

LA LUCHA POR LA FILOSOFÍA DEL DERECHO (*VIS-À-VIS LA EDUCACIÓN JURÍDICA*): MÉTODOS Y PROBLEMAS

Imer B. FLORES*

Resistir a la injusticia es un deber del individuo para consigo mismo, porque es un precepto de la existencia moral; es un deber para con la sociedad, porque esta resistencia no puede ser coronada con el triunfo, más que cuando es general.

Rudolf von JHERING,
Der Kampf ums Recht (1872)

SUMARIO: I. *Introducción. Desencadenar a Prometeo.* II. *Métodos: Langdell et Holmes.* III. *Problemas: Sócrates re Protágoras.* IV. *Conclusión: hacia una modelo integrado para enseñar-aprender derecho, con especial referencia a la filosofía del derecho.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN: DESENCADENAR A PROMETEO

Liberar a la filosofía del derecho de las cadenas no solamente de la educación jurídica tradicional, la cual tiende a reducirla a una materia meramente *informativa* más a ser memorizada y repetida en el examen final como una variante de la letra de la ley y de la dogmática jurídica, sino además de la profesión jurídica, la cual tiende a relegarla a una función puramente *periférica*, al considerarla insignificante, inútil y sin valía alguna para un operador jurídico, ya sea un abogado practicante, un juzgador, y hasta un legislador, implica la necesidad e importancia tanto de reconocerla como una parte *formativa* del currículo académico-jurídico y reconsiderarla como algo *central* completamente

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM; profesor en la Facultad de Derecho, UNAM; tutor en el Posgrado en Derecho, UNAM; y SNI III y Pride D. El autor agradece a María Fernanda Martínez Chan su apoyo en la preparación de esta versión y a Mariana Treviño Feregrino sus comentarios, y dedica esta versión al maestro, colega y amigo.

significante, útil y valioso.¹ Así, es imperativo enseñar derecho, en general, y filosofía del derecho, en particular, desde una perspectiva tanto teórica como práctica, al privilegiar el pensamiento crítico, dialéctico y dialógico, así como problemático, por encima del especulativo.²

De esta forma, es necesario discutir los métodos adecuados para enseñar filosofía del derecho más allá de la cátedra magistral (*lecture*) y del método de caso (*case method*), como sería el método basado en problemas (*problem based method*), así como algunos otros métodos alternativos, como la enseñanza clínica, entre otros;³ y modificar la forma de enseñar, al pasar de teo-

¹ Flores, Imer, “Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho: enseñar a pensar y a repensar el derecho”, *Cauces. Expresión de los Estudiantes de la Facultad de Derecho UNAM*, México, núms. 5 y 7, 2003, pp. 30 y ss; “Langdell v. Holmes: On Legal Education and the Legal Profession”, *De Legibus. Review of the Harvard Law School Association of Mexico*, Estados Unidos, núm. 3, 2004, pp. 13 y ss.; reproducido en *Mexican Law Review*, núm. 4, 2005; Flores, Imer, “Prometeo (des)encadenado: la enseñanza del derecho y los estudios de posgrado”, *Cultura y Derecho*, México, núms. 14 y 15, 2004, pp. 93; Flores, Imer, “Prometeo (des)encadenado: La enseñanza del derecho en México”, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, núm. 7, 2006, p. 51; Flores, Imer, “Protágoras *vis-à-vis* Sócrates: los métodos de enseñanza-aprendizaje del derecho”, en Serna de la Garza, José María (ed.), *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2005, p. 125.

² Bix, Brian, *Filosofía del derecho: ubicación de los problemas en su contexto*, trad. de Imer B. Flores et al., México, UNAM, 2010, p. 3; “parte del objetivo de escribir este libro era el de contrarrestar una tendencia a partir de la cual se conoce la filosofía del derecho como otro ejercicio más de memorización repetitiva. Suele ser una tentación para los estudiantes de filosofía del derecho... relacionarse con los autores principales de la materia como si fueran autores doctrinarios: es decir, ideas, posturas y argumentos que se deben memorizar para después vaciar toda esta información en un examen final”. *Jurisprudence: Theory and Context*, London, Sweet & Maxwell, 1999; y la traducción corresponde a la 3a. ed., 2003.

³ Sobre los métodos alternativos de enseñanza del derecho, en general, véase Flores, “Protágoras *vis-à-vis* Sócrates...”, cit., nota 1, pp. 137-42, y “Prometeo (des)encadenado...”, cit., nota 1, pp. 98-100 y 120-2 (55-7 y 78-80); y sobre la enseñanza clínica, en particular, véase Witker, Jorge, “La enseñanza clínica como recurso de aprendizaje jurídico”, Argentina, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, año 5, núm. 10, 2007, pp. 181 y ss.

Asimismo, aclaro que en el contexto de la enseñanza-aprendizaje del derecho es posible distinguir el método de casos del basado en problemas a partir de la competencia que cada uno desarrolla o fomenta. El primero se caracteriza por el análisis de una solución o serie de soluciones—principalmente decisiones o resoluciones judiciales—ya dadas sobre una materia para desarrollar la capacidad de inferir a partir de los casos particulares la regla general aplicable a los mismos, así como sus excepciones; en cambio, el segundo por la elaboración de la solución misma a un caso fáctico o hipotético y/o a un problema real o eventual para ejercitarse y hasta fortalecer la habilidad como solucionador de problemas. No obstante, la mayoría de los pedagogos equipara el método basado en el análisis y/o solución de casos con el basado en el análisis y/o solución de problemas (ABP). Véase, por ejemplo, Díaz Barriga, Frida, “El aprendizaje basado en problemas y el método de casos”, *Enseñanza situada. Vinculo entre la escuela y la vida*, México, McGraw-Hill, 2005: “Algunos autores que consultamos equiparan esta

rías *informativas* abstractas y generales para ser aprendidas y memorizadas a problemas *formativos* concretos y particulares para ser argumentados, discutidos y solucionados (disueltos y resueltos). De guisa tal que la lucha por la filosofía del derecho y su enseñanza es análoga a la que adelantó Rudolf von Jhering cuando publicó en 1872 *Der Kampf ums Recht*, y a la que avanzó Herman Kantorowicz cuando publicó —bajo el *nom de plume* de Gnaeus Flavius— en 1906 *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*.⁴

Jhering, a partir de su denuncia de la *Begriff Jurisprudenz*, *i. e.* jurisprudencia conceptual,⁵ cuestionó que el derecho consista en reglas que derivan de conceptos abstractos, y declaró que la vida del derecho ha sido la lucha, una lucha de naciones, del poder estatal, de clases, de individuos. Al cambiar las circunstancias de la vida, la gente demanda cambios en el derecho, pero estos cambios llegan usualmente sólo después de luchas amargas. Aquellos individuos que consideran que han sufrido una injusticia demandan algún tipo de remedio jurídico, y sus demandas, si tienen éxito, propician el establecimiento o reconocimiento de nuevos derechos. En este orden de ideas, su agenda era considerar al derecho —y en consecuencia a la filosofía del derecho— como un medio para alcanzar o propiciar el cambio social.

Por su parte, Kantorowicz a partir de su defensa del *Freirechtsbewegung*, *i. e.* movimiento del derecho libre,⁶ enarbó la causa de liberar a la ciencia del derecho de su presunción dogmática de ser capaz de solucionar cualquier problema presente o futuro, algo que por cierto ninguna otra ciencia presume o puede presumir. En otras palabras, su manifiesto es una doble invitación: de un lado, a dejar atrás tanto el dogmatismo como la presunción de que es posible deducir o inferir todas las respuestas a cuestiones

metodología (análisis basado en casos) con el ABP mismo, mientras que otros la consideran una variante o incluso un enfoque diferente, aunque muy relacionado. Nuestro punto de vista es que comparte los principios y rasgos básicos del modelo de ABP antes expuesto, pero representa una variante particular. Es decir, un caso plantea una situación-problema que se expone al alumno para que éste desarrolle [*sic!*] propuestas conducentes a su análisis o solución, pero se ofrece en un formato de narrativa o historia, que contiene una serie de atributos que muestran su complejidad y multidimensionalidad: los casos pueden tomarse de la «vida real» o bien consistir en casos simulados o realistas”, [http://centros.educacion.navarra.es/caps/infantil/attachments/article/15/El_aprendizaje_basado_en_problemas_y_el_metodo_de_casos\[1\].pdf](http://centros.educacion.navarra.es/caps/infantil/attachments/article/15/El_aprendizaje_basado_en_problemas_y_el_metodo_de_casos[1].pdf)

⁴ Jhering, Rudolf von, *La lucha por el derecho*, trad. de Adolfo Posada y Biseca, México, Porrúa, 1982; Kantorowicz, Hermann, “La lucha por la ciencia del derecho”, trad. de Werner Goldschmidt, en Savigny, Friedrich Karl von *et al.*, *La ciencia del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949, pp. 325 y ss.

⁵ Sobre la jurisprudencia conceptual, por ejemplo, véase Bodenheimer, Edgar, *Jurisprudence. The Philosophy and Method of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1962, pp. 70-74.

⁶ Sobre el movimiento del derecho libre, por ejemplo, véase *ibidem*, p. 109.

complejas de antemano, y, del otro, a ver hacia adelante para que la ciencia del derecho —y en consecuencia la filosofía del derecho— sea un medio para identificar las posibles soluciones a problemas tanto teóricos como prácticos.

En este texto critico la tesis empírica, que sugiere que las habilidades o herramientas jurídicas necesarias para practicar de manera exitosa el derecho no son ni pueden ser aprendidas en las escuelas de derecho, y la comparo con las tesis conceptual, que indica que las tareas o funciones o tareas necesarias para practicar de modo exitoso el derecho presuponen una teoría jurídica —o al menos de una liga— entre teoría y práctica. Por ello, mi tesis dual —empírica, por un lado, y conceptual, por el otro— es que la filosofía del derecho es una parte importante del currículo jurídico y necesario para puentear, más que para profundizar, la brecha existente entre teoría y práctica.

Para enfatizar la importancia y la necesidad de la filosofía del derecho en la educación jurídica, vamos a analizar:

1) La interconexión entre los métodos tanto de la teoría como de la práctica al contrastar dos modelos: uno que acentúa los fines de los académicos o teóricos, y que es caracterizado por Christopher Columbus Langdell, célebre director de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard,⁷ y otro, que enfatiza los de los practicantes o prácticos, y que es ejemplificado por Oliver Wendell Holmes Jr., famoso ministro de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, y quien fuera tanto alumno como profesor de la misma facultad, así como el principal crítico de Langdell.⁸ Cabe aclarar que nada impide que ambos modelos estén integrados en uno solo.

2) La interrelación entre estos dos métodos y sus consiguientes modelos no sólo para distinguir dos tipos de problemas, uno que enfatiza los objetivos de la filosofía del derecho como una ciencia y que equiparamos con Sócrates, y otro como un arte, y que identificamos con Protágoras, sino también, para diseminar lo que consideramos como un “giro problemático”.

Finalmente, en la última sección, en una nota más personal, pretendo valorar los diferentes métodos alternativos en la enseñanza de la filosofía del derecho, al compartir mi modelo integrado de enseñanza del derecho, en general, y de filosofía del derecho, en particular, al combinar las conferencias magistrales con seminarios, lecturas y materiales, incluidos casos y

⁷ Véase, por ejemplo, Langdell, C. C., *Selection of Cases on the Law of Contracts*, 1871, 2a. ed., 1877.

⁸ Véase, por ejemplo, Oliver Wendell Holmes Jr., “Book Notices”, *American Law Review*, vol. 14, 1880, pp. 234 y ss.

problemas, así como ejemplos tomados del movimiento del derecho y la literatura, lo cual me permite integrar métodos y problemas tanto teóricos como prácticos.

Es obvio que no importa qué tan completa una teoría pueda ser, un término medio es requerido entre teoría y práctica, para proveer un vínculo y una transición de uno a otro.

Immanuel KANT, *Übre den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*’ (1793)

II. MÉTODOS: LANGDELL ET HOLMES

Cabe recordar que Felix Frankfurter, ministro de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, así como alumno y profesor de la Facultad de Derecho de Harvard, alguna vez sugirió: “Al final de cuentas, el derecho es lo que los abogados son. Y el derecho y los abogados son lo que las facultades de derecho hacen de ellos”.⁹ Sin embargo, comúnmente se afirma que la educación (superior) está en crisis debido a la brecha creciente entre lo que la teoría ofrece y la práctica demanda. De igual forma, se dice que dicha crisis alcanza a todos los países por igual, desde los que están supuestamente a la vanguardia hasta los que vienen en la retaguardia, a instituciones públicas y privadas, y a las ciencias tanto naturales como sociales. En consecuencia, la educación jurídica en México —como en cualquier lugar— aparentemente está en crisis: las facultades de derecho y los abogados, así como los oficiales u operadores jurídicos tanto teóricos como prácticos, parecen estar divorciados —o al menos como si estuvieran separados o en el proceso de divorciarse—.

Para probar el punto de cómo la oportunidad y la posibilidad, en lugar de la fatalidad y la necesidad, surgen de la crisis, me permito llamar la atención al hecho de que nadie podría haber previsto la sinergia que el juez Harry T. Edwards echó a andar en los Estados Unidos de América cuando a principios de los noventa expresó su profunda preocupación “por la creciente

⁹ Carta de Felix Frankfurter (profesor, Facultad de Derecho de Harvard) al señor Rosenthal (13 de mayo de 1927), citado por Harry T. Edwards, “The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession”, *Michigan Law Review*, Estados Unidos, vol. 91, 1992, p. 34, “In the last analysis, the law is what lawyers are. And the law and the lawyers are what the law schools make them” (La traducción es nuestra.)

te separación entre la educación y la profesión jurídica” en su celeberrimo artículo homónimo y en dos *postscripts* preparados para sendos simposios sobre el mismo.¹⁰

A pesar de las diferencias existentes, en la mayoría de los países el estado de la brecha entre la educación y la profesión jurídica es muy similar. No solamente en términos del divorcio entre teoría y práctica, sino además en lo referente a la falta de una práctica ética —a tal grado que parece que el derecho ya no es una profesión liberal—. Al respecto, por ejemplo, Elena Kagan, ahora ministra de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de América, cuando era directora de la Facultad de Derecho de Harvard, destacó la importancia de atender ambas problemáticas.¹¹

No obstante, es conveniente a modo de aclaración recordar las palabras de James Boyd White:

la línea relevante no es entre ‘teórico’ y ‘práctico’... sino entre trabajos que manifiestan su interés en, y respeto por, lo que los abogados y los jueces hacen, y los que no lo hacen. En pocas palabras, anota: “La oposición entre ‘teórico’ y ‘práctico’ está... equivocada”.¹²

Él está absolutamente en lo correcto cuando apunta que debemos sospechar de quien sea que descarte a la teoría o a la práctica, pues ambas están estrechamente ligadas entre sí: la denigración de una lo es de la otra, y viceversa. En su lugar, debemos insistir en el interés y respeto mutuo por lo que los abogados, legisladores, juzgadores y demás oficiales u operadores jurídicos alcanzan, por un lado, y por lo que los académicos, estudiantes y otros teóricos jurídicos logran, por el otro. Al final de cuentas, claro está que

¹⁰ Edwards, *op. cit.*, nota 9, p. 34; “The Growing Disjunction between Legal Education and the Legal Profession: A Postscript”, *Michigan Law Review*, vol. 91, 1993, pp. 2191 y ss.; y “Another «Postscript» to «The Growing Disjunction between Legal Education and the Legal Profession»”, *Washington Law Review*, vol. 69, 1994, pp. 561 y ss. Véase Flores, “Langdell v. Holmes...”, *op. cit.*, nota 1, pp. 13-20; “Symposium: Legal Education”, *Michigan Law Review*, vol. 91, 1993, pp. 1921 y ss.; MacCrate, Robert, “Symposium: The 21 Century Lawyer: Is There a Gap to Be Narrowed?”, *Washington Law Review*, Estados Unidos, vol. 69, 1994, pp. 505 y ss.

¹¹ Kagan, Elena, “Connecting to Practice”, *Harvard Law Bulletin: “Managing the Profession. The World of Law School and the World of Practice are about to Get Closer”*, Estados Unidos, núm. 2, fall, 2006.

¹² Boyd White, James, “Law Teachers’ Writing”, *Michigan Law Review*, vol. 91, 1993, p. 1970: “the relevant line is not between the ‘theoretical’ and ‘practical’... but between work that manifests interest in, and respect for, what lawyers and judges do, and work that does not”. “The opposition between ‘theoretical’ and ‘practical’ is... misleading” (La traducción es nuestra.)

hay un puente que conecta a los dos lados: al grado que uno puede estar de un lado y luego del otro, así como de regreso, como bien sugiere la metáfora de la “puerta revolvente”.¹³

El problema es que algunas veces parece que el puente está a punto de caerse o la “puerta revolvente” atorada, con lo que el “teórico impráctico” y el “práctico ateórico” quedan incomunicados. Al respecto, es imperativo restablecer la liga entre las facultades de derecho y las arenas, campos o terrenos jurídicos; o, en otras palabras, re-amarrar el nudo entre teoría y práctica entre académicos y practicantes, a tal grado que el “teórico práctico” y el “práctico teórico” volverán a estar reconectados.

Regresamos al tema de la educación jurídica, en donde la teoría y la práctica se funden, pues en cualquier facultad de derecho encontramos en los alumnos a los futuros abogados, juzgadores, legisladores, oficiales u operadores jurídicos, y en los profesores a los pasados —e inclusive presentes— abogados, juzgadores, legisladores, oficiales u operadores jurídicos: “[L]a misión principal de la facultad de derecho, donde la práctica y la enseñanza se encuentran: la educación de los abogados futuros”.¹⁴ Para analizar la enseñanza del derecho en general, y de la filosofía del derecho, en particular, hay al menos tres preguntas interconectadas, que vale la pena preguntar: 1) *¿qué enseñar-aprender?*; 2) *¿cómo enseñar-aprender?*, y 3) *¿por qué o para qué enseñar-aprender?*¹⁵

Damos por hecho que las preguntas *cuándo* y *dónde* enseñar-aprender están decantadas a favor tanto de una educación jurídica permanente y no temporal como de una educación jurídica profesional en facultades de derecho y no en escuelas técnicas, mientras que las preguntas *qué, cómo y por qué o para qué* están en constante movimiento. No obstante, ciertamente la red ha incrementado las posibilidades y el potencial para enseñar derecho, en general, y filosofía del derecho, en particular, a cualquier hora y en cualquier lugar.¹⁶

¹³ La metáfora de la “puerta revolvente” tiene varias aplicaciones, pero por lo general sugiere que no está claro ni preciso cuándo uno está adentro o afuera, o donde algo comienza o termina. En este sentido: cuándo uno es un teórico o un práctico, o dónde comienza o termina la teoría y la práctica.

¹⁴ White, *op. cit.*, nota 12, p. 1970: “[T]he main mission of law school, where practice and teaching really do meet: the education of future lawyers” (La traducción es nuestra.)

¹⁵ En algún otro lugar hemos analizado estas preguntas respecto al derecho en general, y a continuación lo hacemos respecto a la filosofía del derecho. Véase Flores, “Langdell v. Holmes...”, *cit.*, nota 1, pp. 20-39.

¹⁶ Cabe aclarar que en la dicotomía enseñar-aprender, el último elemento —como el definitorio y fuerte— tiene una prioridad léxica: lo importante es aprender sin importar —y muchas veces a pesar de— quién enseña. Al respecto, baste como muestra un botón de

1. ¿Por qué enseñar-aprender?

La pregunta *por qué* enseñar-aprender puede parafrasearse como *para qué* o *con qué* propósito. La respuesta corta y obvia es para entrenar a los teóricos y practicantes jurídicos, desde los profesores e investigadores hasta los abogados, juzgadores, legisladores y demás oficiales u operadores jurídicos para las necesidades de nuestra compleja sociedad global. Sin embargo, en fechas recientes, la profesión jurídica, la cual por definición había sido considerada como una profesión liberal por excelencia, ha tenido que reforzar su compromiso con la sociedad en conjunto al enfatizar las funciones públicas y su papel social: *pro bono*.¹⁷

Como la educación implica recibir información, pero además formación, habilita a los futuros teóricos y practicantes a aplicar su conocimiento de forma analítica y crítica para la solución técnica de los problemas propios de su profesión y disciplina conforme aparezcan en el devenir histórico. Sin embargo, hay dos sendas, cada una de las cuales corresponde a dos roles diferentes: 1) *práctico*, inclinado al cumplimiento de los fines de la profesión jurídica y a la corrección de las premisas y conclusiones jurídicas, y 2) *teórico*, orientado a la realización de los objetivos de la ciencia jurídica y a la valoración de las proposiciones jurídicas (sobre el derecho). Para los efectos de este texto, nos referiremos a Holmes y a Langdell para acentuar las dos clases distintas de métodos jurídicos, al encarnar a la profesión jurídica y a

Winston Churchill, a quien se le atribuye haber dicho: “Siempre estoy dispuesto a aprender, aunque no siempre a que me enseñen”. Véase Flores, “Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho”, *cit.*, nota 1, pp. 31-2; “Protágoras *vis-à-vis* Sócrates…”, *cit.*, nota 1, pp. 128-132.

Aunque en la literatura en materia educativa hay una tendencia a tratar de disociar los procesos de enseñanza de los de aprendizaje, consideramos que si bien es posible distinguir ambos no es deseable disociarlos, sino por el contrario, asociarlos y en consecuencia integrarlos. Véase por ejemplo Zabala Vidiella, Antoni, *La práctica educativa. Cómo enseñar*, Barcelona, Graó, 2000, p. 20: “la concepción que se tenga respecto a la manera de realizar los procesos de aprendizaje constituye el punto de partida para establecer los criterios que han de permitirnos tomar las decisiones en el aula. No obstante, hay que dar siempre por supuesto que estos aprendizajes sólo se dan en situaciones de enseñanza más o menos explícitas o intencionales, en las cuales es imposible disociar, en la práctica, los procesos de aprendizaje de los de enseñanza. Desde esta perspectiva integradora, el conocimiento que proviene de la fuente psicológica sobre los niveles de desarrollo, los estilos cognitivos, los ritmos de aprendizaje, las estrategias de aprendizaje, etc., es clave para precisar las pautas que hay que tener en cuenta al tomar las decisiones didácticas”.

¹⁷ Lasswell, Harold y McDougal, Myres “Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest”, *Yale Law Journal*, Estados Unidos, vol. 52, 1943, pp. 203 y ss.; Ayers *et al.* (eds.), *Teaching for Social Justice. A Democracy and Education Reader*, New York, The New Press and Teachers College Press, 1998.

la ciencia jurídica y ejemplificar al práctico o practicante teórico y al teórico práctico o practicante, respectivamente.¹⁸

En palabras de Karl N. Llewellyn: “Las habilidades técnicas no son *una base* solamente. Son *la base necesaria*”.¹⁹ Sin embargo, como las facultades de derecho son escuelas profesionales y no meramente técnicas, también tienen que enfocarse en el conocimiento teórico. Como hemos anotado, no pueden enfocarse exclusivamente a los fines científicos o teóricos de la ciencia del derecho ni a los objetivos técnicos o prácticos de la profesión jurídica, sino que deben combinar al unísono los fines prácticos y teóricos, intereses generales y particulares, y objetivos científicos y técnicos, entre otras cosas.²⁰ En este sentido, es necesario enseñar-aprender filosofía del derecho como el vínculo que permite la transición entre ambos.

2. *¿Cómo enseñar-aprender?*

El método tradicional para enseñar-aprender derecho, incluidas las materias de filosofía del derecho en México —y en los países que pertenecen a la familia del derecho civil (romano-canónico y germánico)— está fundado básicamente en el método de la cátedra magistral, el cual se caracteriza por la exposición de un tema —o una serie de temas— por el profesor en la clase y la recepción pasiva de la información por parte de los estudiantes. De igual forma, los deberes de los estudiantes están limitados a leer —o más precisamente a seguir— el libro de texto y tomar notas de la exposición (más o menos brillante) del profesor, en tanto que la prerrogativa de éste —misma que debería ser su deber— es contestar las dudas y las preguntas de los alumnos.

¹⁸ En algún otro lugar los hemos identificado con Protágoras —e inclusive con Cicerón— y con Sócrates. Véase Flores, “Protágoras *vis-à-vis* Sócrates...”, *cit. nota 1*, p. 136. Para efectos de este texto, los usaremos para enfatizar dos clases de problemas jurídicos: 1) los teóricos, de un lado, y 2) los prácticos, del otro. Ahora bien, el hecho de que puedan ser utilizados como intercambiables refuerza la estrecha relación no solamente entre los métodos y los problemas, sino además entre teoría y práctica.

¹⁹ N. Llewellyn, Karl, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, Chicago, The University of Chicago Press, 1962, p. 367, “Technical skill is not a foundation only. It is the necessary foundation” (La traducción es nuestra.)

²⁰ Eisenmann, Charles, *Law. The University Teaching of Social Sciences*, París, UNESCO, 1973, pp. 17 y ss. (hay versión en español de la primera parte: “Los objetivos y la naturaleza de la enseñanza del derecho”, en Witker, Jorge (comp.), *Antología de estudios sobre la enseñanza del derecho*, 2a. ed., México, UNAM, 1995, pp. 12 y ss). Véase también Fix-Zamudio, Héctor, “Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho en México y Latinoamérica”, en Witker, *op. cit.*, en esta misma nota, pp. 77 y ss., en especial, el punto “III. El viejo dilema: la enseñanza teórica y la enseñanza práctica”, pp. 80 y 81.

Entre las innumerables críticas al método tradicional, me gustaría destacar que el conocimiento parece pertenecer exclusivamente al profesor, y como resultado el proceso de enseñanza-aprendizaje resulta ser un mero monólogo y no un verdadero diálogo. Aunado a lo anterior, existe la fuerte creencia de que las facultades de derecho se deben limitar a enseñar la teoría y no la práctica, puesto que la experiencia solamente puede ser enseñada en y por la vida “real”. Sin embargo, como hemos argumentado, es imperativo enseñar, como lo sugirió Roscoe Pound, a la sazón director de la Facultad de Derecho de Harvard, el “derecho en los libros” y el “derecho en acción”.²¹

Como abogado del diablo, me permito alegar que a pesar de la escasez de académicos profesionales en México, en especial de “teóricos prácticos o practicantes”, los departamentos, escuelas y facultades de derecho están llenos afortunadamente de practicantes jurídicos, en específico de “prácticos o practicantes teóricos”, los cuales pueden enseñar no solamente el derecho en los libros, sino además el derecho en acción. Sin embargo, el problema es que tienden a enseñar el derecho exclusivamente desde una perspectiva científica o teórica, en lugar de complementarla con un punto de vista práctico.

En este orden de ideas, es necesario enseñar-aprender derecho desde el punto de vista tanto del teórico como del práctico. En la mayoría de los países que forman parte de la familia de derecho civil (romano-canónico y germánico), como México, la primera idea que viene a la mente es complementar y no sustituir el método tradicional de cátedra magistral, al adoptar y adaptar el método de caso para reforzar la naturaleza de solucionadores de problemas de los abogados y demás profesionales del derecho. No obstante, también es necesario evitar enfocarse exclusivamente en la práctica, toda vez que el fantasma del formalismo, *i. e.* la confianza excesiva en el silogismo y en la deducción, así como en la inferencia y en la inducción, puede aparecer o reaparecer con el método de casos si los profesores enseñan a los alumnos a reproducir las respuestas dadas por otros en lugar de crear sus propias respuestas, y en consecuencia sus propias soluciones a los problemas jurídicos.

Vale la pena mencionar que en los Estados Unidos de América, el método de casos es todavía la regla general para enseñar la mayoría de las materias, y la cátedra magistral es la excepción para enseñar algunas materias, entre las cuales podemos mencionar las materias de filosofía y teoría del

²¹ Pound, Roscoe, “Law in Books and Law in Action”, *American Law Review*, vol. 44, 1910, pp. 12 y ss.

derecho. Aunque, el método de casos no es usado normalmente para enseñar éstas, habría que decir que puede ser utilizado para resaltar algunos de sus contenidos. Al respecto, nada impide la búsqueda de un balance entre estos y otros métodos, como en el Reino Unido, donde la cátedra magistral es empleada a la par que el método de casos y los tutoriales.²²

3. ¿Qué enseñar-aprender?

Claro está que no basta con enseñar el derecho que “es”, sino que además debemos enseñar el derecho que “debe ser”. En este sentido, es necesario no descartar ninguna posibilidad, *i. e.* el derecho que “debería ser”, “podría ser” y hasta “puede ser”. En otras palabras, no es posible ni deseable reducir la educación jurídica a la enseñanza-aprendizaje de las reglas del derecho positivo formalmente válido desde una perspectiva meramente descriptiva basada en el formalismo y positivismo jurídico. Por el contrario, debemos enseñar-aprender derecho en su sentido más amplio al analizar sus contenidos de manera crítica, incluidos los puntos de vista prescriptivos, evaluativos y normativos, a la par de las diferentes alternativas, percepciones y construcciones del derecho.²³

La objeción principal se dirige a la confianza excesiva a la lógica analítica, deductiva-inductiva, formal y racional, la cual se enfoca a la aparente mecánica y neutral aplicación del silogismo. En los Estados Unidos de América, Holmes fue el primero en abrir fuego en contra del formalismo, y el blanco de su ataque fue el mismísimo Langdell. Sin embargo, en su famoso ensayo *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, H. L. A. Hart afirmó:²⁴

²² Hall, Jerome, “Teaching Law by Case Method and Lecture” (ponencia presentada en la reunión anual de la Society of Public Teachers of Law, Edinburgh, 15 de julio de 1955). Véase Eisenmann, *op. cit.*, nota 20, pp. 144 y ss.

²³ Flores, Imer B., “La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 90, 1997, pp. 1001 y ss., “El porvenir de la ciencia jurídica. Reflexión sobre la ciencia y el derecho”, *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, 1998, pp. 999 y ss.

²⁴ Hart, “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, trad. de José Juan Moreso y Pablo Eugenio Navarro, en Casanova, Pompeu y Moreso, José Juan (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994, p. 332 (título y publicación original: “American Jurisprudence through English Eyes: the Nightmare and the Noble Dream”, *Georgia Law Review*, vol. 11, núm. 5, 1977, 969 y ss., Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983, pp. 123 y ss.).

Holmes, ciertamente, nunca cayó en estos extremos. A pesar de que proclamaba que los jueces legislan y deben legislar en ciertos puntos, él admitía que una vasta área del derecho legislado y muchas de las doctrinas del *common law* firmemente establecidas, tales como el requerimiento de causa en los contratos, y las pretensiones de la, aun comparativamente amplia, teoría norteamericana del precedente vinculante, estaban suficientemente determinadas como para hacer absurda la visión del juez como, esencialmente, legislador. Así para Holmes, la función creadora de derecho de los jueces era “intersticial”. La teoría de Holmes no era una filosofía de “a toda máquina” y olvidemos los silogismos.

Y, más adelante agregó:²⁵

Tal vez la cita más erróneamente utilizada por cualquier jurista norteamericano sea la observación de Holmes de 1884 (*sic*) de que “La historia del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia”. Esto, en su contexto, era una protesta contra la superstición racionalista (como Holmes la concebía) de que el desarrollo histórico del derecho por los tribunales podía ser explicado como la extracción de las consecuencias lógicamente contenidas en el derecho en sus fases primarias. El cambio judicial y el desarrollo del derecho eran, insistía Holmes, la expresión de “preferencias instintivas y convicciones inarticuladas” de los jueces en respuesta, como él dijo, a las de “necesidades percibidas” de su tiempo.

Aunque Hart trata de minimizar el ataque frontal de Holmes en contra de la “lógica”, o por lo menos en contra del “uso excesivo de la lógica”, todos sabemos que la multicitada frase de Holmes “[L]a vida del derecho no ha sido la lógica, sino la experiencia” se ha convertido en más que un himno.²⁶ Sin embargo, no todos saben que ésta se originó con anterioridad a la publicación de *The Common Law* en 1881, puesto que la misma apareció por primera vez en 1880, en una reseña bibliográfica a la segunda edición de *A Selection of Cases of the Law of Contracts with a Summary of the Topics covered by the Cases* de C.C. Langdell:²⁷

²⁵ *Ibidem*, p. 333.

²⁶ Wendell Holmes, Oliver, *The Common Law*, New York, Dover, 1991, p. 1: “[t]he life of the law has not been logic: it has been experience” (publicación original, Boston, Little, Brown and Co., 1881) (La traducción es nuestra).

²⁷ Holmes, *op. cit.*, nota 8, p. 234, “Mr. Langdell’s ideal in the law, the end of all his striving, is the *elegantia juris*, or *logical* integrity of the system as a system. He is perhaps the greatest living theologian. But as a theologian he is less concerned with his postulates than to show that the conclusions from them hang together... so entirely is he interested in the formal connection of things, or logic, as distinguished from the feelings which make the content

el ideal del derecho de Langdell, el objeto de todo su empeño, es la *elegantia iuris*, o la integridad *lógica* del sistema como un sistema. Él quizás sea el más grande teólogo vivo. Pero como teólogo está menos preocupado por sus postulados que por mostrar como las conclusiones están entrelazadas... así que está completamente interesado en la conexión formal de las cosas, o forma lógica, en contraposición a los sentimientos que dan contenido al derecho, y que en realidad son los que hacen la sustancia del derecho. La vida del derecho no ha sido la lógica sino la experiencia. La semilla de cada nuevo crecimiento dentro de su esfera ha sido una necesidad percibida. La forma de continuidad ha sido mantenida por razonamientos que pretenden reducir cada cosa a una secuencia lógica; pero la forma no es sino el traje de gala que el nuevo-rico se pone para hacerse presentable de acuerdo con los requisitos convencionales. El fenómeno importante es el hombre debajo, no el abrigo; la justicia y razonabilidad de la decisión, y no su consistencia con las posiciones previamente sostenidas.

Al respecto, es pertinente analizar la frase para modular su fuerza. Considero que es un ataque frontal en contra de la lógica tradicional, analítica, deductiva e inductiva, formal y racional, pero ciertamente de ninguna forma pretende abolir su uso o el de la lógica no tradicional, dialéctica, aductiva y sustractiva, informal y razonable. Me permito llamar la atención a las líneas siguientes del libro, en donde Holmes adelanta:

el objeto de este libro es presentar una visión general del *common law*. Para completar la tarea, otras herramientas son necesarias además de la lógica. Una cosa es mostrar que la consistencia del sistema requiere de un resultado particular, pero eso no es todo.²⁸

Y, a las subsecuentes, en donde agrega:²⁹

of logic, and which actually shaped the substance of the law. The life of the law has not been logic: it has been experience. The seed of every new growth within its sphere has been felt necessity. The form of continuity has been kept up by reasonings purporting to reduce every thing to a logical sequence; but that form is nothing but the evening dress which the new-comer puts on to make itself presentable according to conventional requirements. The important phenomenon is the man underneath it, not the coat; the justice and reasonableness of a decision, not its consistency with previously held views" (La traducción es nuestra).

²⁸ Holmes, *op. cit.* nota 26, p. 3: "The object of this book is to present a general view of the Common Law. To accomplish the task, other tools are needed besides logic. It is something to show that the consistency of a system requires a particular result, but it is not all" (La traducción es nuestra.)

²⁹ *Idem*. "The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules

las necesidades percibidas de la época, las teorías morales y políticas prevalecientes, las intuiciones de política pública, declaradas o inconscientes, inclusive los prejuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos han tenido mucho más que ver que el silogismo en determinar la reglas por las cuales los seres humanos deberían ser gobernados. El derecho encarna la historia del desarrollo de una nación durante muchas centurias, y no puede ser tratado como si contuviera solamente los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas. Para saber lo que es, debemos conocer lo que ha sido, y lo que tiende a convertirse.

De hecho, en su célebre “The Path of Law” de 1897, Holmes denunció: “La falacia... consiste en la noción de que la única fuerza operante del desarrollo del derecho es la lógica”.³⁰ Así, aunque reconoce un importante lugar y rol a la lógica tradicional, cínicamente argumenta que no lo es todo:³¹

esta forma de pensar es completamente natural. La preparación de los abogados es preparación en Lógica. Los procesos de analogía, especificación y deducción hacen al ambiente intelectual del jurista. El lenguaje de las sentencias judiciales es, sobre todo, el lenguaje de la Lógica. Y la forma y el método de la Lógica satisfacen esa ansia de certidumbre y de reposo que alberga toda mente humana. Pero generalmente la certidumbre no es más que ilusión, y el reposo no es el destino del hombre. Detrás de la forma lógica yace un juicio acerca del valor y la importancia relativos de fundamentos legislativos contrapuestos, un juicio que permanece generalmente inarticulado e inconsciente, es verdad, pero que no por ello deja de ser raíz y nervio de todo proceso. Podéis dar forma lógica a cualquier conclusión.

Igualmente, en su conferencia magistral “Law in Science and Science in Law”, Holmes declaró:³²

by which men should be governed. The law embodies the story of a nation’s development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become” (La traducción es nuestra).

³⁰ Wendell Holmes, Oliver, *La senda del derecho*, trad. de Carlos A. Garber, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959, p. 25. Título y publicación original: “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, vol. 10, 1897, pp. 457 y ss.; y reproducido en vol. 110, núm. 5, 1997, pp. 991 y ss.

³¹ *Ibidem*, pp. 25 y 26.

³² Wendell Holmes, Oliver, “Law in Science and Science in Law”, *Collected Legal Papers*, London, Constable and Co., 1920, p. 238: “I sometimes tell students that the law schools pursue an inspirational combined with a logical method, that is, the postulates are taken for granted upon authority without inquiry into their worth, and then logic is used as the only tool to develop the results. It is a necessary method for the purpose of teaching dogma. But

algunas veces les digo a los estudiantes que las facultades de derecho emplean un método inspiracional combinado con el lógico, esto es, la validez de los postulados se dada por hecho sin investigar sobre su valía. Es un método necesario para el propósito de enseñar dogmas. Pero en la medida que la justificación real de una regla del derecho, si hay una, es que ayuda a producir un fin social que deseamos, no es menos necesaria que aquéllos quienes crean y desarrollan el derecho deberían tener articulados en sus mentes esos fines.

Ciertamente, como Julius Cohen sugiere, la valoración crítica del desequilibrio entre “lógica” y “experiencia” no “sustenta la visión de que la lógica *no* tiene un lugar en el desarrollo del derecho... El error sería, en consecuencia, ver al derecho *exclusivamente* como un ejercicio en lógica deductiva... Muchas de las contribuciones notables de Holmes al pensamiento jurídico han sido en función de un agudo análisis *lógico* de las doctrinas jurídicas”.³³

De hecho, Holmes también desaprobaba el otro extremo, *i. e.* la falacia de que la única fuerza empleada en el desarrollo del derecho sea la historia o la tradición: “Invariablemente la base de los principios es la tradición, a tal punto que hasta corremos el peligro de hacer el papel de la historia más importante de lo que él es”.³⁴ De tal suerte, recomendó:³⁵

El modo de lograr una visión generosa del tema que nos interesa no es leer otros temas sino ir al fondo del tema mismo. Los medios para hacerlo son, en primer lugar, seguir hasta sus más altas generalizaciones el cuerpo de proposiciones dogmáticas con la ayuda de la Jurisprudencia; luego, descubrir en la Historia cómo ha venido a ser lo que es; y, finalmente, considerar, en tanto sea posible, las finalidades que las diversas normas se proponen alcanzar, las razones por las que se desean esas finalidades, lo que se abandona para obtenerlas, y si ellas valen ese precio.

Esta idea de complementariedad también es explícita en la obra de Roscoe Pound *Law Finding through Experience and Reason*, donde comienza por re-

inasmuch as the real justification of a rule of law, if there be one, is that it helps to bring about a social end which we desire, it is no less necessary that those who make and develop the law should have those ends articulately in their minds” (La traducción es nuestra) (Hay reimpresión: New York, Dover, 2007).

³³ Cohen, Julius, “Justice Brennan’s «Passion»”, Estados Unidos, *Cardozo Law Review*, vol. 10, 1998, p. 193, “support the view that logic has *no* place in the development of the law... The error would, accordingly, be in viewing law *solely* as an exercise in deductive logic... Much of Holmes’s notable contributions to legal thought have been a function of keen *logical* analysis of legal doctrines” (La traducción es nuestra).

³⁴ Holmes, *op. cit.*, nota 30, p. 34.

³⁵ *Ibidem*, p. 39.

cordar que más de tres siglos antes, a comienzos del siglo XVII, sir Edward Coke, en su célebre polémica con el rey Jacobo I y su abogado general Sir Francis Bacon, argumentó.

“la razón es la vida del derecho; no es el *common law* nada sino razón” y concluyó que el derecho es una razón artificial... una perfección artificial de la razón, adquirida por largo estudio, observación y experiencia, y no de la razón natural de nadie en particular; pues *nemo nascitur artifex*.³⁶

En el *Centennial History of the Harvard Law School*, en una sección probablemente escrita por el propio Pound, se dice:³⁷

sin embargo, se ha vuelto evidente en los años recientes... que los alcances de la educación jurídica debe extenderse más allá de los libros impresos, ciertamente más allá de los libros jurídicos. Toda vez que el derecho no es un compartimento estanco del conocimiento sino un sistema de reglas que regulan la vida humana, la verdad de esas reglas debe ser puesta a prueba por muchos hechos fuera de los procedimientos pasados de las cortes y de las legislaturas.

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

Immanuel KANT, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf* (1795)

³⁶ Edward Coke, citado por Roscoe Pound, *Law Finding through Experience and Reason*, Athens, University of Georgia Press, 1960, p. 45: “Reason is the life of the law, nay the common law itself is nothing else but reason... law is an artificial reason... an artificial perfection of reason, gotten by long study, observation, and experience, and not of everyone’s natural reason; for *nemo nascitur artifex*” (La traducción es nuestra). Flores, Imer B., “The Quest for Legisprudence: Constitutionalism v. Legalism”, en Wintgens, Luc J. (ed.), *The Theory and Practice of Legislation: Essays on Legisprudence*, Aldershot, Ashgate, 2005, pp. 43-49.

³⁷ Roscoe Pound, citado por Griswold, Erwin N., “Intellect and Spirit”, *Harvard Law Review*, vol. 81, 1967, p. 295: “It has, however, become evident in recent years... that the scope of legal study must extend beyond printed books, certainly beyond law books. Since law is not a water-tight compartment of knowledge but a system of rules for the regulation of human life, the truth of those rules must be tested by many facts outside the past proceedings of courts and legislatures” (La traducción es nuestra).

III. PROBLEMAS: SÓCRATES *RE* PROTÁGORAS

En contraste con el enfoque tradicional criticado tanto por Jhering como por Kantorowicz, porque tiende a privilegiar el conocimiento *sistemático*, así como la creación y construcción de un sistema del cual se pueden derivar o inferir todas las respuestas, inclusive para las preguntas más complejas, ya sean teóricas o prácticas, se debe contraponer uno *problemático*. En pocas palabras, es contraintutivo centrarse en un sistema general y abstracto para resolver un problema particular y concreto —o un conjunto de problemas particulares y concretos— en lugar de enfocarse en el problema o en el conjunto de problemas en específico. Vale la pena destacar que el giro problemático puede remontarse a 1911 —tanto en la filosofía, en general, como en la filosofía jurídica, en particular— cuando Paul Nartop publicó su *Philosophie. Ihr Problem und ihre Probleme* (1911) previo a su póstumo *Philosophische Systematik* (1958), y Hans Kelsen presentó su *Habilitationsschrift* titulado *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1911).³⁸

³⁸ El giro problemático incluye a Nicolai Hartmann con sus *Zum Problem der Realitätsgegebenheit* (1931), *Das Problem des Geistigen seins. Untersuchungen zur grunlegung der Geschichtsphilosophie und der Geisteswissenschaften* (1933), *Das Problem des Apriorismus in der Platonischen Philosophie* (1935), y *Aristoteles und das Problem des Begriffs* (1939), todos anteriores a su *Systematische Philosophie* (1942), y a Philipp Heck con sus *Das Problem der Rechtsgewinnung* (1912), así como a Kelsen mismo, no solamente en sus *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Volkerrechts. Beitrag Zueiner Reinen Rechtslehre* (1920), y *Das Problem des Parlamentarismus* (1925), sino también en la primera edición de su *Reine Rechtslehre* bajo el subtítulo de *Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934), e inclusivo en su segunda edición bajo el subtítulo de *Mit einem anhang: Das Problem der Gerechtigkeit* (1960), y a Erik Wolf en su *Das Problem der Naturrechtslehre* (1955).

En América Latina, los pioneros del enfoque son Carlos Cossío, en Argentina, y Eduardo García Maynez, en México, así como Juan Llambías de Azevedo, en Uruguay, Luis E. Nieto Arteta, en Colombia, y Luis Recasens Siches, también en México. De un lado, Cossío publicó *La reforma universitaria o el problema de la nueva generación* (1927), *La coordinación de las normas jurídicas y el problema de la causa en el derecho* (1948), su intercambio con Kelsen como *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho. Teoría egológica y teoría pura* (1952), y en una clara alusión al clásico de Nartop *La teoría egológica del derecho: su problema y sus problemas* (1963). Del otro, García Maynez, quien sigue a su maestro Hartmann, publicó “El problema del fundamento filosófico-jurídico de la validez del derecho” (1933), “El problema de la libertad moral en la ética de Hartmann” (1943), “El problema de la definición del derecho” (1954), “Algunas consideraciones sobre el problema de las antinomias en el campo jurídico” (1963), y *El problema de la objetividad de los valores* (1969). Véase Flores, Imer B., *Eduardo García Maynez (1908-1993). Vida y obra*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007, p. 23 en la nota a pie de página 46: “Es más, muy probablemente [Eduardo García Maynez] se consideraría a sí mismo —a partir de los argumentos de sus maestros Caso y Hartmann— más como un pensador problemático que como un filósofo sistemático”.

La lista de filósofos del derecho que enfatizan problemas en lugar de sistemas —o por lo menos antes de completarlos y/o ponerlos a prueba— incluye a Chaïm Perelman, quien publicó su “Le probleme du bon choix” (1948) antes de concluir con Lucie Olbrechts-Tyteca una década después de *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique* (1958), y en su propia colección de artículos en inglés que fueron precisamente publicados como *The Idea of Justice and the Problem of Argument* con una “Introducción” del mismo Hart.³⁹ Más aún, en el proceso de probar sus sistemas, autores como Joseph Raz tuvieron que subrayar problemas concretos como la naturaleza del derecho y su normatividad: “El problema de la normatividad del derecho es el problema de explicar el uso del lenguaje normativo para describir el derecho o las situaciones jurídicas”.⁴⁰

Aunque sólo algunos autores contemporáneos como Bix,⁴¹ Anthony T. Kronman⁴² y Brian Leiter⁴³ explícitamente abordan problemas, la gran mayoría los han atajado por lo menos implícitamente en consecuencia del tan sonado debate Hart-Dworkin. De hecho, el *The Concept of Law* de Hart es un arquetipo del giro problemático. En el “prefacio a la edición inglesa” de su texto, Hart advierte:

el jurista verá en este libro un ensayo de teoría jurídica analítica (*analytical jurisprudence*), porque se ocupa de la clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico, y no de la crítica del derecho o política jurídica. Ade-

³⁹ Perelman, Chaïm, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963.

⁴⁰ Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1990, p. 170: “The problem of the normativity of law is the problem of explaining the use of normative language in describing the law or legal situations” (La traducción es nuestra.) Véase Raz, Joseph, “El problema de la naturaleza del derecho”, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, *Isonomía*, México, núm. 3, pp. 131 y ss. (título y publicación original: “The Problem about the Nature of Law”, *Contemporary Philosophy: A New Survey*, vol. 3, 1983, pp. 107 y ss.; y reproducido en *University of Western Ontario Law Review*, vol. 21, 1983, pp. 203 y ss.; así como en *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 195 y ss.).

⁴¹ H. Bix, Brian, “Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy?”, *Ratio Juris*, vol. 16, 2003, pp. 281 y ss.; y “Un problema: el análisis conceptual”, trad. de Hernán G. Bouvier, *Discusiones: Razones y Normas*, núm. 5, 2005, pp. 197 y ss. Véase Ellman, Ira M. et al. *Family Law: Cases, Text, Problems*, 4a. ed., Lexis-Nexis, 2004.

⁴² Kronman, Anthony, “The Problem of Judicial Discretion”, *Journal of Legal Education*, vol. 36, 1986, pp. 481 y ss.

⁴³ Leiter, Brian, “Beyond the Hart/Dworkin Debate: the Methodology Problem in Jurisprudence”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 48, 2003, pp. 17 y ss. (Reproducido con algunos cambios en: *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2007.)

más, en muchos puntos he planteado problemas que bien puede decirse que versan sobre el significado de términos.⁴⁴

Un poco más adelante, avanza que va a distinguir y, en consecuencia, a analizar tres preguntas persistentes o problemas recurrentes —“¿En qué se diferencia el derecho de las órdenes respaldadas por amenazas, qué relación tiene con ellas? ¿en qué se diferencia la obligación jurídica de la obligación moral, y qué relación tiene con ella? ¿Qué son las reglas, y en qué medida el derecho es una cuestión de reglas?”— con la idea de demostrar “después por qué ellos se presentan juntos bajo la forma de la exigencia de una *definición* del derecho o de una respuesta a la pregunta «¿qué es derecho?», o a preguntas estructuradas más oscuramente, tales como «cuál es la naturaleza (o la esencia) del derecho?».”⁴⁵

Lo que es más, la mejor representación esquemática contemporánea de los problemas de la filosofía jurídica disponible es la que presenta el mismo Hart en su “Problems of the Philosophy of Law”, el cual fue publicado originalmente en 1967 como parte de la *Encyclopedia of Philosophy* de Paul Edward, y que fue incluido en 1983 en su colección titulada *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, también conocida como *el libro marrón*.⁴⁶ La versión original fue dividida en dos secciones: la primera, correspondiente a los *Problemas de definición y análisis*, y la segunda, a los *Problemas de la crítica del derecho*, mientras que la versión revisada añade un tercer grupo entre los dos originales: *Problemas del razonamiento jurídico*. De acuerdo con la última:

1) Los “problemas de definición y análisis” abarcan los problemas de la definición de derecho; de la estructura del derecho, así como de la relación entre derecho, coerción y moral; y del análisis, principalmente análisis conceptual.

⁴⁴ Hart, *El concepto del derecho*, trad. de Genaro R. Carrión, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. XI (título y publicación original: *The Concept of Law*, Oxford, University Press, 1961; y hay 2a. ed., con “Postscript”, 1994) (Hay versión en español: Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto del derecho*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2000).

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 16 y 17. Véase Dworkin, Ronald, *¿Es el derecho un sistema de reglas?*, trad. de Javier Esquivel y Juan Rebollo G., México, UNAM, 1977 (título y publicación original: “The Model of Rules”, *University of Chicago Law Review*, vol. 35, 1967, pp. 14 y ss.) (Reproducido como “Is Law a System of Rules?”, en Summers, Robert S. (ed.), *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Basil Blackwell, 1968, pp. 25 y ss.; y como “The Model of Rules I”, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press y London, Duckworth, 1977, pp. 14 y ss.) (Hay 2a. ed., con “Appendix: Reply to Critics”, 1978). (Hay versión en español: *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984.)

⁴⁶ Hart, “Problems of the Philosophy of Law”, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., nota 24, pp. 88-119.

2) Los “problemas del razonamiento jurídico” comprenden los problemas de rigidez y flexibilidad; de la creación —legislación y aplicación— adjudicación; de la certeza y predictibilidad; de la elección y discreción tanto sobre hechos como normas; de *la* única respuesta/decisión correcta; y de la legislación judicial (intersticial).

3) Los “problemas de la crítica del derecho” incluyen los problemas de la evaluación de los fines y propósitos del derecho; problemas relativos al derecho sustantivo (a su contenido) y al “derecho procesal” (sus principios); problemas relacionados con la justicia y otros valores, tales como igualdad, libertad y utilidad, y problemas derivados de la obligación de obedecer la ley.

Para hacer hincapié en el hecho de que el giro problemático combina un enfoque teórico con uno más práctico, me permito destacar, por ejemplo, que los problemas de rigidez y flexibilidad son problemas no solamente de la filosofía del derecho, sino también de la filosofía del derecho aplicada. En palabras del propio Hart:⁴⁷

de hecho todos los sistemas, de maneras diferentes, concilian dos necesidades sociales: por un lado, la necesidad de ciertas reglas que en relación con grandes áreas de conducta, pueden ser aplicadas con seguridad por los particulares a sí mismos, sin nueva guía oficial o sin necesidad de sopesar cuestiones sociales, y, por otro lado, la necesidad de dejar abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presentan en un caso concreto. Puede ocurrir que en algunos sistemas jurídicos, en ciertos períodos, se sacrifique demasiado en aras de la certeza, y que la interpretación judicial de las leyes y de los precedentes sea demasiado formal y no se haga cargo de semejanzas y diferencias entre los casos, que sólo son visibles cuando éstos se examinan a la luz de objetivos sociales. En otros sistemas, o en otros períodos, puede parecer que los tribunales tratan demasiadas cosas en los precedentes como perpetuamente abiertas o revisibles, y que respetan muy poco límites tales como los que establece el lenguaje de la ley, no obstante su textura abierta. En esta materia la teoría jurídica tiene una curiosa historia; porque es propensa a ignorar o a exagerar el carácter indeterminado de las reglas jurídicas. Para sustraernos a esta oscilación entre extremos es menester recordar que la incapacidad humana para anticipar el futuro, que está en la base de esta indeterminación, varía en grados según los diferentes campos de conducta, y que los sistemas jurídicos proveen a esta incapacidad mediante una correspondiente variedad de técnicas.

⁴⁷ Hart, *op. cit.*, nota 44, pp. 162 y 163.

La interrelación entre ambas necesidades y sus métodos o técnicas correspondientes fue visualizada cuatro décadas antes por el entonces ministro Benjamin N. Cardozo en *The Growth of the Law*, secuela de su *The Nature of the Judicial Process*:

el derecho de nuestra época encara una doble necesidad. La primera es la necesidad de alguna reafirmación que traiga certeza y orden a partir del caos del precedente. Esta es la tarea de la ciencia jurídica. La segunda es la necesidad de una filosofía que medie entre las pretensiones contradictorias de estabilidad y progreso, y que proporcione un principio de crecimiento.⁴⁸

Aunque la filosofía del derecho y la lógica de *certeza* puedan ser suficientes para la primera necesidad como algo meramente teórico, como una necesidad más práctica, la segunda requiere filosofía jurídica aplicada y la lógica de *probabilidad*. En palabras de Cardozo:⁴⁹

Si preguntas qué grado de seguridad debe ponerse a un principio, a una regla o a un estándar que todavía no está encarnado en un juicio antes de que el nombre del derecho pueda propiamente atribuirsele, solamente puedo descansar en un pensamiento que tendré en alguna ocasión que desarrollar a fondo, el pensamiento de que el derecho, como cualquiera de las ramas de las ciencias sociales, debe satisfacer la prueba de la validez de sus conclusiones por la lógica de las probabilidades que por la lógica de la certeza.

⁴⁸ Cardozo, Benjamin, *The Growth of the Law*, New Haven, Yale University Press, 1924, p. 1: “The law of our day faces a twofold need. The first is the need of some restatement that will bring certainty and order out of the wilderness of precedent. This is the task of legal science. The second is the need of a philosophy that will mediate between the conflicting claims of stability and progress, and supply a principle of growth” (La traducción es nuestra.) Cardozo, Benjamin, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1921 (Hay versión en español: *La función judicial*, trad. de Victoria Cisneros y Leonel Péreznieta Castro, Atizapán de Zaragoza, Péreznieta, 1996).

⁴⁹ Cardozo, *The Growth of the Law*, cit. nota 48, p. 33: “If you ask what degree of assurance must attach to a principle or a rule or a standard not yet embodied in a judgment before the name of law may be properly be affixed to it, I can only fall back upon a thought which I shall have occasion to develop farther, the thought that law, like other branches of social science, must be satisfied to test the validity of its conclusions by the logic of probabilities rather than the logic of certainty” (La traducción es nuestra.) Véase Holmes, *op. cit.*, nota 29, p. 30: “Para el estudio racional del derecho el buscador de antigüedades puede ser el hombre del presente, pero el hombre del futuro es el perito en estadística, y el experto en economía”.

La ciencia del derecho debe apartar las partes marchitadas de la ley, y tiene que hacer madurar las partes florecientes.

Hermann KANTOROWICZ, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906).

IV. CONCLUSIÓN: HACIA UNA MODELO INTEGRADO PARA ENSEÑAR-APRENDER DERECHO, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Hasta ahora nuestra pretensión ha sido que no es meramente posible, pero necesario, integrar 1) el conocimiento teórico y el conocimiento práctico; 2) el método tradicional —ya sean cátedras magistrales o el método de caso— y métodos no, tradicionales, como el método de problemas, y 3) el formalismo y positivismo jurídico con otros enfoques alternativos en un modelo para la educación jurídica, en general, y para enseñar-aprender filosofía jurídica, en particular.

Por último, para cerrar la brecha entre la educación jurídica y la profesión jurídica es necesario reconstruir el puente o arreglar la puerta revolvente para establecer una mejor compenetración entre el teórico práctico y el practicante teórico al combinar el conocimiento teórico con el práctico, métodos tradicionales —ya sean cátedras magistrales o el método de caso— con métodos no tradicionales, y el formalismo y positivismo jurídicos con otros enfoques, para abarcar la mayoría de los problemas jurídicos que tanto los practicantes como los teóricos enfrentan.

Consecuentemente, al seguir “algo como” este camino e inspirado por el libro de Lon L. Fuller *The Problems of Jurisprudence*,⁵⁰ he enseñado —o por lo menos he tratado de enseñar— en la UNAM y en diversas instituciones varios cursos sobre filosofía y teoría del derecho, desde filosofía del derecho, introducción al estudio del derecho, y teoría del derecho, hasta teoría de la argumentación jurídica y teoría de la legislación, por más de quince años tanto a estudiantes de pregrado como de posgrado, incluidos juzgadores y legisladores, así como otros funcionarios judiciales y legislativos, oficiales u operadores jurídicos y, por supuesto, practicantes, con una orientación tanto teórica como práctica para la solución de problemas jurídicos, y espero consolidar este enfoque más firmemente en el futuro.⁵¹

⁵⁰ Fuller, Lon, *The Problems of Jurisprudence*, Brooklyn, The Foundation Press, 1949.

⁵¹ Ciertamente, la teoría de la argumentación jurídica y la teoría de la legislación pueden ser enseñadas con un enfoque más práctico en comparación con la filosofía del derecho, la

Así mismo, al apartarme de la tendencia a usar un libro de texto único fomentado por el enfoque sistemático y al suscribir la filosofía pedagógica antilibro de texto anunciada por Hart e impulsado por el enfoque problemático, requiero lecturas (obligadas) y reportes de lecturas (obligatorios) a fin de promover la valoración del material en cuestión y la evaluación de su contenido, el cual tiende a privilegiar problemas específicos. En términos del propio Hart:⁵²

Pero también he tenido en mira un propósito pedagógico: confío en que esta estructura pueda desalentar la creencia de que un libro de teoría general del derecho es, por sobre todo, una obra en la que uno informa sobre el contenido de otros libros. Mientras esta creencia persista entre los autores, poco progresará nuestra disciplina, y mientras persista entre los lectores, el valor educativo de aquélla seguirá siendo muy escaso.

De igual forma, promuevo la discusión abierta de casos fácticos e hipotéticos, los cuales considero estimulantes, ya que ayudan a hacer que las personas piensen y se replanteen los puntos; sobre todo cuando han sido asignados un cierto rol —inclusive uno opuesto a su intuición inicial—. En el pasado, he recurrido ampliamente a “el caso de los exploradores de cavernas”⁵³ de Fuller y a “el caso de Ida White (o del legado desvanecido)” de Recaséns Siches,⁵⁴ con el propósito no sólo de demostrar cómo la interpretación que uno tiene de la ley aplicable al caso en concreto está relacionada (limitada y restrictivamente) con la percepción que uno tiene sobre el derecho, sino también de enseñar-aprender las partes sustantivas del derecho, tales como el derecho penal y el derecho civil, respectivamente.

introducción al estudio del derecho, y la teoría del derecho. Sin embargo, como cualquier profesor podría estar tentado a enseñarlas de la misma forma, he resistido —o al menos tratado de resistir— la tentación de enseñar las primeras con un enfoque exclusivamente teórico, y en consecuencia he llegado a la convicción de que es posible enseñar unas y otras con un enfoque integrado que sea tanto teórico como práctico. Véase Gottlieb, Stephen, E. et al. *Jurisprudence. Cases and Materials: An Introduction to the Philosophy of Law and Its Applications*, 2a. ed., Lexis-Nexis, 2006.

⁵² Hart, *op. cit.*, nota 44, p. XII.

⁵³ Fuller, Lon, *El caso de los exploradores de cavernas*, trad. de Genaro R. Carrión y Leopoldo J. Nilus, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976 (Hay 2a. ed., 2002) (Título y publicación original: “The Case of the Speluncean Explorers”, *Harvard Law Review*, vol. 62, 1949, pp.; y reproducido en vol. 112, 1999, pp. 1858 y ss.).

⁵⁴ Recaséns Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1956, pp. 256 y ss.; y *Tratado general de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1959, pp. 647 y ss. Véase Gross, Fred L., “The Vanished Legacy”, en Gross, Fred L., *What is the Verdict?*, New York, MacMillan, 1944, pp. 115 y ss.

Asimismo, trato de terminar cada sección —o por lo menos una, alguna o todas— con un seminario, en el que espero que los estudiantes realicen un poco más de crítica e investigación sobre un tema que usualmente es planteado como un problema o una serie de problemas. De una forma aún teórica, en mi curso de filosofía del derecho, por ejemplo, suelo enfatizar el problema de la naturaleza epistemológica y científica de la llamada “ciencia del derecho” o “jurisprudencia”; el problema de las diferentes metodologías y teorías del derecho; el problema de la definición del derecho; el problema del análisis y crítica de los distintos conceptos jurídicos; el problema de la relación entre derecho y moral; el problema de los alcances y límites de la legislación y de la adjudicación; y otros problemas específicos, mismos que dependen de un tópico que sea de interés en ese momento, tales como el aborto, la pena de muerte, la reforma electoral, la eutanasia, la libertad de expresión, la pornografía, los matrimonios o uniones entre personas del mismo sexo, entre otros.

Además, con respecto a los materiales y lecturas utilizados para abordar estos y otros problemas, presento casos (y sentencias) que han sido o serán decididas no sólo por la Suprema Corte de Justicia de México, sino por otras cortes supremas y constitucionales de otros países, así como por cortes y tribunales internacionales y regionales, como los de derechos humanos. Con esto, espero que los estudiantes aprendan los entresijos o recovecos del razonamiento jurídico, por estar inmersos en los casos, y tomen conciencia de su propia percepción del derecho.

A partir del ejemplo de Jhering en *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (1884)⁵⁵ también dejo lecturas —y otros materiales— tanto en broma como en serio. Estos incluyen manuscritos de los filósofos y teóricos del derecho, de la moral y de la política, y transcripciones de debates y discusiones entre los funcionarios judiciales, los oficiales u operadores jurídicos y practicantes o profesionales del derecho, así como pasajes de los clásicos, historiadores,

⁵⁵ Jhering, Rudolf, *Jurisprudencia en broma y en serio*, trad. de Román Riaza, Revista de Derecho Privado, 1933. Véase Cohen, Félix, *El método funcional en el derecho*, trad. de Genaro R. Carrión, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962 (Título y publicación original: “Trascendental Nonsense and the Functional Approach”, *Columbia Law Review*, vol. 35, 1935, pp. 809 y ss.); Hart, “El cielo de los conceptos jurídicos de Ihering y la jurisprudencia analítica moderna”, trad. de José Juan Moreso, en Casanova y Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, cit., nota 24, pp. 109 y ss. (Título y publicación original: “Jhering’s Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence”, en Wieacker, Franz y Wollschläger, Christian (eds.), *Jherings Erbe. Göttinger Symposium zur 150 Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Ihering*, Berlin, Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, 1970, y reproducido en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., nota 24, pp. 265 y ss.).

autores literarios y críticos, e incluso películas, para ilustrar un determinado problema o conjunto de problemas.

De esta forma, he encontrado que el humor es una forma eficaz de tratar asuntos complejos y situaciones difíciles. Por ejemplo: al seguir a Niceto Alcalá Zamora y Torres y Niceto Alcalá Zamora y Castillo, padre e hijo, quienes han analizado la era de oro de la literatura española y su relación en gran medida con la ley y con el celeberrimo *Don Quijote de la Mancha* de Miguel de Cervantes, he esbozado ejemplos relacionados principalmente con los principios de justicia y equidad, así como el derecho procesal.⁵⁶ Del mismo modo, he encontrado muy buenas ejemplificaciones de diversos problemas jurídicos en las obras de William Shakespeare, incluidas sus comedias, historias y tragedias, tales como *Coriolanus* (1608); *King Henry V* (1597-1599); *King Lear* (1605-1606); *King Richard II* (1595-1597); *King Richard III* (1594-1597); *Macbeth* (1606) y, *The Merchant of Venice* (1596-1597), entre otros.⁵⁷

Respecto al deber/obligación de obedecer la ley y la (des)obediencia a la ley/leyes, he contrastado la *Antígona* de Sófocles y los diálogos de Platón sobre la *Apología de Sócrates* y/o el *Critón, o el deber*.⁵⁸ Sobre la relación entre el lenguaje y el derecho, he usado el *Tú-Tú* de Alf Ross,⁵⁹ y sobre la textura abierta del lenguaje y en cierta medida —la (in)determinación de la ley/leyes y su relación con los propósitos— los ejemplos de “No (se permiten) vehículos en el parque” de Hart (incluida la réplica de Fuller)⁶⁰ y “No (se permiten) perros en la estación del subterráneo/tren” de Gustav Radbruch

⁵⁶ Flores, Imer, “Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1906-1985). Estampas del derecho en broma y en serio”, en Serrano Migallón, Fernando (ed.), *Los maestros del exilio español en la Facultad de Derecho*, México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 1 y ss.; y Flores, Imer, “Derecho y literatura: Finas estampas procesales en la obra de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo”, en Storme, Marcel y Gómez Lara, Cipriano (eds.), *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, vol. I: *Obtención de información y de asunción probatoria, procesos sumarios y familiares*, México, UNAM, 2005, pp. 3 y ss. Véase Cervantes, Miguel de, *Don Quijote de la Mancha*, México, Real Academia Española, 2004 (La primera parte fue publicada originalmente en 1605, y la segunda en 1615.)

⁵⁷ Shakespeare, William, *The Complete Works of William Shakespeare*, Nueva York, Avenel Books, 1975.

⁵⁸ Sófocles, “Antígona”, en *Ajax, Antígona y Edipo rey*, trad. de Carlos Miralles Solá, Navarra, Salvat, 1970, pp. 73 y ss.; y Platón, “La apología de Sócrates” y “El Critón o el deber”, *Diálogos*, México, Porrúa, 1962, pp 1 y ss., y 21 y ss.

⁵⁹ Ross, Alf., “Tú-Tú”, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976 (Publicación original en danés: Borum, O. A. y Illum, Knud (eds.), *Festskrift til Henry Ussing*, Copenhagen, Arnold Busck, 1951, pp. 468 y ss.; y hay versión en inglés en *Harvard Law Review*, vol. 70, 1957, pp. 812 y ss.)

⁶⁰ Hart, “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 1 y ss. (Título y publicación original: “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, pp. 593 y ss.); Fuller, Lon L., “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor

(vía Recaséns Siches).⁶¹ Sobre el papel de los principios (incluso los morales) en el razonamiento jurídico, he usado los casos citados por Dworkin en su crítica del modelo de reglas de Hart, tales como *Riggs v. Palmer* y *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*, así como su imaginario, pero todavía basado en la realidad, y mucho más reciente “El caso de la señora Sorensen”.⁶²

En la argumentación, no de normas, sino de hechos con respecto a la evidencia y a la prueba, he utilizado, por un lado, la decisión del rey Salomón de partir al bebé en dos:⁶³

En ese tiempo llegaron hasta el rey dos prostitutas y una de ellas presentó así su queja: “Yo y esta mujer vivíamos en una misma casa y he tenido un hijo estando ella conmigo. A los tres días de mi parto, también esta mujer tuvo un hijo. No había ningún extraño en casa, salvo nosotras dos. El hijo de esta mujer murió ahogado durante la noche, porque ella se había acostado sobre él. Entonces se levantó ella durante la noche y tomó a mi hijo de mi lado, mientras yo dormía, y lo acostó con ella, y a su hijo muerto lo puso conmigo. Cuando me levanté para dar de mamar a mi hijo, lo hallé muerto; pero fijándome en él por la mañana, vi que éste no era el mío.”

La otra mujer dijo: “Mi hijo es el vivo, el tuyo el muerto.” Pero la primera replicó: “Mientes, el mío es el vivo”, de manera que discutían en presencia del rey.

Dijo el rey: “La primera dice: el mío es el que vive, el tuyo el muerto. Y la otra dice: no, el tuyo es el que ha muerto.” Y añadió: “Tráiganme una espada.” Cuando se la pusieron delante, dijo: “Partan en dos al niño vivo y denle la mitad a cada una.”

La verdadera madre del niño, conmovida por la suerte que iba a correr su hijo, dijo al rey “Por favor mi señor, que le den a ella el niño vivo y que no lo partan.” Pero la otra dijo: “No será ni para ti ni para mí, que lo partan.”

Sentenció el rey: “Para la primera el niño, y no lo maten, pues ella es su madre.”

Y, por otro lado, la resolución de Sancho Panza:⁶⁴

[E]ntró en el juzgado una mujer asida fuertemente de un hombre vestido de ganadero rico, la cual venía dando grandes voces, diciendo:

—Justicia, señor gobernador, justicia, y si no la hallo en la tierra, la iré a buscar al cielo! Señor gobernador de mi ánima, este mal hombre me ha

Hart”, *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, pp. 630 y ss. Véase Hart, “Formalismo y escepticismo ante las reglas”, *cit.*, nota 44, pp. 155-191.

⁶¹ Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, *cit.*, nota 54, pp. 645-647.

⁶² Dworkin, *¿Es el derecho un sistema de reglas?*, *cit.*, nota 45, y *Justice in Robes*, Cambridge, Harvard University Press, 2006, pp. 7-9.

⁶³ Reyes, 1, 3: 16-28, *La Biblia*, Madrid, Ediciones Paulinas, 1989, pp. 369 y 370.

⁶⁴ Cervantes, *op. cit.*, nota 56, parte II, cap. 45, pp. 892 y 894.

cogido en la mitad de ese campo y se ha aprovechado de mi cuerpo como si fuera trapo mal lavado, y, ¡desdichada de mí!, me ha llevado lo que yo tenía guardado más de veinte y tres años ha, defendiéndolo de moros y cristianos, de naturales y extranjeros, y yo siempre dura como un alcornoque, conservándome entera como la salamanquesa en el fuego o como la lana entre las zarzas, para que este buen hombre llegase ahora con sus manos limpias a manosearme.

—Aun eso está por averiguar, si tiene limpias o no las manos este galán —dijo Sancho.

Y volviéndose al hombre, le dijo qué decía y respondía a la querella de aquella mujer. El cual, todo turbado, respondió:

—Señores, yo soy un pobre ganadero de ganado de cerda, y esta mañana salía de este lugar de vender, con perdón sea dicho, cuatro puercos, que me llevaron de alcabalas y socaliñas poco menos de lo que ellos valían. Volvíame a mi aldea, topé en el camino a esta buena dueña, y el diablo que todo lo añasca y todo lo cuece, hizo que yugásemos juntos; páguele lo suficiente, y ella, mal contenta, asió de mí y no me ha dejado hasta traerme a este puesto. Dice que la forcé, y miente, para el juramento que hago o pienso hacer; y ésta es toda la verdad, sin faltar meaja.

Entonces el gobernador le preguntó si traía consigo algún dinero en plata; él dijo que hasta veinte ducados tenía en el seno, en una bolsa de cuero. Mandó que la sacase y se la entregase así como estaba a la querellante; él lo hizo temblando; tómala la mujer, y haciendo mil zalemas a todos y rogando a Dios por la vida y salud del señor gobernador, que así miraba por las huérfanas menesterosas y doncellas, y con esto se salió del juzgado, llevando la bolsa asida entrabbas manos, aunque primero miro si era de plata la moneda que llevaba dentro.

Apenas salió, cuando Sancho dijo al ganadero, que ya se le saltaban las lágrimas, y los ojos y el corazón se iba tras su bolsa:

—Buen hombre, id tras aquella mujer y quitadle la bolsa, aunque no quiera, y volved aquí con ella.

Y no lo dijo a tonto ni a sordo, porque luego partió como un rayo y fue a lo que se le mandaba. Todos los presentes estaban suspensos, esperando el fin de aquel pleito, y de allí a poco volvieron el hombre y la mujer, más asidos y aferrados que la vez primera, ella la saya levantada y en el regazo puesta la bolsa, y el hombre pugnando por quitársela; mas no era posible, según la mujer la defendía, la cual daba voces diciendo:

—¡Justicia de Dios y del mundo! mire vuestra merced, señor gobernador, la poca vergüenza y el poco temor de este desalmado, que en mitad de poblado y en mitad de la calle me ha querido quitar la bolsa que vuestra merced mandó darme.

—¿Y háosla quitado? —preguntó el gobernador.

—¿Cómo quitar? —Respondió la mujer—. Antes me dejara yo quitar la vida que me quiten la bolsa. ¡Bonita es la niña! ¡Otros gatos me han de echar las barbas, que no este desventurado y asqueroso! ¡Tenazas y martillos, mazos y escoplos, no serán bastantes a sacármela de las uñas, ni aun garras de leones!: ¡antes el ánima de en mitad en mitad de las carnes!

—Ella tiene razón —dijo el hombre—, y yo me doy por rendido y sin fuerzas, y confieso que las mías no son bastantes para quitársela, y déjala.

Entonces el gobernador dijo a la mujer:

—Mostrad, honrada y valiente, esa bolsa.

Ella se la dio luego, y el gobernador se la devolvió al hombre y dijo a la esforzada, y no forzada:

—Hermana mía, si el mismo aliento y valor que habéis mostrado para defender esta bolsa le mostráredes, y aun la mitad menos, para defender vuestro cuerpo, las fuerzas de Hércules no os hicieran fuerza. Andad con Dios, y mucho de enhoramala, y no paréis en toda está isla ni en seis leguas a la redonda, so pena de doscientos azotes. ¡Andad luego, dijo, churillera, desvergonzada y embaidora!

Espantose la mujer y fuese cabizbaja y mal contenta, y el gobernador dijo al hombre:

—Buen hombre, andad con Dios a vuestro lugar con vuestro dinero, y de aquí en adelante, si no lo queréis perder, procurad que no os venga en voluntad de yogar con nadie.

Análogamente, hay un caso real, pero muy raro, llevado ante un juez de paz en Navolato, Sinaloa (Méjico).⁶⁵ Esta fue una decisión aparentemente contradictoria, ya que impone distintas cargas a los propietarios de dos borricos, una hembra y un macho, los cuales mientras se apareaban dañaron la mercancía de uno de los locales del mercado. A los propietarios les fue requerido el pago no de la mitad del daño a cada uno, sino dos tercios a uno y un tercio al otro, debido al diferente grado de (ir)responsabilidad en que habían incurrido al llevar a la burra y al burro, pues aquélla debería estar en celo para que aquél se pudiera “montar”. No obstante, el juez justifica su resolución en el hecho de que la burra iba en cuatro patas en tanto que el burro solamente en dos.

Sobre la relación entre la abducción y sustracción realizada por detectives y el razonamiento jurídico utilizado por los jueces y abogados, al seguir el ejemplo de Manuel Atienza,⁶⁶ me he referido no sólo a *The Purloined Letter* de Edgar Allan Poe y a su héroe, Auguste Dupin, sino también a *The Adven-*

⁶⁵ Torres Beltrán, Héctor (ed.), *Justicia con sentido común. Belem Torres y sus anécdotas*, SPI, pp. 37 y 38.

⁶⁶ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 26-39.

tures of *Sherlock Holmes* de sir Arthur Conan Doyle, y *The Labours of Hércules (Poirot)*, de Agatha Christie. Es más, hace algunos años incorporé algo de cine; esto es, una de las películas de *The Pink Panther* de Blake Edwards, a saber: *A Shot in the Dark*,⁶⁷ para demostrar que ante la falta de certeza sobre la verdad histórica, la verdad legal no es más que un disparo en la oscuridad —especialmente si el inspector Jacques Clousseau es el (anti)héroe—.

En cuanto a la racionalidad jurídica de los jueces y legisladores, así como de los funcionarios de gobierno, políticos y ciudadanos, he usado *Freedom and Constraint in Adjudication*⁶⁸ de Duncan Kennedy, y *Here the People Rule*, de Richard Parker, el cual retoma la novela de Thomas Mann *Mario and the Magician*.⁶⁹ Del mismo modo, he usado la película *Advice and Consent*,⁷⁰ basada en la novela homónima de Allen Drury, la cual introdujo el género “la novela de Washington”, y fue inspirada por la persecución del maccarthysmo a Alger Hiss, para retratar no lo que son los animales políticos en Washington —y en cualquier otro lugar—, sino lo que la política hace a los animales humanos.⁷¹ También he usado otras películas, tales como *12 Angry Men*⁷² y *Mr. Smith Goes to Washington*,⁷³ para probar puntos análogos.

A pesar de que he intentado enseñar a los alumnos *cómo* resolver, no sólo problemas teóricos, sino prácticos, supongo que necesitamos ir un paso más allá en el futuro para proporcionar a los estudiantes más herramientas al enseñar-aprender: 1) más cursos de filosofía en general, tales como lógica, incluida la lógica tradicional (lógica analítica o simplemente lógica) junto con la lógica no tradicional (lógica dialéctica, también conocida como tópica y retórica), filología, e incluso estética (por el simbolismo de la ley), así como cursos de filosofía jurídica, en particular;⁷⁴ 2) más estudios interdisci-

⁶⁷ Véase *A Shot in the Dark*, MGM, 1964.

⁶⁸ Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, trad. de Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1999.

⁶⁹ Parker, Richard, D., “*Here, the People Rule*”. *A Constitutional Populist Manifesto*, Cambridge, Harvard University Press, 1994. Cf. Mann, Thomas, “*Mario and the Magician*”, *Death in Venice. And Seven Other Stories*, trad. de H. T. Lowe-Porter, New York, Vintage Books, 1930, pp. 135 y ss.

⁷⁰ Véase *Advice and Consent*, Otto Preminger Films, 1962.

⁷¹ Kaplan, Roger, “*Allen Drury and the Washington Novel*”, *Policy Review*, núm. 97, 1999: “Drury was able to depict not what political animals are like in Washington, but what politics does to the human animal”.

⁷² Véase *12 Angry Men*, Orion-Nova Productions, 1957, y MGM, 1997.

⁷³ Véase *Mr. Smith Goes to Washington*, Columbia Pictures, 1939.

⁷⁴ Al respecto, he sugerido en algún otro lugar que a pesar de que los programas tanto de pregrado como de posgrado en la UNAM tienen un fuerte componente de filosofía del derecho es necesario reforzar los mismos tanto en términos cualitativos como cuantitativos. Véase Flores, “Prometeo (des)encadenado...”, *cit.*, nota 1, pp. 100-103, y 57-60.

plinarios, no sólo de ética y política, sino también de antropología, sociología y psicología, de manera que puedan aplicarse a materias como derecho administrativo, derecho constitucional, derecho penal, entre otras, y 3) más problemas a ser resueltos tanto teórica como prácticamente.

Finalmente, el considerar a la filosofía jurídica como una rama de la filosofía y, en consecuencia, como parte de la filosofía práctica, junto con la filosofía moral y política, requiere de la (re)integración de la filosofía jurídica y de la filosofía jurídica aplicada, al núcleo central de la jurisprudencia como ciencia del derecho. No obstante, hay dos puntos que necesitan mayor aclaración. Por un lado, defiendo la necesidad de armonizar el componente teórico de la filosofía jurídica con el práctico (de la filosofía jurídica aplicada). Es por lo general el trabajo teórico el que toma en serio la práctica, y ha demostrado ser de gran importancia. Por otro lado, al no tener un enfoque meramente teórico, sino uno más práctico, aconsejo sobre la necesidad de no subordinar la jurisprudencia general a la particular ni las partes filosóficas y teóricas necesarias a las sociológicas y pragmáticas contingentes. Comúnmente es la jurisprudencia general la que toma en serio estas particularidades, y ha demostrado ser y tener gran sentido.⁷⁵ En palabras de James Boyd White:⁷⁶

frecuentemente es el trabajo más teórico el que probará ser de sorprendente valor práctico y la inmersión en particularidades prácticas la cual estimulará el pensamiento más valioso de un tipo general. Gran parte de la vida del derecho, de hecho descansa en la interacción constante que es requerida entre lo particular y lo general, entre lo práctico y lo teórico.

V. BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AYERS *et al.* (eds.), *Teaching for Social Justice. A Democracy and Education Reader*, New York, The New Press and Teachers College Press, 1998.

⁷⁵ Flores, Imer, “La cama o el lecho de Procrustes. Hacia una jurisprudencia comparada e integrada”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Número Conmemorativo Sexagésimo Aniversario*, 2008, pp. 273 y ss.

⁷⁶ White, *op. cit.*, nota 12, at 1970: “It is often the most theoretical work that will prove of surprising practical value, often the immersion in practical particularities that will stimulate the most valuable thought of a general kind. Much of the life of the law in fact lies in the constant interaction it requires between the particular and the general, between the practical and the theoretical” (La traducción es nuestra.)

- BIX, Brian, “Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy?”, *Ratio Juris*, vol. 16, 2003.
- _____, *Filosofía del derecho. Ubicación de los problemas en su contexto*, trad. de Imer B. Flores *et al.*, México, UNAM, 2010.
- BODENHEIMER, Edgar, *Jurisprudence. The Philosophy and Method of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1962.
- BOYD WHITE, James, “Law Teachers’ Writing”, *Michigan Law Review*, vol. 91, 1993.
- CARDOZO, Benjamin, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1921.
- _____, *The Growth of the Law*, New Haven, Estados Unidos, Yale University Press, 1924.
- CERVANTES, Miguel de, *Don Quijote de La Mancha*, México, Real Academia Española, 2004.
- COHEN, Félix, *El método funcional en el derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962.
- _____, “Justice Brennan’s «Passion»”, *Cardozo Law Review*, vol. 10, 1998.
- DÍAZ BARRIGA, Frida, “El aprendizaje basado en problemas y el método de casos”, *Enseñanza situada. Vínculo entre la escuela y la vida*, México, McGraw-Hill, 2005.
- DWORKIN, Ronald, *¿Es el derecho un sistema de reglas?*, trad. de Javier Esquivel y Juan Rebolledo G., México, UNAM, 1977.
- EDWARDS, Harry, “The Growing Disjunction between Legal Education and the Legal Profession”, *Michigan Law Review*, vol. 91, 1992.
- EISENMANN, Charles, *Law. The University Teaching of Social Sciences*, París, UNESCO, 1973.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor “Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho en México y Latinoamérica”, en WITKER, Jorge (comp.), *Antología de estudios sobre la enseñanza del derecho*, 2a. ed., México, UNAM, 1995.
- FLORES, Imer, “Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho: Enseñar a pensar y a repensar el derecho”, *Caucos. Expresión de los Estudiantes de la Facultad de Derecho UNAM*, México, núm. 5-7, 2003.
- _____, “Derecho y literatura: finas estampas procesales en la obra de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo”, en STORME, Marcel y GÓMEZ LARA, Cipriano (eds.), *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, vol. I, *Obtención de información y de asunción probatoria, procesos sumarios y familiares*, México, UNAM, 2005.

- , “La cama o el lecho de Procrustes. Hacia una jurisprudencia comparada e integrada”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Número Conmemorativo Sexagésimo Aniversario*, 2008.
- , “Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1906-1985). Estampas del derecho en broma y en serio”, en SERRANO MIGALLÓN, Fernando (ed.), *Los maestros del exilio español en la Facultad de Derecho*, México, Porrúa-UNAM, 2003.
- , “Prometeo (des)encadenado: La enseñanza del derecho en México”, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, México, núm. 7, 2006.
- , “El porvenir de la ciencia jurídica. Reflexión sobre la ciencia y el derecho”, *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, 1998.
- , “La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 90, 1997.
- , “Prometeo (des)encadenado. La enseñanza del derecho y los estudios de posgrado”, *Cultura y Derecho*, México, núm. 14-15, 2004.
- “Protágoras vis-à-vis Sócrates. Los métodos de enseñanza-aprendizaje del derecho”, en SERNA DE LA GARZA, José María (ed.), *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2005.
- , “The Quest for Legisprudence: Constitutionalism v. Legalism”, en WINTGENS, Luc J. (ed.), *The Theory and Practice of Legislation: Essays on Legisprudence*, Aldershot, Ashgate, 2005.
- FULLER, Lon, *El caso de los exploradores de cavernas*, trad. de Genaro R. Carrió y Leopoldo J. Niilus, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976.
- , *The Problems of Jurisprudence*, Brooklyn, The Foundation Press, 1949.
- GROSS, Fred, “The Vanished Legacy”, en GROSS, Fred L., *What is the Verdict?* New York, MacMillan, 1944.
- HART, “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962.
- , “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: La pesadilla y el noble sueño”, trad. de José Juan Moreso y Pablo Eugenio Navarro, en CASANOVAS, Pompeu y MORESO, José Juan (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994.
- , *El concepto del derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963.
- , *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, University Press, 1983.

- HOLMES, Langdell, “On Legal Education and the Legal Profession”, *De Legibus. Review of the Harvard Law School Association of Mexico*, Estados Unidos, núm. 3, 2004.
- JHERING, Rudolf, *Jurisprudencia en broma y en serio*, trad. de Román Riaza, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933.
- _____, *La lucha por el derecho*, trad. de Adolfo Posada y Biseca, México, Porrúa, 1982.
- KAGAN, Elena, “Connecting to Practice”, *Harvard Law Bulletin: “Managing the Profession. The World of Law School and the World of Practice are about to Get Closer”*, Estados Unidos, núm. 2, fall, 2006.
- KANTOROWICZ, Hermann, “La lucha por la ciencia del derecho”, trad. Werner Goldschmidt, en SAVIGNY, Friedrich Karl von *et al.*, *La ciencia del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949.
- KAPLAN, Roger, “Allen Drury and the Washington Novel”, *Policy Review*, núm. 97, 1999.
- KENNEDY, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, trad. de Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1999.
- KRONMAN, Anthony, “The Problem of Judicial Discretion”, *Journal of Legal Education*, vol. 36, 1986.
- LASSWELL, Harold y McDougal, Myres, “Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest”, *Yale Law Journal*, vol. 52, 1943.
- LEITER, Brian, “Beyond the Hart/Dworkin Debate: the Methodology Problem in Jurisprudence”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 48, 2003.
- LLEWELLYN, Karl, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, The University of Chicago Press, 1962.
- MACCRATE, Robert, “Symposium: The 21 Century Lawyer: Is There a Gap to Be Narrowed?”, *Washington Law Review*, vol. 69, 1994.
- MANN, Thomas, “Mario and the Magician”, *Death in Venice and Seven Other Stories*, trad. de H. T. Lowe-Porter, New York, Vintage Books, 1930.
- PARKER, Richard, “Here, the People Rule”, *A Constitutional Populist Manifesto*, Cambridge, Harvard University Press, 1994.
- PERELMAN, Chaïm, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963.
- PLATÓN, “La apología de Sócrates” y “El Critón o el deber”, *Diálogos*, México, Porrúa, 1962.

- POUND, Roscoe, “Law in Books and Law in Action”, *American Law Review*, vol. 44, 1910.
- RAZ, Joseph, “El problema de la naturaleza del derecho”, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, *Isonomía*, México, núm. 3, 1995.
- _____, *Practical Reason and Norms*, 2a. ed., Oxford, University Press, 1990.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1956.
- ROSS, Alf, *Tú-Tú*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976.
- SHAKESPEARE, William, *The Complete Works of William Shakespeare*, New York, Avenel Books, 1975.
- SÓFOCLES, “Antígona”, *Ajax, Antígona y Edipo rey*, trad. de Carlos Miralles Solá, Navarra, Salvat, 1970.
- WENDELL HOLMES, Oliver, *La senda del derecho*, trad. de Carlos A. Garber, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959.
- _____, “Book Notices”, *American Law Review*, vol. 14, 1880.
- _____, “Law in Science and Science in Law”, *Collected Legal Papers*, Londres, Constable and Co., 1920.
- _____, *The Common Law*, New York, Dover, 1991.
- WITKER, Jorge (comp.), *Antología de estudios sobre la enseñanza del derecho*, 2a. ed., México, UNAM, 1995.
- _____, “La enseñanza clínica como recurso de aprendizaje jurídico”, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, año 5, núm. 10, 2007.