

# EL DERECHO Y SU ENSEÑABILIDAD –SOBRE LA NECESIDAD DE UNA REFLEXIÓN ACADÉMICO-JURÍDICA–

Luis Freddyur Tovar\*

## RESUMEN

Los grupos sociales se consolidan en torno a un ordenamiento normativo concreto; por tanto, la formación de los operadores jurídicos adquiere especial importancia en cualquier sociedad, toda vez que a través de este ejercicio se produce y reproduce la conciencia jurídica de esa comunidad. En la actualidad el Derecho puede ser concebido en dos sentidos, ambos negativos: primero, para las teorías marxistas es una estructura de dominación, un poder impuesto por las élites, aún a la fuerza, del cual la sociedad anhela liberarse; segundo, es visto como un preservador del status quo, cuyo producto es una comunidad conservadora que justifica todo a partir de la existencia formal del Derecho, haciendo del Derecho un obstáculo para alcanzar fines más altos. El presente artículo pretende solucionar esta aporía a partir de la reflexión sobre la práctica del Derecho en Colombia. El autor propone reformar su contenido, su ejercicio y su enseñabilidad, a fin de que ésta permita a aquélla enfrentar los retos del mundo de hoy, abierto y ajeno a dogmatismos de toda naturaleza.

**Palabras clave:** Iusnaturalismo, iuspositivismo, formalismo jurídico, Constitucionalización, práctica discursiva-normativa.

## ABSTRACT

*Social groups converge upon particular normative orders; therefore, legal education is especially important in any society, insofar as it produces and reproduces that society's legal consciousness. Currently, law can be understood in two ways, both of which have negative connotations: first, for Marxist theories it is an apparatus of domination, a form of power imposed by the elites, even through the use of force, a power from which societies crave to free themselves; second, law is seen as a preserver of the status quo, and its product is a conservative society that justifies all of its actions through the existence of a formal legal order, thereby rendering law into an obstacle to higher purposes. This article wants to solve this confusion by reflecting upon legal practice in Colombia. The author proposes that the content, practice, and teaching of law be reformed, so that legal education can allow legal practice to face the challenges posed by today's world, a world that rejects any kind of dogmatic reasoning.*

**Keywords:** *Natural law, positive law, legal formalism, constitutionalization, normative-discursive practice.*

---

\* Abogado de la Universidad de San Buenaventura de Cali; Especialista en Gerencia Tributaria (U. Icesi) y Derecho Administrativo (U. San Buenaventura-Pontificia Bolivariana); Magister en Estudios Políticos (Pontificia Universidad Javeriana) y candidato a Magister en Filosofía (Universidad del Valle). Litigante y profesor del Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana.

*Todos los imperios del futuro van a ser imperios del conocimiento, y solamente serán exitosos los pueblos que entiendan cómo generar conocimientos y cómo protegerlos; cómo buscar a los jóvenes que tengan la capacidad para hacerlo y asegurarse que se queden en el país.*

*Los otros países se quedarán con litorales hermosos, con iglesias, minas, con una historia fantástica; pero probablemente no se queden ni con las mismas banderas, ni con las mismas fronteras, ni mucho menos con un éxito económico (Einstein, 1940).*

## INTRODUCCIÓN

El amanecer de una nueva era en Occidente se inicia a finales del siglo IX, con el llamado renacentismo carolingio; ese despertar de la larga noche medieval da iniciación al proceso de la modernidad, entendido como la deconstrucción social de una comunidad para desligarse de un ser trascendente, autodeterminarse y desarrollarse, pretendiendo proyectarse autónomamente y convertirse en la propia gestora de soluciones, a fin de alcanzar metas sostenibles; este devenir, luego de innumerables acontecimientos, se consolida en el siglo XVIII y alcanza su plena madurez en los albores del XX.<sup>1</sup>

En la anterior dirección, la característica central de tal evolución consistió en la transformación racional para concebir el mundo y abordar el conocimiento científico. Consecuencia directa de esto es que la educación y sus métodos de enseñanza adquieren gran importancia. En este punto el giro radical de la modernidad madura consistió en desplazar la enseñanza centrada en el profesor, como suprema ratio de un saber específico, para centrarla en el estudiante, como cocreador del conocimiento.

Corolario de lo afirmado es que las instituciones educativas ajustaron racionalmente sus prácticas, toda vez que debieron dar respuesta oportuna a las nuevas exigencias formativas. Es evidente, entonces, que ante el reto planteado, la responsabilidad de tales entidades es grande; la de las universidades encargadas de formar en lo superior y para lo superior, mayor y, dentro de éstas, la de las Escuelas de Derecho, trascendental; pues, con la formación en este campo del conocimiento se reproduce el capital jurídico<sup>2</sup> fundamental que orienta la convivencia de una sociedad

---

<sup>1</sup> El proceso de la modernidad, puede afirmarse, se inicia con el llamado *renacentismo carolingio*, continúa con el *renacentismo italiano* de los siglos XIV y XV, se consolida con el triunfo de la revolución francesa que termina con el *ancien régime* y culmina, para algunos, hacia la primera mitad del siglo XX que da origen a la llamada *postmodernidad*.

<sup>2</sup> Por *capital jurídico* ha de entenderse el conjunto de conocimientos y recursos que acumula una persona o un grupo social en estrecha relación con otros y con las instituciones públicas y privadas,

determinada, la que no se agota en la habilitación para el ejercicio profesional de los futuros operadores del Derecho, sino, que debe estar ligada a la preparación de egresados con capacidad de comprensión de la realidad y con competencias para proponer alternativas de solución a los problemas que se generan a partir de la materialización de las nuevas lógicas políticas, económicas y sociales del mundo actual.

Las universidades, “... *un lugar donde lo impredecible pudiera volverse acontecimiento,*”<sup>3</sup> se encuentran ancladas entre la sociedad y el sector productivo; su importancia se mide por la relación complementaria entre ellos, por lo que se espera que hagan y lo que efectivamente hacen, lo que implica, al decir de la ONU, “... *visión ética, imparcialidad política, capacidad crítica y, al mismo tiempo, una mejor articulación con los problemas de la sociedad y del mundo del trabajo, basando las orientaciones a largo plazo en las necesidades y finalidades de la sociedad, incluyendo el respeto a la cultura y la protección ambiental.*”<sup>4</sup>

A partir de las anteriores reflexiones, el presente trabajo pretende desarrollar la siguiente tesis: en las Facultades de Derecho de Colombia, salvo contadas excepciones, y acorde a la tradición latinoamericana, la enseñanza de este conocimiento, bajo los parámetros del modelo pedagógico de la Ilustración,<sup>5</sup> ha sido deficiente, atemporal, descontextualizada y aevolutiva. Para tal fin he dividido el estudio en dos grandes partes: en la primera analizaré qué es el Derecho y sus manifestaciones actuales y, en la segunda, abordaré críticamente la forma como éste se ha enseñado en Colombia; finalmente, en la conclusión esbozaré una propuesta de revisión de esta práctica.

---

que le permite reconocer lo que dice el Derecho y quién tiene la facultad de decir lo que dice el Derecho. BOURDIEU, Pierre. *Elementos para una sociología del campo jurídico*, en BOURDIEU, Pierre y Gunther Teubner. *La fuerza del Derecho*. 1ª edición, 2ª reimpresión. Universidad de Los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Siglo del Hombre. Bogotá, 2005, p. 155-160.

<sup>3</sup> DERRIDA, Jacques. Conferencia dictada en la Universidad de Frankfurt y publicada por *Información Philosophie*, No. 28. Lörrach, 2000, p. 126.

<sup>4</sup> ONU, UNESCO, *Declaración Mundial sobre educación superior para el siglo XXI*, adoptada por la Conferencia Mundial sobre educación superior. París, 5-9 de Octubre de 1998.

<sup>5</sup> El modelo pedagógico de la Ilustración ha de entenderse como un estilo de formación profesional centrado en cuatro aspectos: la secularización del conocimiento, es decir, la separación entre religión y razón; la autonomía individual como fundamento de todo conocimiento racional; la existencia de una serie de principios válidos, derivados de la razón; y, en el campo de la formación jurídica, en el énfasis en la ley como expresión de la soberanía estatal, único instrumento válido de intervención en la esfera privada, protectora de la libertad individual y de la propiedad privada y, liberadora del personalismo medieval.

## **1. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO**

El Derecho es un conocimiento fenoménico social y prescriptivo, susceptible de ser aprehendido por la razón humana. Está entendido hoy que la génesis del Derecho es el acto fundacional de una comunidad; es decir, el Derecho nace en el instante en el cual un grupo transforma la fuerza en normas de comportamiento,<sup>6</sup> a fin de lograr convivencia social. En ese crucial momento la sociedad define unos principios y valores de integración sobre los cuales aspira a consolidar su permanencia futura como colectividad. Así, esta experiencia vivencial y fundadora tiene dos virtudes: constituir la organización política y hacer explícitos esos principios y valores en la Constitución, la cual adquiere, por tanto, el carácter de texto axiológico-normativo fundante. Tanto el acto fundacional de donde nace el Derecho, como éste, son, por tanto, un proceso racional-político-normativo, constitutivo y democrático.

El carácter axiológico de la Constitución ha de comprenderse como el conjunto de principios y valores contenidos en ella, entendiéndose por principio una afirmación específica que se convierte en verdad, sirve de fundamento a otras o a un razonamiento, determina un comportamiento obligatorio por su aplicabilidad directa y se convierte en norma superior; el valor es un enunciado de fines apto para producir efectos; por su naturaleza abierta, es interpretativo de la realidad; su finalidad es preservar un orden determinado.

De otra parte, el carácter normativo de la Constitución constituye su esencia como regla de reconocimiento de la sociedad, de validez y aceptación de las autoridades públicas y sus decisiones que desarrollan el proyecto en ella plasmado, las cuales, entonces, se convierten en obligatorias para todos; y, fuente de la normatividad.

Este doble carácter sustantivo de la Constitución es el que permite integrar Política y Derecho en el acto fundacional. Por esto, al decir de Aguiló,

---

<sup>6</sup> Al decir de Ferrajoli, el poder es el presupuesto del Derecho y el Derecho es el fundamento del poder, en el sentido de que no existe ningún Derecho sin un poder capaz de hacerlo respetar, y no hay poder, al menos en los ordenamientos modernos, que no encuentre su fundamento en el Derecho. Pero esta relación puede ser interpretada también no como una implicación recíproca, sino como una recíproca oposición. El poder –todos los poderes– tienden a acumularse siempre en formas absolutas, y el Derecho a su vez, por lo menos en la Edad Moderna, se configura como una técnica de ordenación y, por tanto, de limitación y minimización del poder. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y libertades*. Trotta, Madrid, 1990, p. 67-68.

*“Se dice que una Constitución es más política que jurídica (o que cumple un papel más político que jurídico) cuando no penetra en el razonamiento jurídico ordinario; no desempeña una función relevante en el ordenamiento jurídico porque no se le ve conteniendo un conjunto de normas que deben ser interpretadas y aplicadas jurídicamente por los operadores jurídicos. En las Constituciones políticas, el control y la ejecución de la Constitución está básicamente en manos de agentes políticos (representantes políticos, partidos, gobiernos, etc.). Por el contrario, se habla de Constituciones jurídicas (o de un papel más jurídico que político) cuando el razonamiento jurídico penetra en el razonamiento político ordinario, de forma que la interpretación y ejecución de la Constitución presupone que este sea interpretado jurídicamente. De ahí se sigue que los juristas sin llegar a ser órganos constitucionales desempeñen un papel central en su control y desarrollo”.*<sup>7</sup>

El Derecho como fenómeno social prescriptivo ha evolucionado a lo largo de la historia occidental, bajo la óptica de dos grandes corrientes interpretativas: el iusnaturalismo y el iuspositivismo.

### **1.1. El iusnaturalismo**

El iusnaturalismo consiste en una concepción del mundo y del fenómeno jurídico como un orden natural, inmanente y estable, anterior a la organización política, constitutivo de la condición humana e inherente a la naturaleza del ser, que el Estado solo tiene el deber de reconocer. La eficacia de sus normas se encuentra inmersa en la fuerza moral fundante de convivencia social por principios universales e inherentes en la conciencia humana.<sup>8</sup>

Lo anterior no significa, al decir de los más connotados autores de hoy, que esta corriente sea inmóvil, estática; por el contrario, el Derecho evoluciona con el devenir y desarrollo mismo del ser humano.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> AGUILÓ, Joseph. *La Constitución del Estado Constitucional*. Palestra-Temis, Bogotá, 2004, p. 94.

<sup>8</sup> RUIZ MIGUEL, Alfonso. *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Trotta, Madrid, 2002.

<sup>9</sup> FINNIS, John. *Ley natural y derechos naturales*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

La paradoja del iusnaturalismo consiste en que debe aceptar como necesaria la existencia y adopción de la ley positiva, impuesta, escrita y dictada por el legislador estatal que describe y consagra comportamientos humanos, a fin de que sus leyes adquieran el grado de eficacia ordenadora que pretende alcanzar por si sola la concepción naturalista, máxime hoy cuando el desarrollo social, tecnológico e industrial y la alta complejidad de las relaciones interpersonales e institucionales ha desbordado la naturaleza humana.

Esta corriente, por las serias dificultades sobre su practicidad (eficacia), ha quedado como referente teórico para la discusión iusfilosófica, toda vez que no existe poder coercitivo real que las haga cumplir.

## 1.2. El iuspositivismo

Absolutamente contrario a lo descrito anteriormente es la concepción iuspositivista, la cual se fundamenta en la existencia de un orden social creado racionalmente por las personas, con normas formalmente expedidas por el Estado, coercitivamente impuestas y constitutivas de la realidad social. La eficacia de sus normas se encuentra en la fuerza coactiva de la organización jurídico-política-social institucionalizada. Cualquier creencia en la existencia de preceptos objetivamente válidos anteriores a su existencia es considerada como inaceptable, producto de una posición metafísica que riñe con la realidad.

No obstante, la paradoja del iuspositivismo consiste en que para lograr la convivencia que procura alcanzar debe partir de una realidad natural fenoménica que reconoce y respeta: la persona y sus atributos, lo cual constituye, en efecto, el fundamento de validez, eficacia y legitimidad del orden pretendido.

El positivismo jurídico<sup>10</sup> propio de la corriente romano-germánica<sup>11</sup> concibe al Derecho como una ciencia prescriptiva y causal interpretativa, reguladora de

---

<sup>10</sup> Con esta expresión se identifica una corriente del pensamiento jurídico que tiene su principal fundamento en la concepción del Derecho como el resultado de la ley racional estatal; sin embargo, al interior de tal movimiento existen varias tendencias. En este punto resulta ilustrativa la obra de BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Debate, Madrid, 1998. En igual sentido: BOBBIO, Norberto. *El problema del Positivismo Jurídico*. 1ª edición, Fontamara, México, 2004; GARCÍA MÁYNES, Eduardo. *Positivismo Jurídico, Realismo sociológico y Iusnaturalismo*. 4ª edición, Fontamara, México, 2002, entre otros.

<sup>11</sup> En Occidente, se enfatiza, se desarrollaron dos grandes sistemas normativos: el romano-germánico surgido de las prácticas del Imperio Romano, expandido a Europa continental y América latina, y el modelo jurídico anglosajón, ejercitado en el Reino Unido, Estados Unidos de Norteamérica y Canadá, básicamente. Como se ve, en esta categorización se dejan de lado los sistemas normativos

comportamientos y conductas humanas a través de la ley dictada por un legislador estatal racional, de carácter completo y cerrado, cuyo punto culminante de desarrollo se logró a principios del siglo XX, al formularse y consolidarse su marco epistemológico como ciencia normativa pura; es decir, como ciencia que para su desarrollo, aplicación y eficacia no requiere acudir a interpretaciones y valoraciones diferentes a las de su propio marco epistémico.<sup>12</sup> En este punto de su desarrollo, no se teorizó respecto de su enseñabilidad.

En su visión positiva y normativa, el Derecho se debate hoy, en la tradición romano-germánica, básicamente entre dos grandes extremos: de una parte, la discusión se centra en la práctica jurídica formalista que privilegia exageradamente el rigor de las formas originarias de la legalidad, en su generación y aplicación, y sacrifica lo sustancial del Derecho y, de otra parte, en el pretendido ejercicio antiformalista que busca la prevalencia de lo sustantivo del fenómeno jurídico sobre las formalidades legales. Veamos tales situaciones en concreto.

### 1.2.1. El positivismo formalista

En los Estados de tradición romano-germánica el ejercicio del Derecho se instrumentalizó<sup>13</sup> de tal forma que se dogmatizaron sus fuentes, formales y reales; la finalidad se desvirtuó por cuanto se limitó a reconocer la existencia válida de la ley y su aplicación por las formas externas,<sup>14</sup> independiente de su contenido material (propósito objetivo por el cual se creó: la convivencia, la justicia real). La práctica, por tanto, derivó en una actividad que giró en torno a un excesivo procedimentalismo legal, interpretado exegéticamente, dando así origen a una corriente que se denominó como *positivismo formalista*, cuyo ejercicio exacerbado desfiguró el núcleo jurídico epistémico y generó su propia crisis desde finales de la década de 1940,<sup>15</sup> aspecto este que no se vivió en la tradición anglosajona.

---

de carácter religioso. DAVID, Rene. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Aguilar, Madrid, 1973.

<sup>12</sup> Corresponde a Kelsen, un jurista austriaco, el mérito de haber consolidado, hacia finales de la década del 20 e inicios del 30 del siglo XX, el marco epistemológico del Derecho como ciencia pura, cuya obra cumbre en tal sentido fue publicada en 1934. Véase al respecto, KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. 12ª edición. Editorial Universitaria. Buenos Aires, 1974.

<sup>13</sup> LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. 2ª edición. Legis-Uniandes, Bogotá, 2007, p. 269.

<sup>14</sup> VILLEY, Michel. *El Derecho romano*. Publicaciones Cruz O., México, 1993.

<sup>15</sup> En efecto, como consecuencia del dilema jurídico presentado en el juzgamiento a los integrantes del ejército alemán en el célebre proceso de Nuremberg, Hans Kelsen, máximo exponente de esta concepción, rectificó su posición acerca del Derecho y, en 1960, publica una nueva edición de su

### 1.2.2. El positivismo antiformalista

Como reacción al anterior panorama aparecieron las formulaciones sobre un ejercicio del Derecho más dinámicas, que buscan recuperar, revitalizar y materializar el contenido sustancial del Derecho: la justicia y, por tanto, rechazan críticamente el rigorismo formal de la visión anterior.<sup>16</sup>

Con fundamento en la anterior perspectiva y concebido el Derecho como fenómeno social prescriptivo, es susceptible derivar, al menos, tres interpretaciones diferentes del mismo, todas ellas producto de visiones racionales, evolutivas y optimistas:<sup>17</sup> una, conocida como *Dogmática Jurídica Positivista Analítica*, considera que el Derecho, a partir de su origen, se desarrolla de manera dinámica, lineal y continua con el único objetivo de materializar los principios y valores asumidos por la colectividad en el acto fundacional.<sup>18</sup>

Otra, la *Escuela de los Estudios Legales Críticos y la del Deconstructivismo*, para quienes el origen del Derecho, en el crucial instante de su génesis, es contingente y discontinuo, producto dialéctico de la tensión, contradictoria y a veces irreconciliable, de los principios y valores políticos de una sociedad. Por tanto, el Derecho no es un producto que se desarrolla de manera racional-participativa, armónica y progresiva en el tiempo. Para esta interpretación, el Derecho carece de una historia coherente con su origen y su fin. Por tanto, la historia del Derecho es el resultado azaroso de diversas narrativas<sup>19</sup> y

---

obra *Teoría pura del Derecho*, en la cual reformula la concepción planteada en la primera edición de 1934, para reconocer que el Derecho, como ciencia, debe estudiarse en estrecha relación con la moral y vinculado con las condiciones políticas, sociales y hasta económicas. En igual sentido, más tarde Kelsen admite públicamente, en conferencia dictada en 1962, que el paradigma jurídico consolidado en torno a la publicación de su obra en 1934, es *insostenible*. Véase, en castellano, la 13ª edición de esta importante obra en la publicación de Porrúa, México, 2003.

No obstante lo anterior y como consecuencia directa de la crisis y el abuso al procedimentalismo y formalismo en que cayó el ejercicio, teórico y práctico del positivismo, se han consolidado escuelas contemporáneas positivas como la de Carlos Santiago Nino y de Robert Alexy, entre otros. Véase, al respecto, el estudio de GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998 y el de ESCUDERO ALDAY, Rafael. *Positivismo y moral interna del Derecho*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000. También es muy dicente que continúen defensores de esta concepción, como HOERTER, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*. Gedisa, Barcelona, 2000.

<sup>16</sup> LÓPEZ MEDINA, Op. Cit., p. 269 y ss.

<sup>17</sup> CASANOVAS Pompeu, et al., editores. *El ámbito de lo jurídico. Lecturas del pensamiento jurídico contemporáneo*. Crítica, Barcelona, 1994.

<sup>18</sup> El representante más connotado de esta Escuela es HART, H. L. A. *El concepto del Derecho*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

<sup>19</sup> CALVO, José. *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativa del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1996.



racionalidades, reflejo fiel de las múltiples aspiraciones políticas de quienes tienen el poder para definir la afirmación y consolidación de los valores sociales en conflicto.

Finalmente, la tercera interpretación es la de la *Escuela Constructivista o Discursiva del Derecho*, para quienes tal fenómeno es el producto dialéctico y participativo, racional y razonable de la sociedad; por esto, su desarrollo no es lineal ni circular, sino un ejercicio complejo, dinámico, permanente, flexible y abierto que requiere de adaptaciones contextuales a las exigencias de hoy, en procura de los ideales consagrados en el acto fundacional. Es, siguiendo la figura geométrica empleada antes, una espiral flexible.<sup>20</sup>

### **1.3. Derecho y Estado contemporáneos**

Sin navegar en las profundidades de la evolución del Estado, es menester ubicar el Derecho hoy en el concepto de Estado contemporáneo:<sup>21</sup> el *Estado Constitucional*, entendido éste como una reformulación de los cimientos del Estado para nuclearlos en el respeto de la dignidad humana como fuente del mismo; en la Constitución Política como texto axiológico-normativo conformada por el conjunto de principios y valores de convivencia, que se constituye en el centro gravitacional del mundo relacional y, por tanto de la política, la economía, lo social y del fenómeno jurídico mismo; finalmente, en un concepto material de justicia que se denomina orden justo.

Así, anclado el fenómeno jurídico-político, este acto generó el proceso de constitucionalización contemporánea del Derecho, dinámica aparecida en las dos últimas décadas del siglo pasado, cuando el derecho constitucional se contrapuso a la esfera del derecho privado, hasta el punto de desplazarlo en muchos escenarios.

En efecto, el proceso de constitucionalización del Derecho surge en el contexto de la aparición del concepto de Estado Constitucional, el cual se originó en Alemania como un movimiento que alcanzó su punto culminante en la década de los años

---

<sup>20</sup> HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso. Trotta, Madrid, 1998.

<sup>21</sup> El Estado contemporáneo es un concepto evolutivo que supera las nociones modernas de Estado liberal o de Derecho, del Estado-nación y la visión comunitarista del Estado Social, y se consolida en torno a la razón sustantiva que pretende fundarlo en el respeto de la dignidad humana, en un criterio fuerte de justicia material que surge del acto fundacional democrático y que establece su centro gravitacional en ese texto constitutivo de la organización y convivencia social.

80 del siglo XX, con la aparición de obras sobre derecho constitucional que así lo pregonaban,<sup>22</sup> el cual se extendió por Europa y hacia finales de la década de los años 90s a los Estados latinoamericanos, bajo el epígrafe de *Estado Democrático Constitucional*, para hacer énfasis en el talante democrático del mismo.<sup>23</sup>

Así, pues, y como consecuencia de las obras publicadas en habla hispana de Pérez Luño (1984),<sup>24</sup> Habermas (1992),<sup>25</sup> Estévez Araujo (1994),<sup>26</sup> Zagrebelsky (1995),<sup>27</sup> y Häberle (2000),<sup>28</sup> entre otros, se inició un movimiento en la contemporaneidad jurídica iberoamericana, que similar al europeo, tiende a la constitucionalización del Derecho, entendida como una especie de colonización del derecho privado por el derecho público y, con ello, una reconceptualización del ámbito jurídico-político en los que predominaba aquél, como respuesta a las crisis en que se vieron inmersos el Derecho y el Estado en el continente americano, frente a la excesiva privatización de lo público, consecuencia directa del proceso globalizador.

Los aspectos centrales de la constitucionalización de la sociedad y sus relaciones, como fenómeno jurídico, implican que en los ordenamientos normativos estatales se presente un desplazamiento efectivo de la primacía de la ley a favor de la primacía de la Constitución; el paso de la reserva de ley a la reserva de Constitución y, la superación del control jurisdiccional de legalidad por el control jurisdiccional de constitucionalidad total de la normatividad y de las actuaciones de las autoridades, tanto públicas como privadas.

---

<sup>22</sup> Al decir de Pérez Luño, el movimiento se inicia con las obras de Peter Häberle (1980), Martin Kriele (1980) y Klaus Stern (1980); pasando luego a Italia, con las obras de Antonio Baldassaire (1991), Stéfano Rodotà (1993) y Gustavo Zagrebelsky (1995). La utilización de esta expresión aparece en España con las obras de Aguiar de Luque (1977), De Agapito (1989), Nieto (1996), Sánchez Freis (1993). PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 58-59.

<sup>23</sup> El concepto de Estado Democrático Constitucional, en América latina, ha sido obra de la jurisprudencia y doctrina, más que de los movimientos constituyentes. En efecto, luego del movimiento reformador de la constituciones que se vivió en la última parte de la década de 1990 en este continente, los tribunales constitucionales acuñaron esta expresión para diferenciar una nueva visión de Estado que superara el recién concepto consagrado constitucionalmente de Estado Social de Derecho.

<sup>24</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid, 1995.

<sup>25</sup> HABERMAS, Op. cit.

<sup>26</sup> ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Trotta, Madrid, 1994.

<sup>27</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 3ª edición, Trotta, Madrid, 1999.

<sup>28</sup> HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tecnos, Madrid, 2000.

De conformidad con lo anterior, en Europa y en Latinoamérica emerge con fuerza la propuesta constructivista del Derecho que se enmarca dentro de la tendencia contemporánea que lo concibe como *un marco jurídico para la práctica discursiva-normativa*,<sup>29</sup> cuyo origen y núcleo se encuentra en la Constitución Política, axiológica-normativa, generadora de convivencia social.

El giro gnoseológico planteado del Derecho no es una simplemente mutación semántica, sino, que adquiere gran trascendencia, comoquiera que implica una reformulación del marco epistemológico del conocimiento jurídico, pues de concebirse el Derecho como un conjunto normativo regulador de relaciones interpersonales e institucionales, en el cual la discusión se centra en la subsunción de hechos humanos en normas, se pasa a considerarlo como un marco jurídico para la práctica discursiva, en cuya reflexión epistémica se integran hechos, normas y valores.<sup>30</sup>

Consecuencia directa de lo anterior es una nueva visión sobre el fenómeno jurídico, pues entender el Derecho como un marco jurídico para la práctica discursiva-normativa significa reconocer transformaciones epistémicas sustanciales en la forma de abordar su estudio, cambios que pasan por sus fuentes, su legitimidad, la concepción de la justicia, la democracia, la jurisdicción y el contexto. Veamos con algún detalle estos aspectos.

Desde las fuentes, formales y materiales del Derecho, el giro consiste en abandonar su clásico origen en la ley, la jurisprudencia y la costumbre, para radicarlas ahora, en una única fuente: la Constitución Política, entendida ésta como el marco macro, axiológico-normativo, de convivencia social.<sup>31</sup>

En consideración a la perspectiva de la legitimidad, entendida como la aceptación de la validez procedimental estática de la ley, el cambio impone analizar el fenómeno jurídico con fundamento en la dinámica social que emerge del acto constituyente, democrático-moral<sup>32</sup> y contextualizado permanentemente, reconocimiento y aceptación social, sustantiva y vigorosa, del contenido de la praxis normativa.

---

<sup>29</sup> HABERMAS, Op. Cit. En igual sentido véase ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2ª edición. Gedisa, Barcelona, 1994.

<sup>30</sup> REALE, Miguel. *Teoría tridimensional del Derecho*. Tecnos, Madrid, 1997, p. 31 y ss.

<sup>31</sup> HOFMANN, Hasso. *Filosofía del Derecho y del Estado*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 63-67.

<sup>32</sup> RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. 2ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 70 y ss.

En cuanto a la justicia, esta transformación implica replantear el concepto de justicia formal para entenderla de manera sustancial como el conjunto de procedimientos que buscan consolidar un orden justo integrado por elementos políticos, económicos, sociales y culturales, lo cual constituye a su vez la esencia de la pretensión de corrección del Derecho y del ordenamiento legal que lo desarrolla.<sup>33</sup>

A partir de la óptica democrática, el giro consiste en la necesidad de redefinírsela, a fin de fundir dialécticamente sus aspectos sustantivos con los procedimentales, pero a partir de un renovado fundamento: la dignidad de la persona como ratio suprema del orden político y jurídico.<sup>34</sup>

En orden al punto de vista de la jurisdicción, el cambio implica la reconstrucción dinámica de su concepto y práctica, para revitalizar la actividad del juez y asignarle un papel transformador real en la solución de conflictos sociales, en la regulación de comportamientos humanos y en la consecución de mejoras sustanciales de existencia humana, con fundamento en los principios y valores constitucionales que fortalecen la dignidad de las personas.<sup>35</sup>

Finalmente, esta nueva visión del Derecho sólo es posible entenderla y materializarla, en la medida en que se realice una evolución en la teoría y la dogmática jurídicas, para involucrarlas en la dinámica social contextualizada contemporánea que reconoce la existencia de leyes justas e injustas.<sup>36</sup>

Como si lo anterior fuera poco, en esta visión del fenómeno jurídico existe una clara diferenciación entre la justicia inherente en los principios y valores definidos en el acto fundacional, el Derecho como marco normativo que la protege y la ley como expresión secundaria que desarrolla y concreta la protección axiológica-normativa consagrada, en cada caso particular. Es decir, entender el Derecho como marco jurídico para la práctica discursiva-normativa implica diferenciar y separar Justicia del Derecho, de éste con la ley y posibilitar el cuestionamiento de la validez, eficacia y legitimidad de ella como mínima expresión del orden normativo que posibilita el orden justo en sus elementos políticos, económicos y sociales.

---

<sup>33</sup> Ibid, p. 228 y ss.

<sup>34</sup> Ibid. Igualmente, HABERMAS, Op. cit.

<sup>35</sup> SOUZA, María de Lourdes. *El uso alternativo del Derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*. ILSA-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, D.C., 2001, p. 134-135.

<sup>36</sup> HABERMAS, Op. cit.

Así, el Derecho en la contemporaneidad implica centrar su conceptualización y análisis desde sus fundamentos políticos y morales, para superar la mera descripción y abordar el conocimiento reflexivo y comprensivo de su objeto, su naturaleza y temporalidad<sup>37</sup>, como quiera que el proceso de constitucionalización de la vida social y política, al cambiar el titular real de la soberanía, pretende que la producción normativa deje de ser un acto de poder, discrecional y voluntarista del legislador para quedar determinado, interna y externamente, por los imperativos de justicia consensuados por la comunidad y para ella en el crucial momento histórico del acto fundacional.<sup>38</sup>

## 2. ENSEÑABILIDAD DEL DERECHO

Bajo la concepción positivista romano-germánica del Derecho, la praxis histórica demuestra que en las Escuelas de Derecho el estudiante se relaciona con profesionales del conocimiento que aprendieron los fundamentos de su campo bajo el modelo rígido e inflexible de la ciencia positiva ilustrada, y con manuales especialmente preparados para la enseñabilidad, ya que los textos clásicos<sup>39</sup> que reflexionan sobre el qué, el ser y deber ser del fenómeno jurídico no juegan papel alguno, pues el ejercicio académico prácticamente los descartó, toda vez que fueron reemplazados por textos de comentaristas, dado que esto facilita el ejercicio académico y práctico, lo que ha desvalorizado la teoría propiamente dicha y el impacto real transformador de la ciencia jurídica.<sup>40</sup>

Así, entonces, la enseñanza del Derecho consistió, y aún persiste, en que éste se presenta, no se analiza, como ciencia positiva exacta, completa, cerrada y permanente; causal-interpretativa-descriptiva del fenómeno normativo, ajena

---

<sup>37</sup> ZAGRABELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. Trotta, Madrid, 2005, p. 29.

<sup>38</sup> El consenso sobre los principios extrajurídicos que le den fundamento normativo al orden legal debe ser fruto de un procedimiento de decisión racional que involucre una dinámica dialógica, en condiciones simétricas de autonomía, libertad e igualdad, de las partes que hayan de seleccionar los principios públicos de moralidad desde los cuales deben orientarse los procedimientos jurídicos que puedan hacer virtuosos, antes que a los hombres, a las instituciones que enmarcan y determinan su vida. MEJÍA QUINTANA, Oscar. *El Paradigma consensual del Derecho en la teoría de la Justicia de John Rawls*. Estudio preliminar en RAWLS, John. *El derecho de los pueblos*. Universidad de los Andes, Santafé de Bogotá, 1996, p. 34.

<sup>39</sup> Texto clásico es aquel que, en cualquier ciencia o en la literatura, sale avante de los embates del tiempo y no pierde actualidad, por la profundidad con que el autor abordó el conocimiento o el análisis del fenómeno y, siempre dice algo nuevo en el momento en que se relee.

<sup>40</sup> LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Legis, Universidad de Los Andes - Universidad Nacional. Bogotá, 2004, p. 129 a 147.

totalmente al análisis de las causas de la producción legislativa, de la práctica judicial y del contexto social en el que debe sumergirse.<sup>41</sup>

La enseñanza del Derecho consiste y aún persiste con inusitada intensidad en América Latina, entonces, en la inducción a una tradición teórica y práctica que reproduce un saber jurídico acrítico, memorístico y procedimental-formal, refractario al cambio,<sup>42</sup> que concibe el ejercicio de la profesión como justificador y preservador de una concepción, también dogmática e inamovible, del sistema político que mira al Derecho, además de instrumento de poder,<sup>43</sup> como el mejor medio para preservar el statu quo.

Esta formación, heredera de la tradición romano-germánica, es monista, simple y formalista. Concibe el Derecho exclusivamente como un conjunto de reglas que se consolida alrededor de la existencia de un único legislador racional e infalible, creador de la ley estatal que es fuente del Derecho, pero que se convierte en la práctica en el Derecho mismo y, por tanto, en el sustrato de la justicia, que por esta razón se transformó de sustancial en formal; confunde validez legal con legitimidad normativa.

En esta formación, por concebir el ordenamiento normativo como ciencia racional, lógica, completa, coherente y cerrada, de naturaleza neutra y descriptiva, el papel del juez queda subordinado a aplicar mecánicamente la ley, sin la posibilidad de admitir influencias externas que lo actualice y contextualice con las exigencias del mundo globalizado de hoy, cada vez más dinámico, abierto y cambiante.<sup>44</sup>

Así, entonces, puede afirmarse, que la enseñanza del Derecho legislado, tanto, en América latina como en Colombia, con contadas excepciones, adolece de tres grandes falencias: contenido, método y modelo pedagógico.

---

<sup>41</sup> No obstante varios intentos latinoamericanos de reforma, ha sido muy grande el rechazo a tales propuesta. Véase PÉREZ PERDOMO, Rogelio, et. al. (compiladores). *La formación jurídica en América Latina. Tensiones e innovaciones en tiempos de globalización*. Universidad Externado, Bogotá, 2000.

<sup>42</sup> GARCÍA VILLEGAS, Op. cit., p. 86-87.

<sup>43</sup> LOPEZ DE LA ROCHE, Fabio. "Tradiciones de cultura política en el siglo XX", en CÁRDENAS, Miguel Eduardo (Coordinador), *Modernidad y sociedad política en Colombia*. Fescol, Iepri, Ediciones Foro Nacional por Colombia, Bogotá, 1993, p. 100-106.

En igual sentido, PALACIOS, Marco. *Entre la legitimidad y la violencia. Colombia 1975-1994*. Editorial Norma, Santafé de Bogotá, 1995, p. 59-62.

<sup>44</sup> Ibid, p. 160 a 224.

## 2.1. Contenido de la enseñanza

La formación jurídica latinoamericana, en general, desarrolla las pautas impuestas por los colonizadores europeos, tributarios del modelo romano-germánico ilustrado, quienes enfatizaron en el estudio de la codificación civil, lexicográficamente estructurada a partir de la descripción y comentario de los distintos títulos del Código Civil francés y sus versiones locales, en donde se concibe el Derecho exclusivamente como un conjunto de reglas. Así, pues, y desde esta perspectiva se enfatiza en valores instrumentales como la seguridad jurídica y la coherencia del Derecho, lo que favorece una visión conservadora que legitima el statu quo, en detrimento del análisis, la crítica, la contextualización y la transformación del Derecho.

Lo anterior, por cuanto el contenido del Derecho se presenta en términos de neutralidad o asepsia respecto del contexto, lo que fortalece la tendencia a la adhesión ciega de un contenido formal del mismo, bajo la excusa del carácter normativo de la dogmática que se centra en el estudio de la norma como marco epistémico y no en la realidad social; con lo anterior se excluye la discusión sobre principios, valores y justificaciones, por considerarlos ajenos al ámbito jurídico. Esto abona el terreno para la consideración de la ley como válida per se, lo que dificulta en grado sumo la conexión entre la ley, soluciones normativas y valores de conveniencia social, política o económica.

En esta práctica el estudio de asignaturas como política, jurisprudencia o derecho judicial, filosofía del derecho, economía política, sociología o historia, ocupan lugar secundario destinado a solventar dudas o puntos oscuros que puedan desprenderse de la exposición del sistema o de las teorías generales; sirven de barniz y de cultura general que complementa el carácter central del aprendizaje de la legislación codificada estatal.

El contenido de la enseñanza se centra en el positivismo formalista, en donde la investigación, la discusión interdisciplinaria, el estudio y crítica de la labor judicial están por fuera del modelo. Esto explica el énfasis en el estudio de la legislación privada estatal como *summum* y dato fijo y, en consecuencia, el poco interés por abordar el estudio y comprensión de otros ámbitos jurídicos que lo revitalice como las prácticas anglosajonas, a nivel internacional y, los usos y costumbres propios de comunidades raizales, a nivel local que, a falta de un aparato formal de reproducción simbólica de sus categorías, se imponen fundamentalmente por vía de efectividad.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> La homogeneidad de la formación de los operadores del Derecho tiene notorios efectos autorreferentes: dada la propensión general a tematizar los problemas en términos exclusivamente

En síntesis, la gran falla de la enseñanza del Derecho, desde la perspectiva del contenido, es que se instruyó sobre legislación en lugar de Derecho, porque no se identificó previamente un concepto sobre el cual centrar la discusión formativa.

Las consecuencias de lo anterior, negativas por demás, son dos clases: la primera consiste en la privatización del fenómeno jurídico y del sistema bidireccionalmente: la identificación del Derecho con las categorías fundamentales de las instituciones civiles clásicas y, la subordinación del derecho público al derecho privado; la segunda, más grave que la anterior, consiste en la de pauperización del Derecho al confundirlo con la ley.

## 2.2. Método de enseñanza

Como consecuencia directa de lo anterior, el método de formación jurídica latinoamericano se fundamenta en la memorización del contenido de las reglas, situación que implica la aceptación acrítica de la racionalidad y coherencia del legislador y por tanto, de la legitimidad de su contenido, en total oposición del análisis, la argumentación y la interpretación de los fenómenos propios del quehacer jurídico.

En esta práctica, el prototipo de académico del Derecho es el de un expositor versado en el discurso legal, glosas y comentarios al texto literal de la norma,<sup>46</sup> que elude cualquier reflexión sobre los fundamentos de la producción normativa y su aplicación contextual, generando un divorcio entre la teoría y la realidad social.

---

formales, las respuestas a las demandas políticas, económicas y sociales son canalizadas principalmente a través de la ley. La solución, claro, es sencilla: basta proveerse de algunos modelos legales provenientes del derecho comparado y trasplantarlos en la cultura jurídica local. El efecto es concluyente: produce un sobredimensionamiento de la eficacia simbólica del derecho a costa de una evaluación seria de la eficacia instrumental de las normas propuestas. GUARDIOLA-RIVERA, Omar. "Un caballero inglés en la corte del Gran Khan", en TWINING, William. *Derecho y globalización*. Uniandes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Siglo del Hombre, Bogotá, 2005, p. 83

<sup>46</sup> Al decir de Germán Palacio, los abogados en nuestro medio tienen la tradición de glosadores y comentaristas normativos; es decir, recogen el texto literal de una normatividad a la cual le agregan una introducción y algunos comentarios; por tanto, esa es la forma como tradicionalmente se hace dogmática en nuestro medio y la mejor manera como los abogados figuran como tratadistas en las librerías. PALACIO, Germán. "La investigación sociojurídica: para desafiar la estéril autocomplacencia profesional", en *Pensamiento Jurídico No. 6, Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1996, p. 5.



### 2.3. Modelo pedagógico

En la tradición romano-germánica, el modelo pedagógico ilustrado de la enseñanza del Derecho está centrado en la formación sobre las instituciones propias del derecho privado y, por tanto, reproduce el carácter hegemónico y excluyente civilista inherente a ellas, impidiendo la apropiación de un campo jurídico conceptual diverso, amplio y crítico. En tal sentido, proyecta un modelo de abogacía y una cierta imagen de profesional que establece jerarquías entre las distintas áreas del Derecho.

Finalmente y al decir de Courtis, el modelo pedagógico de la enseñanza jurídica en América hispana, al centrarse en las instituciones propias del derecho privado, generó que el capital jurídico se concentrara en los sectores más pudientes de la población, defensores de la gran empresa y de los conglomerados económicos, en detrimento de los sectores sociales menos aventajados y sin consideración con la problemática existencial de las clases marginales, situación que agrava la desigual distribución de la riqueza.<sup>47</sup>

Lo cierto es que más allá de los efectos sociales de desigualdad que este cuadro implica, el ejercicio de la profesión de abogado, hoy más que nunca y como consecuencia del proceso globalizador, se encuentra fuertemente vinculado con el rendimiento económico, en razón de la evaluación costo-beneficio en el empleo de ciertas estrategias de defensa de los intereses del cliente, en donde la alta ineficiencia del aparato judicial propicia la solución de controversias por otros medios previamente pactados como el arbitraje o, a encomendar la solución del conflicto a tribunales extranjeros que, en la evaluación patrimonial, ofrecen mayores garantías.

Consecuencia de lo anterior es que el modelo la enseñanza jurídica latinoamericana en general, y la colombiana en particular,<sup>48</sup> a pesar de las transformaciones actuales, se ha ceñido a la repetición ordenada y memorística de la codificación europea privatista y reproduce los cánones del formalismo jurídico europeo

---

<sup>47</sup> COURTIS, Christian. “Enseñanza jurídica y dogmática en el campo jurídico latinoamericano: apuntes acerca de un debate necesario”, en GARCÍA VILLEGAS, Op. cit., p. 84.

<sup>48</sup> En este sentido es ilustrativa la obra de GAITÁN BOHÓRQUEZ, Julio, *Huestes de Estado. La formación de los juristas en los comienzos del Estado Colombiano*. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 2002, la cual describe los planes de estudio de Derecho del siglo XIX, que luego fueron adoptados oficialmente por el Estado colombiano en el siglo XX, lo que constituyó una obligación legal para las Escuelas de Derecho. En la actualidad, muchas universidades colombianas, a pesar del mandato constitucional de la *autonomía universitaria*, persisten en tal práctica formativa.

decimonónico que dio especial preponderancia a la aplicación acrítica y ahistórica de la normatividad.<sup>49</sup>

## CONCLUSIÓN

Para superar los defectos señalados de la enseñanza ilustrada del Derecho en América latina y en Colombia en particular: el contenido, el método y el modelo pedagógico y a fin de ejercer tan especial actividad en el contexto contemporáneo, no basta con concebirlo como marco jurídico para práctica discursiva-normativa, por cuanto esta afirmación equivale a reconocer la dura realidad a la que nos enfrentamos, en dos aspectos: el primero, su desconocimiento; el segundo, la resistencia a su implementación, porque esto equivale a dejar sin piso una tradición fuertemente arraigada en la conciencia jurídica de esta parte del globo terráqueo.

Como si lo anterior fuera de poca monta, esta nueva conceptualización del fenómeno jurídico requiere construir una sólida cultura jurídica con un profundo conocimiento de la Constitución como marco axiológico-normativo de convivencia y, sobre todo, con una gran pericia en el manejo de nuevas formas de interpretación normativa como la proporcionalidad y ponderación contextualizada, para solucionar los conflictos entre principios, valores o reglas, lo cual sólo es posible lograr en la medida en que se reformulen los métodos de su enseñanza.<sup>50</sup>

Se propone no sólo cambiar el paradigma jurídico tradicional por un nuevo concepto que lo entienda como fenómeno social normativo, complejo, dinámico, histórico y abierto, cuyos fundamentos epistemológicos se encuentran en la necesidad de responder las preguntas sobre el qué (contenido), el cómo (validez), el para qué (eficacia), el por qué de su obediencia (legitimidad) y en dónde (contexto). Sino, también, su forma de enseñanza. Por cuanto el Derecho tiene como propósito ofrecer certeza y seguridad en la sociedad en que se desarrolla. Al ordenar y regular, mediante normas generales de forzoso y obligatorio cumplimiento, pretende materializar un cierto ideal de orden justo que garantice estabilidad y continuidad en las instituciones y prácticas sociales, públicas y privadas.

Por ello, se propone que las facultades de Derecho sean un escenario académico de análisis reflexivo idóneo para que desde lo local se intervenga en la redefinición de lo público; en la reformulación de los mecanismos de reproducción del campo

---

<sup>49</sup> LÓPEZ MEDINA, Op. Cit., pp. 218 a 224. En igual sentido, GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 88 y ss.

<sup>50</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 2005.

normativo y en la consolidación de nuevos operadores jurídicos en nuestro medio para que, abiertos a las tendencias y al rol que cumplen las instituciones jurídico-políticas en las transformaciones propias de la sociedades modernas<sup>51</sup> y contemporáneas, contribuyan de manera significativa a fortalecer y promover condiciones reales de estabilidad institucional, de convivencia pacífica y de solución a los problemas sociales actuales y se conviertan en alternativas reales de transformación del contexto.

Lo anterior, sólo es posible en la medida en que las personas al frente de tales unidades académicas y el estamento directivo universitario sean conscientes de la necesidad de insertarse en el contexto local-global de las sociedades contemporáneas. Para tal fin, es menester adecuar los planes de estudios, metodológica y conceptualmente, desde los siguientes aspectos: la teoría, la política, la interpretación y aplicación y, finalmente, desde la fundamentación filosófica, a fin de que esta nueva reconceptualización haga explícita la necesidad e importancia de promover la exploración, el análisis y la construcción permanente de temáticas de estudio e investigación acerca del fenómeno jurídico, su origen, objeto, desarrollo, interpretación, aplicación específica, y la correlación existente entre éste y otros campos del saber.

Reformular la enseñanza del fenómeno jurídico desde el contenido implica cambiar de paradigma teórico en que se ha fundado su enseñanza; pues, el nuevo impone reconocer que la esencia del Derecho se encuentra íntimamente ligado a una concepción de justicia y moralidad pública, propias de cada sociedad, asumidas como manifestación originaria de la voluntad soberana en el acto fundacional consensuado, y consagradas en el texto constitucional, que justifican y garantizan la estabilidad institucional.<sup>52</sup>

Transformar el contenido del Derecho desde la Justicia originada en la Carta Constitucional implica entenderla como el fundamento de las reglas del juego, consensualmente elaboradas y públicamente aceptadas que, de una parte, de

---

<sup>51</sup> LOPEZ MEDINA, Op. cit., p. 194 a 197.

<sup>52</sup> No es volver a los principios universales unitarios e inmutables propios del iusnaturalismo teológico ni quedarse en la simple forma de los procedimientos consensualistas. Por el contrario, es fundamentar la corrección material del Derecho en aquellos principios de moralidad públicamente compartidos por la comunidad a la que se aplica y que parten, como lo señala Kaufmann, del ser humano, no en el sentido puramente empírico o de nouménico, sino como persona humana, es decir, como el conjunto de relaciones y situaciones históricas, sociales y culturales en que se encuentra con otros semejantes y con la realidad. KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del Derecho en la posmodernidad*. Temis, Bogotá, D.C., 1998, p. 68 a 72.

sustancia a un orden justo, cuya materialización consiste en una equidad compensatoria que conserve el equilibrio concreto de condiciones económicas, políticas, sociales, culturales y normativas; y de otro lado, potencie los planes de vida individuales orientados hacia un proyecto de vida común, fin de la organización política.<sup>53</sup>

Lo anterior, sólo será posible en la medida en que las Escuelas de Derecho reconozcan y formen sobre la imperiosa necesidad de pasar del paradigma legal de la validez formal de las normas, al de la corrección jurídica sustantiva, por cuanto el Derecho tiende a concretar, formal y materialmente, el orden justo establecido en el acto constituyente.<sup>54</sup> En esta medida se superará el formalismo histórico y se propiciará la renovación, en el entendido que el ordenamiento normativo es sujeto de un doble control: uno formal que condiciona la validez y vigencia de la ley y otro sustancial que condiciona su contenido material y eficacia y, ambos sumados, determinan su legitimidad, es decir, el pleno reconocimiento de la corrección material del mismo.<sup>55</sup>

Ahora bien, el reto de las Facultades de Derecho en la reformulación de los planes de estudio, desde la Política, consiste en reconocer la relación dialéctica y agónica entre Política y Derecho en el acto fundacional, la cual sólo se supera a través de la democracia.

Así, deberá integrarse en tales planes el análisis profundo sobre la democracia como elemento legitimador del orden político, social y del Derecho, de forma que aquella, por su vinculación con el origen del Texto Constitucional en donde se plasma una concepción de democracia, se convierta, no sólo en factor de legitimación del nuevo orden, sino también y, sobre todo, en fundamento de deslegitimación de las decisiones de las autoridades públicas, incluidas las del legislador, contrarias al orden justo, así coyunturalmente cuenten con el respaldo del mayoritario,<sup>56</sup> de forma tal que se garantice que las actuaciones de las autoridades, públicas y privadas, quedan subordinadas a la concreción del orden justo.<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> RAWLS, Op. cit., p. 62-72. En igual sentido y, desde una perspectiva crítica del Derecho, OST, François, et. al. *Elementos para una teoría crítica del Derecho*. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá D.C., 2001, p. 235 – 250.

<sup>54</sup> HOFMANN, Op. Cit. 2002, p. 251-270.

<sup>55</sup> ALEXI, Op. Cit., pp. 123–126 y HABERMAS. Op. cit., p. 92.

<sup>56</sup> Ibid, pp. 200–236. KAUFMANN. Op. cit., p. 516–582 y, RAWLS, John. *Liberalismo político*. Crítica, Barcelona, 1996, p. 238–240.

<sup>57</sup> Como lo señala Habermas, la reducción de la democracia a puro procedimiento que reglamenta la competencia entre élites, pero que prescinde de toda discusión pública sobre los fines propios de

La reformulación de los planes de estudio de Derecho, para entenderlo como marco jurídico para la práctica discursiva-normativa, impone a las facultades de Derecho, desde la Interpretación y Aplicación, revitalizar el papel de la jurisdicción, en el sentido de pasar del paradigma positivista-formalista según el cual el legislador, considerado racional e infalible, al expedir la ley se convierte en depositario y único autorizado para desarrollar la concepción pública de justicia y el juez; entonces, se limita a pronunciarla, al paradigma opuesto que considera que es el juez, al hacer una interpretación constructiva de la ley en el marco de la Constitución, es quien debe materializar y consolidar creativamente el concepto de justicia sustantiva emanada, no del legislador sino del soberano que lo incorporó en el Texto Constitucional.<sup>58</sup>

Este cambio requiere reconocer que el juez, en especial los tribunales constitucionales, en el ejercicio autónomo e independiente de su función pública,<sup>59</sup> al revisar, no sólo las formas y las condiciones de sujeción de la ley a la Constitución, sino, también, el impacto que ellas produce, se convierta en garante de la efectividad del Orden Justo<sup>60</sup> y de la materialización de los principios en que este

---

esta, puede ser una buena descripción de la realidad funcional de los sistemas representativos occidentales, pero olvida elementos normativos consustanciales a la idea de democracia. HABERMAS. Op. cit., p. 200–236. En igual sentido véase a VELASCO ARROYO, Juan Carlos. *La teoría discursiva del Derecho. Sistema Jurídico y democracia en Habermas*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, P 36.

<sup>58</sup> En la perspectiva constructivista del Derecho, se considera que en las sociedades contemporáneas éste no es simplemente la expresión monolítica del ejercicio derivado de la soberanía en forma autónoma e infalible por el legislador, sino que representa la experiencia contradictoria de la vida en comunidad. De allí que resulte evidente que el juez, para ser la voz de la ley, tiene necesariamente que hacer una elección entre las diversas opciones interpretativas, que no pueden ser actuadas con criterios puramente legales, sino meta o extrajurídicos, de valor, de carácter ético, ideológico o más, generalmente, político. SOUZA, Op. cit., p. 134–135.

<sup>59</sup> Frente a la tradicional concepción liberal-positivista de la imparcialidad, neutralidad y asepsia del juez en su función de impartir justicia conforme al dictado de la ley mediante una interpretación exegética de su texto, surge en el ámbito del Derecho Constitucional contemporáneo claridad respecto del papel político que cumplen los jueces, sobre todo en los Juicios de Constitucionalidad. De un lado por cuanto no puede desconocerse que la judicatura es, en esencia, una de las funciones del ejercicio del poder político y, de otro, por cuanto el juez, al dictar Sentencia subsume en el texto abstracto de la ley la realidad social y cultural del caso particular. De allí que hoy se acepte que el juez en general, y en especial el de Constitucionalidad, realiza un ejercicio político por cuanto la decisión que adopta debe fundamentarse en el concepto metajurídico de justicia real, cuyos atisbos iniciales han sido dados por el órgano legislativo o constituyente, al plasmar en la ley y en la Constitución Política un contenido de justicia. Véase, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La jurisdicción constitucional en España*. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Santafé de Bogotá, 1999, p. 68 y RAWLS, John. *The Idea of Public Reason Revisited*. Collected Papers. Harvard University Press, Cambridge, 1999, p. 575.

<sup>60</sup> ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea*. Gredos, Madrid, 1993, 1137b15 – 35; 1138a.

se funda, frente al legislador y al ejecutivo, aunque en su práctica, y sin que signifique activismo o intromisión en la órbita de competencia de otras autoridades públicas, tengan que alejarse, por vía de una interpretación creativa, de su texto escrito.<sup>61</sup> Se propone, entonces, entender que en el marco del nuevo Derecho, el legislador tiene la preferencia., pero el juez la supremacía para determinar el Derecho, es decir, para pronunciar, no la ley, sino la Justicia.

Finalmente, el reto de las Facultades de Derecho, en la perspectiva planteada, requiere que desde la fundamentación filosófica, reformulen el papel de la teoría y la dogmática jurídicas para justificar la eficacia normativa mediante la explicitación de las razones de validez y legitimidad<sup>62</sup> del fenómeno jurídico.

En el anterior sentido, la propuesta implica que las Escuelas de Derecho deben asumir la función crítica de formar en la capacidad de descubrir la norma inválida, por razones sustantivas o formales; en la innovación destinada a la definición de nuevos principios y la elaboración de nuevas garantías y condiciones de eficacia, cada vez más vinculantes; y, por último, en el análisis sobre el fundamento metaético del ordenamiento jurídico, derivado de la Constitución, constitutivo del talante social y normativo de la convivencia.<sup>63</sup>

Ahora bien, para superar el defecto sobre el método de enseñanza, el reto de su estudio para la nueva formación de operadores jurídicos, consiste en la consolidación de la práctica investigativa, entendida en dos sentidos: de una parte, como la contrastación permanente entre el contenido jurídico y la realidad social

---

<sup>61</sup> La actividad judicial está caracterizada por los siguientes vectores: un poder real e independiente, orientado a garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos mediante las correcciones de los márgenes de desviación e ilegitimidad jurídico-políticas y, al mismo tiempo, un cauce de expresión y reivindicación de los derechos formalizados pero irrealizados e, incluso, de derechos no formalizados. IBÁÑEZ, Andrés, citado por SOUZA, Op. cit., p. 182.

<sup>62</sup> La legitimidad de una regla, señala Habermas, es independiente de su imposición o implementación fáctica. Pero a la inversa, la validez social y el seguimiento fáctico de las normas varía con la fe en su legitimidad por parte de los miembros de la comunidad jurídica, y esa fe se apoya a su vez en la suposición de legitimidad, es decir, de la fundamentabilidad de las normas de que se trate. De allí la necesidad de establecer una relación entre derecho, moral y política. HABERMAS. Op. cit., p. 92.

<sup>63</sup> La filosofía del Derecho de las generaciones venideras, escribe Kaufmann, no tendrá rasgos posmodernos irracionales, místicos, ni tampoco estará caracterizada por un creciente ascenso de la razón formal, técnica, funcionalista; más bien, deberá recordar su tarea original, esto es, dar respuestas a los interrogantes sobre: la diferencia entre Derecho y entuerto; las condiciones que requiere una sociedad bien ordenada; los fundamentos para una paz duradera; los bienes, posibilidades y cargas que cada uno recibirá como propios; la medida de justicia que a los humanos es posible realizar. KAUFMANN. Op. cit., p. 71. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. 4a Edición, Taurus, Madrid, 2003, Tomo I, p. 69-75. En igual sentido, ALEXY, Op. cit., p. 94- 99

que pretende ordenar y regular. De otra, como la búsqueda de nuevos horizontes de las relaciones problemáticas y de soluciones originales que posibiliten el efectivo cumplimiento de su función política, social y cultural y, en especial, de la preservación del orden justo, la promoción de la dignidad de la persona humana y de los derechos que de ella dimanar, pues una cultura que no investigue está condenada a rezagarse frente al desarrollo y la evolución de hoy.

A fin de desarrollar tal práctica, se requiere la implementación de nuevas técnicas o didácticas formativas, como la clase activa,<sup>65</sup> el seminario alemán<sup>66</sup> y el estudio de casos,<sup>67</sup> entre otros, integrados a las nuevas tecnologías de la información, todos ellos tendientes a fortalecer la discusión, el análisis y la reflexión sobre un fenómeno social, dinámico y abierto que para su inserción en un caso concreto a solucionar, no se enfrenta a una sola alternativa unidireccional, sino, que hay que asumir, racional, razona y argumentativamente, una, en aras a la consolidación del orden justo establecido en el acto fundacional.

Finalmente, desde la óptica del modelo pedagógico, la nueva formación de operadores jurídicos debe estar contextualizada, dinámica y reflexivamente, al proceso globalizador y sus exigencias, entendido éste como la tendencia hacia la comprensión de los fenómenos locales como un todo global, lo que obliga a mirar con especial atención la forma como los conjuntos normativos estatales se articulan entre sí y forman profesionales con especial sensibilidad en aspectos de gran impacto a nivel mundial, como la problemática de la democracia, los derechos humanos, la preservación del medio ambiente, la movilidad de los factores de la producción y el aseguramiento de los derechos propiedad sobre innovaciones

---

<sup>64</sup> La clase activa es una metodología que consiste en que el profesor, a partir del planteo de una teoría o situación, genera en los estudiantes, a través de preguntas críticas, el análisis, la reflexión y el diálogo entre los diversos actores que se encuentran en la sesión.

<sup>65</sup> El Seminario Alemán es una técnica para profundizar en el conocimiento, en la cual los participantes (estudiantes) llegan a la sesión con el tema estudiado y analizado para poder abordar con seriedad la discusión sobre el mismo. Implica el reparto entre los asistentes de diferentes roles o papeles a desarrollar, tales como el de relator o expositor del tema, el correlator o contradictor del mismo, el seminarista simple que debe aportar algo al tema de estudio, debatir analíticamente sobre el mismo y, finalmente un protocolante que debe llevar par la próxima sesión el protocolo o acta sobre lo tratado.

<sup>66</sup> El estudio de casos consiste en la descripción, real o ficticia de una situación, a fin de encontrar alternativas de solución a la misma. Implica realizar una serie de etapas concretas, como el nombramiento de un moderador que coordine la lluvia de ideas, la integración de las misma en núcleos gruesos, la identificación del problema central o básico, la separación entre lo que se sabe y lo que se desconoce, a fin de analizar lo conocido e investigar lo desconocido que debe presentarse por escrito en la sesión siguiente.

tecnológicas y bienes inmateriales, en el marco de las relaciones internacionales de comercio.<sup>68</sup>

Esto significa que el nuevo modelo de enseñanza del Derecho implica comprenderlo como una serie de principios, valores y reglas, instituciones y prácticas que, superando los límites fácticos y políticos de los Estados, pretende ordenar y regular relaciones sociales, en el ámbito de lo interno y en el transnacional; es decir, tanto en el nivel de las personas individualmente consideradas, como en el de las relaciones entre los Estados; esto significa que su enseñanza debe partir del análisis, no sólo desde la óptica horizontal, sino, también, vertical, en el entendido que el espectro horizontal supone un nuevo campo de relaciones y, el vertical, una visión diferente del modo de producción normativa.

Sólo así se podrá superar la mitología postilustrada<sup>69</sup> en que cayó su enseñabilidad y este es el reto de las universidades colombianas que tienen dentro de sus misiones la formación jurídica de los operadores del Derecho del futuro, no técnicos en legislación, en el mundo de hoy.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ, Joseph. *La Constitución del Estado Constitucional*. Palestra-Temis, Bogotá, 2004.
- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2ª edición. Gedisa, Barcelona, 1994.
- ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea*. Gredos, Madrid, 1993.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Debate, Madrid, 1998.
- \_\_\_\_\_. *El problema del Positivismo Jurídico*. Fontamara, México, 2004.
- BOURDIEU, Pierre. Et. Al. *La fuerza del Derecho*. Universidad de Los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Siglo del Hombre. Bogotá, 2005.
- CALVO, José. *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativa del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1996.
- CÁRDENAS, Miguel Eduardo (Coordinador), *Modernidad y sociedad política en Colombia*. Ediciones Foro Nacional por Colombia, Bogotá, 1993.
- CASANOVAS Pompeu, et al., editores. *El ámbito de lo jurídico. Lecturas del pensamiento jurídico contemporáneo*. Crítica, Barcelona, 1994.

---

<sup>67</sup> DE SOUZA SANTOS, Boaventura. *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Universidad Nacional de Colombia-ILSA, Bogotá D.C. 1999, p. 48 – 61.

<sup>68</sup> GROSSI, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*. Trotta, Madrid, 2003, p. 39-65.



- DAVID, Rene. Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. Aguilar, Madrid, 1973.
- DE SOUZA SANTOS, Boaventura. *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Universidad Nacional de Colombia–ILSA, Bogotá D.C. 1999.
- DERRIDA, Jacques. “Conferencia dictada en la Universidad de Frankfurt”. En *Información Philosophie*, No. 28. Lörrach, 2000.
- ESCUADERO ALDAY, Rafael. *Positivismo y moral interna del Derecho*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Trotta, Madrid, 1994.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La jurisdicción constitucional en España*. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Santafé de Bogotá, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y libertades*. Trota, Madrid, 1990, p. 67-68.
- FINNIS, John. *Ley natural y derechos naturales*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- GAITÁN BOHÓRQUEZ, Julio, *Huestes de Estado. La formación de los juristas en los comienzos del Estado Colombiano*. Universidad del Rosario. Bogotá, 2002.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- GARCÍA MÁYNES, Eduardo. *Positivismo Jurídico, Realismo sociológico y Iusnaturalismo*. 4ª edición, Fontamara, México, 2002.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, et. al., editores. *Derecho y sociedad en América Latina. Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. ILSA, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2003.
- GROSSI, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*. Trotta, Madrid, 2003.
- HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tecnos, Madrid, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta, Madrid, 1998.
- \_\_\_\_\_, *Teoría de la Acción Comunicativa*. 4a Edición, Taurus, Madrid, 2003.
- HART, H. L. A. *El concepto del Derecho*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.
- HOERTER, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*. Gedisa, Barcelona, 2000.
- HOFMANN, Hasso. *Filosofía del Derecho y del Estado*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del Derecho en la posmodernidad*. Temis, Bogotá, D.C., 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*, 13ª edición, Porrúa, México, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Teoría pura del Derecho*. 12ª edición. Editorial Universitaria. Buenos Aires, 1974.

- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. 2ª edición. Legis-Uniandes, Bogotá, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Legis, Universidad de Los Andes - Universidad Nacional. Bogotá, 2004.
- ONU, UNESCO, *Declaración Mundial sobre educación superior para el siglo XXI*, adoptada por la Conferencia Mundial sobre educación superior. París, 1998.
- OST, François, et. al. *Elementos para una teoría crítica del Derecho*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá D.C., 2001
- PALACIOS, Marco. *Entre la legitimidad y la violencia. Colombia 1975–1994*. Editorial Norma, Santafé de Bogotá, 1995.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid, 1995.
- \_\_\_\_\_. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- PÉREZ PERDOMO, Rogelio, et. al. (compiladores). *La formación jurídica en América Latina. Tensiones e innovaciones en tiempos de globalización*. Universidad Externado, Bogotá, 2000.
- RAWLS, John. *El derecho de los pueblos*. Universidad de los Andes, Santafé de Bogotá, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Liberalismo político*. Crítica, Barcelona, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de la justicia*. 2ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
- \_\_\_\_\_. *The Idea of Public Reason Revisited*. Collected Papers. Harvard University Press, Cambridge, 1999.
- REALE, Miguel. *Teoría tridimensional del Derecho*. Tecnos, Madrid, 1997.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso. *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Trotta, Madrid, 2002.
- SOUZA, María de Lourdes. *El uso alternativo del Derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*. ILSA-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, D.C., 2001.
- TWINING, William. *Derecho y globalización*. Uniandes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Siglo del Hombre, Bogotá, 2005.
- VELASCO ARROYO, Juan Carlos. *La teoría discursiva del Derecho. Sistema Jurídico y democracia en Habermas*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- VILLEY, Michel. *El Derecho romano*. Publicaciones Cruz O., México, 1993.
- ZAGRABELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. Trotta, Madrid, 2005.
- \_\_\_\_\_. *El derecho dúctil*. 3ª edición, Trotta, Madrid, 1999.