidad de la enseñanza, además de lograr una conciencia crítica: *“Resulta entonces imperativo, si hemos de hacer justicia a nuestras disciplinas y a nosotros mismos, encontrar formas de ampliar nuestros horizontes y renovar nuestras capacidades críticas”*.<sup>78</sup>

### **La forma de enseñar derecho**

El término “enseñanza del derecho”, según Böhmer: *“tiene algo de rimbombante y de inabarcable”*<sup>79</sup>. De esta posición se puede asumir que el contenido conceptual (que puede ser diverso como se observó arriba) determina la forma en que el derecho debe ser enseñado.

Por ejemplo, si se considera que el derecho es, acudiendo a una de tantas concepciones, un aparato ideológico del Estado que busca mantener el *status quo* se asumirá que su enseñanza debe responder a una actitud crítica frente a este fenómeno denunciando las estrategias de dominación y “cegamiento” propias de dicha estructura. Así el objetivo de la formación jurídica será formar jueces, abogados y funcionarios tendientes a cambiar el sistema.

Pero por el contrario, si se acude a una concepción (como la de Carlos Santiago Nino, por ejemplo) que sostiene una legitimidad moral del derecho, es decir una práctica social aceptada y moralmente legítima, la enseñanza del derecho entrará a ilustrar aspectos sobre la validez, la moral, límites a la democracia y razonabilidad de decisiones judiciales. Los resultados entonces serán jueces, abogados y funcionarios que busquen un respeto por las instituciones, la democracia y protección real y efectiva a derechos fundamentales por ejemplo.

O por ejemplo: si se tiene una concepción “realista” del derecho se debería transmitir una teoría donde *“Lo que el derecho debería ser, constituye, correctamente, una parte no menor del pensamiento de abogados y jueces. Ese pensamiento no debería ser disminuido sino aumentado... Pero hay una sutil*

---

<sup>77</sup> Nino, Carlos Santiago (1999), *Algunos modelos metodológicos de la ciencia jurídica*, México, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, p. 9

<sup>78</sup> Fiss, Owen (1999), *Op. Cit.* P. 33

<sup>79</sup> Böhmer, Martin (1999), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Barcelona, Gedisa, p 14

diferencia entre “ideales” (o deberes) e ilusiones. Lo aproximadamente posible difiere de las esperanzas vanas basadas en ilusiones inútiles. Estas ilusiones impiden a menudo, sin duda, la búsqueda de lo posible... Los deseos de imposible realización son deseos frívolos... Y las actitudes éticas hacia el derecho deben conformarse a lo posible y a lo practicable. El “deber” debe estar basado en el “ser” y en el “poder”<sup>80</sup>. Así el derecho es un elemento conformado por prácticas sociales, dentro de ellas las prácticas judiciales. Esto implica una relación mucho más cercana del derecho con otras áreas del conocimiento (psicología, antropología, sociología, etc.) y funcionarios más comprometidos con un análisis social sobre las causas.

El papel del docente cobra aquí de nuevo una importancia mayúscula. De la transmisión de un concepto de derecho predominante y de su forma de enseñarlo se avizorarán los objetivos finales en la formación de los futuros abogados.

### **Los objetivos de la enseñanza**

Sostiene Jorge Malem Seña: “Que una mala persona pueda ser un buen juez en un contexto donde los jueces tienen que fundar en derecho sus sentencias no es, sin embargo, una conclusión fácilmente aceptada por todos. Y consecuentemente con ello, varias son las razones que se esgrimen para rechazar que en la selección de los jueces se tomen en consideración únicamente aspectos técnico-jurídicos, o que no puedan ser impuestas sanciones a aquellos jueces y magistrados que no guardan una compostura aceptable en su vida privada. De hecho, se suele afirmar que no es suficiente que los jueces sean independientes, imparciales, competentes y honorables, sino que al igual que la mujer del César así deben parecerlo. La apariencia de justicia de las decisiones judiciales es importante –se aducen para generar confianza en el justiciable, para contribuir de ese modo a la estabilidad del sistema jurídico y político. Se suele decir igualmente que una persona «mala» en su vida privada traslada sus evaluaciones a su vida profesional y lo que es tal vez más importante, al interpretar el derecho, se aduce, el juez deja su impronta personal y sus más íntimas convicciones morales, políticas y sociales en los estados de cosas interpretados, sean éstos enunciados legislativos o cuestiones empíricas. Una mala persona colapsaría, en definitiva, en un mal juez”<sup>81</sup>.

Los objetivos de la enseñanza del derecho apuntan a la valoración del profesional del derecho desde dos categorías: una funcional que dependerá desde luego de la concepción de derecho que asuma (aunque esto no implique siempre una identidad entre concepción y función); y por otro lado una ética que valorará su comportamiento frente a una moral social aceptada en términos de bueno-malo respecto de sus acciones: “Si la función del juez es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado aplicando la constitución, el sistema de fuentes y los valores

---

<sup>80</sup> Frank, Jerome (1930), *Law and the Modern Mind*, New York NY, Brentano's, p 361-362

<sup>81</sup> Malem Seña, Jorge (2001), “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”. En: *Revista DOXA*, 24, Alicante, p. 388

*contenidos en ellas que sean compatibles con la ética crítica, resultaría que para ser un buen juez, desde el punto de vista técnico, se debe resolver los conflictos que competencialmente conoce imbuyendo sus decisiones precisamente de esos valores en todos aquellos casos que fuera menester. Las valoraciones personales ajenas a dicho orden serían entonces inaceptables y de ninguna manera podrían ser invocadas o utilizadas en ningún caso. Una mala persona definida en términos de su rechazo a este sistema de valores políticos no podría ser en ese sentido un buen técnico como juez”.*<sup>82</sup>

Los objetivos de la enseñanza del derecho, aunque pueden ser diversos, dependiendo, como se dijo arriba, de la concepción que se imprima y el método de su enseñanza, al parecer confluyen en una valoración moral de las acciones de los jueces y abogados con referencia a un sistema de valores. Desde luego el principal objetivo sería la formación de una autonomía conceptual y metodológica sólida pero consciente de que el derecho es estrategia y que hay una medida de la capacidad de resolver conflictos: *“Pensamos pues que ya en el proceso educativo se debe luchar por un nuevo ethos cultural, con el cual no sólo se puedan desarmar las concepciones ideológicas que fundamentan el positivismo normativo o el escepticismo de los valores, sino que se puedan comprender críticamente la ciencia y la tecnología, sin caer en los reduccionismos de la razón instrumental y del estructural-funcionalismo, pero tampoco en la demonización fundamentalista de sus logros”.*<sup>83</sup>

En general, la enseñanza del derecho debe girar en torno al concepto, la formación y los objetivos de éste. Estos tres elementos sustentan una nueva teoría de enseñanza, que, sumada a la educación por competencias, prepara de forma integral a los futuros juristas. Los hace competentes, críticos y autónomos pero sin dejar de lado una moral social que se refleja en cualquier ordenamiento jurídico. Quizás la posición de Kant nos sirva:

*“No sé por qué los educadores de la juventud no se han decidido hace ya mucho tiempo a poner en práctica esta tendencia de la razón a ocuparse con placer examinando del modo más sutil las cuestiones prácticas planteadas y (...) no han indagado las biografías de los tiempos antiguos y modernos con el propósito de tener a mano ejemplos para los deberes expuestos, mediante los cuales pusieran a funcionar el juicio de sus alumnos sobre todo a base de comparar acciones semejantes en circunstancias distintas con el objeto de hacer observar su mayor o menor contenido moral. Los adolescentes muy jóvenes, que todavía no están maduros para especulación alguna, pronto adquirirían gran sagacidad en estas materias, y además, percatándose del progreso de su facultad de juzgar, pronto encontrarían no poco interés en ellas, pero -y esto es lo más importante- podrían esperar con seguridad que el frecuente ejercicio de conocer el buen comportamiento en toda su pureza y aplaudirlo, y fijarse, por el contrario, con aflicción o desprecio en la menor discrepancia de ella, si bien hasta entonces sólo se practica como juego de la*

---

<sup>82</sup> Ibid. p. 403

<sup>83</sup> Hoyos Vásquez, Guillermo (1995), *Op. Cit.* p. 68

*facultad de juzgar en el cual los niños pueden rivalizar entre sí, dejará empero una impresión duradera de gran estima por una parte y de execración por otra, lo cual, mediante el mero hábito de considerar a menudo tales acciones como dignas de aplauso o censura, constituirá una buena base para la probidad de la vida futura*<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> Kant, Emmanuel (1961), *Crítica de la razón pura*, Buenos Aires, Losada, p. 162

## CAPÍTULO III

### METODOLOGÍA, RESULTADOS Y ANÁLISIS

#### METODOLOGÍA

Para poder comprobar la hipótesis de trabajo se realizó un estudio de campo consistente en una encuesta aplicada a estudiantes de primer año de carrera (semestres 1 y 2), estudiantes de último año (semestres 9 y 10) y docentes.

La hipótesis de trabajo, en su primera parte, consiste en sostener que la concepción de derecho que se tenga influye de manera determinante en la capacidad interpretativa, argumentativa y de decisión del estudiante de derecho frente a “casos difíciles”. Posteriormente se pretende demostrar que una posición positivista es más aceptada en los últimos semestres de derecho y esto limita la capacidad argumentativa. Por el contrario la posición de los estudiantes de los primeros semestres, al no estar trastocada por un discurso normativo-positivista, es más viable para mejores argumentaciones respecto de “casos difíciles” y para una visión más amplia del derecho. A continuación se presenta la encuesta sometida a desarrollo y la explicación de sus ítems.

La encuesta se aplicó a estudiantes de primer y último año de la carrera de derecho de las siguientes universidades:

- Universidad Industrial de Santander UIS: 30 estudiantes por año.
- Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB: 20 estudiantes por año.
- Universidad Pontificia Bolivariana UPB: 20 estudiantes por año
- Universidad Cooperativa de Colombia UCC: 20 estudiantes por año.
- Universidad Santo Tomás USTA: 20 estudiantes por año
- Profesores: 20 Docentes.

**Encuesta realizada:**

1. De acuerdo con las siguientes cinco concepciones de derecho asigne un valor a cada una (de uno a cinco), donde cinco es la más acertada y uno la menos acertada (asignar a cada una un valor, sin repetir).

CONCEPCIÓN	V
a) El derecho es un “deber ser” reflejado en normas jurídicas de obligatorio cumplimiento que se diferencia así de la moral.	
b) El derecho es la adecuación de normas a principios básicos de convivencia que buscan la justicia.	
c) El derecho es un producto social sustentado en experiencias y está ligado con otras áreas del conocimiento.	
d) El derecho es la interpretación que un juez hace de las diversas normas jurídicas en sus sentencias.	
e) El derecho es un ejercicio de argumentación donde se busca persuadir a un juez y a un auditorio determinado.	

2. Después de leer las siguientes frases sobre el derecho, asigne un valor a cada una (de uno a cinco), donde cinco es la más acertada y uno la menos acertada (asignar a cada una un valor, sin repetir).

CONCEPCIÓN	V
a) El derecho es un discurso razonable, y aquel discurso que esté mejor sustentado prevalece.	
b) El derecho antes qué lógica es experiencia. Cada contexto social define las prácticas jurídicas.	
c) El derecho son las decisiones judiciales, pues sin duda son más usadas como referencia que la misma ley.	
d) Una ley injusta nunca puede ser ley.	
e) Los jueces son la boca que pronuncia las palabras de la ley. Ésta no tiene corazón y el juez que se lo presta no hace derecho.	

3. Analice los siguientes casos:

3.1 Una ley establece los requisitos para poder ser designado en el testamento de una persona natural, éstos son: 1.) Ser mayor de 18 años; 2) Ser pariente del causante (persona que fallece) ya sea por vínculo natural o adoptivo y 3) Un compromiso de cancelar las deudas del causante con lo asignado en la herencia. JUAN cumple con todos los requisitos exigidos por la norma legal (que está vigente y ha sido expedida por el Congreso). Pero se descubre que JUAN ha matado a su abuelo al saber que él le ha dejado una gran fortuna en su testamento. Pese a que ha sido condenado a cadena perpetua por su homicidio, JUAN solicita que se le asigne lo establecido en el testamento de su abuelo, pues él cumple con todos los requisitos legales y las autoridades no pueden exigir más requisitos que

aquellos establecidos en las normas, lo contrario sería atentar contra la seguridad jurídica.

En este caso un Juez debe:

- a. Asignar la fortuna dejada por el abuelo a su nieto en el testamento.
- b. Negar la fortuna dejada por el abuelo a su nieto en el testamento.

3.2 El Juez HANS ha considerado que no hay discriminación por el hecho de que los niños blancos estudien en una escuela diferente a la de los niños negros bajo el argumento, comprobado en el proceso que los profesores son los mismos para los distintos grupos, al ser esto así no existiría dicha discriminación pues tanto niños blancos como negros se les brinda la misma educación y profesores. Otro juez, TOM, considera que sí existe discriminación y no hay razón ni moral ni ética, ni legal para un trato diferente, es decir, que haya escuelas para negros y otras para blancos a pesar de tener la misma calidad. ¿Con cuál posición está usted de acuerdo?

- a. La posición del juez HANS (No hay discriminación)
- b. La posición del juez TOM (Sí hay discriminación)

3.3 JOSÉ ha sido declarado padre de un menor de edad, pues la prueba de ADN practicada ha arrojado una compatibilidad de 99.9%. Sin embargo, JOSÉ, seguro de no ser el padre de la menor, a la fuerza obtiene nuevas muestras de su hija. Las nuevas muestras son analizadas y arrojan que no hay compatibilidad. Una nueva muestra es tomada para corroborar y efectivamente JOSÉ no es el padre biológico de la menor. Se interpone un recurso de revisión ante la Corte Suprema de Justicia. El tribunal lo niega argumentando que la normatividad procesal civil establece como requisito para la revisión que la prueba (en este caso la de ADN) debió ser falsificada intencionalmente por quien la practicó, y en este caso no se ha demostrado la intención de la funcionaria que tomó la primera prueba de cometer un delito. Además la acción está prescrita. ¿Está usted de acuerdo con la posición de la Corte Suprema de Justicia?

- a. Sí
- b. No

3.4 Una pareja de homosexuales reúne los requisitos legales para adoptar a un menor de edad, es decir: medios económicos suficientes, estabilidad física, psicológica y económica, vida pública ejemplar. ¿Estaría usted de acuerdo con que se permitiera dicha adopción?

- a. Sí. Debido al principio fundamental de igualdad y bienestar del menor.
- b. No. Debido a las disposiciones constitucionales sobre la conformación de la familia (hombre-mujer).

3.5 Una pareja de mujeres convive desde hace más de 10 años. Al fallecer una de ellas, tras una penosa enfermedad, su compañera reclama la pensión y seguridad social debido a que durante el tiempo de duración de dicha enfermedad ella la cuidó intensivamente, además del hecho de la convivencia por más de 10 años. Usted como Juez:

- a. Accede a la reclamación bajo el argumento de la igualdad y la cobertura universal del sistema de seguridad social integral sin discriminación alguna.
- b. Niega la reclamación argumentando que ésta sólo es viable legalmente entre parejas heterosexuales (hombre-mujer).

***Naturaleza y objetivo de la pregunta nº 1:***

Se parte, en esta pregunta, de la ambigüedad que supone el concepto de derecho. En este ítem se solicita al aplicante asignar un valor (de 1 a 5, siendo 1 la menos acertada y 5 la más acertada) a ciertas definiciones del término “derecho”. Cada una de las cinco opciones está ligada a un paradigma o escuela determinada, a saber:

Respuesta (a): Obedece a una visión positivista-normativista del derecho.

Respuesta (b): Obedece a una visión iusnaturalista del derecho.

Respuesta (c): Obedece a una visión realista del derecho.

Respuesta (d): Obedece a una visión interpretativa del derecho.

Respuesta (e): Obedece a una visión argumentativa del derecho.

El objetivo de esta pregunta es determinar cuál es el paradigma jurídico que predomina en el imaginario del estudiante de primer y último año de derecho así como el menos acertado desde su punto de vista. Desde luego, existen estados intermedios que muestran una tendencia más o menos cercana a otros paradigmas. Con esta pregunta se pretende abarcar una primera parte de la hipótesis de trabajo: la definición de derecho obediente a uno u otro paradigma jurídico condicionará su posición frente a los denominados “casos difíciles”.

***Naturaleza y objetivo de la pregunta nº 2:***

Se usan aquí frases, no definiciones, sobre el derecho, se busca reafirmar la respuesta del estudiante y así detectar posibles contradicciones. En este ítem se solicita al aplicante asignar un valor (de 1 a 5, siendo 1 la menos acertada y 5 la más acertada) a ciertas frases descriptivas sobre el derecho. Cada una de las cinco opciones está ligada a un paradigma o escuela determinada, a saber:

Respuesta (a): Obedece a una visión argumentativa del derecho.  
Respuesta (b): Obedece a una visión realista del derecho.  
Respuesta (c): Obedece a una visión interpretativa del derecho.  
Respuesta (d): Obedece a una visión iusnaturalista del derecho.  
Respuesta (e): Obedece a una visión positivista-normativa del derecho.

### ***Naturaleza y objetivo de la pregunta nº 3:***

La pregunta número tres consiste en un análisis de casos. Esta pregunta pretende ilustrar la segunda parte de la hipótesis de trabajo: una vez definidos los paradigmas jurídicos más aceptados por los estudiantes, se procede a comprar sus decisiones frente a “casos difíciles”, especialmente seleccionados, que cuentan con dos posibles respuestas para así determinar el condicionamiento que dichos paradigmas jurídicos ejercen sobre la capacidad interpretativa, argumentativa y de decisión de los estudiantes. Los casos son:

PREGUNTA 3.1: Es una recreación del famoso caso *Riggs vs. Palmer*<sup>85</sup>, o el caso “del nieto apurado” ilustrado por Ronald Dworkin en su ensayo “*El modelo de reglas*”. La tensión entre posiciones iusnaturalistas y positivistas es palpable, además de permitir identificar una mentalidad liberal o conservadora en la posición de quien responde, pues hay una clara carga moral.

PREGUNTA 3.2: Es una recreación del caso *Brown vs. Board of Education*<sup>86</sup>. Tiene el mismo objetivo de la pregunta 3.1, aunque puede hacerse un mejor análisis desde la óptica de la concepción del derecho a la igualdad y la consideración de tratos discriminatorios y diferenciados.

PREGUNTA 3.3: Es una recreación de los hechos narrados en la sentencia T-1226 de 2004. Se busca identificar la posición de los aplicantes respecto de decisiones judiciales, en este caso de un tribunal de cierre, que generan situaciones injustas y no ajustada a un Estado Social de Derecho. La tensión se presenta entre justicia y seguridad jurídica.

PREGUNTA 3.4: Trata el espinoso tema de la adopción de menores por parejas homosexuales. De nuevo se busca indagar la injerencia de uno u otro paradigma jurídico respecto de las decisiones tomadas ante este tipo de casos.

---

<sup>85</sup> El caso *Riggs c. Palmer*, resuelto en 1889 por el Tribunal de Apelaciones de Nueva York, sigue siendo un caso interesante en la actualidad. En breve, se discute acerca de si un nieto (Elmer E. Palmer) que asesinó a su abuelo (Francis B. Palmer) puede heredarle, situación no determinada por el derecho de sucesiones del Estado de Nueva York. Los jueces se debaten entre la aplicación de la ley, que guarda silencio, o la búsqueda de principios de justicia e intereses superiores que permitan la entrega de la herencia a otros familiares. La opinión mayoritaria representada por el Juez Earl fundamenta esta segunda opción y rechaza la interpretación estricta representada por el Juez Gray. El principal fundamento del fallo es una apelación a la máxima *general y fundamental* del *Common Law*: “A ninguno se le debe permitir beneficiarse de su propio fraude, o tomar ventaja de su propio error, fundar cualquier demanda sobre su propia iniquidad, o adquirir propiedad sobre la base de su propio crimen”.

<sup>86</sup> En mayo de 1954, en una decisión histórica en el caso de *Brown vs. Junta Escolar*, La Corte Suprema de Estados Unidos dictaminó que las escuelas públicas racialmente segregadas eran inconstitucionales. El nombre del caso, *Brown*, se refiere a Oliver Brown, el afro-norteamericano que procuró una reparación legal cuando a su hija Linda, de siete años de edad, se le negó admisión a una escuela primaria reservada para los blancos en la pequeña ciudad de Topeka, Kansas, en el Medio Oeste de Estados Unidos, donde vivían en aquel entonces.

De nuevo hay una tensión entre derecho y moral sin desconocer los problemas de igualdad y bienestar del menor.

PREGUNTA 3.5: Trata sobre los derechos a la seguridad social en parejas homosexuales. Se busca indagar con esta pregunta la coherencia del aplicante respecto de su posición frente a derechos de parejas homosexuales, teniendo en cuenta que la pregunta precedente marca una tendencia pero el núcleo problemático es más polémico. Si se aceptan derechos sociales a homosexuales, ¿también puede aceptarse un derecho a la adopción? ¿Cuál es la razón de una posible incoherencia?

## RESULTADOS Y ANÁLISIS

### 1. RESULTADOS E INTERPRETACIÓN GENERAL POR PREGUNTA

PREGUNTA N°1

MAXIMOS

UNIVERSIDAD	RESPUESTAS									
	A		B		C		D		E	
<b>UNAB</b>	12	5	13	4	13	4	12	3	20	1
<b>UPB</b>	10	2	20	5	12	3	11	3	17	1
<b>UCC</b>	12	5	13	3	11	1	15	4	10	3
<b>USTA</b>	12	1	10	4	10	5	13	5	14	3
<b>UIS</b>	15	5	17	2	25	5	19	3	27	1
<b>PROFESORES</b>	9	3	9	5	11	5	8	2	8	1

Tabla 1: Respuestas frente a la pregunta 1(general)

Se aprecia como en general hay una posición realista en cuanto a la concepción del derecho (respuesta b), pues 46 encuestados le dan una calificación de 5 a esta concepción del derecho. El segundo lugar es ocupado por una posición positivista (respuesta e) con 39 seguidores. Se observa también que la concepción menos acertada en la opinión de los aplicantes es la del derecho como un ejercicio de argumentación (respuesta e), ninguna persona le asignó un valor de 5.

PREGUNTA N°2

MAXIMOS

UNIVERSIDAD	RESPUESTAS									
	A		B		C		D		E	
<b>UNAB</b>	11	4	12	5	11	1	13	2	11	3
<b>UPB</b>	12	4	13	5	19	1	10	3	13	2
<b>UCC</b>	15	5	20	4	12	1	17	1	13	2
<b>USTA</b>	19	5	10	3	12	3	10	4	11	2
<b>UIS</b>	22	5	20	4	15	2	22	5	23	2
<b>PROFESORES</b>	8	4	5	1	6	2	10	5	5	1

**Tabla 2: Respuesta frente a la pregunta 2 (general)**

Es significativo como en las respuestas de la segunda pregunta se observa el siguiente fenómeno: la posición tendiente a un paradigma argumentativo del derecho (respuesta a) aquí obtiene la mayor aceptación con 56 personas, más si se tiene en cuenta que en la pregunta anterior esta visión fue la menos aceptada. En esta segunda pregunta igualmente la posición realista, que ocupó el primer lugar en la pregunta n° 1, ocupa ahora el último lugar, nadie le asignó un valor de 5.

La explicación a este fenómeno puede radicar en que, según algunas entrevistas hechas a varios aplicantes, éstos sostuvieron que la expresión “Dame los argumentos te daré el derecho” es similar a “Dame la prueba y te daré el derecho”. Desde luego, estas frases no son similares, pues en materia probatoria estaríamos hablando de argumentación en materia de hechos, lo que no es completamente identificable con una teoría de la argumentación jurídica.

Pero, además, un análisis general como el que se muestra en este apartado, no permite observar con claridad la hipótesis que se ha sugerido en el trabajo. Por lo tanto, ésta se analizará más adelante.

PREGUNTA N° 3.1

UNIVERSIDAD	REPUESTAS		
	A	B	EN BLANCO
<b>UNAB</b>	10	30	0
<b>UPB</b>	14	24	2
<b>UCC</b>	20	19	1
<b>USTA</b>	23	17	0
<b>UIS</b>	18	42	0
<b>PROFESORES</b>	7	13	0

**Tabla 3: Respuestas pregunta 3.1 (general)**

Se observa una clara tendencia a la respuesta b: Negar la fortuna al nieto que asesinó a su abuelo para cobrar lo legado en testamento. Una clara posición

iusnaturalista liberal influenciada por posiciones morales de justicia y bienestar común.

PREGUNTA N° 3.2

UNIVERSIDAD	RESPUESTAS		
	A	B	EN BLANCO
UNAB	14	26	0
UPB	11	27	2
UCC	15	25	0
USTA	9	31	0
UIS	4	56	0
PROFESORES	3	17	0

Tabla 4: Respuestas pregunta 3.2 (general)

Hay una clara tendencia a sostener que sí hay discriminación en este caso (respuesta b). Se sigue la tendencia iusnaturalista liberal de la respuesta 3.1.

PREGUNTA N° 3.3

UNIVERSIDAD	RESPUESTAS		
	A	B	EN BLANCO
UNAB	20	20	0
UPB	8	28	4
UCC	9	31	0
USTA	14	26	0
UIS	21	37	2
PROFESORES	8	11	1

Tabla 5: Respuestas pregunta 3.3 (general)

Hay un desacuerdo con la decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia (respuesta b). De nuevo se confirma una clara tendencia iusnaturalista liberal.

PREGUNTA N° 3.4

UNIVERSIDAD	RESPUESTAS		
	A	B	EN BLANCO
UNAB	17	23	0
UPB	17	21	2
UCC	9	31	0
USTA	9	31	0
UIS	27	30	3
PROFESORES	5	15	0

Tabla 6: Respuestas pregunta 3.4 (general)

Es clara la tendencia a negar el derecho a la adopción de menores ante igualdad de condiciones entre parejas homosexuales y parejas heterosexuales (respuesta b). Se presenta aquí un fenómeno de iusnaturalismo conservador (obediente de creencias teológicas principalmente).

#### PREGUNTA N° 3.5

UNIVERSIDAD	RESPUESTAS		
	A	B	EN BLANCO
<b>UNAB</b>	31	9	0
<b>UPB</b>	31	7	2
<b>UCC</b>	30	10	0
<b>USTA</b>	37	3	0
<b>UIS</b>	50	9	1
<b>PROFESORES</b>	15	4	1

**Tabla 7: Respuestas pregunta 3.5 (general)**

El resultado en este apartado es significativo, pues estamos ante un mismo eje problemático: reconocimiento de derechos a parejas homosexuales, pero en este caso la seguridad social sí es reconocida ampliamente como un derecho para este tipo de parejas, caso contrario en la situación de la adopción de menores.

De este primer análisis podemos extraer las siguientes conclusiones generales previas.

- Hay una posición tendiente a desconocer y minimizar la existencia e importancia de un paradigma interpretativo y discursivo del derecho. Son las posiciones menos acertadas para la mayoría de encuestados.
- El imaginario de la comunidad encuestada aboga por una idea de derecho obediente a principios morales de dos caras: por un lado, un iusnaturalismo liberal que busca la garantía y efectividad de derechos fundamentales como la vida, la salud, la justicia y la igualdad, pero dentro de un marco modelado por una moral social. Por otro lado, hay un iusnaturalismo que acude a principios más conservadores que excluyen una posibilidad de igualdad real (caso de la adopción de menores en parejas homosexuales). Estos principios son sin duda influenciados por posiciones religiosas tradicionales.

## 2. RESULTADOS E INTERPRETACIÓN POR UNIVERSIDADES

- **UNAB:** Hay una fuerte división entre posiciones tradicionales en cuanto al concepto de derecho (tabla 1), las respuestas b, c y d son las mejores calificadas y obedecen ellas a los paradigmas “tradicionales”: realismo, iusnaturalismo y positivismo. Los paradigmas interpretativos y

argumentativos son los menos calificados. El mismo fenómeno ocurre en la pregunta 2 (tabla 2). Respecto de la pregunta 3 y sus variables se observa que hay buena posición iusnaturalista liberal, salvo en la pregunta 3.4 (tabla 6) aunque la relación respecto de quienes permitirían una adopción de menores es significativa (17 personas). Hay una fuerte tensión 50/50 en el caso de la pregunta 3.1 (tabla 3). En términos generales hay buena posición liberal.

- **UPB:** Hay una mayor tendencia a una visión iusnaturalista del concepto de derecho (tablas 1 y 2). Pero hay, de igual manera, una mayor aceptación a una visión argumentativa del derecho. En términos generales sigue la tendencia de ser una universidad liberal, siguiendo la misma tendencia de la UNAB, es decir, pese a ser una universidad confesional, el porcentaje de personas que aceptaría adopción de menores de edad por parte de parejas homosexuales es alto (tabla 6).
- **UCC:** Es sin duda la universidad más fiel a principios conservadores. Su posición es básicamente positivista (tabla 1 y 2). En el caso de la tabla 3, la respuesta es mayoritaria al otorgar la herencia al nieto homicida siguiendo un principio de seguridad jurídica. Respecto de las preguntas 3.2 y 3.3 siguen la tendencia de un iusnaturalismo liberal. Sin embargo, en la respuesta 3.4 (tabla 6) es avasallante la posición contraria a la adopción (31 de 40 encuestados). Aún en la respuesta 3.5 (tabla 7) es la Universidad con más número de opositores a derechos sociales para parejas homosexuales. El desconocimiento y poca importancia dada al paradigma interpretativo y argumentativo del derecho es alto.
- **USTA:** Es la universidad más cercana a una visión interpretativa y argumentativa del derecho (tabla 1 y 2). Pero ocurre un fenómeno a la hora de resolver casos, pues no parece haber coherencia en el caso de la pregunta 3.1 (tabla 3). Junto a la UCC es la más radical a la hora de negar la adopción de parejas homosexuales (tabla 6) debido a su filosofía confesional, aunque es más laxa respecto de derechos sociales para este tipo de parejas.
- **UIS:** Sin duda la universidad más obediente a principios liberales. Con una clara posición realista (tabla 1) del derecho, entendido éste como un fenómeno social ligado con áreas del conocimiento, se complementa con una idea de principios de convivencia (tabla 2). Respecto de la espinosa pregunta 3.4 (tabla 6) es la Universidad con mayor aceptación (27 personas), la misma tendencia se da en la respuesta 3.5 (tabla 7).

Tenemos, entonces, en un análisis general, que las universidades más liberales de las encuestadas son la Universidad Industrial de Santander, la Universidad Autónoma de Bucaramanga y la Universidad Pontificia Bolivariana. Por el contrario, la Universidad Cooperativa de Colombia, la Universidad Santo Tomás poseen una visión más conservadora.

Respecto de los docentes, éstos tienen una posición más conservadora que la mayoría de estudiantes encuestados. Esto resulta interesante, pues al parecer la visión de los docentes sobre el concepto y la función del derecho no es compartida totalmente por los estudiantes.

### **3. RESULTADOS E INTERPRETACIÓN EN LA RELACIÓN ENTRE DOCENTES Y ESTUDIANTES**

Poseen, respecto de la pregunta nº 1 una visión realista del derecho, y la mayoría desestiman la existencia e importancia de un paradigma discursivo y argumentativo del derecho (tabla 1).

Sin duda las respuestas a la pregunta nº 2 (tabla 2) indican que los docentes están al tanto de lo que se ha denominado por muchos “el gobierno de los jueces” o “el derecho de los jueces”. Ello no significa la aceptación de un paradigma interpretativo, pues la mayoría de profesores encuestados usan las anteriores expresiones de manera despectiva y crítica.

Respecto de la pregunta 3.1 (tabla 3) hay una clara posición iusnaturalista liberal, que se sigue en la respuesta 3.2 (tabla 4) y la 3.3 (tabla 5). La posición es iusnaturalista conservadora en la pregunta 3.4 (tabla 6), y garantista en la 3.5 (tabla 7).

No hay concordancia entre la posición general de los docentes y la de los estudiantes, la de los primeros es muy conservadora y normativista, mientras que los estudiantes optan por posiciones más iusnaturalistas y realistas.

### **4. RESULTADOS E INTERPRETACIÓN POR SEMESTRES 1-2/9-10**

#### **4.1 Respecto de la Universidad Industrial de Santander UIS (Hipótesis de trabajo central)**

Este es el punto central de la investigación, pues la hipótesis de trabajo se centra en el estudio del problema planteado en la Universidad Industrial de Santander.

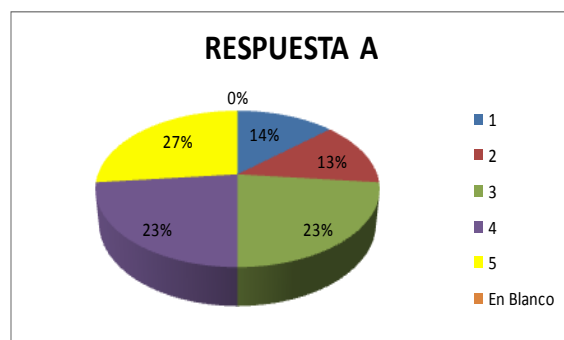
**PREGUNTA 1:** De acuerdo con las siguientes cinco concepciones de derecho asigne un valor a cada una (de uno a cinco), donde cinco es la más acertada y uno la menos acertadas (asignar a cada una un valor, sin repetir).

- *UIS PRIMER AÑO (Semestre 1)*

Población	70
Muestra	30

Para la respuesta A

Ponderación	Frecuencia	Frecuencia relativa	Frecuencia Acumulada
1	4	13%	13%
2	4	13%	27%
3	7	23%	50%
4	7	23%	73%
5	8	27%	100%
En Blanco	0	0%	100%
	30	100%	



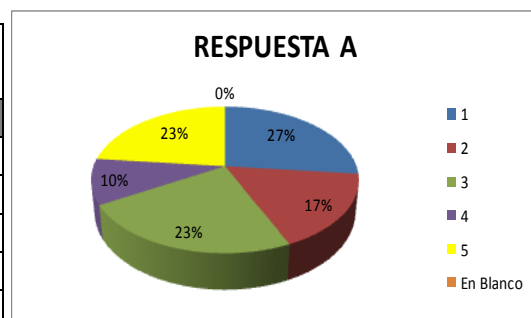
La casilla sombreada corresponde a la posición mayoritaria: **EL DERECHO ES UN EJERCICIO DE ARGUMENTACIÓN**

- *UIS ÚLTIMO AÑO (semestres 9 y10)*

Población 40  
Muestra 30

Para la respuesta A

Ponderación	Frecuencia	Frecuencia relativa	Frecuencia Acumulada
1	8	27%	27%
2	5	17%	43%
3	7	23%	67%
4	3	10%	77%
5	7	23%	100%
En Blanco	0	0%	100%
	30	100%	



La casilla sombreada corresponde a la posición mayoritaria: **EL DERECHO ES UN CONJUNTO DE NORMAS, ESTAS NORMAS NO SE PUEDEN COMPARAR CON LA MORAL.**

**PREGUNTA 2:** Después de leer las siguientes frases sobre el derecho asigne un valor a cada una (de uno a cinco), donde cinco es la más acertada y uno la menos acertada (asignar a cada una un valor, sin repetir).

- *UIS PRIMER AÑO (semestre 1)*

Población 70  
Muestra 30

Para la respuesta A

Ponderación	Frecuencia	Frecuencia relativa	Frecuencia Acumulada
1	2	7%	7%
2	3	10%	17%
<b>3</b>	<b>13</b>	<b>43%</b>	<b>60%</b>
4	5	17%	77%
5	7	23%	100%
En Blanco	0	0%	100%
	30	100%	

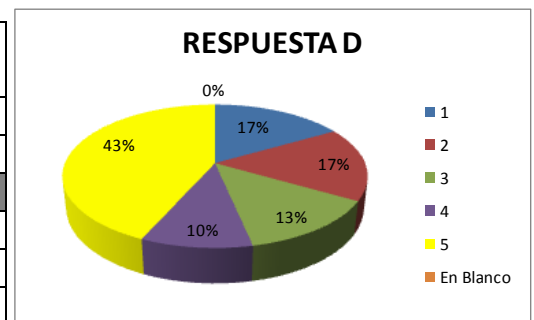


La casilla sombreada corresponde a la posición mayoritaria: **UNA SENTENCIA JUDICIAL ES MÁS VALIDA QUE UNA LEY.**

- *UIS ÚLTIMO SEMESTRE (semestres 9 y 10)*

Para la respuesta D

Ponderación	Frecuencia	Frecuencia relativa	Frecuencia Acumulada
1	5	17%	17%
2	5	17%	33%
<b>3</b>	<b>4</b>	<b>13%</b>	<b>47%</b>
4	3	10%	57%
5	13	43%	100%
En Blanco	0	0%	100%
	30	100%	



La casilla sombreada corresponde a la posición mayoritaria: **UNA LEY INJUSTA NO ES LEY.**

### PRIMER ANÁLISIS (preguntas 1 y 2):

Analizados las dos primeras preguntas tenemos lo siguiente:

- Respecto de la pregunta nº 1 **es claro que los estudiantes del primer año tienen una mayor afinidad con el derecho como un ejercicio de argumentación, mientras que los estudiantes de derecho del último año tienen una visión positivista-normativista del derecho.**
- Lo anterior **PERMITE COMPROBAR UNA DE LAS BASES DE LA HIPÓTESIS DE TRABAJO**, ésta es, que los estudiantes del primer año de derecho poseen una mayor comprensión del fenómeno jurídico a partir de concebirlo como un ejercicio argumentativo básicamente. Por

otro lado los estudiantes de último semestre el discurso normativo limita su concepción de derecho a un mero fenómeno normativo jerárquico positivista.

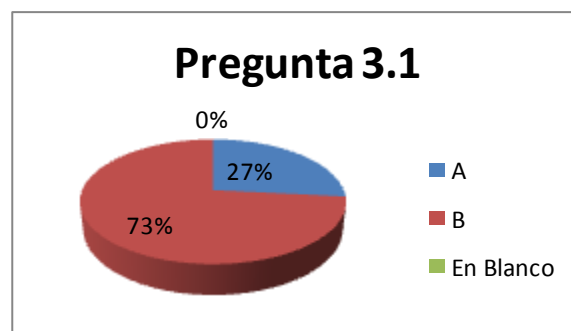
- Respecto de la pregunta nº 2: **Es claro que los estudiantes del primer año de derecho tienen una idea realizadora del derecho a partir de las sentencias judiciales antes que de la ley, es decir estarían más cerca del derecho como un ejercicio de adjudicación judicial previa una interpretación.** El importante anotar que respecto de la misma pregunta en el caso de los estudiantes de último semestre hay una contradicción pues acogen una posición iusnaturalista del derecho, desde luego **no se abandona una concepción normativa** en el caso de los últimos semestres, a pesar de que cambia la naturaleza de dichas normas.

PREGUNTA Nº 3.1 Una ley establece los requisitos para poder ser designado en el testamento de una persona natural, estos son: 1) ser mayor de 18 años 2) ser pariente del causante (persona que fallece) ya sea por vínculo natural o adoptivo y 3) un compromiso de cancelar las deudas del causante con lo asignado en la herencia. Juan cumple con todos los requisitos exigidos por la norma legal (que está vigente y ha sido expedida por el congreso). Pero se descubre que Juan ha matado a su abuelo al saber que él le ha dejado una gran fortuna en su testamento. Pese a que ha sido condenado a cadena perpetua por su homicidio, Juan solicita que se le asigne lo establecido en el testamento de su abuelo pues el cumple con todos los requisitos legales y las autoridades no pueden exigir más requisitos que aquellos establecidos en la norma, lo contrario sería atentar contra le seguridad jurídica. En este caso un juez debe:

- A. Asignar la fortuna dejada por el abuelo a su nieto en el testamento
- B. Negar la fortuna dejada por el abuelo a su nieto en el testamento.

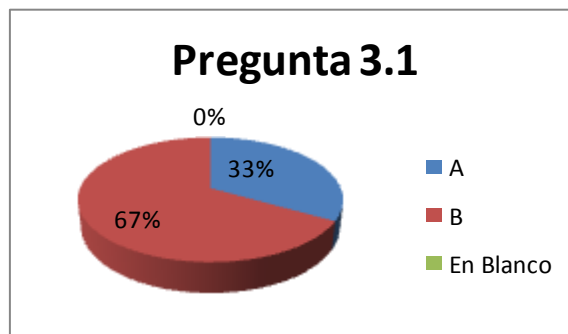
- UIS (1-2)

Opción	Frecuencia	Frecuencia relativa	Frecuencia Acumulada
A	8	27%	27%
B	22	73%	100%
En Blanco	0	0%	100%
	30	100%	



- UIS (9-10)

Opción	Frecuencia	Frecuencia relativa	Frecuencia Acumulada
A	10	33%	33%
B	20	67%	100%
En Blanco	0	0%	100%
	30	100%	

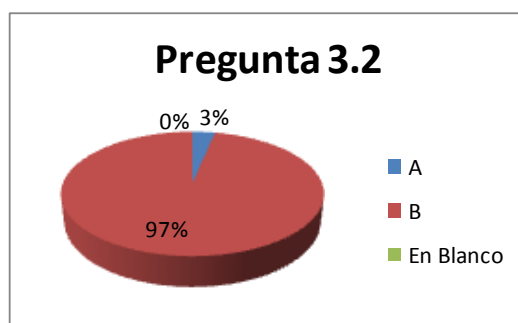


**PREGUNTA Nº 3.2** El Juez HANS ha considerado que no hay discriminación por el hecho de que los niños blancos estudien en una escuela diferente a la de los niños negros bajo el argumento, comprobado en el proceso que los profesores son los mismos para los distintos grupos, al ser esto así no existiría dicha discriminación pues tanto niños blancos como negros se les brinda la misma educación y profesores. Otro juez, TOM, considera que si existe discriminación y no hay razón ni moral ni ética, ni legal para un trato diferente, es decir, que haya escuelas para negros y otras para blancos a pesar de tener la misma calidad. ¿Con cuál posición está usted de acuerdo?

- A. La posición del juez HANS (No hay discriminación)
- B. La posición del juez TOM (Sí hay discriminación)

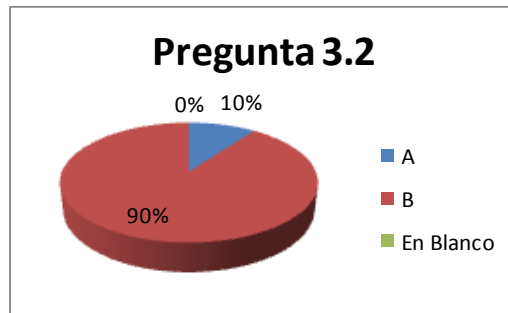
- UIS (1-2)

Opción	Frecuencia	Frecuencia relativa	Frecuencia Acumulada
A	1	3%	3%
B	29	97%	100%
En Blanco	0	0%	100%
	30	100%	



- UIS (9-10)

Opción	Frecuencia	Frecuencia relativa	Frecuencia Acumulada
A	3	10%	10%
B	27	90%	100%
En Blanco	0	0%	100%
	30	100%	

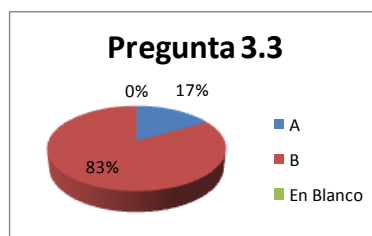


**PREGUNTA Nº 3.3:** José ha sido declarado padre de un menor de edad pues la prueba de ADN practicada ha arrojado una compatibilidad del 99.9%. Sin embargo José, seguro de no ser el padre de la menor, a la fuerza obtiene nuevas muestras de su hija. Las nuevas muestras son analizadas y arrojan que no hay compatibilidad. Una nueva muestra es tomada para corroborar y efectivamente José no es el padre biológico de la menor se interpone un recurso de revisión ante la corte suprema de justicia. El tribunal lo niega argumentando que la normatividad procesal civil establece como requisito para la revisión que la prueba (en este caso la de ADN) debió ser falsificada intencionalmente por quien la practico, y en este caso no se ha demostrado la intención del funcionario que tomo la primera prueba de cometer un delito. Además la acción está prescrita. ¿Está usted de acuerdo con la corte suprema de justicia?

- A. Sí
- B. No

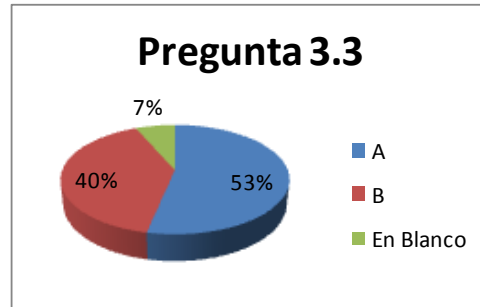
- UIS (1-2)

Opción	Frecuencia	Frecuencia relativa	Frecuencia Acumulada
A	5	17%	17%
B	25	83%	100%
En Blanco	0	0%	100%
	30	100%	



- UIS (9-10)

Opción	Frecuencia	Frecuencia relativa	Frecuencia Acumulada
A	16	53%	53%
B	12	40%	93%
En Blanco	2	7%	100%
	30	100%	

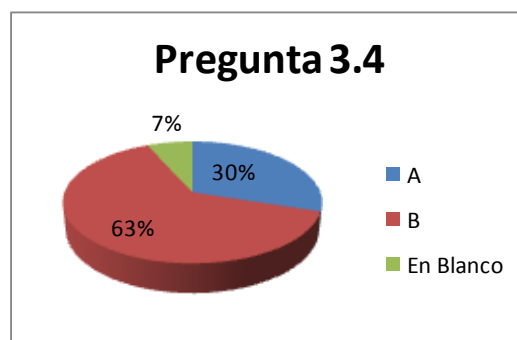


**PREGUNTA Nº 3.4** Una pareja de homosexuales reúne los requisitos legales para adoptar a un menor de edad, es decir: medios económicos suficientes, estabilidad física, psicológica y económica, vida pública ejemplar, etc., ¿Está de acuerdo con que se permitirá dicha adopción?

- A. Sí. Debido al principio fundamental de igualdad y bienestar del menor.
- B. No. Debido a las disposiciones constitucionales sobre la conformación de la familia (Hombre-Mujer)

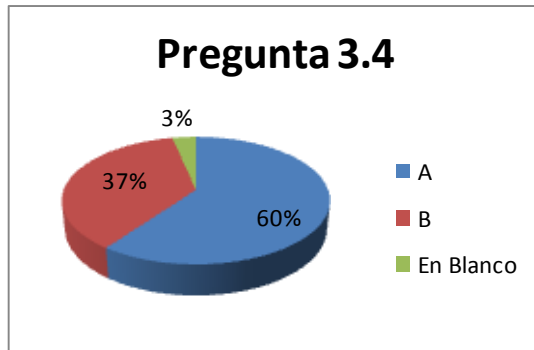
- UIS (1-2)

Opción	Frecuencia	Frecuencia relativa	Frecuencia Acumulada
A	9	30%	30%
B	19	63%	93%
En Blanco	2	7%	100%
	30	100%	



- UIS (9-10)

Opción	Frecuencia	Frecuencia relativa	Frecuencia Acumulada
A	18	60%	60%
B	11	37%	97%
En Blanco	1	3%	100%
	30	100%	

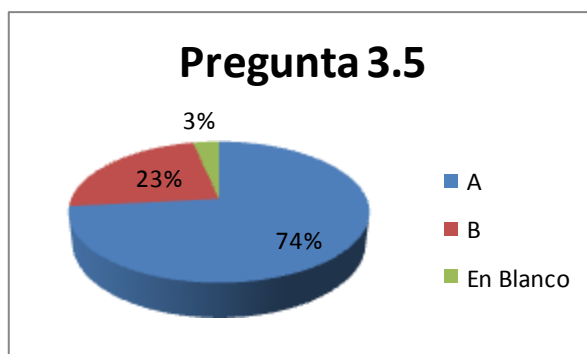


**PREGUNTA Nº 3.5** Una pareja de mujeres convive desde hace más de 10 años. Al fallecer una de ellas, tras una penosa enfermedad, su compañera reclama la pensión y seguridad social debido a que durante el tiempo de duración de dicha enfermedad ella la cuidó intensivamente, además del hecho de la convivencia por más de 10 años. ¿Usted como juez?

- A. accede a la reclamación bajo el argumento de la igualdad y cobertura universal del sistema de seguridad social, integral sin discriminación alguna.
- B. Niega la reclamación argumentando que esta solo es viable legalmente entre parejas heterosexuales (Hombre-Mujer).

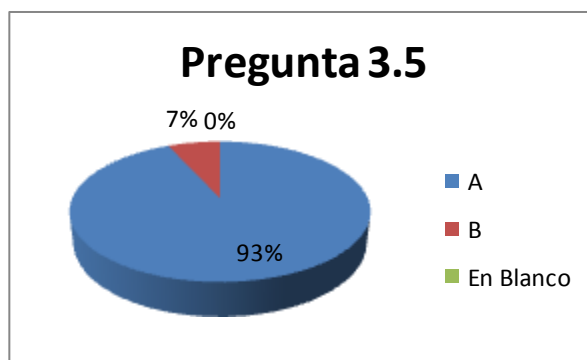
- UIS (1-2)

Opción	Frecuencia	Frecuencia relativa	Frecuencia Acumulada
A	22	73%	73%
B	7	23%	97%
En Blanco	1	3%	100%
	30	100%	



- UIS (9-10)

Opción	Frecuencia	Frecuencia relativa	Frecuencia Acumulada
A	28	93%	93%
B	2	7%	100%
En Blanco	0	0%	100%
	30	100%	



### SEGUNDO ANÁLISIS (preguntas 3.1 a 3.5)

- Se puede observar respecto de la preguntas 3.1, 3.2 y 3.3 **la clara tendencia de los estudiantes del último año por una posición positivista normativista.**
- En el caso de la pregunta 3.1 los estudiantes de último año, en un porcentaje de 33%, otorgan la herencia, en el caso de los de primer año el porcentaje desciende a un 23%.
- Respecto de la pregunta 3.2 los estudiantes de primer año en un porcentaje de 97%, casi unanimidad, sostienen que sí hay discriminación, los estudiantes de último año consideran que sí la hay también pero, en un porcentaje del 90%.
- En la pregunta 3.3 el 53% de los estudiantes del último año están en contra de la posición de la Corte suprema de justicia, poco más de la mitad, lo que indica un claro respeto por las reglas. Los estudiantes de primer año están más inclinados a una posición contraria, pues el 83% está en desacuerdo con la decisión.
- Ahora bien, respecto de las preguntas 3.4 y 3.5 que tienen un núcleo problemático polémico la situación es diferente, pues los alumnos de último año son más liberales y garantistas en este tema. En la pregunta 3.4 los estudiantes de último año apoyan la adopción con un 60%, pero los estudiantes de primer año solo la apoyan con un 30%. Respecto de la pregunta 3.5 el porcentaje que apoya derechos sociales a parejas homosexuales en el último año es del 93%, y de 74% en el primer año. Este fenómeno puede explicarse a la fuerte influencia que la enseñanza familiar de valores y tradiciones tiene en los nuevos estudiantes de

derecho que aún no se enfrentan a una vida universitaria caracterizada por el debate público de ideas y la aprehensión de nuevas teorías y formas de pensamiento que desafían posturas tradicionales impuestas por el núcleo familiar.

### **ANÁLISIS FINAL:**

Después de realizar los análisis a los resultados obtenidos se puede afirmar, respecto de los estudiantes de primer y último año de la Universidad Industrial de Santander, que:

- Los alumnos del primer año de derecho, pese a poseer una mayor influencia de principios morales y familiares (como se aprecia en las respuestas a las preguntas 3.4 y 3.5), tienen una mentalidad menos normativa, lo que les permite una mayor disposición a considerar opciones distintas a las normas jurídicas a la hora de resolver “casos difíciles”. Es decir, reconocen que una norma jurídica no siempre realiza el fin del derecho en tanto justicia.
- Los alumnos del primer año de derecho, en su mayoría ya libres de prejuicios familiares propios de alumnos recién iniciados, poseen una tendencia a la normatividad y regulación a través de normas positivas. Es decir, contemplan menos posibilidades distintas de la norma y desconfían de aquellas. Aunque no son conservadores en cuanto a sus principios, sí se guían mayoritariamente por un discurso normativo.
- La Universidad Industrial de Santander se consolida como la Institución más liberal de la Región debido a su carácter público y que convoca estudiantes con diversas mentalidades y de distintos sectores.
- Para poder lograr una mejor competencia argumentativa, hermenéutica y lógica de los estudiantes de pregrado de la carrera de derecho de la Universidad Industrial de Santander, y de las demás instituciones de educación superior de la región, es decir superar los prejuicios morales y el culto a la norma como fuente principal de argumentación y a la vez auto-limitante del discurso práctico general, es necesario formular un propuesta en este campo. Dicha propuesta será expuesta en el capítulo siguiente.

### **4.2 Respeto de las otras Universidades**

- **UNAB:**
  - Pregunta 1: Primer año (D, 30%), último año (A, 35%)
  - Pregunta 2: Primer año (A, 25%), último año (B, 40%)
  - Pregunta 3.1: Primer año (B, 90%), último año (B, 60%)

- Pregunta 3.2: Primer año (B 70%), último año (B, 56%)
- Pregunta 3.3: Primer año (B, 50%), último año (B, 50%)
- Pregunta 3.4: Primer año (B, 60%), último año (B, 53%)
- Pregunta 3.5: Primer año (A, 70%), último año (A, 55%)

- **UPB:**

- Pregunta 1: Primer año (B, 60%), último año (B, 40%)
- Pregunta 2: Primer año (B 35%), último año (A, B 30%)
- Pregunta 3.1: Primer año (B, 75%), último año (B, 75%)
- Pregunta 3.2: Primer año (B 60%), último año (B, 80%)
- Pregunta 3.3: Primer año (B, 65%), último año (B, 75%)
- Pregunta 3.4: Primer año (B, 60%), último año (A, 55%)<sup>87</sup>
- Pregunta 3.5: Primer año (A, 95%), último año (A, 65%)

- **UCC:**

- Pregunta 1: Primer año (A, 35%), último año (B, 35%)
- Pregunta 2: Primer año (B, 35%), último año (B, 55%)
- Pregunta 3.1: Primer año (B, 40%), último año (B, 50%)
- Pregunta 3.2: Primer año (B 65%), último año (B, 65%)
- Pregunta 3.3: Primer año (B, 85%), último año (B, 70%)
- Pregunta 3.4: Primer año (B, 85%), último año (B, 70%)
- Pregunta 3.5: Primer año (A, 65%), último año (A, 55%)<sup>88</sup>

- **USTA:**

- Pregunta 1: Primer año (B, D 20%), último año (A, B, C, D, E 10%)
- Pregunta 2: Primer año (A, B 35%), último año (A, 50%)
- Pregunta 3.1: Primer año (B, 35%), último año (B, 50%)
- Pregunta 3.2: Primer año (B 86%), último año (B, 75%)
- Pregunta 3.3: Primer año (A, 65%), último año (A, 65%)<sup>89</sup>
- Pregunta 3.4: Primer año (B, 85%), último año (B, 70%)
- Pregunta 3.5: Primer año (A, 70%), último año (A, 95%)

Las tendencias respecto de las otras universidades no son muy distintas, pero poseen un elemento determinante: es casi nula la concepción del derecho como un ejercicio de interpretación, hermenéutica y argumentación. Las posiciones son las tradicionales, independientemente del grado de liberalidad frente a temas polémicos.

<sup>87</sup> Se puede notar como esta Universidad es la única en la que la mayoría de encuestados accede a la adopción de menores por parte de parejas homosexuales.

<sup>88</sup> Se aprecia aquí como esta institución es la más conservadora respecto de libertades y derechos para las parejas homosexuales.

<sup>89</sup> Esta es la única institución que en el caso de la pregunta 3.3 (sentencia T-1226 de 2004) apoyan la posición de la Corte Suprema de Justicia (negar el recurso de revisión), tanto en primero como último semestre.

## CAPÍTULO IV

### CONSIDERACIONES FINALES:

#### HACIA UNA REIVINDICACIÓN DE LA HERMENÉUTICA COMO FILOSOFÍA DEL LENGUAJE Y DE LA COMPRESIÓN JURÍDICA

En este capítulo se pretende desarrollar una estructura filosófica aplicada al derecho. Dicha filosofía busca un mejoramiento de la enseñanza y transmisión de competencias argumentativas principalmente, pero sin dejar de lado, desde luego, las competencias interpretativas y lógicas de los estudiantes. La constitución de una filosofía del lenguaje y de la comprensión jurídica se edifica sobre cuatro elementos: 1) una correcta enseñanza y análisis de las teorías del lenguaje; 2) una clara diferencia entre hermenéutica e interpretación; 3) el reconocimiento de lógicas no tradicionales; y 4) el reconocimiento de la importancia del derecho como un ejercicio discursivo.

Una filosofía del lenguaje y la comprensión jurídica tiene como principal objetivo la rehabilitación de las capacidades hermenéuticas, lógicas y argumentativas de un estudiante de pregrado en derecho.

Tradicionalmente la enseñanza del derecho ha dividido en varios cursos o asignaturas los temas relacionados con la hermenéutica, la interpretación, argumentación y lógica jurídica. Muchas veces sin un nexo claro o sin una relación palpable.

El problema no parece ser de diseño de la malla curricular de los programas de derecho, el problema parece ser el contenido y enfoque que se da a cada una de esas materias o cursos. Quizás se comete una falacia del tipo *audiatur est altera pars* y se asume que los estudiantes ya conocen conceptos previos y básicos, lo que supone obviarlos para iniciar de inmediato un estudio de la hermenéutica, argumentación y lógica jurídicas sin mayor relación con una base más general (como pretender enseñar derecho penal especial sin haber visto una parte general). Se está enseñando hermenéutica jurídica sin proporcionar una buena teoría de la hermenéutica general; se tratan de explicar teorías de la argumentación jurídica sin exponer las nociones más elementales de teorías del lenguaje y la comunicación; y en el caso de la lógica, lamentablemente se presenta un estancamiento que conlleva al desconocimiento de lógicas no tradicionales que son una opción muy adecuada para el derecho en reemplazo de la lógica clásica o aristotélica. Entonces, la estructura mencionada antes puede contribuir a la construcción de capacidades hermenéuticas, lógicas y argumentativas a estudiantes de pregrado en derecho a partir de una sólida filosofía del lenguaje que abarque los problemas básicos de la comunicación, la intención y la comprensión para luego aplicarlos en el campo del derecho y su “lenguaje jurídico”.

## PRIMER ELEMENTO: IMPORTANCIA DEL LENGUAJE

Para iniciar analicemos el siguiente ejemplo del profesor Enrique Cáceres Nieto, llamado “*la crónica marciana*”:

*“¡Bloop! ¡Bloop! ...la textura gelatinosa de la habitación había sido traspasada por dos entes fluorescentes tan amorfos como un malvavisco a medio derretir. Una vez ahí, comenzaron a perseguirse y traspasarse uno al otro produciendo una réplica de sí mismos después de cada cruce. Cuando hubieron completado un número de réplicas idénticas para cada uno en un total de 20, comenzaron a gravitar y se fusionaron a media distancia entre el suelo y el techo de tal suerte que, a pesar de estar unidos, podían distinguirse unos de los otros; acto seguido empezaron a emitir al unísono una serie de sonidos en un rango de decibeles imposible de ser percibido por los humanos, cuya traducción es más o menos la siguiente:*

*Lo que encontramos en la Tierra fueron dos grupos de replicados que sumaban 22, que al parecer no podían gravitar ni fusionarse y que por más que intentaban traspasarse lo único que lograban era descargar su frustración golpeando un cuerpo rodante de un extremo al otro del espacio de concentración en el que se encontraban.*

*Lo que pretende poner de relieve esta pequeña historia, es que muchas de nuestras actividades pueden ser realizadas con un sentido coherente y ser comprendidas, si y sólo sí, contamos con el esquema de interpretación resultante de conocer las reglas que las rigen. Ante el desconocimiento de las reglas del fútbol, los marcianos de nuestro ejemplo se encuentran tan imposibilitados de comprender lo que hacían los 22 “replicados” pateando el cuerpo rodante, como nosotros para entender qué significado pudiera corresponder a su juego de los traspasos y las fusiones”.*<sup>90</sup>

Uno de los mayores exponentes del realismo jurídico escandinavo, Alf Ross, ilustraba en su libro el ejemplo del “*Tú-Tú*” y la utilización mágica del lenguaje para explicar los fenómenos más simples de la naturaleza: “*De esta manera, hay que admitirlo nuestra terminología y nuestras ideas presentan una considerable semejanza estructural con el pensamiento mágico primitivo sobre la invocación de potencias sobrenaturales que a su vez son convertidas en efectos fácticos*”.<sup>91</sup>

La tendencia del hombre se muestra como una representación a través del lenguaje de sus pensamientos y creencias para evolucionar hacia un intento de explicación de fenómenos externos que condicionan e impactan su existencia. Esta situación es aplicable al derecho, donde una especie de nominalismo parece oponerse a lo que Ockham llamaba “el problema de los universales”, es

---

<sup>90</sup> Cáceres Nieto, Enrique (2000), *Lenguaje y derecho: las normas jurídicas como sistema de enunciados*, México, UNAM, p. 8

<sup>91</sup> Ross, Alf (1992), *Tú-Tú*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 23

decir, no existen conceptos universales, lo que hay es una suma de conceptos individuales sujetos de un nombre y una característica determinada. De esta manera el derecho sería un concepto universal compuesto por palabras que lo integran, éstas a su vez explican fenómenos naturales o morales a través del lenguaje y la percepción de realidades. *“Las normas jurídicas concernientes a la propiedad pueden, sin duda, ser expresadas sin necesidad de usar esta palabra”*<sup>92</sup>. De esta forma las normas jurídicas que se expresan a través del lenguaje sólo tendrían sentido en cuanto se relacionen con otros elementos que soporten y den significado a dichas reglas: *“Que esta área tiene el carácter de “territorio” per se, es un sinsentido. Esta caracterización tiene sentido sólo cuando se la toma conjuntamente con otro grupo de reglas que expresan consecuencias jurídicas que están ligadas al hecho de que un área tenga el carácter de territorio”*.<sup>93</sup>

El derecho es un fenómeno del lenguaje desde esta perspectiva. Todas nuestras acciones en el mundo jurídico están limitadas por el lenguaje, interpretación y argumentación son tan sólo un ejemplo de la importancia capital de este concepto. En este sentido, muchos han tratado de comprender al derecho como una especie de literatura con unidad de texto y diversidad de significados: *“... en la práctica parece que hay una fuerte similitud entre leer el “diccionario de los Khazars” y el Código Civil Francés; o los Reportes de Westlaw y los informes contenidos en un expediente judicial, entre los lectores de la literatura y los lectores de textos legales, hay entonces una significativa similitud. ¿La razón? Una sola: pronto nos vemos atrapados por la historia, los personajes, los hechos y consecuencias... Vamos y volvemos tratando de poner la piezas en su lugar y encontrar sentidos”*.<sup>94</sup> Entonces el sentido de las palabras usadas en el derecho y la forma cómo éstas se utilizan para persuadir parece ser un elemento indispensable en la formación de juristas.

La fuerza del derecho escrito es resistente y en todas partes visible; sin duda la percepción de una seguridad jurídica material tiene prelación sobre la legitimidad, y desde hace mucho tiempo, y para la mayoría de personas, el textualismo, como forma de entender y aplicar las normas jurídicas, es el mayor logro de una dogmática seria.

En alguna ocasión Nikos Stavros dijo que: *“Si te fijas, otra forma de contemplar el sistema es identificar en él las lagunas legales apropiadas. (...) Es increíble lo que se puede hacer y lo que se puede dejar de hacer en el mundo del Derecho”*.<sup>95</sup> Quizás entonces, metodológicamente hablando, el avance actual

---

<sup>92</sup> Ibid. p. 25

<sup>93</sup> Ibid. p. 31

<sup>94</sup> Kristan, Andrej (2008), “Hyperliterature and Law: Unity of text, Diversity of Readings”. En: Gaakeer, Jeanne & Ost, François (eds), *Crossing Borders: law, Language & Literature*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, p. 141 (**traducción propia**)

<sup>95</sup> Stavros, Nikos, citado en Ewick, Patricia & Silbey, Susan (1998), *The Common Place of Law: stories from everyday life*. Chicago, IL. The University of Chicago Press. Esta obra, aborda cómo las situaciones de la vida diaria son marcadas por la variedad de las leyes tanto en su estructura como en su interpretación.

del derecho necesite un abandono de la forma tradicional de interpretar y aplicarlo. Se han escrito muchos textos sobre varios problemas del derecho, en este sentido la literatura es extensa, ¿qué de nuevo hay respecto de interpretaciones textualistas? Poco o nada, pues la estructura de ese tipo de interpretación impide análisis profundos sobre el contenido de las normas. Es coherente entonces pensar en acudir a una forma de análisis del derecho que amplíe la capacidad cognitiva de los actores jurídicos. Buscar y analizar o “colonizar” los “vacíos” que se pueden encontrar en el campo jurídico es una forma novedosa y altamente favorable de contribuir con el desarrollo de una teoría del derecho completa. Debemos entonces emigrar del “suelo sólido y conocido” que es el derecho escrito y claro (junto con su correspondiente método de interpretación textual) para descubrir nuevas formas en este camino de perfeccionamiento del mundo jurídico. Quizás las respuestas a muchos interrogantes respecto del derecho y la justicia se encuentren en lugares que creemos desiertos y por lo tanto están inexplorados: *“La ley incorpora una gran variedad de reglas, muchas de ellas ambiguas. Ellas se refieren a actores y organizaciones que van en distintos rangos, desde la Suprema Corte de Justicia hasta simples inspectores locales de construcciones. Cada uno opera con diferentes propósitos con una vasta variedad de material y de recursos simbólicos. La ley también incluye una serie de procesos institucionalizados que van desde prácticas de juzgados hasta modelos racionales de estructuración de las prácticas forenses y recursos de argumentación retórica abstracta. Entonces no es extraño que muchas veces la ley aparezca ante nosotros de manera contradictoria”*.<sup>96</sup>

Estos lugares “oscuros”, estos “vacíos” o “lagunas” al igual que las normas que los cubren son generalmente problemas del lenguaje: ***“Las normas jurídicas se manifiestan a través de lenguaje. Las decisiones de los tribunales que aplican las normas en la práctica son lenguaje. Incluso, si en ocasiones es incierto lo que está escrito en la ley, todo el material interpretativo, como los debates legislativos (trabajos preparatorios), se materializa también en lenguaje escrito. Así, el lenguaje es interpretado por lenguaje y el resultado se expresa por medio de lenguaje.”***<sup>97</sup> Los problemas generados por la ambigüedad son problemas a los que el derecho teme enfrentarse debido a la puesta en peligro esa percepción de seguridad jurídica. Y quizás para muchos de los abanderados de una escuela exegética abordar una teoría del lenguaje amplia es un riesgo innecesario y peligroso. Si bien aceptamos que aún el textualismo es una forma de interpretación que obtiene el significado de una norma a partir de su sentido y orden gramatical, los textualistas sólo acogen esta parte, pero poseen un escepticismo claro respecto de interpretaciones meta-jurídicas o “del espíritu de la ley”. En este

---

<sup>96</sup> Ewick, Patricia & Silbey, Susan (1998) Ibid. p. 17 *“The law incorporates countless, varied and often ambiguous rules. It refers to a host of official actors and organizations –ranging from the Supreme Court to the local building inspector– each operating with different purposes and with a vastly different material and symbolic resources. The law also includes institutionalized procedures that range from licensing practices and rational filing systems to forensic sciences and abstract rhetorical argumentation. So it is not surprising that the law appears to us in varied and sometimes contradictory ways”*. (traducción propia)

<sup>97</sup> Aarnio, Aulis (2000), “Derecho, racionalidad y comunicación social”, *En: Ensayos sobre filosofía del derecho*, México DF, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, p. 12 (negritas con intención)

orden de ideas, para una gran parte de la tradición jurídica de occidente (marcados por la escuela de la exégesis), abordar una teoría del lenguaje completa no es conveniente, no es necesario abandonar la seguridad del texto escrito para explorar, vía lenguaje, los “vacíos” y “lagunas”, para ellos, explorar estos sitios comunes no es objeto del derecho, incluso para varios de ellos, dichos lugares no existen.

Como sostiene el profesor Roberto Vernengo: *“El pensamiento teórico jurídico ha recurrido desde una ingenua identificación entre lenguaje y derecho, hasta relaciones mucho más complejas. Ya en Savigny aparece la idea de la analogía entre derecho y lenguaje en cuanto productos de la conciencia del pueblo; en su elaboración teórica, la ciencia jurídica se asemejaría a las gramáticas elaboradas por los lingüistas para explicar los lenguajes desarrollados espontáneamente por la conciencia popular. Hume había destacado que los lenguajes y los derechos positivos son producidos por convenciones humanas y examinado ciertas funciones rituales del lenguaje semejante a los usos jurídicos del lenguaje para constituir fenómenos jurídicos específicos. Es sólo con los desarrollos de la filosofía analítica del lenguaje que se postula la tesis de la identificación del derecho con un lenguaje, propuesta tempranamente por un discípulo de Kelsen, F. Oppenheim. Pero es la aparición y desarrollo de las lógicas normativas, a partir del ensayo sobre Deontic logic (1951) de G. von Wright, lo que da pie a una toma de conciencia de los problemas lingüísticos de los discursos normativos”*<sup>98</sup>.

En este orden de ideas, los aportes de la teoría y la filosofía del lenguaje son necesarios para abordar una nueva metodología de la interpretación jurídica basada en los “vacíos” que presenta el sistema jurídico. Elementos como la intención, la emotividad, la polifonía de la enunciación, y los contextos lingüísticos, entre otros, son componentes poco tratados pero muy utilizados en la realidad jurídica. *“La filosofía es una praxis analítica y crítica del lenguaje, un estilo de vida y de pensar, no una doctrina”*.<sup>99</sup>

La filosofía quizás así entendida es emancipadora en el campo de la interpretación jurídica, y va en contra de toda dogmática rígida. Contrario a una ciencia del derecho, una filosofía de la interpretación del derecho vía lenguaje debe sustentarse en aquello que está por descubrir así ello implique desechar preciados dogmas algunas veces inútiles y absurdos: *“La filosofía quiere salvar el infinito dándole consistencia: ella traza un plano de inmanencia que lleva al infinito los acontecimientos o conceptos consistentes bajo la acción de personajes conceptuales. La ciencia, al contrario, renuncia desde esta perspectiva al infinito para ganar la referencia: ella traza un plano de*

---

<sup>98</sup> Vernengo, Roberto (1996), “El discurso del derecho y el lenguaje normativo”. En: *Revista Isonomía*, Nº 4, Abril, p.87-95

<sup>99</sup> Wittgenstein, Ludwig (1998). En: Valdés García, Félix, *El panorama de la filosofía analítica latinoamericana*, La Habana, Ed. Félix Varela, p. 339 - 369

*coordinadas que define estados de cosas, de funciones o de proposiciones referenciales, bajo la acción de observadores parciales*".<sup>100</sup>

La filosofía de la interpretación que pretendo ilustrar aquí, se asemeja entonces a una hermenéutica de la existencia similar a la propuesta por Heidegger. En ella el sentido de la existencia, del "ser" es un elemento necesario para una filosofía universal de la comprensión, no sólo de textos sagrados o de "ciencias del espíritu", sino de la vida misma; de esta manera el intérprete construirá él mismo las bases metodológicas de su proceder interpretativo con resultados más serios, éticos y productivos. Como lo sostiene Kalinowski: "*De hecho, las cosas no son de otra manera en la filosofía de la interpretación que en la filosofía del ser y en la lógica de la interpretación que en la lógica en sí misma. De la misma manera que el más humilde de los entes, por el hecho de que es él precisamente un ente, basta para construir el punto de partida de la filosofía y el más simple de los razonamientos, el punto de partida de la lógica, asimismo la más modesta de las interpretaciones, ofrece a la filosofía y a la lógica, que toman por objeto, un punto de partida suficiente*".<sup>101</sup>

Interpretar, al igual que el hablar, "*es combatir, en el sentido de jugar*"<sup>102</sup>, es una cuestión de estrategia, y por ende se toman elementos del mundo de la vida y la cotidianidad. La interpretación jurídica entonces plasma situaciones históricas, políticas, sociológicas y emotivas para así estructurar un mejor esclarecimiento de los conceptos oscuros que el derecho presenta. La interpretación vista de esta manera amplia es la llamada a integrar el derecho, a unificarlo y a darle el dinamismo que requiere desde una perspectiva de filosofía del lenguaje que recoge fenómenos diversos y permite una interacción del derecho con otras áreas del conocimiento, sólo por citar un ejemplo, la filosofía analítica, en palabras de Marcuse: "*La filosofía analítica contemporánea se propone exorcizar o "mitos" o "fantasmas" metafísicos tales como el espíritu, la conciencia, la voluntad, el alma, el Yo, disolviendo la intención de estos conceptos en afirmaciones sobre operaciones, actuaciones, poderes, disposiciones, propensiones, habilidades, etc., particularmente identificables. El resultado muestra, de una manera extraña, la impotencia de la destrucción: el fantasma sigue persiguiéndonos. Aunque cada interpretación o traducción puede describir adecuadamente un proceso mental particular el acto de imaginar lo que quiero decir cuando digo "yo" o lo que quiere decir el cura cuando dice que María es una "buena chica", ni una sola de estas reformulaciones, ni su suma total, parecen captar o incluso circunscribir el significado total de términos como el Espíritu, la Voluntad, el Yo, el Bien. Estos universales siguen persistiendo tanto en el uso común como en el poético*".<sup>103</sup>

---

<sup>100</sup> Deleuze, Gilles y Guattari, Felix (1991) *¿Qu'est-ce que la philosophie?* Paris, Minuit, Paris, p. 186 (traducción propia)

<sup>101</sup> Kalinowski, Georges (1982), *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p.494

<sup>102</sup> Lyotard, Jean-François (1991), *La condición posmoderna*, Buenos Aires, Editorial REI, 2ª edición, p. 12

<sup>103</sup> Marcuse, Herbert (1993), *El Hombre Unidimensional: Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada*, Barcelona, Planeta-De Agostini, p. 231

La interpretación jurídica vía lenguaje apunta entonces a una hermenéutica de la existencia (haciendo referencia Heidegger de nuevo) pero sin dejar las características normativas propias de la hermenéutica jurídica y busca trabajar el significado de los pasajes oscuros del derecho a través de una compleja red de relaciones históricas, políticas, económicas y sociales entendidas desde un perspectiva del lenguaje como producto social (algo a lo que Habermas denominó: “*el modelo sujeto-objeto de la filosofía de la conciencia*”<sup>104</sup>). En palabras de Elias: “*No es ningún prejuicio teórico, sino simplemente la experiencia, la que nos obliga a buscar interpretaciones y caminos que orienten a nuestra conciencia entre la Escala de este “estatismo”, que trata de expresar todo lo histórico como inmóvil y no motivado, y el Caribdis de ese “relativismo histórico” que solamente ve en la historia un cambio continuo, sin penetrar en la ordenación de ese cambio y en la regularidad de las formaciones históricas*”.<sup>105</sup>

El lenguaje es un producto social, si bien es cierto responde a necesidades naturales “instintivas” por así llamarlas, su desarrollo permite una funcionalidad social racional. En este apartado acudiré a Wittgenstein, quien acude a las *Confesiones* de San Agustín, obra imprescindible en la hermenéutica clásica, y aún en la contemporánea para explicar el origen de los conceptos y su función en el lenguaje, desde una posición originaria. Es decir una teoría del conocimiento a partir de los más básicos elementos de la formación de las palabras y su articulación en un discurso, desde luego, sin desconocer intenciones y problemas posteriores de interpretación.

Wittgenstein, retomando a san Agustín, sostiene que: “*Las palabras del lenguaje nombran objetos –las oraciones son combinaciones de esas denominaciones.- En esta figura del lenguaje encontramos las raíces de la idea: cada palabra tiene un significado. Este significado está coordinado con la palabra. Es el objeto por el que está la palabra*”.<sup>106</sup>

Agustín, marcado profundamente por la retórica de Cicerón, estableció un estudio previo a su proceso de interpretación (enmarcado dentro de la hermenéutica patrística) sobre las prácticas generales del lenguaje, en especial su origen. Básicamente se ocupó del análisis de las Epístolas y el Génesis. En su propuesta sobre la interpretación de textos sagrados retoma las enseñanzas de Orígenes y Filón de Alejandría en el sentido de establecer un cuádruple sentido en la escritura sagrada: “*En todos los libros santos, conviene inquirir qué cosas eternas (aeterna) se insinúen allí, qué hechos (facta) se narren, qué*

---

<sup>104</sup> Habermas, Jürgen (1987), *Teoría de la Acción Comunicativa, T. II: Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, Taurus, p. 9 y ss.

<sup>105</sup> Elias, Norbert (1987), *El proceso de la civilización*, Madrid, FCE, p. 50

<sup>106</sup> Wittgenstein, Ludwig (1988), *Investigaciones filosóficas*, Barcelona, Crítica, p. 17. Wittgenstein quiere resaltar el proceso de formación de conceptos a partir de los conceptos agustinianos de *res* y *signa* para posteriormente realizar una crítica. Esta posición se resume en un proceso de formación de conceptos a partir de dos fases. Una auditiva y otra visual, y, a través de la representación y la memoria se obtienen los conceptos: “*El que enseña el lenguaje muestra al aprendiz determinadas cosas. Éste las percibe, principalmente de manera visual. A la vez que las está percibiendo, el que enseña emite palabras, es decir sonidos articulados. De esta manera el aprendiz no sólo ve ciertas cosas, sino que a la vez oye determinados sonidos*”. Castañeda, Felipe, “Ver un pato y ver un pato como liebre: Wittgenstein y la interpretación”. En: Botero, Juan J. (ed.) (2001), *El pensamiento de L. Wittgenstein*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, p.128

*cosas futuras (futura) se anuncien, y qué preceptos se manda o amonesta deban cumplirse (agenda)”*.<sup>107</sup>

Lo anterior supone el establecimiento de ciertas reglas (hermenéutica en un sentido normativo) para así poder obtener un mejor análisis de aquello que ha ocurrido, ocurre, está por venir y además obtener las máximas para la acción. Estas reglas son reglas de interpretación (*praecepta interpretatione*). Dichas reglas sustentan que toda ciencia trata bien o de cosas (*res*) o de signos (*signa*). Pero existe una supremacía de la cosa sobre el signo, pues para poder conocer los signos es necesario tener una referencia objetiva, una imagen, una representación (“*es el objeto por el que está la palabra*”<sup>108</sup>). Entonces, para que una palabra en principio sea significativa, debe tenerse una imagen de ella. Es así como se puede obtener un origen de los conceptos y una explicación del origen del lenguaje.

La pregunta es ¿se está preparando a los estudiante de derecho con estas concepciones previas y básicas sobre el lenguaje? Desde la experiencia que poseo en la ciudad de Bucaramanga, donde enseño hace poco más de un año en diversas facultades de derecho, incluyendo la Universidad Industrial de Santander, la respuesta es no.

### ***La falsa especialidad del “lenguaje jurídico”***

Sostiene el profesor Diego Eduardo López Medina: “*Pero mucha agua ha corrido desde el auge de los proyectos pos-revolucionarios de legalidad radical, ilustrada y populista. Desde entonces el derecho ha recorrido un camino de crecientes especializaciones, automatización y tecnificación de la mano de una élite profesional que lo domina. Por ese camino el derecho se ha elevado de nuevo a las pretensiones (que quizás nunca abandonó) de poseer un lenguaje de especialización con protocolos interpretativos igualmente especializados (los métodos). Tanto el lenguaje como el método técnico-lógico permitirán el despliegue de formas de razonamiento jurídico que justificarán su calificativo de ciencia y, además, que posibilitarán la objetividad epistémica como forma previa y necesaria de la neutralidad valorativa entre intereses encontrados. El derecho contemporáneo, por tanto, parece estar dirigido a los profesionales que lo producen y lo interpretan y no a los ciudadanos que forman la mayoría de quienes se ven (directa o indirectamente) regulados por el mismo”*.<sup>109</sup>

La falsa especificidad del “lenguaje jurídico” es evidente. Al parecer los que de alguna u otra manera tienen que ver con el derecho (estudiantes, profesores,

---

<sup>107</sup> Agustín (1957), *Del Génesis a la letra (Obras, vol. XV)*, Madrid, Biblioteca de Autores cristianos, p. 19

<sup>108</sup> Botero, Juan J. (2001). *Op. Cit.* p. 128

<sup>109</sup> López Medina, Diego E. (2008), *La letra y el espíritu de la Ley*, Bogotá, Temis-Uniandes, p. 11-12 (**negritas y subrayado con intención**)

abogados, jueces) se sienten orgullosos de pertenecer a una élite en la cual el dominio de cierta jerga da estatus y parece ser una comunicación en clave que pone al derecho en un círculo especial alejado de un lenguaje “natural”. Para un abogado un “auto” es todo menos lo que ello significa para la comunidad en general, digamos, retomando a Ross, que un “auto” es un Tú-Tú. Desde luego ¿es esto conveniente para una idea racional y cooperativa de comunicación?

López Medina acude al *Principio de Cooperación* de Paul Grice en estos términos: “*Hacer la contribución requerida, dentro del contexto en el cual acontece, por el propósito o la dirección aceptada del intercambio de la charla en la cual se está involucrado*”.<sup>110</sup> Con una similitud a las reglas del discurso ideal de Habermas, la idea de una comunicación contextual serviría para neutralizar la falsa especialidad del “lenguaje jurídico” y sus problemas. Es decir: sólo en la medida en que se ayude mutuamente a un entendimiento en la comunicación es posible superar diferencias conceptuales, ello implicaría un descendimiento: explicar desde el lenguaje “natural” y “cotidiano” los términos que el derecho eleva para que sólo sean entendidos por unos pocos. El argumento de Grice busca corregir el imaginario lingüístico de los abogados que utiliza falsos recursos del lenguaje técnico o especializado jurídico, para demostrar que el derecho no es otra cosa que lenguaje corriente y ordinario y que así es más asequible y accesible a la comunidad en general.

Siguiendo las ideas del profesor López Medina habría algo así como una *jurística de la interpretación* como elemento intermedio (entre la filosofía de la interpretación y las prácticas interpretativas comunes) que hace más plausible la interpretación jurídica a partir del discurso que realizan los abogados.

La interpretación es un término ambiguo, entonces debe superarse la posición asumida bajo el axioma *in claris non fit interpretatio*, que básicamente ha sido usado para resolver “casos fáciles” entendidos éstos como una mera subsunción legal producto de una especie de teoría del silogismo judicial (esto criticado por autores como Larenz o Dworkin, por ejemplo).

La importancia del papel de la filosofía del lenguaje y en la reflexión jurídica con el estudio del concepto de “significado” también debe ser analizado. La lógica y el positivismo sirvieron a Kelsen en su empresa de mostrar al derecho como una ciencia y de ahí su escepticismo hermenéutico (como resultado de la influencia Kantiana y el círculo de Viena). En este apartado las teorías sobre el lenguaje tratadas son muy similares a las desarrolladas por Wittgenstein. El lenguaje y sus implicaciones son determinantes en el derecho, recordemos el ejemplo del *Tú-Tú* de Alf Ross para denotar los conceptos de significado e interpretación dentro de un determinado contexto prestando atención a los mecanismos particulares y cotidianos de habla. Debemos recordar que el lenguaje (tanto natural como jurídico<sup>111</sup>) tiene funciones y que dichas funciones se usan dependiendo del contexto.

---

<sup>110</sup> *Ibid.* P. 65

<sup>111</sup> Un ejemplo claro de estas funciones y sus diferencias se puede apreciar en el trabajo del Profesor Luís E. García Restrepo “*Elementos de Lógica para el derecho*” (2003), Bogotá, Editorial Temis, p. 6-7

Se debe realizar entonces un análisis pragmático del significado (múltiple). El derecho es un medio regulador y al igual que su teoría, a su vez es también poli-funcional, lo cual pone en duda su coherencia, pues muchas veces se desconoce el contexto (regional por ejemplo) y esto genera traumatismos y dificultades. No basta entonces sólo con hablar de disposiciones y normas, sino que es necesario asumir el derecho como una praxis compleja del lenguaje.

Por lo general se referencia “un solo lenguaje jurídico”, éste desde luego artificial, y es aquel utilizado en las ritualidades y formas propias de los procesos judiciales y sus elementos. Pero en un sistema jurídico específico respecto a la estructura del Estado, el lenguaje de una autoridad administrativa que reglamenta, difiere del usado por quien lo regula y otro por quien lo aplica.

Las ramas del derecho también asumen su propio lenguaje en la interpretación; los civilistas suelen amarrarse a la exégesis, los penalistas son políticos, más que entrar en lo explícito le juegan al discurso para hacer valer lo implícito del modelo de Estado, los administrativistas al tecnicismo jurídico (a las formas) y los constitucionalistas a la utopía del derecho, pero a una utopía probable y trascendente.

De ahí que el significado y sus implicaciones conversacionales otorguen una buena dinámica para su confrontación en el campo que nos ocupa en esta reflexión y en donde las facultades de derecho resultan insidiosas en mayor o menor grado en las formas de hablar y escribir el lenguaje jurídico.

Hasta aquí hemos visto tan sólo una parte de lo que la teoría y filosofía del lenguaje puede ofrecer en el campo jurídico. Si se pudiese explorar aquellas partes “oscuras” y aparentemente “insignificantes” del sistema jurídico con las herramientas del lenguaje, sin duda se pudiera lograr una mejor transmisión de competencias hermenéuticas, argumentativas y lógicas a los estudiantes de derecho.

## SEGUNDO ELEMENTO: UNA CLARA DIFERENCIA ENTRE HERMENÉUTICA E INTERPRETACIÓN.

Se habla de hermenéutica jurídica y se confunde con interpretación jurídica. ¿Son conceptos iguales? ¿En qué radica la diferencia? Este es uno de los problemas que se debe enfrentar a la hora de buscar una adecuada formación de competencias argumentativas, hermenéuticas y lógicas en los estudiantes de derecho. Pero aparte de ilustrar una clara línea divisoria entre estos dos conceptos, se requiere además acudir a una filosofía de la hermenéutica entendida como una filosofía universal de la interpretación. Se desconoce, lamentablemente, que la hermenéutica es una parte de la filosofía, y no es exclusiva del derecho. Se retorna al problema del *audiatur est altera pars* y la falsa creencia de especialidad del derecho. Es imposible hablar de hermenéutica jurídica si antes no se tiene una correcta formación en las distintas concepciones de hermenéutica como método o forma existencial de comprensión.

Se debe hacer una distinción de entrada: la hermenéutica es un método que usa la interpretación, ahora bien, la interpretación se convierte entonces en una implicación, una forma de proceder que trae consecuencias. En este sentido la interpretación acude a la hermenéutica. En pocas palabras, la hermenéutica puede ser un método para explicar textos, y su éxito dependerá de las consecuencias surgidas de las posibles interpretaciones.

La hermenéutica, pese a ser diferente al concepto de interpretación, también tiene diferentes concepciones, tres<sup>112</sup>, a saber: una *primera concepción restringida* en el sentido de interpretar textos, aquí la hermenéutica es normativa (impone reglas para una correcta interpretación) y su función es auxiliar y limitada a ciertas ciencias: teología, derecho, filología. Una *segunda concepción amplia* en la cual la hermenéutica se asemeja a una filosofía universal de la interpretación y es aplicable, en tanto método para comprender, a todas las denominadas “*ciencias del espíritu*”, hoy ciencias sociales. Y una *tercera concepción existencial* (de la mano del último Dilthey y principalmente Heidegger) en la cual la hermenéutica es una cuestión de la propia existencia humana y busca entender el sentido del ser y sus implicaciones, en este sentido: “*la comprensión y la interpretación no son únicamente métodos que es posible encontrar en las ciencias del espíritu, sino procesos fundamentales que hallamos en el corazón de la vida misma*”<sup>113</sup>.

Para entender mejor el concepto de hermenéutica es necesario diferenciar dos etapas de ella: una hermenéutica clásica que responde a la pregunta ¿qué es la hermenéutica? Y responde sosteniendo que es comprender. Y ora etapa llamada hermenéutica filosófica que se cuestiona ¿qué es comprender?

---

<sup>112</sup> Ver: Grondin, Jean (2008), *¿Qué es la hermenéutica?*, Barcelona, Herder, p. 16 y ss.

<sup>113</sup> Ibid. P. 18

La hermenéutica clásica se puede abarcar en tres períodos: la antigua Grecia, la Patrística y la Reforma Protestante. La hermenéutica filosófica con cuatro autores: Friedrich Schleiermacher, Wilhelm Dilthey, Martín Heidegger y Hans Georg Gadamer.

En la *antigua Grecia* la hermenéutica tenía un gran contenido simbólico y mitológico. La hermenéutica hace referencia al Dios Hermes, el “mensajero de los Dioses” y al mensaje que éste trae, un mensaje fundamental. La función es hacer comprensible lo que en principio es ininteligible, de ahí la importancia del Dios Hermes, pues va a ser un “mediador” entre el lenguaje de los Dioses y los humanos. Se empieza a ver aquí entonces algunos rasgos básicos de la hermenéutica: la mediación de una persona para “traducir” lo que determinadas personas no entienden; además, la importancia del mensaje es notable, pues no se trata de “cualquier información”, sino de algo verdaderamente importante. Por lo tanto la hermenéutica para los griegos era un ejercicio de traducción, que pretendía dilucidar un mensaje “en otro lenguaje superior” a través de un mediador.

En la fase de la *Patrística*, se avanza en el sentido de que hay un texto sagrado para interpretar (los griegos al no tener un texto sagrado en principio no realizaban ejercicios sobre textos), en este caso es la Biblia. Los padres de la Iglesia acuden a la alegoría como forma de interpretación, con el objetivo de “*ir más allá*”. Desde luego la alegoría se opone totalmente a la interpretación literal de un texto. Las Alegorías buscaban conciliar el Antiguo y el Nuevo Testamento. Pues eran evidentes las diferencias entre uno y otro texto apareciendo así lagunas, que debían ser llenadas por los Padres de la Iglesia a través de las figuras antes mencionadas. Aunque se mantiene el carácter fundamental y divino del mensaje, al igual que en Grecia, en esta época se vislumbra una metodología debido a que ya hay un texto sagrado, y el mediador sería la Iglesia. Se presenta aquí lo que podemos denominar una “*hermenéutica fuerte*”, pues el problema de la interpretación del mensaje es fundamental, trascendental para la vida de las personas.

Durante la *Reforma Protestante* se trata de romper con la Patrística. Los reformistas se oponen a la alegoría como forma de explicación, pues según ellos, la Biblia no presenta “lagunas” y por ende no se requiere de un “mediador” para entender el mensaje de Dios. Por ello se indica regresar a la *sola scriptura*, es decir entender el mensaje tal y como está escrito en el texto (recordemos que Lutero tradujo la Biblia del Latín al “vulgar” alemán con la idea de que todos las personas conocieran directamente la palabra de Dios). Se mantiene la idea de un texto sagrado, al igual que en la Patrística, pero se cambia el concepto de alegoría por el de dogma al ser la literalidad un elemento fundamental para la comprensión del texto sagrado.

La *Hermenéutica Filosófica* se puede analizar con tres autores: Schleiermacher, Dilthey y Heidegger. En esta etapa se plantea la pregunta sobre ¿qué es comprender? Dejando de lado aquella sobre ¿qué es hermenéutica?

*Friedrich Schleiermacher* (un pastor protestante del S. XIX, considerado por muchos el padre de la Hermenéutica), nos dice que la hermenéutica consistiría en “meterse en la cabeza y los pensamientos del autor”. En este caso no se proponen sólo normas para entender, sino que también se cuestiona acerca de qué es comprender en sí mismo, comprender en la lengua y comprender en la persona que habla, diría el autor. Schleiermacher sostendría que: “... *todo acto de comprensión es la inversión de un acto de discurso en virtud de la cual ha de hacerse presente a la conciencia aquel pensamiento que se encuentra en la base del discurso*”<sup>114</sup>.

La concepción de Schleiermacher es romántica, y bajo esta idea se forma, es decir, la concepción de que toda obra sublime proviene de un sujeto genial, y la idea es lograr una fusión con la mente de ese sujeto creador, una “fusión congenial” para así entender lo que éste quiso transmitir, algo casi intuitivo, adivinatorio. Entonces, lo que el intérprete debe lograr es identificar las ideas del creador o autor, lo que suponía un alto grado de compenetración, casi que “estar al mismo nivel de quien produjo la obra”

Por su parte, *Wilhelm Dilthey* no plantea la idea de fundirse con la mente del autor, sino la idea de analizar en contextos de acuerdo con las vivencias de éste. Dilthey sostiene que la naturaleza se puede explicar por medio de reglas (aplicando las ideas del positivismo). Pero entonces, no todo puede aclararse con leyes naturales, ya que existen áreas como el derecho, la poesía o la historia que son actos propios del hombre y merecen una explicación especial.

Estas ciencias “humanas” o “del espíritu” no explicarían algo general, explica algo único, por lo tanto en vez de explicar (ciencias naturales) se debe comprender (ciencias “humanas”). La comprensión [*verstehen*] se nutre de las vivencias [*erleben*] y entre ellas se da una conexión [*zusammenhang*] para así llegar a la vivencia misma.

Directamente Dilthey ve en la psicología una ventaja respecto del conocimiento natural, pues su objeto no es un fenómeno dado en los sentidos, sino que se presenta desde dentro como una conexión internamente vivida y no ya como un mero reflejo en la conciencia de la realidad exterior. Entonces el paradigma de la apercepción interna es, sin duda, la vivencia [*erleben*] que podría caracterizarse por estos puntos: a) La vivencia es una realidad que se presenta como tal de un modo inmediato, de la que nos percatamos interiormente sin recorte alguno, no dada ni tampoco pensada. La vivencia se halla demarcada de otras porque constituye un todo, b) La vivencia es un modo característico distinto en el que la realidad está ahí para mí y c) La vivencia está ahí para nosotros, en el pensamiento es cuando luego se hace objeto. Dilthey concluiría diciendo que el papel de la hermenéutica básicamente es: “*Fundar teóricamente la validez universal de la interpretación sobre la que descansa toda la seguridad de la historia*”<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> Schleiermacher, Friedrich (1987), *Herméneutique*, Ginebra, Labor & Fides, p. 76

<sup>115</sup> Dilthey, Wilhelm (1944), “Orígenes de la hermenéutica”. *En: El mundo histórico*, México, FCE, p. 321

Si Schleiermacher planteaba “entrar en la cabeza del autor”, Dilthey va a plantear la idea de “entrar en el contexto del autor”. La hermenéutica de Schleiermacher no es sólo interpretación filológica, externa, sino que interpretar es “reconstruir un discurso dentro de un contexto de vida”.<sup>116</sup> Esta idea de Schleiermacher la tomó también Dilthey y la pondrán en cuestión otros (Gadamer).

*Martin Heidegger* plantea un paso de lo metodológico a lo ontológico. La hermenéutica consiste entonces en un ejercicio de revelación de “sacar a la luz” algo que se encuentra oculto. Si en Dilthey el tema era la vida y las vivencias, en Heidegger el asunto ya no es de método, sino es lo que nosotros mismos somos, esto es lo que se denomina un giro ontológico en la hermenéutica.

Con Heidegger hay un giro existencial en la hermenéutica. Él fue el primero en otorgar a la hermenéutica el rótulo de filosofía, una “hermenéutica de la facticidad”. Dicha facticidad designa la existencia concreta e individual que no es un objeto para nosotros sino “una aventura a la que hemos sido lanzados”, una experiencia de vida: “*El tema de la investigación hermenéutica es, en cada ocasión, el existir propio, cuestionado, justamente, por ser hermenéutico, acerca de su carácter de ser con vistas a configurar una atención a sí mismo bien arraigada*”<sup>117</sup>.

Heidegger se pregunta ¿qué significa ser hombre? Y esa palabra “ser” significa “ser algo”, “estar ahí”. Entonces esa idea de “estar ahí” es una posibilidad, pues nada está dado en la existencia, nuestra vida no está dada, es un constante devenir. Entonces, lo humano tiene la característica de “no estar dado”, por lo tanto debe pasar por un proceso, una constante auto-proyección de hacia dónde se dirige el hombre y en qué situaciones se visualiza. Lo anterior es el concepto de “comprender” para Heidegger, es decir, proyectar un sentido que no está dado, pues si éste ya se encontrara dado, no tendríamos que comprender un texto o una acción.

Comprender entonces, desde la perspectiva de Heidegger, consistiría en evaluar si el sentido en el que un hombre se proyecta es acertado o no, y cambiar la proyección si es necesario. Heidegger nos dice: “*el presente es un mal pasado*”. La historia no la tenemos, la somos. “*Pues bien, al llamar hermenéutica a la investigación que sigue, no estamos utilizando la palabra en su sentido moderno, ni tampoco con el significado de una teoría de la interpretación, tomada en sentido tan amplio. [En nuestro contexto] el término, conectando con su significado original, significa más bien o va a significar más bien: una determinada unidad en la ejecución del hermeneuein, es decir, en la ejecución del comunicar, del declarar, es decir, en la ejecución de una*

---

<sup>116</sup> Dilthey, Wilhelm (1978), *Obras. Vol. VII, El mundo histórico*, México, FCE, p. 337

<sup>117</sup> Heidegger, Martín (1999), *Ontología: hermenéutica de la facticidad*, Madrid, Alianza, p. 33

*interpretación de la facticidad.*<sup>118</sup> Comprender pues para Heidegger es “*poder algo*”<sup>119</sup> y la interpretación no es más que la explicación de la comprensión [*Auslegung*]. En este sentido Heidegger sostiene que la interpretación ya no es un procedimiento sino una explicitación auto-crítica.

Por su parte, *Hans Georg Gadamer* sostiene que “comprender” no es algo subjetivo (en ataque a Schleiermacher) ni algo histórico (en ataque a Dilthey).

Gadamer sostiene que se parte de un diálogo, de una conversación, es decir, de ponerse en contacto con otro: “*El modelo básico de cualquier consenso es el diálogo, la conversación. La conversación no es posible si uno de los interlocutores cree absolutamente en una tesis superior a las otras, hasta afirmar que posee un saber previo sobre los prejuicios que atenazan al otro. Él mismo se implica así en sus propios prejuicios. El consenso dialogal es imposible en principio si uno de los interlocutores no se libera realmente para la conversación. Tal es el caso, por ejemplo, cuando alguien hace de psicólogo o de psicoanalista en el trato social y no toma en serio los enunciados de otro en su propio sentido, sino que pretende comprenderles al modo psicoanalítico. En tal caso queda destruido el compañerismo, que es la base de la vida social.*”<sup>120</sup>

Este diálogo desde luego supone un reconocimiento mutuo entre las partes, también un acuerdo entre el tema debatido (cuestiones que más adelante expondrían Habermas y Alexy).

Es el tema, entonces, lo que se pretende comprender, ese tema es algo propio de la concepción humana, como por ejemplo leer un libro del pasado. Cuando leemos obras del pasado, como en el ejemplo precedente, no lo hacemos sólo por curiosidad, sino que en verdad nos interesa lo que nos dice el autor, y más específicamente, que nos dice sobre “algo”, ya que ese “algo” nos interesa.

Es entonces en ese diálogo cuando se intenta comprender qué dice alguien sobre algo que a mí también me implica. Aquí se ponen en juego nuestros prejuicios o preconcepciones que al final van a ser preservados o modificados.

Se puede decir entonces que alguien proyecta o trata de decir algo, pero en la respuesta de la otra parte (un lector por ejemplo) se recibe algo que a veces no se espera, haciendo que se modifiquen los puntos de vista.

Gadamer da gran importancia al concepto de autoridad, pues ella reside en el tema, mas no en una persona. Ésta se reconoce cuando hay capacidad de una persona para hablar con propiedad sobre el tema. Igualmente sostiene que en todo comprender hay una aplicación (por un lado “yo me aplico a mí mismo

---

<sup>118</sup> Heidegger, Martin (1923), *Hermenéutica de la facticidad*, Traducción de Manuel Jiménez Redondo, Universidad de Valencia, Curso de doctorado. “El discurso filosófico de la modernidad”, curso 1998-99. URL: <http://www.heideggeriana.com.ar/hermeneutica/indice.htm>

<sup>119</sup> Grondin, Jean (2008), *Op. Cit.* p. 55

<sup>120</sup> Gadamer, Hans Georg (1996), *Verdad y Método*, Salamanca, Sígueme, p. 95-121

algo”, y por otro “como me aplico algo frente a la tradición y los valores impuestos”).

En el caso de la hermenéutica jurídica, los casos son únicos, cada caso es “un caso único” y no una generalidad, por lo tanto cada caso hay que resolverlo en concreto, es decir resolver “ese” caso por medio de las leyes que se necesitan y que dicen las leyes seleccionadas.

Por lo anterior la hermenéutica jurídica para Gadamer es paradigmática, pues tenemos leyes y además se puede mediar para descubrir su significado. Cuando se entiende (y no en el sentido de “meterse en la cabeza del legislador”), la ley podemos resolver un caso concreto gracias al contenido de una disposición legal, además la ley es vigente y actual, alejada de conceptos históricos y subjetivos (esto último en clara concordancia con el positivismo). Dice Gadamer: *“No se puede negar, en cualquier caso, que la hermenéutica es una disciplina normativa y ejerce la función dogmática de complementación jurídica. Desempeña como tal una tarea imprescindible, porque ha de colmar el hiato entre la generalidad del derecho establecido y la concreción del caso individual.”*<sup>121</sup>

Como se puede apreciar, el desarrollo mismo de la hermenéutica hace honor a su significado, algo hermético. ¿Y qué se puede esperar de algo hermético? Se pueden encontrar evoluciones complejas, juegos del lenguaje, oscuros pasajes de entendimiento develado sólo por unos pocos, y aún así ¿cuál es el criterio de corrección de la comprensión?

La hermenéutica deber ser entendida en conjunto, es decir, con las implicaciones que trae concebirla de tres formas distintas, quizás se puede llegar a la conclusión de que ésta es un espacio intelectual donde no se puede hallar la verdad (en contradicción con aquellos que sostienen que es el método para encontrar dicha verdad en las ciencias sociales –Dilthey por ejemplo-) ya que todo es cuestión del tipo de interpretaciones: *“No existen hechos, sólo interpretaciones”*<sup>122</sup>, dijo Nietzsche.

Resulta claro entonces sostener que hay una deficiencia en el contenido y forma en la que se manejan las competencias hermenéuticas de los estudiantes de derecho. En primer lugar por la asunción de una hermenéutica jurídica única y el consecuente desconocimiento de su desarrollo en un contexto más amplio (hermenéutica como filosofía), y en segundo lugar por la debilidad conceptual que radica en desconocer las posibles acepciones de la hermenéutica.

Una adecuada enseñanza de la hermenéutica deberá entonces abarcar su concepto partiendo de que es una filosofía metodológica de la comprensión (y de ahí su diferencia con la interpretación) que se puede aplicar al derecho, y

---

<sup>121</sup> Gadamer, Hans Georg (1996), *Op. Cit.* p. 102

<sup>122</sup> Nietzsche, Friedrich, *Voluntad de poder*, nº 41, Madrid, EDAF.

además usando sus diferentes concepciones para reforzar el análisis crítico. *“La interpretación apela a la hermenéutica, pero esto no significa que sean lo mismo”*.<sup>123</sup>

### **TERCER ELEMENTO: RECONOCIMIENTO DE LÓGICAS NO TRADICIONALES**

Los paradigmas lógicos han cambiado también. La aplicación de los silogismos judiciales ya no permite dar cuenta de los denominados “casos difíciles” y la apreciación de lógicas no tradiciones como la lógica difusa y la lógica ambivalente son una herramienta fundamental en la formación de las competencias argumentativas, hermenéuticas y lógicas de los estudiantes.

Abandonar el concepto de silogismo judicial tradicional como una forma de ideología<sup>124</sup> es no sólo necesario, sino útil para poder entender que el desarrollo del derecho y sus paradigmas ha ido de la mano con el desarrollo de lógicas que explican de una manera más razonable fenómenos de filosofía de derecho. Carlos Alchourrón sostiene respecto de la lógica clásica como fuente principal de aplicación del derecho que: *“El papel de la lógica en el derecho ha sido a veces sobrestimado y a veces subestimado. Hay diversas razones que pueden explicar estas equivocaciones. Una deriva de la idea de que la lógica se ocupa de las leyes del pensamiento y su propósito es describir y guiar el modo en que la gente argumenta sobre distintos tópicos. Desde esta perspectiva, la función de la lógica en el derecho consistiría en la descripción de diferentes formas de argumentación desarrolladas para justificar posturas jurídicas a fin de descubrir cómo perfeccionarlas. Ésta sería una tarea maravillosa, pero desafortunadamente la lógica no es capaz de llevarla a cabo”*<sup>125</sup>.

Por ejemplo, la utilización de la denominada “lógica difusa”<sup>126</sup> o “borrosa”, aquella que utiliza expresiones que no son ni totalmente ciertas ni completamente falsas, es decir, es la lógica aplicada a conceptos que pueden tomar un valor cualquiera de veracidad dentro de un conjunto de valores que oscilan entre dos extremos, la verdad absoluta y la falsedad total es muy útil para el análisis de responsabilidad y permite un rango de justificación e interpretación mayor a la lógica tradicional (es conveniente aclarar que lo que es difuso, borroso, impreciso o vago no es la lógica en sí, sino el objeto que

---

<sup>123</sup> Dueñas Ruiz, Oscar José (2005), *Hermenéutica Jurídica*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2ª Edición, p. 14

<sup>124</sup> Ver: Atienza, Manuel (2004), *Cuestiones Judiciales, Sobre la argumentación en materia de hechos: comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez*, México, Fontamara

<sup>125</sup> Alchourrón, Carlos (1996), “On Law and Logic”. En: *Ratio Juris* 9, Vol. 4, Diciembre, p. 331

<sup>126</sup> La lógica difusa fue investigada, por primera vez, a mediados de los años sesenta en la Universidad de Berkeley (California) por el ingeniero Lotty A. Zadeh con la concepción de lo que él llamó principio de incompatibilidad: *“Conforme la complejidad de un sistema aumenta, nuestra capacidad para ser precisos y construir instrucciones sobre su comportamiento disminuye hasta el umbral más allá del cual, la precisión y el significado son características excluyentes”*. Introdujo entonces el concepto de conjunto difuso (Fuzzy Set) bajo el que reside la idea de que los elementos sobre los que se construye el pensamiento humano no son números sino etiquetas lingüísticas.”

estudia: expresa la falta de definición del concepto al que se aplica. Esto último importante cuando se habla en el derecho de los denominados “conceptos jurídicos indeterminados”, que, obedeciendo a una vaguedad, ya sea periférica o central del lenguaje, no permiten establecer su definición de manera clara, como por ejemplo: “trato degradante”, “abuso del derecho”, “mediana calidad”, entre otros; o normas del siguiente estilo: “*Aquel hombre que, en público o privado, cometa, o participe en la comisión de (...) cualquier acto de **indecencia grave** con otro hombre (...) será condenado a una pena máxima de dos años.*”<sup>127</sup>

Otro ejemplo de lógica no tradicional muy útil es la denominada “*lógica de las normas*” o lógica deóntica, particularmente impulsada por George Henrik von Wright y los argentinos Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. A partir de una lógica de la acción y operadores deónticos se pretende explicar el funcionamiento del derecho entendido como un sistema de normas en el cual se pueden presentar lagunas, incoherencias y redundancias. Sobre esta norma nos dice Von Wright: “*La lógica deóntica, nacida en su forma moderna a principios de los cincuenta, ha sido en cierto sentido un hijo problemático en la familia de las teorías lógicas. Sus aspectos problemáticos son, brevemente, los tres siguientes:*

- a) *Dado que generalmente se considera que las normas carecen de valores de verdad o falsedad, ¿cómo puede haber relaciones lógicas como la de contradicción e implicación (consecuencia lógica) entre las normas? Los críticos de la posibilidad de una lógica de las normas suelen llamar a éstas “a-lógicas”. Se ha dicho también que las normas son verdaderas o falsas. Esta tesis quizá pueda ser defendida satisfactoriamente a propósito de algún(os) tipo(s) de normas (el concepto de norma no es fácil de delinear). Sin embargo, las normas como prescripciones de la conducta humana pueden ser consideradas como razonables o irrazonables, justas o injustas, válidas o inválidas a partir de algunos estándares que a, su vez, son también normativos, pero no verdaderas o falsas. Y en buena medida, quizá en su mayoría, las normas son prescripciones.*
- b) *La representación de la estructura conceptual de las normas en un lenguaje formalizado es difícil y controvertida. La mayor parte de los “sistemas” de lógica deóntica se contentan con representaciones muy primitivas y esquemáticas, como es el caso también de este trabajo. Estas representaciones son incapaces de reflejar ciertas distinciones relativas a la noción de acción humana, que a su vez pueden ser relevantes para establecer ciertas diferencias entre normas. Por ejemplo, la distinción entre no hacer una cierta acción y hacer lo opuesto a esa acción. Una representación correcta de la estructura conceptual de las normas debe basarse en una representación correcta de la estructura conceptual de las acciones (de la conducta). Otra dificultad desconcertante en este ámbito es la cuestión de cómo representar*

---

<sup>127</sup> Criminal Amendment Act, 1885

*correctamente en un lenguaje formal a las normas condicionales, esto es, las normas que prescriben qué debe, puede o no debe ser hecho dadas ciertas condiciones.*

- c) *Una tercera controversia acerca de la lógica deóntica es la relativa a su aplicabilidad y utilidad como un instrumento para clarificar y describir la estructura de los sistemas normativos reales, tales como, por ejemplo, un ordenamiento jurídico. ¿Qué papel puede cumplir -si es que cumple alguno un sistema de lógica deóntica en la clarificación de cuestiones tan relevantes como las “lagunas” y las “contradicciones” en el Derecho? Los problemas del epígrafe (a) pueden ser considerados filosóficos o pertenecientes a la filosofía de la lógica; los del epígrafe (b), por su parte, pueden considerarse problemas lógicos o pertenecientes a la lógica formal. Los problemas del tercer grupo son, fundamentalmente, problemas de filosofía moral o jurídica, particularmente de la primera. Las cuestiones discutidas en este trabajo pertenecen fundamentalmente al grupo (a) y, en menor medida, al (c). El objetivo de este artículo es discutir si es posible -y en qué medida- una lógica de las normas”.*<sup>128</sup>

Vemos tan sólo dos ejemplos de lógicas no tradicionales que pueden ayudar en el campo del derecho y superar así el silogismo judicial ideológico que permite respuestas e ocasiones absurdas y que no van encaminadas al ideal de justicia propia del derecho.

La rehabilitación de las capacidades lógicas de los estudiantes del derecho a partir del reconocimiento de lógicas no tradicionales es un elemento indispensable en la propuesta que se presenta. Esta rehabilitación debe sustentarse en lo que algunos llaman una escuela de “Law and Logic”: *“En la concepción interpretativa de “Law and Logic”, en contraste, estos principios representan un ideal regulativo que guía la organización del material jurídico. La reconstrucción del derecho como un sistema implica, en la concepción de “Law and Logic”, que se debe distinguir, por una parte, lo que puede llamarse el “material jurídico” –los textos en los que el derecho se expresa, leyes, decretos, sentencias, etc., (que Alchourrón llama el “Master Book”)– y, por otra parte, el derecho como un sistema o un conjunto de sistemas que pueden obtenerse de ese material (que Alchourrón llama el “Master System”)”*<sup>129</sup>.

Algunos consideran también que este nuevo paradigma lógico puede ser sintetizado por los trabajos de Chaim Perelman y su “nueva retórica” que se centra en el estudio de las técnicas argumentativas para persuadir a un auditorio determinado usando conceptos como lo racional y lo razonable: *“El primer aspecto se refiere a lo que hay de necesario, de demostrable; el*

---

<sup>128</sup> Von Wright, Georg Henrik (1996), “Is there a Logic of Norms?” en *Six Essays in Philosophical Logic*, Acta Philosophica Fennica, vol. 60, p. 35-53. Traducción de Daniel González Lagier, en castellano: “¿Hay una lógica de las normas?”, *En: Revista DOXA* 26 (2003) p. 31 y ss.

<sup>129</sup> Redondo, Cristina (2000), “Lógica y concepciones del derecho”. *En: Revista Isonomía*, nº 13, octubre, p. 40

segundo se refiere a lo que hay de argumentativo y de no necesario en la razón”<sup>130</sup>.

Perelman sostiene que: “Puesto que toda argumentación pretende la adhesión de los individuos, el auditorio, a que se dirige, para que exista argumentación se necesitan ciertas condiciones previas, como la existencia de un lenguaje común o el concurso ideal del interlocutor, que tiene que mantenerse a lo largo de todo el proceso de la argumentación. En la argumentación se pueden distinguir tres elementos: el discurso, el orador y el auditorio; pero este último —como ya se indicó— juega un papel predominante y se define como “el conjunto de todos aquellos en quienes el orador quiere influir con su argumentación.”<sup>131</sup>

Se puede apreciar entonces que existen importantes lógicas no tradicionales que pueden dar cuenta de casos que serían imposibles de resolver aplicando una lógica tradicional sustentada en el silogismo judicial ideológico. Son muchos otros los aspectos que pueden trabajarse por lógicas no tradicionales y se pueden nombrar algunos sólo para ilustrar: la “tesis del derecho positivo verdadero”<sup>132</sup> de Kalinowski, o la distinción entre normas y enunciados jurídicos<sup>133</sup> de Ulrich Klug, Schreiber y la “tesis de la descripción”<sup>134</sup>, o Neumann y la “concepción tarskiana de la verdad”<sup>135</sup>, entre otros.

#### **CUARTO ELEMENTO:**

#### **LA IMPORTANCIA DEL DERECHO COMO UN EJERCICIO DISCURSIVO**

---

<sup>130</sup> Perelman, Chaim (1974), “L’idéal de rationalité et la règle de justice” En: *Le champ de l’argumentation, Travaux de la Faculté de Philosophie et Lettres*, P.U. Brussels, Bruselas, p. 294

<sup>131</sup> Perelman Chaim & Olbrecht-Tyteca, Lucie (1989), *Tratado de la argumentación, la nueva retórica*, Madrid, Gredos, p. 55

<sup>132</sup> Kalinowski presenta como central una cuestión que formula diciendo: “¿existen una moral y un derecho verdaderos y -en caso afirmativo- cómo se verifican los juicios que los integran?”. El problema reviste, a juicio del autor, especial significación tratándose de “las normas sancionadas por el hombre en virtud del poder legislativo autónomo que le ha sido delegado por la ley natural”. Kalinowski, Georges (1979), *El problema de la verdad y la moral en el derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, p. 151-152

<sup>133</sup> Klug se pregunta si es posible encontrar una verdad en las normas: “La legitimidad de la cuestión sobre la verdad de las normas, que aquí defendemos se fundamenta en el hecho de que aceptamos el concepto de proposición verdadera, tal como fue definido metalingüísticamente ya por Tarski para los lenguajes formalizados. Según ese concepto, la proposición ‘nadie puede ser obligado contra su conciencia a prestar servicio militar con armas’ será entonces y sólo entonces verdadera cuando nadie pueda ser obligado contra su conciencia a prestar servicio militar con armas”. Klug, Ulrich (1990) *Lógica Jurídica*, Bogotá, Temis, p. 260

<sup>134</sup> Schreiber formula una «tesis de descripción». “La tesis de descripción”. Sostiene Schreiber: “Las proposiciones normativas pueden ser reducidas a proposiciones indicativas... El contenido de la tesis de descripción afirma que las proposiciones normativas del lenguaje jurídico pueden ser traducidas a proposiciones indicativas...” Tomemos como ejemplo una proposición del derecho civil: “Es debido que Maier pague a Huber 20 DM”. La validez de esta proposición significa que si Maier no paga a Huber los 20 DM, este último puede recurrir a la vía judicial... Pero no podemos limitar las consecuencias de una proposición normativa individual a la actividad de los órganos de la administración de justicia. Esta proposición provoca también consecuencias económicas”. Schreiber, Rupert (1967), *Lógica del derecho*, Buenos Aires, Sur, p. 100-101

<sup>135</sup> A diferencia de la teoría tradicional de la correspondencia, Tarski define la “verdad” no como la concordancia entre la oración expresada y el estado de cosas real, sino como la relación entre proposiciones de distintos niveles: “El enunciado “la nieve es blanca” es verdadero si y sólo si la nieve es Blanca”. La cuestión de lo que signifique realmente que la nieve es blanca puede quedar abierta sin respuesta, puesto que no se presupone la existencia del estado de cosas real aludido por la proposición lingüística que se refiere al objeto” Neumann, Ulfrid (1992), “Lógica jurídica”. En: Kaufmann, A & Hassemmer W. (eds.) *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Debate, Madrid, p. 249-250

Situándonos en la Europa de la segunda posguerra, es necesario reconocer el trabajo pionero de Theodor Viehweg con la revitalización de la tópica, Chaim Perelman y su nueva retórica, y Jürgen Habermas con la teoría de la acción comunicativa y la ética del discurso. Como forjadores de lo que en adelante se conocería como una Teoría de la Argumentación Jurídica (sin desconocer los aportes de Neil McCormick y Stephen Toulmin), y cuyo máximo representante es el alemán Robert Alexy.

Ante este panorama surgió la necesidad de establecer un nuevo esquema interpretativo y argumentativo del derecho. Un esquema comprometido con la justicia y con lo que Robert Alexy denominaría más adelante una “pretensión de corrección”. Desde luego, tamaña empresa necesitaría de replantear el derecho, darle un enfoque discursivo que le permitiera al juez fundamentar sus decisiones de una manera racional y analítica y no simplemente acomodadas a la fuerza a determinado ordenamiento jurídico. Sumado a lo anterior, el decaimiento de la teoría del silogismo (propia de la lógica clásica y aristotélica) conlleva a reconocer que la aplicación del derecho no obedece a unas máximas de decisión ya conocidas (premisas) para obtener una decisión a partir de éstas. El surgimiento de los denominados “casos difíciles” obliga a replantear la lógica al interior del derecho llegando al concepto de “nueva retórica” perfeccionado posteriormente en una “teoría de la argumentación jurídica”. Tal como lo afirmó Karl Larenz: *“Ya nadie puede afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente.”*<sup>136</sup>

Como consecuencia de lo anterior el papel del juez en la sociedad cobra gran importancia. Sostengo que el primer contacto del ciudadano, y el más básico por demás, con el derecho es el juez. Debido a que la ley no cubre todos los aspectos sociales y a que en muchas ocasiones la ausencia o contradicción normativa es un obstáculo protuberante, el juez tiene un papel decisivo en la sociedad, pues va a ser él quien articule el derecho y en la práctica lo concrete. Pus ante los vacíos presentados por la ley, y las injusticias que se podían cometer con ella, el juez no se podía quedar de brazos cruzados, pues la experiencia había sido nefasta. Su función entonces como creador de derecho (afirmación que levanta gran polémica) es innegable, tal como lo sostiene Ronald Dworkin: *“Las personas pueden ganar más por el asentimiento de un juez, que por cualquier acto general del Congreso.”*<sup>137</sup>

Entonces, ante la indeterminación del lenguaje jurídico, ante la aparente contradicción de contenidos fundamentales normativos, ante la ausencia de normatividad, y ante la avasallante evidencia que el derecho no es idéntico a la totalidad de normas que lo componen, el juez surge como un faro, como un soldado listo para remediar este problema.

---

<sup>136</sup> Larenz, Karl (1980), *Op. Cit.*

<sup>137</sup> Dworkin, Ronald (1992), *El imperio de la justicia*, Barcelona: GEDISA, p. 15

La argumentación jurídica es, entonces, un caso especial de argumentación práctica en el cual el Juez pretende dar una solución a través de un fallo, pero como característica especial el objeto de la decisión es lo que se denomina un *caso difícil* (que aparentemente tiene más de una solución). Según el profesor Óscar José Dueñas Ruiz: “*Superando un poco el debate Hart-Dworkin, se encuentra la teoría de la argumentación planteada por Robert Alexy. Al igual que Dworkin, él sostiene que las decisiones en derecho se deben tomar a través de un discurso donde ciertos argumentos se enfrentan a otros y triunfan los mejores.*”<sup>138</sup>

También es importante resaltar la *practicidad* que se le da a la teoría de la argumentación jurídica. Con esto se quiere indicar que, lejos de ser una teoría explicativa solamente, ella se encarga de resolver problemas reales y prácticos (los generados por la indeterminación del lenguaje jurídico y los “choques” de principios). Al respecto Alexy manifiesta: “*El punto de partida de la teoría de la argumentación jurídica es que en la jurisprudencia se trata en definitiva siempre de cuestiones prácticas, por tanto, de lo que está ordenado, prohibido y permitido. La argumentación jurídica es por ello un caso especial de la argumentación práctica en general. En un caso especial porque está situada bajo una serie de vínculos institucionales que brevemente pueden caracterizarse como la vinculación a la ley, al precedente y a la dogmática.*”<sup>139</sup>

Alexy, además de ser uno de los más importantes representantes de la teoría de la argumentación jurídica, es reconocido por su aporte en la teoría de los derechos fundamentales. Ha sabido aplicar en las dos teorías elementos comunes. El punto de encuentro entre estos dos temas: derechos fundamentales y argumentación jurídica lo ubicamos dentro del concepto del *discurso racional*. Por medio de este discurso racional, se busca rehabilitar la razón práctica reforzando así el enfoque discursivo del derecho. Es decir, mediante esa rehabilitación de la razón práctica se pretende estructurar un discurso racional que obedece a ciertas reglas, para luego avanzar a una teoría normativa del discurso racional que permita justificar decisiones en casos difíciles. Dice Alexy: “*El carácter ideal de la teoría del discurso conduce a la necesidad de su inclusión en una teoría del Estado y del Derecho. Este vínculo es mucho más que una simple compensación a sus mencionadas debilidades. Un sistema jurídico que desee responder a las exigencias de la **razón práctica** sólo puede crecer a través de nexos de elementos institucionales o reales con tales ideales y no sólo de modo institucional.*”<sup>140</sup> (Negritas y subrayado con intención).

Es menester aclarar que al interior del desarrollo de las teorías discursivas del derecho, incluyendo la teoría de la argumentación jurídica, se gestan aportes de muchos paradigmas y escuelas del derecho, señalo en especial el aporte de

---

<sup>138</sup> Dueñas Ruiz, Óscar José (2005), Op. p. 26

<sup>139</sup> Alexy, Robert (2002), *Derecho y razón práctica*, México, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, p. 21

<sup>140</sup> Alexy, Robert, “*Teoría del discurso y derechos humanos*”, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1995, Pág. 52

los realistas norteamericanos (Wendell Holmes, Cardozo, Pound, Chipman Gray, entre otros), Uno de ellos, Jerome Frank, afirma: “*La decisión judicial no es racional sino que los jueces simplemente racionalizan los resultados deseados.*”<sup>141</sup>

Esta teoría de la argumentación jurídica ha generado aportes éticos destacables, gracias principalmente a los aportes de Habermas y Perelman. Es importante resaltar el papel del consenso como fin al que se puede llegar argumentado. Aunque, en escuelas diferentes, la teoría de la argumentación jurídica también ha tocado uno de los problemas centrales de la filosofía jurídica: **la justicia**. Y en este campo es resaltable como se puede llegar a una idea de justicia como producto de un consenso racional, algo similar a lo que plateara John Rawls: “*Las personas razonables están dispuestas a proponer o a reconocer cuando son otros los que proponen, los principios necesarios para definir lo que todos pueden aceptar como términos equitativos de la cooperación.*”<sup>142</sup>

Se ve entonces como hasta en un tema central en el derecho como lo es el de las distintas concepciones de justicia, se ha avanzado a un estadio discursivo donde por medio de un consenso, que tácitamente implica un proceso deliberativo y argumentativo, se pueden lograr conceptualizaciones para ser institucionalizadas.

Los debates al interior de este paradigma discursivo del derecho, que como pudimos ver, tocan conceptos como el de la justicia tienen la impronta de la teoría de la acción comunicativa de Habermas. No se puede ocultar la influencia del pensador alemán en la mayoría de los grandes tratadistas de la argumentación (Alexy, Atienza, McCormick); por lo tanto, es importante entender que el eje del discurso racional, aparte de respetar unas reglas de ética, obedece también a una acción comunicativa, tal como explica el profesor Guillermo Briones: “*Habermas deriva el concepto de acción comunicativa de los diversos tipos de acción que distinguió Max Weber (racional, orientada por valores, afectiva y acción tradicional). Al redefinir los tipos weberianos, coloca frente a la acción instrumental la acción comunicativa como una relación interpersonal lingüística que busca el mutuo entendimiento, el consenso. Mientras en Marx la acción y la racionalidad instrumental se relacionan con el trabajo, la acción y la racionalidad comunicativa se relacionan con la interacción. Cuando la acción comunicativa se basa en argumentaciones racionales y tiene pretensiones de universalidad se denomina discurso.*”<sup>143</sup>

Todo lo anterior debe ser matizado con lo que se denomina una concepción lingüística del derecho: “*Aquella que ve al derecho como un conjunto de*

---

<sup>141</sup> Frank, Jerome, *Law and the Modern Mind*, Op. Cit. p. 111

<sup>142</sup> Rawls, John (2002), “Ideas fundamentales”. En: *La justicia como equidad: una reformulación*, Barcelona, Paidós, p. 29

<sup>143</sup> Briones, Guillermo (1999), *Filosofía y teorías de las ciencias Sociales: dilemas y propuestas para su construcción*, Ed. Domen, p. 171

*enunciados dotados de significado (más o menos determinado) y proveniente de ciertas instancias o fuentes “reconocidas” como productoras de normas por el propio ordenamiento jurídico y, en última instancia por la sociedad de que se trate”<sup>144</sup>.*

La utilidad del paradigma discursivo se ve entonces en la capacidad de lograr consensos racionales y justificar de igual modo las decisiones judiciales (casos difíciles) producto de tensiones constitucionales palpables.

Pero este paradigma discursivo, al igual que la relación hermenéutica-hermenéutica jurídica se podría transmitir mejor si se da a los estudiantes una orientación básica en teorías generales de la argumentación y la comunicación, tales como las de Oswald Ducrot, Gilles Deleuze, Stephen Toulmin, Paul Grice, John Searle y Ludwig Wittgenstein, por nombrar algunos, para luego proceder a una fase más “evolucionada” de la argumentación jurídica. Pero la importancia de de estos autores y sus teorías demandarían otro estudio debido al volumen de su producción.

Como podemos apreciar los elementos señaladas en este capítulo permiten constitución de una filosofía del lenguaje y de la comprensión jurídica a partir de: 1) una correcta enseñanza y análisis de las teorías del lenguaje; 2) una clara diferencia entre hermenéutica e interpretación; 3) el reconocimiento de lógicas no tradicionales; y 4) el reconocimiento de la importancia del derecho como un ejercicio discursivo.

Esta propuesta busca optimizar el desarrollo de las capacidades argumentativas, hermenéuticas y lógicas de los estudiantes de pregrado en derecho a partir de un acercamiento al mundo jurídico de la argumentación, la lógica y la hermenéutica con plena conciencia de que dichos fenómenos son parte de una filosofía “universal” y de la cual se nutre el derecho para su particular objetivo. Habrá pues, que enseñar un poco de humildad teórica y filosófica a nuestros estudiantes de derecho, el derecho no es una isla autónoma y seguro se podrá entender mejor si lo abordamos conociendo los fenómenos “globales” que condicionan y nutren su dinámica.

---

<sup>144</sup> García Amado, Juan Antonio (2004), “El argumento teleológico: las consecuencias y los principios”. En: *Interpretar y argumentar, nuevas perspectivas para el derecho*, Ricardo Zuluaga Gil (editor y compilador), Medellín, Librería Jurídica Sánchez , p.13

## CAPÍTULO V:

### CONCLUSIONES

La hipótesis de trabajo era la siguiente: Las concepciones de derecho que van construyendo los estudiantes de la Escuela de Derecho de la Universidad Industrial de Santander a lo largo de su formación académica, en tanto concepciones normativas, determinan, no sólo su concepto de derecho sino también su práctica argumentativa frente a los denominados “casos difíciles”.

Como hipótesis específicas se manejan las siguientes:

- d. Los problemas de transmisión de competencias argumentativas se deben a la escasa difusión de un nuevo paradigma jurídico discursivo.
- e. La práctica argumentativa frente a “casos difíciles” suele confundir a los estudiantes debido al desconocimiento y fundamentación de las diferentes concepciones de derecho que son enseñadas.
- f. Como resultado de las dos hipótesis anteriores se perpetúa la hegemonía del discurso normativo ocasionando un estancamiento en un avance dinámico y crítico del derecho.

Una vez realizado el trabajo se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. La importancia del derecho como un concepto interpretativo y argumentativo es innegable. Gracias a la tensión entre la validez, la legitimidad y la eficacia se ha enriquecido la discusión sobre el concepto y la función del derecho. En este sentido se generó una visión que implica asumir el derecho como una praxis interpretativa y argumentativa, lo que requiere una transmisión de competencias a los estudiantes de pregrado. Dichas competencias deben formar juristas con una gran capacidad hermenéutica y con un rigor argumentativo sólido que se adapten y dominen las nuevas tendencias del derecho y su filosofía, una de ellas es la aparición y conceptualización de los denominados “casos difíciles”.
2. La enseñanza del derecho en Colombia se ha caracterizado por un apego a concepciones tradicionales del derecho –positivistas y iusnaturalistas-. Siguiendo esta línea es poco el espacio que se le ha otorgado a concepciones no tradicionales como por ejemplo aquellas que consideran al derecho un ejercicio de interpretación y argumentación. Cabe anotar aquí que el carácter conservador de la carrera de derecho es significativo y parece obedecer a un *status quo* que se debe mantener para conservar tradiciones bastante arraigadas. Sólo en las últimas décadas, y debido al avance en nuevos paradigmas

jurídicos distintos de los tradicionales, el Estado ha regulado la formación por competencias, entre ellas las argumentativas para el caso del derecho.

3. El panorama actual de la enseñanza del derecho debe girar en torno a tres elementos: La concepción del derecho, las formas de enseñarlo y los objetivos de la enseñanza. Con el manejo adecuado de dichos elementos se puede lograr una adecuada transmisión de competencias hermenéuticas, lógicas y argumentativas.
4. Realizado el estudio de campo se puede observar que la concepción del derecho es fundamental a la hora de la capacidad de interpretación y decisión de los estudiantes de derecho respecto de “casos difíciles”.
5. Se aprecia, en el caso de la Universidad Industrial de Santander y su escuela de Derecho, que las personas con una formación avanzada en el campo del derecho –estudiantes de último año- poseen una visión con una tendencia al positivismo normativo a la hora de interpretar, argumentar y resolver un “caso difícil”. Mientras que los estudiantes del primer año poseen una visión distinta –iusnaturalismo o realismo-, incluso una concepción interpretativa y argumentativa del derecho, lo que les permite una mayor diversidad de discursos y decisiones más ajustadas a principios de justicia y convivencia social.
6. Es así como se logra comprobar la hipótesis principal del trabajo, es decir, las concepciones de derecho que van construyendo los estudiantes de la Escuela de Derecho de la Universidad Industrial de Santander a lo largo de su formación académica, en tanto concepciones normativas, determinan, no sólo su concepto de derecho sino también su práctica argumentativa frente a los denominados “casos difíciles”. En el último año limitada por una concepción positivista, y más amplia en los semestres iniciales.
7. El desconocimiento de un paradigma interpretativo-hermenéutico y discursivo del derecho es un fenómeno común en las Facultades de Derecho de la ciudad de Bucaramanga. Esto conlleva a los mismos problemas ilustrados en la Escuela de Derecho de la Universidad Industrial de Santander.
8. Si bien es cierto hay un fuerte apego por parte de estudiantes y docentes a un paradigma positivista del derecho que apela al textualismo como fuente seria y principal de un proceder hermenéutico, poco a poco se abren nuevos espacios que permiten una reflexión sobre el derecho a partir de concepciones alternativas y mucho más prácticas. Aunque, sin duda, la hegemonía positivista en gran parte de la enseñanza del derecho es inocultable.

9. A partir de una propuesta donde se involucre una estrecha relación entre teoría del lenguaje y derecho se puede lograr una mejor transmisión de competencias hermenéuticas, lógicas y argumentativas. Dicha propuesta permite la constitución de una filosofía del lenguaje y de la comprensión jurídica a partir de: 1) una correcta enseñanza y análisis de las teorías del lenguaje; 2) una clara diferencia entre hermenéutica e interpretación; 3) el reconocimiento de lógicas no tradicionales; y 4) el reconocimiento de la importancia del derecho como un ejercicio discursivo.

## BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

### A

- Aarnio, Aulis (2000), "Derecho, racionalidad y comunicación social", En: *Ensayos sobre filosofía del derecho*, México DF, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política
- Abramovich, Víctor E. En: *Cuaderno de Análisis Jurídico*. Serie Publicaciones Especiales, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, N° 9, Defensa Jurídica del Interés Público
- Agustín (1957), *Del Génesis a la letra (Obras, vol. XV)*, Madrid, Biblioteca de Autores cristianos
- Alchourrón, Carlos (1996), "On Law and Logic". En: *Ratio Juris* 9, Vol. 4, Diciembre
- Alexy, Robert (1995), *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia
- Alexy, Robert (2002), *Derecho y razón práctica*, México, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política
- Alexy, Robert, "Teoría del discurso y derechos humanos", Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1995
- Atienza Manuel & Ruiz Manero, Juan (1996), "La regla de reconocimiento y el valor normativo de una Constitución". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 16, Núm. 47, mayo-agosto
- Atienza, Manuel (2000), *Introducción al derecho*, México, Doctrina Jurídica Contemporánea
- Atienza, Manuel (2004), "Argumentación Jurídica y Estado Constitucional". En: *Revista Anales de jurisprudencia, estudios jurídicos*, Universidad Autónoma Nacional de México
- Atienza, Manuel (2004), *Cuestiones Judiciales, Sobre la argumentación en materia de hechos: comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez*, México, Fontamara

### B

- Bastida Freixedo, Xacobe (2000), *El silencio del emperador, un ensayo sobre la unidad del ordenamiento jurídico*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia

- Beriain Razquin, Josetxo (1990), "La reconstrucción del proceso de racionalización occidental según J. Habermas: el mundo de la vida, crisis y racionalidad sistémica". En: *Revista de estudios políticos Nueva Época*, N° 67, enero-marzo, Madrid
- Bogoya, D., Torrado, Maria. et al (2000), *Competencias y Proyectos Pedagógicos: Educar para el desarrollo de las competencias: Una propuesta para reflexionar*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia
- Böhmer, Martin (1999), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Barcelona, Gedisa
- Bonorino, Pablo Raúl y Peña Ayazo Jairo Iván (2002), *Filosofía del Derecho*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla
- Botero, Juan J. (ed.) (2001), *El pensamiento de L. Wittgenstein*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia
- Briones, Guillermo (1999), *Filosofía y teorías de las ciencias Sociales: dilemas y propuestas para su construcción*, Ed. Domen

## C

- Cáceres Nieto, Enrique (2000), *Lenguaje y derecho: las normas jurídicas como sistema de enunciados*, México, UNAM
- Carpintero, Francisco (1999), *Historia del Derecho Natural*, México DF, Universidad Autónoma Nacional del México
- Chávez, U. (1998), "Las competencias en la educación para el trabajo", *Seminario sobre la formación profesional y empleo*, México DF
- Coahuila, Jaime (2005), "Análisis discursivo del derecho". En: *Revista Isonomía*, N° 23, México DF, octubre

## D

- Deleuze, Gilles (1981), *Empirismo y subjetividad*, Barcelona Gedisa
- Deleuze, Gilles (1991), "Posdata sobre las sociedades de control". En: Ferrer, Cristian –comp- (1991), *El lenguaje literario*, T. II, Montevideo, Editorial Nordan. El texto puede ser consultado de forma digital en: [http://www.antroposmoderno.com/antro-articulo.php?id\\_articulo=94](http://www.antroposmoderno.com/antro-articulo.php?id_articulo=94)
- Deleuze, Gilles y Guattari, Felix (1991) *¿Qu'est-ce que la philosophie?* Paris, Minuit, Paris

- Díaz A., Pedro Agustín (1974), *Compilación de Normas sobre la Educación Superior*, Bogotá, Ministerio de Educación, Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, Oficina Jurídica
- Dilthey, Wilhelm (1944), "Orígenes de la hermenéutica". En: *El mundo histórico*, México, FCE
- Dilthey, Wilhelm (1978), *Obras. Vol. VII, El mundo histórico*, México, FCE
- Ducrot, Oswald (1986), *Le dire et le dit*, Paris, Minuit. En español: *El decir y lo dicho*, Barcelona, Paidós, (1998)
- Dueñas Ruiz, Oscar José (2005), *Hermenéutica Jurídica*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2ª Edición, p. 14
- Dworkin, Ronald (1992), *El imperio de la justicia*, Barcelona: GEDISA
- Dworkin, Ronald (2005), *Taking rights seriously*, Cambridge MA, Harvard University Press
- Dworkin, Ronald (2005), *Taking rights seriously*, Cambridge MA, Harvard University Press

## E

- Elias, Norbert (1987), *El proceso de la civilización*, Madrid, FCE
- Ewick, Patricia & Silbey, Susan (1998), *The Common Place of Law: stories from everyday life*. Chicago, IL. The University of Chicago Press

## F

- Ferrajoli, Luigi (2003), "El papel de la función judicial en el estado de derecho", Conferencia impartida en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación Mexicana el 20 de mayo en el Seminario *Estado de derecho y función judicial*, traducción: Daniela Bochicchio
- Feteris, Eveline (2007), *Fundamentos de la argumentación jurídica: revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia
- Fiss, Owen (1999), "El derecho según Yale". En: Böhmer, Martin (comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Barcelona

- Foucault, Michel (1993), *Las palabras y las cosas*, México, Siglo veintiuno, 22ª Ed.
- Frank, Jerome (1930), *Law and the Modern Mind*, New York NY, Brentano's

## G

- Gadamer, Hans Georg (1996), *Verdad y Método*, Salamanca, Sígueme,
- Gaitán Bohórquez, Julio (2002), *Huestes de Estado, la formación universitaria de los juristas en los comienzos del Estado colombiano*, Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario
- García Amado, Juan Antonio (1991), "Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho". En: *Anuario de Filosofía del Derecho* Madrid
- García Amado, Juan Antonio (1999), "Retórica argumentación y derecho". En: revista *Isegoría* N° 21, Madrid
- García Amado, Juan Antonio (2004), "El argumento teleológico: las consecuencias y los principios". En: *Interpretar y argumentar, nuevas perspectivas para el derecho*, Zuluaga Gil, Ricardo (editor y compilador), Medellín, Librería Jurídica Sánchez, Universidad Javeriana Cali
- García Amado, Juan Antonio (2005), "Todo totalitarismo tortura, toda tortura es totalitaria". En: García Amado, Juan Antonio y Paredes Castañón, José Manuel (coords.), *Torturas en el cine*, Valencia, Tirant lo Blanch
- García Restrepo, Luís (2003) "*Elementos de Lógica para el derecho*", Bogotá, Editorial Temis
- Gèny, François (1954), *Méthode d'interprétation et Sources en droit privé positif Essai Critique*, Seconde édition revue et mise au courant, Paris LGTD, 2t, T I
- Grondin, Jean (2008), *¿Qué es la hermenéutica?*, Barcelona, Herder

## H

- Habermas, Jürgen (1987), *Teoría de la Acción Comunicativa, T. II: Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, Taurus
- Habermas, Jürgen (2005), "The Tanner Lectures", En: *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta

- Hart, Herbert L.A. (1995), *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot
- Heidegger, Martin (1923), *Hermenéutica de la facticidad*, Traducción de Manuel Jiménez Redondo, Universidad de Valencia, Curso de doctorado. “El discurso filosófico de la modernidad”, curso 1998-99.
- Heidegger, Martín (1999), *Ontología: hermenéutica de la facticidad*, Madrid, Alianza
- Hoyos Vásquez, Guillermo (1995), “Ética comunicativa y educación para la democracia”. En: *Revista iberoamericana de educación*, N° 7, enero-abril

### K

- Kalinowski, Georges (1979), *El problema de la verdad y la moral en el derecho*, Buenos Aires, EUDEBA
- Kalinowski, Georges (1982), *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot
- Kant, Emmanuel (1961), *Crítica de la razón pura*, Buenos Aires, Losada
- Kant, Emmanuel (2005), *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Ed. Marcial Pons
- Kaufmann, A & Hassemer W. (eds.) *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Debate, Madrid
- Kelsen, Hans (2002), *Teoría Pura del Derecho*, México DF, Universidad Autónoma Nacional de México
- Kennedy, Duncan (1999), *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Siglo del hombre – Universidad de los Andes
- Klug, Ulrich (1990) *Lógica Jurídica*, Bogotá, Temis
- Kristan, Andrej (2008), “Hyperliterature and Law: Unity of text, Diversity of Readings”. En: Gaakeer, Jeanne & Ost, François (eds), *Crossing Borders: law, Language & Literature*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers
- Kuhn, Thomas S. (1992), *La estructura de las revoluciones científicas*, Bogotá, FCE

### L

- Larenz, Karl (1980), *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel
- Linares Quintana, Segundo (1976), *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Buenos Aires, Ed. Plus Ultra
- Llewelyn, Karl (1931), *Some Realism about Realism*, Cambridge, MA, Harvard Law Review XLIV.
- López Medina, Diego E. (2008), *La letra y el espíritu de la Ley*, Bogotá, Temis-Uniandes
- Luhmann, Niklas (1997), *La descripción del futuro, en Observaciones sobre la modernidad*, Barcelona, Paidós
- Lukacs, Georg (1944), *Ensayos sobre Realismo*, Buenos Aires, Ed. Siglo Veinte
- Lynch, John (1984), "Los caudillos de la independencia: enemigos y agentes del Estado-Nación". En: *Problemas de la formación del Estado y de la nación en Hispanoamérica*, Buisson, Inge, et. Al. (comp.), Bonn, Inter Naciones
- Lyotard, Jean-François (1991), *La condición posmoderna*, Buenos Aires, Editorial REI, 2ª edición

## M

- Malem Seña, Jorge (2001), "¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?". En: *Revista DOXA*, 24, Alicante
- Marcuse, Herbert (1993), *El Hombre Unidimensional: Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada*, Barcelona, Planeta-De Agostini
- Mardones, José M. (1998), *El discurso religioso de la modernidad, Habermas y la religión*, Barcelona, Anthropos
- Martínez Neira, Manuel (1998), "¿Una supresión ficticia? Notas sobre la enseñanza del derecho en el reinado de Carlos IV". En: *AHDE*, LXVIII
- Mazzacane, Aldo (1997), "El jurista y la memoria". En: *Pasiones del jurista, amor, memoria, melancolía e imaginación*, Petit, Carlos (ed.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales
- Mejía Quintana, Óscar (2005), *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*, Bogotá, Temis. 2005

- Ministerio de Educación Nacional (2007), *Política pública sobre educación superior por ciclos y competencias, documento de discusión*, agosto 21, p. 8. Documento electrónico consultado el 10 de febrero de 2009 en: [http://www.mineduacion.gov.co/1621/articulos131953\\_archivo\\_doc\\_politica.doc](http://www.mineduacion.gov.co/1621/articulos131953_archivo_doc_politica.doc)
- Mondolfo, Rodolfo (1974), *Tres filósofos del Renacimiento, Bruno, Galileo, Campanella*, Buenos Aires, Losada

## N

- Nietzsche, Friedrich, *Voluntad de poder*, nº 41, Madrid, EDAF.
- Nino, Carlos Santiago (1999), *Algunos modelos metodológicos de la ciencia jurídica*, México, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política
- Nino, Carlos Santiago (2006), *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel

## P

- Pashukanis, Eugeni (1976), *Teoría general del derecho y marxismo*, Barcelona, Labor
- Perelman Chaim & Olbrecht-Tyteca, Lucie (1989), *Tratado de la argumentación, la nueva retórica*, Madrid, Gredos
- Perelman, Chaim (1974), "L'idéal de rationalité et la règle de justice" En: Le champ de l'argumentation, Travaux de la Faculté de Philosophie et Lettres, P.U. Brussels, Bruselas
- Perelman, Chaïm (1979), *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas

## Q

- Quince Ramírez, Víctor Alberto y Quince Ramírez, Manuel Fernando (2005), "Teoría de la argumentación, mundo de la vida y práctica argumental". En: Revista de Estudios Socio-Jurídicos, 7 (1), Bogotá

## R

- Rajchmann, J. (2004), *Deleuze un mapa*, Buenos Aires, Nueva visión

- Rawls, John (2002), "Ideas fundamentales". En: *La justicia como equidad: una reformulación*, Barcelona, Paidós
- Redondo, Cristina (2000), "Lógica y concepciones del derecho". En: *Revista Isonomía*, nº 13, octubre
- Reh binder, Manfred (1981), *Sociología del Derecho*, trad. de Gregorio Robles, Madrid, Pirámide
- Rétat, Pierre et Volpilhac-Auger, Catherine (2008), Vols 3-4. *De l'esprit des loix: manuscrits*, textos recolectados, comentados y analizados por Catherine Volpilhac-Auger, coordinación editorial de Caroline Verdier, Voltaire Foundation
- Ross, Alf (1992), *Tú-Tú*, Buenos Aires, Abeledo Perrot

## S

- Sabine, George (1999), *Historia de la teoría política*, México DF, Fondo de la Cultura Económica
- Salas Zapata, Walter Alfredo (2005), "Formación por competencias en la educación superior, una aproximación conceptual a propósito del caso colombiano". En: *Revista Iberoamericana de educación*, Nº 36/9, septiembre 25, Madrid
- Sánchez, Campos M, "Thomas S. Kuhn". En: Fernández Labastida, F, y Mercado J.A. (editores), *Philosophica: Enciclopedia filosófica on line* (página Web consultada el 20 de Noviembre de 2008) URL: <http://www.philosophica.info/archivo/2007/voces/kuhn/kuhn.html>
- Schleiermacher, Friedrich (1987), *Herméneutique*, Ginebra, Labor & Fides
- Schreiber, Rupert (1967), *Lógica del derecho*, Buenos Aires, SUR

## T

- Tarello, Giovanni (1976), *Historia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino
- Taylor, Charles (1994), *La ética de la autenticidad*, Barcelona, Paidós

## U

- Uribe Vargas, Diego (1985), *Las Constituciones de Colombia*, Instituto de Cooperación Iberoamericana, V. II URL: <http://www.heideggeriana.com.ar/hermeneutica/indice.htm>

## V

- Vanossi, Jorge Reinaldo (2003), "Breves reflexiones sobre forma y estilo en la interpretación judicial de la Constitución histórica", En: Sesión de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, abril 23, texto completo en [http://www.ancmyp.org.ar/user/files/Forma\\_y\\_estilo-Vanossi-2003.pdf](http://www.ancmyp.org.ar/user/files/Forma_y_estilo-Vanossi-2003.pdf)
- Vernengo, Roberto (1996), "El discurso del derecho y el lenguaje normativo". En: Revista Isonomía, N° 4, Abril
- Viehweg, Theodor (1964), *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus
- Von Wright, Georg Henrik (1996), "Is there a Logic of Norms?" en *Six Essays in Philosophical Logic*, Acta Philosophica Fennica. Traducción de Daniel González Lagier, en castellano: "¿Hay una lógica de las normas?", En: Revista DOXA 26 (2003)
- Vovelle, Michel (1984), *Introducción a la historia de la revolución francesa*, Barcelona, Crítica.

## W

- Wendell Holmes, Oliver (1991), *The Common Law*, Cambridge, MA, Harvard University Press
- Wendell Holmes, Oliver (1991), *The Common Law*, New York, Dover
- Wieaker, Franz, *Historia del derecho privado en la edad moderna*, Madrid, Aguilar, p. 59 y ss.
- Wilson, Woodrow (1922), *El gobierno constitucional de los Estados Unidos*, traducción al español de Federico González Garza, México, Cultura
- Wittgenstein, Ludwig (1979), *Cartas a Russell, Keynes, y Moore*, Madrid, Taurus
- Wittgenstein, Ludwig (1988), *Investigaciones filosóficas*, Barcelona, Crítica,
- Wittgenstein, Ludwig (1988), *Investigaciones filosóficas*, México DF, Crítica
- Wittgenstein, Ludwig (1992), *Observaciones a La rama Dorada de Frazer*, Madrid, Tecnos, traducción de Javier Sábada

- Wittgenstein, Ludwig (1998). En: Valdés García, Félix, *El panorama de la filosofía analítica latinoamericana*, La Habana, Ed. Félix Varela