

ISSN 1667-4154

# Academia

Año 5 - número 9 - 2007

Revista

sobre enseñanza  
del Derecho



DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES



RUBINZAL - CULZONI  
EDITORES

## DIRECCIÓN

Mary Beloff  
María Laura Clérico

## CONSEJO EDITORIAL

Gonzalo Álvarez  
Martín Böhmer  
Mónica Pinto  
Juan Seda  
Guillermo Treacy

### Colaborador del Consejo Editorial

Sebastián Scioscioli

© Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2004  
Av. Figueroa Alcorta 2265, C1425CKB, Buenos Aires, Argentina  
TEL.: (+54-11) 4809-5668  
CORREO ELECTRÓNICO: [dpublica@derecho.uba.ar](mailto:dpublica@derecho.uba.ar)

ISSN 1667-4154

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin el previo permiso por escrito del Editor.

*All rights reserved. No part of this work may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying and recording or by any information storage or retrieval system, without permission in writing from the publisher.*

Impreso en la Argentina - *Printed in Argentina*

**AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO  
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES**

**DECANO**

Atilio A. Alterini

**VICEDECANO**

Tulio E. Ortiz

**CONSEJO DIRECTIVO**

**CLAUSTRO DE PROFESORES**

*Consejeros Titulares*

Alberto J. Bueres / Alberto Dalla Via / Jorge L. Kielmanovich  
Carlos A. O. Cruz / Osvaldo A. Siseles / Luis Mariano Genovesi  
Daniel Alberto Sabsay / Noemí E. Goldsztern de Rempel

*Consejeros Suplentes*

Tulio E. Ortiz / Enrique N. Zuleta Puceiro / José Osvaldo Casás  
Eduardo Barbarosch / Mary Beloff / Silvia Pinto Varela  
Pedro Di Lella / Andrés Gil Domínguez

**CLAUSTRO DE GRADUADOS**

*Consejeros Titulares*

Alejo Monner Sans / Lilian Lapadula / Jorge Del Azar / Juan Curutchet

*Consejeros Suplentes*

Pablo Yannibelli / Fernando Barrera / Gabriela Castillo / Julio Aren

**CLAUSTRO DE ESTUDIANTES**

*Consejeros Titulares*

Hernán Arce / Daniel Álvarez Vera / Nicolás de la Cruz García / Vanina Uñates

*Consejeros Suplentes*

Rodrigo Guevara / Celia Loperena / Manuel Quinteros / Luciana Gallardo

**Secretario Académico:** Gonzalo Álvarez

**Secretario de Hacienda y Administración General:** Alejandro Gómez

**Secretario de Investigación:** Eduardo Barbarosch

**Secretario de Extensión Universitaria:** Juan Pablo Mas Velez

**Subsecretario Académico:** Sergio Brodsky

**Subsecretario de Hacienda y Administración General:** Luis Mateo Barreiro

**Subsecretario de Extensión Universitaria:** Amelio Bedini

**Subsecretario de Vinculación Ciudadana:** Aldo C. Gallotti

**DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES**

**Directora:** Mary Beloff

**Subdirector:** Pablo Perel

**Secretaria:** Malvina Zacari

# ÍNDICE

---

*Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*  
Año 5, número 9, 2007, ISSN 1667-4154

---

Presentación Academia 6 7  
Nancy CARDINAUX

## **Doctrina**

En torno a la enseñanza de la criminología y las ciencias jurídicas en España: una coyuntura y un desafío en el fondo y en la forma 13  
Felipe ABBOTT MATUS

Karl Larenz (1903-1993), especialista en derecho privado durante el nacionalsocialismo y en la Alemania de posguerra 55  
Ralf FRASSEK

La percepción y configuración de los nuevos daños. Reflexiones sobre su inserción en la enseñanza jurídica 77  
Lidia M. R. GARRIDO CORDOBERA

Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho 85  
Juan Antonio PÉREZ LLEDÓ

## **Clásicos**

Sobre la libertad de escribir 193  
Mariano MORENO

El genial joven Moreno y la estructuración del nuevo Estado 197  
Alfredo L. PALACIOS

## **Debates**

Adiós a las revistas jurídicas 213  
Fred RODELL

## **Estudios e investigaciones**

La formación jurídica en procesos de integración regional: el caso de la Escuela de Derecho del Mercosur 223  
Gonzalo ÁLVAREZ

Formar docentes reflexivos. Una experiencia  
en la Facultad de Derecho de la UBA 235  
Rebeca ANIJOVICH, Graciela CAPPELETTI, Silvia MORA  
y María José SABELLI

*A formação do jurista e o compromisso  
com a construção da cidadania* 251  
Angélica L. CARLINI

La programación. Aportes para la enseñanza del Derecho 279  
Guillermo RUIZ y Marta TENUTTO

### **Actualidad universitaria**

Filosofía de la evaluación de la universidad. Notas sobre  
metodología cualitativa en la investigación jurídico-educativa 299  
Elvio GALATI

La evaluación de la enseñanza del Derecho. Análisis  
comparativo de los resultados obtenidos en los operativos  
de evaluación correspondientes a los años 2004 y 2005 359  
Guillermo RUIZ

### **Bibliográficas**

Reseña bibliográfica sobre *Las razones de la producción del Derecho:  
argumentación constitucional, argumentación parlamentaria  
y argumentación en la selección de jueces*, Nancy Cardinaux,  
María Laura Clérico y Aníbal D'Auria, Departamento  
de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad  
de Buenos Aires, 2006 385  
Martín ALDAO

Reseña bibliográfica sobre *Rousseau: su crítica social y su propuesta  
política (una lectura actual y libertaria)*, Aníbal D'Auria, La Ley,  
Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2007 389  
Leticia J. VITA

## Presentación Academia 6\*

NANCY CARDINAUX\*\*

Estamos aquí para presentar el número 6 de *Academia*, la Revista sobre enseñanza del Derecho de esta Facultad, que tiene la particularidad de ser el primer volumen temático de esta serie, y que está dedicado al género en la enseñanza del Derecho. Por mi parte, he pensado este número de la Revista como un texto que, como todo texto, tiene contexto. El primer contexto de *Academia* que me interesa marcar es el de esta Facultad, que, a través de su Departamento de Publicaciones, edita la revista. Parece natural que ésta, la Facultad de Derecho más grande del país y, por otra parte, una de las unidades académicas mayores de toda la Universidad, publique una revista en la que se tematice su función primordial: la enseñanza del Derecho, tendiendo de esta manera un puente con respecto a su otra función, la de investigación. Porque más allá de que la revista tiene una sección especial llamada Estudios e Investigación, podemos observar que toda la publicación comprende resultados de investigaciones pasadas y presentes acerca del proceso de enseñanza y de aprendizaje del Derecho. Esto que parece tan natural –que esta Facultad edite esta revista– tardó mucho en suceder, como casi todo lo que parece tan natural. Decía Cortázar en uno de sus cuentos: “Parece todo tan natural, como siempre que no se sabe la verdad”. Y la verdad en este caso es que lo más cercano es lo que más tardamos en descubrir, en problematizar, en criticar. Y de hecho tal vez si esta revista se hubiera fundado antes, hubiera tenido corta vida porque no hace mucho tiempo

\* Este texto fue leído en el acto de presentación de *Academia* nro. VI. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires realizado el 17 de abril de 2007 en el Salón Rojo de la Facultad de Derecho de la UBA.

\*\* Doctora en Derecho, investigadora adjunta del CONICET, y profesora adjunta regular de la Facultad de Derecho de la UBA y de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

## PRESENTACIÓN ACADEMIA 6

NANCY CARDINAUX

que tenemos líneas definidas de investigación que tomen a la enseñanza del Derecho como objeto. No estoy diciendo que no contemos con antecedentes importantes en este tema, pero esos antecedentes solían ser reflexiones más o menos iluminadas, más o menos felices de profesoras y sobre todo de profesores de Derecho que construían generalizaciones empíricas sobre la base de sus propias prácticas. No había sin embargo líneas de investigación conformadas por equipos institucionalizados que pudieran contribuir a una publicación de este tipo. Siempre se puede pensar que una revista hubiera generado esas líneas pero creo que sabemos que esto era altamente improbable.

El segundo contexto que quisiera mencionar es el que media entre el ámbito institucional y la revista como objeto cultural, y está conformado por un equipo de trabajo que ha emprendido y lleva a cabo la labor de edición de *Academia*. Fundar y sobre todo sostener una revista están entre las tareas que deben tener una mayor probabilidad de fracaso en nuestro medio, un medio plagado de solitarios números 1 de revistas sobre las más diversas temáticas. El número 1 fue por lo tanto una gran alegría pero quienes queremos a la revista y supongo que también quienes la editan, temblábamos. Llegar al número 2 fue un alivio, porque significaba que se había superado el peligro de quedar en ridículo o, peor aún, a que tanto esfuerzo hubiera sido puro fuego de artificio. El número 3 suele vivirse como un auténtico triunfo y en este caso fue cuando se vio que la revista tenía clara consistencia y que había venido para quedarse. Por eso en el 4 siempre se corre el riesgo de dormirse en los laureles, pero por suerte el riesgo se superó con un muy buen volumen. El 5 ya parecía mucho y si bien no me consta, supongo que los involucrados en la edición de la revista deben haber cobrado extrañas apuestas que hicieron con gente que pensó que estaba apostando sobre seguro porque ¿cómo podía ser que esa revista diera para más de cuatro números? Con buen tino, en el 6 se creyó que ya la revista había tomado la suficiente autonomía como para permitirse una alteración del formato, creando esa suerte de híbrido entre el libro en colaboración y la revista, que es el número temático. Alteración que está destinada a institucionalizarse, intercalándose con los números no temáticos. Este número 6 es el que estamos presentando y desde luego ya está saliendo, el número 7, que en esta secuencia que estoy marcando supongo nos llevará

a todos a emprender algún ritual laico sustituto a la caminata a Luján, que espero involucre algo más cercano que el Monumento a la Bandera en Rosario.

Hablando ahora un poco en serio, llevar adelante esta revista exige por supuesto un gran esfuerzo para el que no hay vacaciones. Cuando se acaba de editar un número ya está la presión del siguiente y esto desde luego merece nuestro reconocimiento para quienes lo hacen. Encender el fuego es una tarea compleja, pero cuidar que no se apague siempre requiere de una constancia mucho más difícil de encontrar.

El tercer y último contexto que quisiera marcar es el propiamente textual, el de la revista consigo misma. Ya he dicho que este número cuadra perfectamente con los anteriores. A lo largo de todos ellos se ha ido constituyendo una suerte de diálogo que ha profundizado nuestra curiosidad inicial acerca de las prácticas de enseñanza y aprendizaje. Cuando hablo con otros profesores acerca de la revista, recuerdo aquel tránsito que marcaba Paulo Freire desde la curiosidad natural que todos tenemos hacia esa otra curiosidad epistemológica; este tránsito es facilitado por un docente. Y la revista ha hecho docencia con nosotros, ha guiado nuestra curiosidad por mejores caminos, y espero que también nos haya ayudado a ser mejores docentes porque, nuevamente citando a Freire, es descubriendo nuestra “educabilidad” como aprendemos que se puede enseñar.

Para terminar, si tuviera que definir a esta revista le robaría un par de figuras, subvirtiéndolas por supuesto, a un corto poema de Alejandra Pizarnik. Leo el poema primero sin más justificativo que su extrema belleza aunque también creo que en el curso de estas jornadas se han pensado varias fronteras inútiles, que es el título que lleva el poema.

#### Fronteras inútiles

un lugar  
no digo un espacio  
hablo de  
qué

hablo de lo que no es  
hablo de lo que conozco

PRESENTACIÓN ACADEMIA 6

NANCY CARDINAUX

no el tiempo  
sólo todos los instantes  
no el amor  
no  
sí  
no

un lugar de ausencia  
un hilo de miserable unión.

Puedo subvertir las palabras de Pizarnik pero no tengo su capacidad de síntesis porque no me ha sido dado el don de la poética metafórica, diré que la revista no es un lugar, sino un espacio.

Es una presencia que ilumina las injustificadas ausencias.

Es una colección siempre inacabada de instantes que resiste contra un tiempo que pretende concluirla.

Es una frontera útil que acaso nos ayude a deshacernos de algunas de las tantas fronteras inútiles que nos atrapan.

Es, en definitiva aunque sin final, un “religamiento” con la tarea docente, un hilo de generosa unión con nuestros alumnos, con nuestros pares y con el profundo, delicado y necesario sentido que cobra enseñar Derecho en una sociedad cada vez más injusta.

A todos los que hacen la revista, gracias por cuidar que el fuego no se apague, gracias por la revista.

Doctrina



## **En torno a la enseñanza de la criminología y las ciencias jurídicas en España: una coyuntura y un desafío en el fondo y en la forma**

FELIPE ABBOTT MATUS\*

El actual escenario en materia de estudios de la criminalidad y la delincuencia es halagüeño. Puede resultar una broma un tanto macabra, pero de un tiempo a esta parte se han consolidado los escenarios de “lucha contra el crimen”, “guerra total”, tanto a las drogas, al terrorismo, como en sus variantes más de a pie como es la de “tolerancia cero”, que no es otra cosa que una guerra total a las pequeñas infracciones de la convivencia cívica urbana, tensiones en las fronteras producto de flujos migratorios, asociados inconsciente o deliberadamente a índices de delincuencia.

A ello se suman nuevas tecnologías idóneas para la comisión de nuevos y peligrosos crímenes –cibercrímenes–, la aparición –y consolidación en la opinión pública de la preocupación por ellos– de nuevas formas de violencia –nuevas en el sentido de su visibilidad, no de su existencia–<sup>1</sup> como son los casos de violencia doméstica y acoso escolar, en fin, el temor, ya sea al delito o simplemente el miedo abstracto derivado de la vida en esta sociedad nuestra de la modernidad tardía en donde se diluyen las seguridades y se buscan desesperadamente certezas –y chivos expiatorios–, obliga a las diferentes agencias participantes u operadores

\* Doctor en Historia Económica, Universidad de Barcelona.

<sup>1</sup> O bien en el sentido de “descubrimiento”, que, en último término, apuntando a prácticamente lo mismo, plantean SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO en “La Paradoja del Descubrimiento de la Criminología en España”, en *La Ciencia del Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Doctor José Cerezo Mir*, Tecnos, 2002, pp. 1615-1658.

EN TORNO A LA ENSEÑANZA DE LA CRIMINOLOGÍA Y LAS CIENCIAS JURÍDICAS EN ESPAÑA: UNA COYUNTURA Y UN DESAFÍO EN EL FONDO Y EN LA FORMA

FELIPE ABBOTT MATUS

del sistema penal –en sentido amplio– a nutrirse desesperadamente de información, indicadores y modelos explicativos tanto para el diseño de sus planes de prevención, de represión o simplemente como necesidad estratégica en el contexto del debate público.

A lo anterior se suman los importantes procesos de reforma de los sistemas de justicia criminal, no circunscritos ni a Latinoamérica ni a los poderes judiciales, sino que se amplían hacia otras regiones y se extienden a otros entes partes fundamentales del sistema, como lo son la policía y las agencias responsables del subsistema penitenciario. La discusión sobre los modelos policiales y la privatización de las cárceles es elocuente en este punto.

Es este mismo escenario el que, de esta manera, ha permitido la proliferación de institutos públicos y privados, planes de estudio y alianzas estratégicas que procuran proveer en alguna medida alguno de los insumos demandados por este escenario de emergencia. Así, agencias tradicionales vinculadas a instituciones internacionales de carácter multilateral, organismos de gobierno y universidades han observado cómo aparecen nuevos entes, nuevos organismos, nuevas instituciones (algunas de carácter internacional), redes, institutos y centros de investigación universitarios, programas de enseñanza, todos ellos vinculados a estudios relacionados con el amplio tema de la conducta desviada, la violencia y la seguridad.

Y éste es el escenario que se le plantea al desarrollo de estudios de criminología a nivel universitario, en cualquier entorno y asociado a cualquier institución.<sup>2</sup>

Esas experiencias –las más antiguas y las más recientes– son referentes inevitables a la hora de trabajar en el diseño, puesta en marcha y evaluación en desarrollo de programas de enseñanza de temas como los ya mencionados.

A todo ello habría que sumar una necesaria preocupación por la incorporación de nuevas técnicas y recursos didácticos. La naturaleza misma de las ciencias penales, tanto las normativas como las que no lo son,

<sup>2</sup> Para someter a una matización estas opiniones, la visión de LAMO DE ESPINOSA, E., "La enseñanza de la sociología de la desviación en España", en *El Derecho y sus Realidades*, Barcelona, PPU, 1989, pp. 291-319.

requieren miradas innovadoras y altamente motivadoras para conseguir en los alumnos no sólo la asimilación de conceptos e información, sino la incorporación de una mirada crítica con capacidad argumentativa, como herramienta o recurso permanente para su desempeño tanto en el mundo laboral como en la vida cotidiana.

En este contexto, aparece como imprescindible hacer una pausa y contemplar el entorno. Así sea para estudiar el camino recorrido, aquilatar la experiencia, tomar aliento y enfrentar los nuevos desafíos.

Sin perjuicio de lo anterior, sobre la marcha vale la pena también plantearnos un par de inquietudes respecto de las consecuencias que puede traer el hecho de que el Derecho tenga una presencia privilegiada en la enseñanza universitaria de la Criminología. Ello en diversos sentidos: por una parte, muchos programas se imparten en el seno de Facultades de Derecho, e incluso compartiendo los espacios propios de las licenciaturas de Derecho.

Además, los programas de Criminología se nutren profusamente de Derecho en cuanto a profesores y departamentos encargados de las asignaturas. Por otro lado, el Derecho Penal y la Criminología, dentro del complejo de las ciencias penales llevan adelante una soterrada lucha por espacios, que, en el caso del diseño de la licenciatura de esta última, se ha manifestado en el establecimiento de responsabilidades y en el planteamiento de los contenidos –y con ello de las áreas de conocimiento llamadas a hacerse cargo de ellos– de la licenciatura. Por ello, es necesario detenerse muy brevemente, al menos, en la relación entre estas dos disciplinas, la Criminología y la Dogmática jurídico-penal, a fin de tener presente ese antecedente como escenario que, en lo inmediato, traerá como consecuencias la determinación de materias y métodos provenientes de la disciplina mejor plantada en el escenario universitario, esto es, el Derecho.

Ello lo haremos en dos momentos u oportunidades, con distintos puntos de vista. El primero, examinando las relaciones mantenidas por la Criminología y el Derecho Penal, a fin de poder visualizar y prever las consecuencias que tal relación ha traído consigo en el campo de las respectivas disciplinas. Luego, nos detendremos a pensar en los alcances que la reflexión sobre la enseñanza de las ciencias jurídicas en general

EN TORNO A LA ENSEÑANZA DE LA CRIMINOLOGÍA Y LAS CIENCIAS JURÍDICAS EN ESPAÑA: UNA COYUNTURA Y UN DESAFÍO EN EL FONDO Y EN LA FORMA

FELIPE ABBOTT MATUS

puede tener a la hora de pensar en la enseñanza de una ciencia tan íntimamente ligada al Derecho, desde tan variados puntos de vista, como lo es la Criminología.

Sin perjuicio de lo anterior, en este breve estudio lo que proponemos es llevar a cabo un rápido vistazo al estado de cosas en cuanto al escenario universitario en sentido amplio, y español en sentido más estricto; escenario en donde se insertará una nueva criminología universitaria, vistazo a partir del cual podremos analizar los desafíos de la enseñanza de esta nueva criminología universitaria haciéndonos cargo de puntos concretos en cuanto a métodos de enseñanza y en cuanto a temas que habrán de traducirse en contenidos y asignaturas presentes ineludiblemente en todo currículo de los estudios de criminología en estos tiempos.

MODELOS DE UNIVERSIDAD Y ADAPTACIÓN AL ESCENARIO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN<sup>3-4</sup>

La Universidad está cambiando. Como institución tremendamente susceptible a su entorno, ya sea por las materias a que acomete su labor cotidiana –enseñanza, investigación y difusión científica, cultura–, como por su visibilidad política o sus roles sociales, las tensiones en torno a debates como la subsistencia del Estado de Bienestar, fenómenos como la Globalización o el impacto de las nuevas tecnologías, no le son, en particular a ella, indiferentes.

Ello resulta contradictorio con la creencia más o menos extendida de la inmutabilidad de la Universidad. Como institución, se dice, su respetabilidad está dada por su capacidad para sortear los avatares del destino y los obstáculos de los cambios.

Nuestra opinión, contraria por supuesto a esa creencia, se ve reforzada por las características específicas de los tiempos actuales. Como ya se

<sup>3</sup> Véase COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *The Role of the Universities in the Europe of Knowledge*, Communication from the Commission, Bruselas, 5 de febrero de 2003.

<sup>4</sup> Cfr. GINÉS MORA, José, “Els canvis del model universitari com a conseqüència de les noves demandes de la societat del coneixement”, en *Coneixement i Societat*, 06, 2005, pp. 74-91.

ha dicho, la envergadura de los cambios a que se enfrentan nuestras sociedades –universidades incluidas– nos llevan a concluir que no, esta vez las universidades no podrán sustraerse a ellos. Es más, se puede visualizar un escenario darwiniano de “evolucionar o extinguirse”. Ante un escenario de tamaños cambios, negarse al cambio sería morir.

Pero, ¿de qué desafíos hablamos? y ¿a qué cambios nos referimos? El desafío: la Globalización y la “sociedad del conocimiento”; un primer cambio: un nuevo “modelo de universidad”.

La Universidad se ha desarrollado, ubicándonos en el proceso de su historia sólo a partir del siglo XIX, basada en tres modelos fundamentales: el alemán, conocido también como *humboldtiano*,<sup>5</sup> el francés o napoleónico, y el modelo anglosajón. Las peculiaridades de cada uno de estos modelos tienen relación fundamentalmente con la forma como responden a tres cuestiones, a saber, su orientación última en relación con la búsqueda y la generación de conocimiento, los énfasis que ponen en la preparación de quienes pasan por ella, y como consecuencia de lo anterior, lo que podríamos traducir como su relación, más o menos permeable, con el mercado laboral.

En otros términos, por ejemplo, la Universidad alemana se esfuerza en formar personas con amplios conocimientos, convencida –idealista-mente– de que suministrar personas altamente formadas permitiría el desarrollo de la sociedad por sí misma. Está de más decir que este modelo no prestaba demasiada atención a lo que podía llamarse la demanda profesional específica de sus egresados, es decir, no tomaba decisiones teniendo a la vista el mercado laboral.

Por el contrario, al modelo napoleónico podríamos caracterizarlo como un modelo de formación del “funcionariado”. En otras palabras, la generación de conocimiento universal no es lo relevante, sino que lo es preparar y suministrar el personal idóneo para participar en tareas de la administración del Estado. Resta decir que este modelo está orientado por énfasis distintos, en el sentido de que vuelca su atención íntegramente a la colocación de sus egresados en el mundo del trabajo, suministrándoles una preparación idónea únicamente desde el punto de vista de las tareas que éstos desempeñarán en su profesión.

<sup>5</sup> O *Bildung*, en el original.

Por último, el modelo anglosajón se basa en la formación de personas que satisfagan las necesidades tanto del Estado como de las nacientes empresas de la Revolución Industrial. Ello llevará a este modelo a desarrollarse muy armoniosamente juntamente con el desarrollo económico de los primeros tiempos del liberalismo económico, y extenderse allí donde se extendió el dominio e influencia británicas.

A estas alturas, es difícil decir que existan todavía universidades –viables– basadas únicamente en uno de los modelos anteriormente citados. Claramente las necesidades contemporáneas han obligado a las universidades a buscar en cierto modo modelos mixtos, pero las cuestiones fundamentales siguen siendo las mismas: ¿de qué manera afrontar la labor de generar y promover el conocimiento y la cultura?, ¿qué rol social juega la toma de decisiones de la Universidad en función de la demanda social específica de profesionales en un momento dado? La respuesta es: el conocimiento y el mercado laboral.

Es así como las universidades al fin y al cabo reaccionan exhibiendo tensiones internas entre la búsqueda del conocimiento puro y la promoción de la cultura como vocación –la investigación en ciencias duras o en filosofía, el mantenimiento de agrupaciones teatrales experimentales, folklóricas o musicales– que resultan deficitarias económicamente, a compensar con actividades de investigación capaces de tener mercado o lisa y llanamente financiadas por la empresa privada –ingenierías, ciencias biomédicas, agropecuarias, análisis económicos– así como aquellas actividades convocadas por entes gubernamentales u organismos internacionales. Además, se generan ofertas académicas según las perspectivas profesionales, en áreas consolidadas o emergentes, y se mantiene una vigilante actitud respecto de los flujos de estudiantes en los niveles de formación más básico, teniendo en cuenta los niveles de ingreso por matrícula y los costos operacionales –entre otros, el de una planta académica competitiva, de calidad–.

El enfrentamiento en ciertos entornos entre universidades públicas y privadas ha hecho chirriar los goznes de los modelos universitarios llevando las preguntas fundamentales antes mencionadas –el rol e importancia de la búsqueda del conocimiento y la promoción de la cultura, la relación con las demandas específicas del mercado laboral– a un nivel protagónico, puesto que la competencia por el financiamiento, sea pú-

blico o privado, actúa cruelmente a la hora del establecimiento de prioridades institucionales.

El progresivo deterioro de la capacidad de financiamiento del Estado, sin reducir la llamada que a él se le hace a la hora de garantizar el acceso a la educación universitaria, como manifestación concreta –para algunos– del llamado “derecho a la educación”, ha llevado a éste a hacer competir a las instituciones por fondos menguados, y cada vez más disputados.

La naturaleza de todo otro recurso disponible dirige la atención a la cuestión última de las preguntas fundamentales: ¿ofrezco lo que el mercado –laboral, pero no únicamente– pide?, ¿tiene “salida” en este mercado el conocimiento puro, la cultura, sobre todo la minoritaria, precaria, no oficial o incluso marginal, pero que como universidad, creo que es mi deber proteger y promover? Y si no, ¿quién la financia? Si no es financiada, y no puede sufragar su coste la Universidad, ¿es justo que por ello se le prive de una oportunidad? En fin, los matices de tales preguntas son muchos, pero fácilmente reconocibles.

Para todo lo anterior, convengamos en que el esquema básico es el siguiente: en un primer nivel de enseñanza se desarrolla lo que se llama la actividad formadora de carácter “profesionalizante”, suministrando conocimientos en disciplinas más o menos probadamente necesarias en el esquema de demanda del mercado del trabajo. La creación de carreras y áreas de conocimiento habrá entonces de estar determinada por las condiciones de tal demanda.

En un segundo nivel, fundamentalmente, se llevará a cabo la actividad investigadora, que cumplirá con los estándares convenidos por otro mercado, el mercado del conocimiento, amén de satisfacer la específica demanda que recae sobre las universidades en cuanto responsables de la generación y promoción de tal conocimiento, para lo cual desarrollarán programas de posgrado y se concebirán entornos –institutos, centros, grupos y redes de trabajo– adecuados al específico entorno de la competencia por hacerse de recursos, constituidos éstos la mayoría de las veces por fondos concursables. He aquí un esquema simplificado de la estructura universitaria adecuada a un entorno de competencia en el mercado de la educación superior, y es la estructura la que se enfrenta ahora, entonces, a la máxima exacerbación de lo que podían

ser las características dominantes de este mercado: Globalización y “sociedad del conocimiento”.

Comencemos por este último. Si la consolidación de la Universidad moderna vino de la mano de la Revolución Industrial, las características de la era en que nos encontramos puede significar su proyección definitiva hacia el futuro o una pesada carga que, si no se estiba adecuadamente, suponga una hipoteca que condicione severamente el desarrollo y hasta amenace la existencia misma de la Universidad, tal y como la conocemos en estos días.

La tecnología –y su uso creativo– se convierte en el territorio por descubrir, o el campo de batalla en donde se lucha por los sitios de privilegio en la sociedad del futuro. Así Area Moreira (2004: 217-218) nos dice que:

Teniendo en cuenta los intereses y necesidades de una sociedad global, la demanda de formación está creciendo desde múltiples ámbitos y para variados sujetos. Las empresas reclaman trabajadores cualificados en las nuevas tecnologías, surgen demandas formativas desde colectivos de personas mayores, los profesionales deben estar permanentemente actualizando sus conocimientos, los titulados universitarios, cada poco tiempo, vuelven a las aulas a través de cursos formativos de posgrado (...) En definitiva, el incremento cuantitativo de las necesidades formativas está reclamando la creación de nuevas redes y formas de acceso a la enseñanza.

La envergadura y velocidad de los avances científicos actuales, su rápida transmisión e inclusión en procesos varios, su carácter estratégico e indispensable, llevan a poder decir con certeza abrumadora que en los tiempos que corren contar con educación especializada supone no una ventaja sino ya casi una condición. Y esta condición se revela así indispensable no sólo a nivel personal, sino social. La educación es una herramienta de movilidad social –a nivel personal– y de desarrollo –a nivel nacional–, por poner un par de ejemplos. La demanda de mano de obra calificada y la necesaria incorporación de tecnología forman parte inseparable de un modelo absolutamente cristalizado. Podemos reflexionar en torno a otros aspectos que van relacionados con el escenario descrito, como el aumento de la complejidad y la no linealidad de los fenómenos,

la aparición del riesgo, la generación de unas clases sociales –los intelectuales, los tecnócratas– y un ejercicio específico de poder –la subpolítica– que constituyen elementos complementarios del contexto que pretendemos describir, el de la sociedad del conocimiento como correlato natural de otros procesos, como los propios de la modernidad tardía y la sociedad de riesgo, por ejemplo.

La necesidad de adaptación de la Universidad se vuelve crucial. Si logra adquirir la flexibilidad necesaria, su posición natural como principal proveedor del conocimiento y, por ende, del personal calificado, la convierte en protagonista. Pero debe de ser conciente de que debe de administrar esa ventaja con prudencia –dada la velocidad de las cosas– y con una visión de conjunto –dada su complejidad–. Esto último tiene relación con el otro factor, la globalización.

En el marco del fenómeno de la globalización, es necesario sólo puntualizar ciertos aspectos, teniendo en cuenta que mucho se dice y mucho se quiere decir trayendo a colación un concepto ya estas alturas tan “multívoco” como puede ser “globalización”.<sup>6</sup>

La globalización afecta a la Universidad tanto en su constitución como en su sentido, es decir, por una parte, demanda de ella adaptaciones derivadas de un escenario en donde los vínculos internacionales –y su plena operativización, de más está decirlo– devienen imprescindibles. Tanto por el avance de las investigaciones, como la envergadura de éstas –y los recursos que se hacen necesarios para llevarlas a cabo– imponen la construcción de alianzas estratégicas y la colaboración entre centros diversos e incluso muy distantes. La globalización “globaliza” los desafíos y las tareas. Y las respuestas a tales desafíos han de ser “globales”. En cuanto a lo segundo, con ello nos referimos a los objetivos buscados por la Universidad.

Más allá de la investigación –generación de conocimiento puro– el rol de educador de esta última exige que sea conciente de las reorientaciones en los perfiles profesionales. La movilidad de los capitales trae consigo también la movilidad del recurso humano. Los profesionales calificados han de estar capacitados para desenvolverse adecuadamente en una multiplicidad de escenarios, esto es, un escenario global. Las nuevas empresas y negocios globales requieren personal global. Y es así como en el seno

<sup>6</sup> Cfr. BECK, Ulrich, *¿Qué es la Globalización?*, Barcelona, Paidós, 1998, entre otros.

EN TORNO A LA ENSEÑANZA DE LA CRIMINOLOGÍA Y LAS CIENCIAS JURÍDICAS EN  
ESPAÑA: UNA COYUNTURA Y UN DESAFÍO EN EL FONDO Y EN LA FORMA

FELIPE ABBOTT MATUS

de una institución como la Universidad se vive lo que es uno de los puntos esenciales del desarrollo de dinámicas sociales en el contexto de la globalización: el encuentro –y a veces colisión– entre lo global y lo local, que ha llegado incluso a proponer un neologismo que pretende condensarlo, la “glocalidad”. Mientras orienta la educación de sus alumnos y el quehacer de sus investigadores hacia un mundo interconectado a gran velocidad, con flujos de información vertiginosos e intercambios frenéticos y sin fronteras, debe a su vez también ser especialmente conciente de la cultura y de los fenómenos locales que se desarrollan en un contexto de multiculturalidad, adaptación y eventual conflicto, fenómenos que sin aquella atención –y cuidado– prestados por, en este caso, la Universidad, correrían serios riesgos de devenir peligrosamente invisibles.

Por último, cabe mencionar que los fenómenos de la globalización y la “glocalidad” se traducen perfectamente en el entorno de la enseñanza de ciclos superiores de posgrado. Es en el mercado de másteres y doctorados, principalmente, con su oferta internacional dirigida a reclutar estudiantes internacionales, amén de agenciarse recursos para proyectos de investigación ya sea creando grupos de trabajo adscritos, convenios y alianzas entre centros, intercambio de profesores e investigadores, en donde puede verse perfectamente esta comunidad –y a veces no “tan” comunidad– científica global. Y es allí donde se percibe el intercambio de conocimiento, de herramientas, de puntos de vista y de trayectorias e historias de vida, cruzadas por elementos internacionales y otros profundamente nacionales y locales. Es en las aulas y laboratorios de estos programas de estudios e investigación donde la “glocalidad” se hace una realidad tangible, cotidiana e insoslayable.

Y es en este escenario en donde la Universidad deberá buscar nuevas respuestas a nuevos desafíos.

**BOLONIA, EL ESPACIO EUROPEO DE EDUCACIÓN SUPERIOR (EEES)  
Y LA UNIVERSIDAD ESPAÑOLA**

Como consecuencia de las integraciones económicas, administrativas y físicas que ha traído consigo el proceso europeo, ha resultado natural hacer lo propio con la enseñanza superior. Es así que desde la Declaración de La Sorbonne, de 25 de mayo de 1998, se plantea la creación de un

espacio europeo abierto para la enseñanza superior. Tal declaración sienta las bases que puedan permitir la armonización de los títulos de licenciatura, máster y doctorado de las universidades europeas. Para ello se propone un sistema de créditos homologados en los diferentes sistemas universitarios y la utilización de semestres como unidades lectivas.

La Declaración de Bolonia de 19 de junio de 1999 establece como objetivo estratégico el de incrementar la competitividad del sistema europeo de educación superior, así como el establecimiento y desarrollo de titulaciones reconocidas en toda Europa, para lo cual concibe como objetivos específicos, los siguientes:

- La adopción de un sistema comparable de titulaciones, incluido un suplemento europeo al título;
- la instauración de un sistema basado en dos ciclos. El primero orientado a la obtención de un título relevante en el mercado europeo del trabajo, de tal manera de facilitar su inserción laboral. El segundo, conducente a titulaciones de máster y doctorados;
- el establecimiento de un sistema de créditos europeos transferibles o intercambiables (nombre derivado de la sigla ECTS, *European Credit Transfer System*)<sup>7</sup> adecuado a las necesidades de movilidad de los estudiantes;
- la superación de obstáculos a la efectiva circulación de estudiantes, docentes e investigadores;
- la promoción de la educación y la formación continuas;
- la promoción en la cooperación en materia de garantías de calidad a efectos de establecer criterios y metodologías contrastados y por ende, comparables;
- la promoción en la cooperación europea en otros ámbitos de la educación.

La creación del espacio europeo de educación superior está fundado en tres puntos:

- La transferencia, orientada a mejorar la transparencia y compatibilidad de estudios en Europa;

<sup>7</sup> Corresponde a una unidad de valoración académica que comprende el proceso de aprendizaje en sus dimensiones teóricas y prácticas, tanto como otras actividades académicas, según volumen de trabajo a satisfacer por asignatura.

EN TORNO A LA ENSEÑANZA DE LA CRIMINOLOGÍA Y LAS CIENCIAS JURÍDICAS EN ESPAÑA: UNA COYUNTURA Y UN DESAFÍO EN EL FONDO Y EN LA FORMA

FELIPE ABBOTT MATUS

- la reorganización conceptual de los sistemas educativos orientándolos a modelos basados en el trabajo del estudiante (autorresponsabilización);
- la asunción de un sistema de titulaciones de dos niveles (grado y posgrado).

De una lectura simplificada de todo lo anterior, podemos concluir que figuran, como desafíos fundamentales inmediatos de la Comisión Coordinadora Universitaria, responsable de llevar a la universidad española con éxito al Espacio Europeo de Educación Superior EEES hacia el año 2010:

- a) el diseño de la oferta universitaria de titulaciones según ciclos, estableciendo de este modo la reconducción necesaria de estudios a las nacientes categorías, sean de primer o segundo ciclo, según el caso;
- b) el diferendo en materia de modelo de titulaciones de primer y segundo ciclo, esto es, su traducción en un sistema de 3 + 2 o de 4 + 1 años de enseñanza;
- c) el acuerdo, derivado de lo anterior, de la implementación de un suplemento europeo, según sea necesario;
- d) cantidad de créditos efectivos de trabajo tanto en los estudios de primero como de segundo ciclo, definiendo de paso las asignaturas troncales y su porcentaje sobre la oferta total de asignaturas;
- e) establecimiento de los regímenes correspondientes –según cada institución y estudio de que se trate– a convalidaciones y reconocimiento de estudios en titulaciones propias;
- f) la necesidad de renovar los estudios universitarios, favoreciendo la transversalidad y comunicación entre disciplinas;
- g) reforzar la orientación de los estudiantes hacia el mundo del trabajo en el primer grado, estableciendo un más profundo correlato entre la oferta académica, los contenidos de tales estudios y sus perspectivas de inserción laboral;
- h) el reforzamiento de estrategias de enseñanza proactiva para con el alumnado, tanto consecuencia de estudios más generales que esperan más la toma de decisiones del alumnado en el diseño de

sus propios estudios, como en la propia metodología de enseñanza, o como derivado de incentivos a la formación continua;

- i) la formación de cuerpos académicos heterogéneos, natural consecuencia de la puesta en marcha de modelos educativos integrales, apoyando la renovación de carreras académicas y la formación de investigadores de alto nivel.

## CRIMINOLOGÍA Y DERECHO PENAL. ALCANCES DE UNA RELACIÓN

### 1. LAS CIENCIAS PENALES

A la hora de examinar los alcances de la instauración de una licenciatura en Criminología, reflexionando en particular sobre algunos puntos vinculados a nuevos métodos de enseñanza, es inevitable reconocer que ello tendrá poco que ver con la realidad si es hecho a espaldas de un examen de la situación de la Criminología en relación con el Derecho, especialmente el Derecho Penal. Ello desde, al menos, dos puntos de vista. El primero, en la relación de ambas disciplinas, que ha determinado espacios de influencias y la configuración diferenciada de la tríada Dogmática jurídico-penal, Política Criminal y Criminología.

Un rápido vistazo de esa relación nos permitirá darnos cuenta que el debate llevado a cabo en este contexto ha determinado una parte importante de la dirección y el desarrollo de tales quehaceres científicos. Detengámonos a desarrollar brevemente un excursus acerca de la forma como se ven una a otra, en el contexto de las llamadas “ciencias penales”, el derecho penal, política criminal y criminología, a partir del modelo de “ciencia penal global” que Liszt tenía en mente, a fin de poder aclarar la naturaleza y condiciones en que todos estos quehaceres comparten espacios o bien se han enfrentado para excluirse mutuamente de ellos.

Podemos partir de la base de que, a lo largo de la historia, la convivencia no ha sido siempre pacífica, pero que, aquietadas las aguas ya entrado el siglo XX, se reconoce claramente una situación de cooperación y valoración mutuas, más allá de diferencias puntuales –según se trate de las perspectivas en cuestión– de alcance a veces más político que propiamente metodológico-epistemológico. En cualquier caso, lo que

debe de ponerse de relieve es que, por una parte, la dogmática jurídico-penal ha acusado recibo de críticas criminológicas y ha reaccionado a ellas, y la criminología reflexiona sobre el alcance de los planteamientos del derecho penal respecto a su propio quehacer. Todo ello, sin perjuicio del papel que uno y otra le asignan a la política criminal. Pero veamos sucintamente este debate a partir de las opiniones de algunos autores.

Así, Silva Sánchez (1992:45), al describir la relación entre la dogmática jurídico-penal, la política criminal y la criminología, plantea que

La dogmática jurídico-penal constituye la “ciencia del derecho penal por excelencia” y también otras disciplinas, como la criminología, la política criminal o la victimología, sin perjuicio de su autonomía, disciplinas esencialmente auxiliares. Sin embargo, en nuestro propio ámbito cultural ha sido posible asistir a momentos históricos en los que se ha pretendido marginar a la perspectiva dogmática, o incluso prescindir de ella, atribuyendo un papel central, en el seno de las ciencias penales a las consideraciones criminológicas o político-criminales.

El autor propone que la dogmática jurídico-penal ha sido objeto de críticas en dos momentos y sentidos: uno, en la segunda mitad del siglo XIX, fundamentalmente con el advenimiento de los planteamientos positivistas que denunciaban la “falta de cientificidad” de la dogmática, y el otro, hacia los años sesenta del siglo pasado, cuando la crítica apuntaba a que tal dogmática había devenido en algo no idóneo para resolver los problemas prácticos a los que teóricamente se enfrentaba, fruto de un hermetismo y ensimismamiento extremo.

Tal escenario, según el autor, habría sido superado, y puede ahora caracterizarse la dogmática jurídico-penal como “un medio para la aplicación segura, racional e igualitaria del derecho penal, que pretende resolver los problemas de ésta en forma adecuada a la materia, en el marco de ciertas determinaciones político-criminales de fines y con ausencia de contradicciones sistemáticas”.<sup>8</sup> Factor importante en la supe-

<sup>8</sup> MAIWALD, “Dogmatik un Gesetzgebung im Strafrecht”, en *Gesetzgebung und Dogmatik*. 3. Symposion der Kommission “De Funktion des Gesetzes in Geschichte un Gegenwart”, Göttingen, 1989, pp. 120-137. Citado en SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 47.

ración de tales objeciones fue, a juicio del mismo autor (1992: 82), Roxin, a propósito de quien dice que

La situación actual [de la dogmática jurídico-penal] en la que es claramente perceptible la decidida orientación del sistema del derecho penal al “problema” se debe básicamente a la aportación de Roxin. En efecto, su obra, tantas veces citada, *Política criminal y Sistema del Derecho Penal* constituye la contribución decisiva a la superación de la supuesta contradicción entre pensamiento tópico (problema) y pensamiento sistemático (dogmática), poniendo fin, a la vez, al formalismo dogmático imperante, mediante la introducción de las valoraciones materiales de la política criminal en el sistema de la teoría del delito.

Asimismo, fue Roxin (2002: 40-43) quien planteó, en la obra ya mencionada, que

por otra parte, sólo hace falta imaginarse un derecho penal sin parte general, para darse cuenta de que la renuncia a una teoría del delito, tanto generalizadora como diferenciadora, en favor de una cualquiera valoración individual haría retroceder a nuestra ciencia varios siglos, a aquella situación de “acaso” y “arbitrariedad”, de la que desde los tiempos de Liszt se abjura con razón por todos los “apologetas” del sistema (...) Realmente creo que todavía hoy en nuestra teoría del delito nos encontramos arrastrados por la herencia del positivismo, como se acuñó por ejemplo en el pensamiento de Liszt, y quiero intentar demostrar que las contradicciones descritas tienen aquí su causa. El positivismo, como teoría jurídica, se distingue porque destierra de la esfera de lo jurídico las dimensiones de lo social y de lo político. Precisamente este axioma, aceptado por Liszt como evidente, sirve de base a esa oposición entre derecho penal y política criminal. El derecho penal es, en sentido propio, ciencia del Derecho sólo en tanto se enfrenta con el análisis conceptual de las reglas jurídico-positivas y con su inclusión en el sistema. La Política Criminal, que se enfrenta con los fines y contenidos sociales del Derecho Penal, está situada fuera de lo jurídico. A sus cultivadores sólo les queda la misión de llamar la atención del legislador y el espacio, jurídicamente neutro, de la ejecución de la pena, con la que Liszt, con su conocida teoría de los tipos de autor, quería operar configurando la sociedad.

EN TORNO A LA ENSEÑANZA DE LA CRIMINOLOGÍA Y LAS CIENCIAS JURÍDICAS EN ESPAÑA: UNA COYUNTURA Y UN DESAFÍO EN EL FONDO Y EN LA FORMA

FELIPE ABBOTT MATUS

Volviendo a Silva Sánchez (1992: 47-48), a fin de cerrar argumentos, él nos dice que

...cabe concluir que la dogmática ha ido superando los momentos críticos de su historia y en la actualidad aparece asentada en su lugar de ciencia penal fundamental. Junto a ella, la *criminología*, como ciencia empírica del delito, aporta los imprescindibles datos acerca de la fenomenología criminal y las diversas instancias implicadas en ella (delincuente, víctima, aparatos del control social). Por su parte, la política criminal proporciona la necesaria referencia a fines y valores, al cumplir la “misión política” de orientar la evolución de la legislación penal (perspectiva *de lege ferenda*) o su propia aplicación en el presente (perspectiva *de lege lata*) a las finalidades materiales del Derecho Penal. A ellas se ha unido recientemente, con aspiraciones de autonomía, la victimología, que se ocupa específicamente de la víctima del delito, atendiendo a su intervención en el surgimiento del delito y en la posterior solución del conflicto. Entre todas estas disciplinas existen significativas interacciones...

Así también, desde una perspectiva distinta, reafirmando los puntos de contacto pero señalando claramente las diferencias –y hasta casi conflictos–, Bustos y Hormazábal (1997: 24) en sus *Lecciones de Derecho Penal*, nos dicen que:

Mientras el derecho penal se preocupa de la definición normativa de la criminalidad como forma del poder del Estado, la criminología estudia cómo surgen en el interior del sistema esos procesos de definición. De esta manera ambas disciplinas conforman una unidad normativa y empírica. Por ello, desde esta perspectiva, la criminología surge como una disciplina crítica respecto del derecho penal: pone en cuestionamiento esos procesos de definición e impide un legislador satisfecho con lo que hace, el ejercicio de la coacción sobre las personas. Por eso esta forma de ver el control penal implica inevitablemente un cuestionamiento de sus bases mismas y por consiguiente la deslegitimación del poder de definición, que todo lo más se puede justificar desde la necesidad. Pero ésta no es la única visión de la criminología. Durante mucho tiempo fue considerada como el estudio de la criminalidad, de la desviación a la norma en general; estudiada como un problema del ser y consecuentemente como una legitimación del poder del Estado para intervenir coactivamente sobre las personas.

Por su parte Muñoz Conde *et al.* (1998: 207 y ss.) resumiendo en cierto modo un punto de vista “desde el derecho penal” –o de la dogmática jurídico-penal, para ser más exactos–, nos dice

el panorama actual de la ciencia del derecho penal aparece dividido en dos grandes ramas o tendencias que, simplificando un poco, se pueden denominar criminológica y jurídica-dogmática. La orientación criminológica se ocupa del delito como fenómeno social y biopsicológico, analizando sus causas y proponiendo remedios para evitarlo, prevenirlo o controlarlo. La orientación jurídica estudia el delito y sus consecuencias como un fenómeno jurídico regulado y previsto por normas jurídicas que hay que interpretar y aplicar. La orientación criminológica se sirve en su investigación de métodos sociológicos y antropológicos, según el carácter social o individual de su enfoque, o de ambos conjuntamente. La orientación jurídica emplea un método técnico-jurídico o dogmático que sirve para interpretar y sistematizar las normas jurídicas que se refieren al delito y a sus consecuencias (...) A la vista del contenido de la dogmática jurídico-penal, resulta evidente que la vieja polémica de si el penalista debe dedicarse a la investigación jurídica o criminológica carece de sentido. La criminología no puede sustituir a la dogmática (...) y tampoco el dogmático puede prescindir de aquella.

La situación de conflicto epistemológico aparece desde la perspectiva de la criminología, tan sólo partiendo de su definición, al hacerse cargo del alcance de conceptos tales como “delito” o “control social”. Es desde este punto de vista: ¿de qué delito, y de qué control social hablamos?, que claramente se le plantea a la criminología el desafío de entrar a trabajar con categorías normativas desarrolladas profusa y sistemáticamente por la dogmática jurídico-penal. El nacimiento de la interrelación trae luz sobre las dificultades a la hora de entender la naturaleza de este ya demasiado largo conflicto.

En este sentido lo planteado por García Pablos (1999: 91 y ss.) desde el punto de vista de la criminología, es especialmente pertinente:<sup>9</sup>

La Criminología toma como punto de partida el concepto jurídico-penal de delito. Pero no opera sólo y exclusivamente con éste, ni se somete

<sup>9</sup> Hay que tener en consideración que el autor define (“provisionalmente”) la criminología como “la ciencia empírica e interdisciplinaria que tiene por objeto el crimen,

EN TORNO A LA ENSEÑANZA DE LA CRIMINOLOGÍA Y LAS CIENCIAS JURÍDICAS EN ESPAÑA: UNA COYUNTURA Y UN DESAFÍO EN EL FONDO Y EN LA FORMA

FELIPE ABBOTT MATUS

siempre, y sin más, a las definiciones formales del Código Penal. En definitiva, el concepto legal sirve para delimitar y orientar el campo de investigación criminológica, pero no como criterio único y excluyente, porque la criminología, como ciencia empírica, aborda el problema criminal de un modo *sui generis*, con una perspectiva distinta a la del derecho penal y demás disciplinas jurídicas. Tiene unas necesidades y fines propios, unas técnicas e instrumentos diferentes, unas valoraciones eventualmente diferentes, también, de las penales. El concepto penal y el concepto criminológico del delito son, unas veces, círculos concéntricos; secantes, otras. Las discrepancias nacen de las respectivas funciones del Derecho Penal y la Criminología. Las definiciones penales de delito se orientan a unas operaciones hermenéuticas (interpretación, calificación y subsunción) cuyo cometido no es otro que la aplicación de la ley (...) Se analiza, pues, el hecho a los solos efectos de su eventual subsunción en la ley. Las exigencias “garantistas” no operan, como es lógico, en la criminología (disciplina empírica) que puede analizar el fenómeno delictivo en su totalidad real y de modo directo; no a través de los tipos legales, ni desde opciones normativas previas que encorsetan y medianizan la realidad de aquél. Para la criminología, la correcta calificación jurídica del supuesto es algo secundario, formal, porque lo que interesa es obtener una imagen global del hecho y de su autor (...) Ciertamente la criminología carece de un concepto privativo de delito distinto del jurídico-penal. Éste constituye su punto de partida, a menudo trascendido por las particularidades y cometidos del análisis criminológico, empírico, que provocan, según se ha expuesto, valoraciones eventualmente discordantes. Criminología y derecho penal abordan, en todo caso, el suceso criminal con enfoques diferentes. Puede, incluso, afirmarse que existe un ámbito o perspectiva de análisis específicamente criminológico: zonas de la realidad criminal que sólo interesan a la criminología, o que interesan a esta disciplina empírica de un modo muy distinto a como puede interesarle al derecho penal.

el delincuente, la víctima y el control social del comportamiento delictivo; y que aporta una información válida, contrastada y fiable sobre la génesis, dinámica y variables del crimen –contemplado éste como fenómeno individual y como problema social, comunitario–; así como sobre su prevención eficaz, las formas y estrategias de reacción al mismo y las técnicas de intervención positiva en el infractor. Vid. GARCÍA PABLOS, Antonio, *Tratado de Criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 43.

Si pretendiéramos resumir, después del panorama planteado por la selección de opiniones aquí citadas, supongo que correspondería al menos subrayar un par de cuestiones: la íntima relación, aun cuando a veces haya parecido ser una relación “amor-odio” que llevan adelante la criminología y la ciencia del derecho penal. Ello ha llevado a una mutua influencia, tanto en el sentido de que las críticas de uno han dado paso a respuestas –y avances– del otro y viceversa, así como a un alternado paso de uno y otro a los primeros lugares de influencia en los espacios de toma de decisiones.

Lo anterior, sin perjuicio de reconocer que en esencia, ambos trabajan sobre material distinto, aun cuando se reconoce que toman –a veces abiertamente de prestado– conceptos, métodos y resultados del otro, a fin de dar solidez, conseguir sistematización o ampliar una perspectiva.

Por último, habrá de reconocerles a ambos la calidad de disciplinas claramente contestatarias, críticas y hasta escépticas. Por un lado, en el denodado esfuerzo por brindar la posibilidad de construcción de un sistema de imputación que deje fuera la arbitrariedad y la injusticia; por otro, examinar los fenómenos individuales y colectivos vinculados al delito como tales, y de nutrir de la visión concreta de la realidad imprescindible para la toma de decisiones responsables teniendo a la vista previsibles consecuencias. Ambas, enfrentadas al escenario más difícil a concebir: el de la infracción, de la responsabilidad y del castigo. Un escenario con una fuerte carga política –muchas veces incluso demagógica–. Así lo plantea Donini (2003: 71): “...la ciencia penal tiene una relación atormentada con la política porque *ninguna rama del derecho tiene tanto que ver con la irracionalidad como el derecho penal: el derecho penal disciplina comportamientos irracionales y previene reacciones irracionales*”.

En fin, el derecho penal como la criminología comparten aquel estado de ansiedad epistemológica de enfrentarse a una permanente insatisfacción por la inabarcable tarea que acometen: la búsqueda incansable de la justicia y paz social así como, paralelamente, de su propia legitimidad.<sup>10</sup> Esa insatisfacción fue planteada por Quintero Olivares (2004: 17-18) cuando dice:

<sup>10</sup> Del mismo modo, COBO, M. y T. VIVES: “De lo dicho se desprende el sentido actual de la criminología, de entre cuyos trazos fundamentales, que ha resumido Beristain,

## EN TORNO A LA ENSEÑANZA DE LA CRIMINOLOGÍA Y LAS CIENCIAS JURÍDICAS EN ESPAÑA: UNA COYUNTURA Y UN DESAFÍO EN EL FONDO Y EN LA FORMA

FELIPE ABBOTT MATUS

En la historia del Derecho Penal, y de la imagen de los temas diversos que con él se relacionan, es cierto que nunca ha habido un momento de plenitud positiva, sino que, en el mejor de los casos, el sistema penal se ha considerado más o menos eficaz y más o menos respetable, valoración y calificación que de paso se otorga a los que lo aplican, como jueces, abogados o fiscales, y a los que mejor o peor lo enseñan. Eso se puede resumir en una idea muy simple: para un penalista la insatisfacción “ha de ser” su estado de ánimo natural. Las razones son tantas que en verdad se puede decir que la explicación última se comprende cuando se reconoce que el problema penal pertenece a la vez al derecho penal, a la filosofía del derecho, a la filosofía, a la sociología, y a la política.

### LA CREACIÓN EN ESPAÑA DE LOS ESTUDIOS DE LICENCIATURA EN CRIMINOLOGÍA

Atendido lo dicho corresponde, centrándonos en la coyuntura generada por la creación de la Licenciatura en Criminología en España, examinar para su caso en concreto lo que viene a ser el impacto respecto de los puntos f), g), h) e i), esto es, lo que tiene relación con la transdisciplinariedad de los estudios universitarios, la inserción laboral de los egresados, el rediseño de los modelos de enseñanza, y la capacidad de integrar cuerpos académicos e investigadores altamente competitivos y en constante renovación.

Brevemente: debemos tener en cuenta que la Licenciatura en Criminología nace, después de denodados esfuerzos, mediante el Real Decreto 858/2003 del 4 de julio. En él se incluyen las instrucciones generales necesarias para el establecimiento de los estudios de acuerdo a un plan de estudios fundamental, así como el procedimiento general para la necesaria homogeneización de los estudios de criminología ya en curso.

Teniendo en cuenta lo dicho en los apartados previos, el surgimiento de la Licenciatura en Criminología prevé en términos generales su adecuación al escenario, consecuencia de la puesta en marcha del Espacio

se destaca la idea de que la finalidad última de la investigación criminológica ha de ser la realización de la justicia social y, en consecuencia, de una mejor justicia penal. El derecho penal y la criminología aparecen así como dos disciplinas que tienden al mismo fin con medios diversos. El derecho penal a partir del estudio de las normas jurídico-penales; la criminología a partir del conocimiento de la realidad.” En *Derecho Penal Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

Europeo de Enseñanza Superior. De allí que, desde ya, los procesos de inclusión de los diversos estudios de criminología y relacionados tengan a la vista la posibilidad de que se transformen bien en estudios de primer o segundo ciclo, o lleven a estudios adicionales, según sea el caso.

Los estudios relativos a la situación de la criminología en el contexto de la enseñanza universitaria –pre y post Bolonia– apuntan básicamente a las cuestiones de diseño curricular, desarrollo y consolidación académica y demanda laboral. Sin esperar resultar redundantes, orientaremos estas reflexiones a modo de complemento de aquéllas, y ahondaremos en aspectos vinculados estrictamente con la enseñanza, tanto desde la perspectiva de las exigencias derivadas de nuevos modelos que desde ya den un paso adelante tanto en innovación pura como en aquella acorde a los principios planteados por los desafíos del EEES, como en poner de manifiesto contenidos que aparecen como temas emergentes, necesarios a tener presente al momento de diseñar el plan de estudios de la licenciatura bien conciente del entorno de cambio social, sin perjuicio de otros estudios de posgrado asociados.

Es por eso que, de este modo, proponemos llevar adelante un breve análisis de algunas de las implicancias que lleva consigo el desafío planteado en torno a las metodologías de enseñanza promovidas por los principios de Bolonia y siguiendo orientaciones básicas de incorporación de tecnologías de la información a la actividad docente, así como una rápida enumeración justificada de ciertos temas que consideramos clave que estén presentes dentro de los contenidos ofrecidos a los alumnos de un estudio de criminología. De esa manera, y más sobre la marcha, anotaremos algunas particularidades en cuanto a lo relacionado con la situación del mercado laboral, las expectativas de los alumnos y las experiencias ganadas en el campo científico.

Sin perjuicio de lo anterior, vale la pena hacer una observación, casi al margen, de ciertas notas que presenta el quehacer criminológico español pre Bolonia, a fin de resaltar algunas características ciertas que presentan las soluciones propuestas en el Real Decreto 858/2003.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Para un análisis más pormenorizado, consúltese el *Libro Blanco sobre el Título de Grado en Criminología*, documento resultado del quehacer mancomunado de diversas instituciones, encabezado por una comisión académica constituida por José Luis de la

Primero que nada, cabe destacar el “aspecto saludable” que luce la actividad criminológica en España, al menos en cuanto al tiempo que llevamos viéndola en el escenario científico así como en los estudios universitarios, la variedad en la oferta de estudios de la disciplina, centros consolidados en su desarrollo, y la matrícula total de alumnos en los programas relacionados, que demuestra el interés por este quehacer. Desafortunadamente, como contrapartida, exhibe una debilidad epistemológica fundamental, en el sentido de las dificultades que ha tenido hasta ahora para construir su propio espacio y ganarse el suficiente reconocimiento entre las otras ciencias respecto de las cuales guarda todavía según muchos un mero carácter de “tributaria”. A ello debe de sumársele el hecho de que, si bien existe una importante cantidad de profesionales vinculados al quehacer criminológico, se hecha en falta una contribución más sustancial derivada de producción científica, traducida en estudios empíricos, publicaciones en revistas acreditadas y directrices e influencia efectiva en el campo del diseño, gestión y evaluación de políticas públicas.<sup>12</sup>

En otro orden de cosas, a la enseñanza de la criminología puede criticársele su falta de empirismo, su excesiva teorización, y, salvo algunas situaciones puntuales, su excesiva dependencia del relato jurídico, especialmente, el peso notable que en cualquier estudio de criminología tienen los estudios de derecho en general, y de derecho penal en particular. Ello se ve traducido también por la mayor parte de los estudios de criminología adscritos a unidades académicas del área del Derecho, y a que buena parte de los cuadros que conforman los cuerpos académicos de tales estudios son suministrados por Derecho, en particular, sus departamentos de Derecho Penal, aun cuando también aparecen Departamentos de Derecho Administrativo o Procesal llamados a impartir ciertas asignaturas.

Cuesta Arzamendi, Santiago Redondo Illescas, Rosemary Barberet y Antonio García Chazarra. Conjuntamente, un análisis del proceso que desembocó en la creación de la licenciatura en Criminología, así como del debate en torno a propuestas y sus correspondientes argumentaciones, en SERRANO GÓMEZ, Alfonso y Alfonso SERRANO MAÍLLO, “La paradoja del descubrimiento de la Criminología en España”, en *La Ciencia del Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Doctor José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002.

<sup>12</sup> Muy coincidentemente, más parcial en la materia de su análisis, cfr. LAMO DE ESPINOSA, E., *La enseñanza de la sociología de la desviación en España*, cit.

Por otra parte, en cuanto al debate en torno a las directrices relacionadas al Plan de Estudios de Criminología, lo anterior se ha traducido en una lucha feudal por hacerse presente, con mayor o menor fuerza, con más o menos argumentos –y por cierto, con más o menos fortuna– en los contenidos a incluir, y en las prerrogativas derivadas del derecho a impartir tal o cual asignatura. Ello es natural, teniendo en cuenta la situación de la criminología, tierra de nadie cruzada por intereses disciplinarios variopintos, que a su vez tienen como horizontes las convocatorias a plazas, la asignación de recursos, la verificación de carreras y certificación de aptitudes.<sup>13</sup>

En este escenario tan particular, por cierto, estos elementos tienen al fin y al cabo una importancia relativa. Sin embargo, no pueden soslayarse, por mucho que se pretenda tratar el tema desde un prisma exclusivamente académico, ya que sería pecar de innecesariamente ingenuo el no suscribir la tesis de que la política universitaria es, ante todo, también política.

## CRIMINOLOGÍA Y DERECHO PENAL. ALCANCES DE UNA RELACIÓN

### 2. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO Y LA ENSEÑANZA DE LA CRIMINOLOGÍA

Enfrentados al desafío de reflexionar en torno a la enseñanza de la Criminología en las aulas universitarias españolas, debemos reconocer el hecho de que ésta se halla indisolublemente ligada a cuestiones relativas a la enseñanza del derecho y ciencias jurídicas, incluso más que a lo relativo a la enseñanza de las ciencias sociales. Ello por cuanto se

<sup>13</sup> Fundamental es mencionar aquí lo planteado por J. Medina respecto de la creación de la licenciatura en criminología y la propuesta de plan de estudios: “[se requiere] que el plan de estudios que se está debatiendo tome muy en cuenta las posibles salidas profesionales de un criminólogo y que los conocimientos y habilidades que se proporcionen a los jóvenes estudiando esta carrera sean consistentes con esas posibles salidas profesionales. En segundo lugar, es preciso que quienes creemos en la criminología tomemos una posición mucho más activa en la búsqueda y desarrollo de salidas profesionales para criminólogos (...) En este contexto es preciso que las universidades adopten una actitud responsable en relación con estos estudios. El crimen vende, estas titulaciones son muy ‘sexy’, y su popularidad entre jóvenes estudiantes está casi garantizada”. En *Reflexiones críticas sobre la futura licenciatura en Criminología*, RECPC 04-15, 2002, pp. 19-20.

evidencia una importante presencia de contenidos jurídicos en los planes de estudio de Criminología, con sus propias consecuencias, tanto como el detalle no menor de que la mayoría de los estudios tienen sede en Facultades de Derecho.

Partiendo de la base de que la Criminología no existe como área de conocimiento –al menos por el momento–, y que ella debe ser entendida más como un espacio de convergencia de intereses estimuladores de la actividad científica, tanto orientada a la investigación pura como, en este caso, abocados a la docencia universitaria, al momento de examinar sus rasgos –y establecer sus necesidades– convergen a su vez miradas, modelos y puntos de vista con énfasis diversos; de este modo, por ejemplo, no sólo se identificarán elementos comunes a la enseñanza de toda ciencia social en sentido amplio, consecuencia natural, por ejemplo, de la importante presencia de disciplinas tales como la sociología o la psicología en la propia definición de los objetos y aproximaciones a ellos que de la criminología se manejan.

Pero además será rápidamente constatable la presencia de elementos que puedan sonarnos un poco más ajenos, sin perjuicio de los que la actual evolución y estado de cosas que en materia del quehacer de las ciencias sociales por sí mismos explicarían. Tal es el caso de la incorporación intensiva de estudios estadísticos y de procesamiento de datos. Si a ello se le suma la creciente importancia del manejo de herramientas informáticas, se percibirá un cambio significativo en el escenario convencional de no hace muchos años atrás. Tales últimos elementos se deben de tener presente, para el caso de la criminología, de manera acentuada. La incorporación de herramientas tecnológicas específicas asociadas a tareas de prevención subraya este punto. Ello pretenderemos hacerlo evidente más adelante.

Es por ello que se hace necesario entonces que demos un rápido vistazo a elementos concernientes a la enseñanza de las ciencias jurídicas, a fin de identificar en ellos cuestiones de importancia y vigencia en el caso de la enseñanza de la criminología.

Debemos advertir que no nos detendremos en profundidad, por ejemplo, en aspectos tan significativos para la enseñanza jurídica como es la comparación entre la enseñanza que se lleva a cabo en el contexto del

derecho continental, frente a las experiencias académicas del entorno del *Common Law*, sin perjuicio de advertir que dichas peculiaridades, en lo que toca a la criminología, se pueden hacer presentes a la hora de examinar la docencia de las ciencias sociales en general, reconociendo no sólo el hecho ya mencionado de la importancia de ciertas ciencias sociales –por ejemplo, la sociología–, en el currículo de la disciplina, sino también en la fuerza que tienen en el mundo anglosajón dichas disciplinas, fuerza que se irradia al resto del mundo. Eso sí, aprovecharemos para relevar los elementos que en materia de mejora de la enseñanza jurídica y criminológica pueden ser útiles.

En este sentido particular, es especialmente valiosa la opinión de Peñuelas i Reixac (1996: 57) quien nos dice que:

después de haber examinado en este capítulo y en el anterior la enseñanza del derecho en Estados Unidos y el tipo de sistema jurídico español y estadounidense, y de aceptar como cierta la gran aproximación de los sistemas del *Civil Law* y del *Common Law*, se llega a la conclusión de que se pueden utilizar los aspectos positivos de la experiencia educativa norteamericana con la finalidad de mejorar los objetivos y métodos docentes aplicados en España. No puede ser de otra forma: si tanto el sistema de educación jurídica español como el norteamericano deben formar profesionales que ejercerán su labor en sistemas jurídicos muy parecidos, resulta lógico que cada sistema docente intente aprovechar los elementos que en el otro hayan demostrado su eficacia.

Resumiendo los planteamientos de Peñuelas, los esfuerzos en materia de perfeccionamiento de la docencia jurídica pueden desarrollarse en tres frentes básicos: la docencia de conocimientos, la docencia de capacidades intelectuales y la docencia de valores y actitudes.

Dentro del primer frente hay que destacar las observaciones hechas a propósito del carácter integral de la formación, con énfasis en la convocatoria múltiple de disciplinas –más allá de las estrictamente jurídicas–, así como a la enseñanza “significativa” de conocimientos, punto que apela esencialmente a procedimientos de integración de conocimientos y planteamientos estimuladores de una capacidad “relacional” del alumno a la hora de ir asimilando información. Ello enlaza con el tema del

desafío de incorporar metodologías más adecuadas a la transmisión de conocimientos en contextos más participativos, activos y críticos.

Destaca el autor (1996: 89) en relación a este último punto, el principio del aprendizaje activo, es decir, dentro del apartado vinculado a la docencia de capacidades intelectuales, la importancia de enseñar a aprender, que exige de parte del docente, entre otras cosas,

Compartir con sus alumnos la fuente en la que ha obtenido su información -circunstancias fácticas, casos judiciales o administrativos, leyes, reglamentos, jurisprudencia, doctrina, comentarios profesionales-, cómo la ha valorado y utilizado, qué reglas y premisas ha aplicado para obtener sus conclusiones y cuáles han sido las dificultades y problemas que ha debido salvar y que aún pueden cuestionar dichas conclusiones.

Fundamental parece ser, además, poner suficiente énfasis en el cambio de perspectiva, el tránsito desde un modelo orientado “a la enseñanza” hacia un modelo orientado “al aprendizaje”. Entre las razones concretas que justifican tal cambio de orientación, figuran las mencionadas por González Rus (2003: 9) quien destaca precisamente dos:

[la primera] la inutilidad de servirse de procedimientos basados preferentemente en la sola memorización de contenidos como forma habitual de enseñanza del derecho. Fundamentalmente porque tales métodos resultan inadecuados cuando el objeto de conocimiento es, como ocurre con el derecho, por definición, un material “perecedero”, cambiante, cuando no efímero: lo que hoy es principio aceptado y asentado, mañana puede ser experiencia histórica superada.

Esta idea es necesario matizarla. La memorización es un procedimiento que alcanza justificación desde una perspectiva “acrítica” de la norma. Esto es, un sistema de enseñanza basado en la asimilación mecánica de conceptos e instituciones reduce al mínimo tanto la simple capacidad de análisis relacional como la crítica en sentido puro. El trabajo exegético lleva al alumno, en tanto intérprete, a deslizar la vista sobre la letra de la ley sin mayores cuestionamientos, sin pensar en hurgar bajo la superficie. Desde cierto punto de vista, este método es perfectamente funcional a intereses ideológicamente comprometidos, perspectivas conservadoras que en el mantenimiento de cierto status quo creen

ver la fortaleza de sus posiciones. Por ello, entre otras cosas, la vigencia de estos presupuestos es inadmisibles sin crítica.<sup>14</sup>

La segunda razón que esgrime González Rus es el ritmo vertiginoso con que se producen cambios “en contenidos y procedimientos de trabajo y en los modelos de organización económica, social y laboral” (2003: 10).<sup>15</sup>

Es ahora momento de detenerse a examinar el tema de los contenidos.<sup>16</sup> Dice González Rus (2003: 11) al enfatizar el aspecto “aprendizaje” del proceso docente, que:

<sup>14</sup> Cabe agregar a ello la opinión, de, por ejemplo, R. Soriano quien, caracterizando los factores que explicarían las dificultades que para una inserción exitosa de estudios con perspectiva sociológica han tenido en el seno de los estudios jurídicos, plantea que “el imperante formalismo en las facultades de Derecho, que se demuestra en el predominio de las asignaturas de Derecho positivo y en el enfoque predominantemente teórico de las mismas. Se entiende que la preparación y formación jurídica es una cuestión de conocimiento de normas jurídicas contempladas formalmente, como sistema de normas presididas por la unidad, coherencia y plenitud, que son las cualidades tradicionales que la teoría general del Derecho exige al ordenamiento jurídico. No se mira hacia el antes o el después de la producción normativa, a la norma viva, como diría Ehrlich, o realmente aplicada, a los factores sociales y a los efectos sociales de la norma”, en *Sociología del Derecho*, Barcelona, Ariel Derecho, 1997, p. 50.

<sup>15</sup> Y agrega el autor, refiriéndose a un aspecto a destacar en este documento más adelante: “Con la particularidad, a mi juicio, de que los cambios realmente profundos y radicales, aunque próximos, están por llegar y se producirán con la generalización y consolidación de las Nuevas Tecnologías, Internet y las redes de transmisión de datos; lo que presumiblemente se producirá dentro de unos años”.

<sup>16</sup> Una aproximación muy interesante al tema del diseño curricular es la propuesta por LASSWELL, H. y M. McDOUGAL, “Enseñanza del Derecho y políticas públicas: entrenamiento profesional para el interés público”, en *La Enseñanza del Derecho y el Ejercicio de la Abogacía*, Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 73-104. También muy interesante y complementario al anterior, el estudio de REISMAN, M., “El diseño del plan de estudios: para que la enseñanza del Derecho continúe siendo efectiva y relevante en el siglo XXI”, quien nos dice que “el plan de estudios y la estructura de la escuela de derecho, como he dicho, son herramientas para entrenar a los especialistas en toma de decisiones en la realización de funciones decisionales indispensables para una civilización industrial y basada en la ciencia. Cuáles sean estas funciones dependerá de las preferencias sociales y objetivos actuales y esperados sobre las formas más idóneas de ordenar los procesos sociales y políticos. Estas preferencias deben estar relacionadas con las funciones para las que están siendo preparados los actuales graduados en las facultades de derecho”, en *El Mismo*, p. 107.

EN TORNO A LA ENSEÑANZA DE LA CRIMINOLOGÍA Y LAS CIENCIAS JURÍDICAS EN ESPAÑA: UNA COYUNTURA Y UN DESAFÍO EN EL FONDO Y EN LA FORMA

FELIPE ABBOTT MATUS

El contenido real de la actividad docente, pues, debe ir dirigido a dotar al estudiante de la actitud, el hábito, la confianza, las técnicas y los instrumentos precisos para llevar a cabo por sí, para adquirir por sí, para formarse mediante su propia experiencia en los contenidos básicos de una disciplina, de forma que sea su propia iniciativa, su propia experiencia, su propio esfuerzo formativo lo que sustituya a lo que en el modelo de enseñanza recibe pasivamente. Sólo de esta forma podrá producirse esa capacitación personal que le permitirá en el futuro acomodarse por sí a los inevitables y muy profundos cambios que en su vida laboral y profesional va a experimentar en los próximos años.

Peñuelas, al enfrentar el tema del perfeccionamiento de los estudios de Derecho en España –con una perspectiva abiertamente crítica– y luego de indicar que los profesores de Derecho en España, en materia de contenidos, tienen como objetivo entregar una vasta selección de conocimientos relativos básicamente a tres grandes temas: el lenguaje propio de las normas jurídicas y de la ciencia del derecho, de las afirmaciones o proposiciones que la Ciencia jurídica ha derivado de los enunciados normativos y conocimientos que versan sobre los Principios Generales del Derecho incluidos en los textos constitucionales o extraídos del conjunto de normas jurídicas escritas aplicando métodos inductivos.<sup>17</sup>

A continuación, y sin negar la importancia y vigencia permanente de los temas ya mencionados, el autor dirige sus esfuerzos a:

Pedir una docencia que preste más atención a temas que probablemente no reciben la necesaria para lograr la formación jurídica integral de los alumnos, y que les son indispensables para afrontar con éxito la práctica del derecho, tales como: I) las técnicas jurídicas de resolución de los diversos problemas que plantean la creación y la aplicación del derecho; II) el resultado de la aplicación del derecho por parte de la Administración y los Tribunales; III) los valores político-sociales presentes en nuestro Ordenamiento Jurídico a través de normas positivas o Principios Generales del Derecho, y IV) la cultura jurídica en general (1996: 63).

Está claro que de ello podemos extraer elementos de convergencia significativos en cuanto a intereses comunes entre la mejora de la ense-

<sup>17</sup> Vid. PEÑUELAS, 1996, pp. 61-62.

ñanza de las ciencias jurídicas y la criminología: enseñanza orientada a resolución de problemas,<sup>18</sup> análisis de resultados, perspectiva de valores y contextualización político-social.

## METODOLOGÍA DE LA ENSEÑANZA Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

El desafío de un nuevo modelo de enseñanza en el EEES, supone la bendición europea a un cambio de perspectiva fundamental, atendidas las características del modelo universitario vigente y sus herramientas de enseñanza más extendidas.

Entendiendo como correlato natural de este modelo vigente, entre otras, la figura de la clase magistral, de las “aulas-espectadoras” y de los intercambios unidireccionales, vale la pena destacar que el “modelo Bolonia” propondría pasar de este escenario a uno muy diferente.

En este nuevo contexto, se habrá de privilegiar un intercambio fluido bidireccional, esto es, que el proceso de enseñanza se convierte, efectivamente, en un proceso de doble vía, de enseñanza/aprendizaje. La iniciativa se cede paulatinamente al alumno, de tal suerte que, en la medida que se crean estímulos se obtienen respuesta. Esta relación estímulo/respuesta se traduce, entre otras cosas, por ejemplo, en el reconocimiento de su independencia –e idoneidad– en el diseñar su propia carrera, dirigiendo sus intereses al momento de confeccionar su plan, a través de la inscripción cada vez más libre de los créditos correspondientes.

Ello ya ha sido apuntado a propósito de iniciativas de perfeccionamiento de la enseñanza de las ciencias jurídicas, en particular, por ejemplo, en las combinaciones de uso de clases teóricas, seminarios y análisis de casos.

Pero otra faceta de esta “concesión de libertad” es aún más importante, tanto en lo inmediato como en el mediano y largo plazo.

Ello tiene relación con la limitación en el peso que sobre las labores docentes se le ha de imponer a la conocida como clase magistral o expositiva. Si bien es cierto que en muchos aspectos conserva una importante capacidad comunicativa, también es cierto que, dadas las cir-

<sup>18</sup> Aspecto vinculado también a la técnica de enseñanza de análisis de casos y *método socrático*.

EN TORNO A LA ENSEÑANZA DE LA CRIMINOLOGÍA Y LAS CIENCIAS JURÍDICAS EN ESPAÑA: UNA COYUNTURA Y UN DESAFÍO EN EL FONDO Y EN LA FORMA

FELIPE ABBOTT MATUS

cunstances, habrá de reservar tales capacidades para aquellos espacios que dejen la insuficiente satisfacción por otros medios más interactivos.

En este sentido, y según lo ya dicho, lo rudimentario de la herramienta expositiva debe complementarse con trabajo de tipo seminario, con discusión sobre la base de lecturas previas, ejercicios en torno a la resolución de problemas o análisis de situaciones concretas, preferiblemente teniendo en cuenta u obteniendo tales casos de la vida real. Por cierto que ello cruza con una cuestión elemental en el caso de instituciones como las universidades –sobre todo las de carácter público–: los recursos. Estos recursos determinarán, entre otras cosas, la matrícula total de alumnos, y por ende la densidad de los cursos. También tendrá relación con las características y equipamiento de las aulas, y la disponibilidad de profesores, tanto en cuanto a la planta como a la disponibilidad horaria de cada cual.

Para el caso de los estudios de criminología, como en derecho penal, se hace imperioso implantar las herramientas correspondientes a un nuevo modelo, en amplios espacios de la programación. Ello porque en el quehacer cotidiano del criminólogo, por su necesidad de estar preparado para el trabajo en equipo, y por la intrínseca cualidad crítica de la disciplina se presta para que herramientas como el análisis y el debate aparezcan como potencialmente especialmente productivos.

Enfocado al derecho penal, pero pudiéndose extrapolar perfectamente más allá, nos dice Pérez del Valle:

[Acerca de la existencia de dos modelos contrapuestos; el de análisis de casos concretos y el sistemático de explicación teórica, y su compatibilización] En realidad, la única solución es la compatibilización de ambos en la forma que el alumno pueda acceder al conocimiento de las teorías y a su aplicación práctica. Desde mi punto de vista, la forma metodológicamente correcta de comprender es la asistencia a exposiciones orales de los temas que forman parte del programa y las teorías con las que se interpretan las normas jurídicas (lecciones, clases, ponencias o conferencias) y a discusiones sobre la aplicación práctica de las teorías en los conflictos con la realidad (clases o seminarios de discusión de casos o de lectura comentada de resoluciones de los tribunales) (2000: 75).<sup>19</sup>

<sup>19</sup> También planteado por González Rus, en cuanto a la diversificación de clases más allá de las características “magistrales”, que incorporan docencia práctica y actividades

La libertad del alumno y la bidireccionalidad del intercambio –este proceso de enseñanza/aprendizaje que hemos mencionado– supone también importantes dosis de autorresponsabilidad, cuando no de corresponsabilidad. La primera tiene relación con el énfasis a poner en la asunción de roles activos por parte del estudiante, sobre todo en cuanto al estudio previo, el análisis de los materiales indicados y la búsqueda de otros disponibles.

La segunda, en cuanto reconoce que más que abandono de ciertos roles, el profesor enfrenta un reciclaje de los suyos tradicionales. No dejará de estar obligado a preparar sus actividades, pero esta vez esta preparación irá dirigida en otra dirección: la programación de más largo aliento, con sesiones “calendarizadas” y la incorporación de dosieres de material adecuados a cada unidad, disponibles desde el inicio del curso.

Por otra parte, por cierto, le enfrenta al escenario desafiante de un estudio pormenorizado de los detalles de cada tema, teniendo en cuenta que esta vez no se enfrentará a un auditorio silente y pasivo, sino uno expectante e impaciente por acudir a sus conocimientos y apelar a su experiencia para resolver dudas y obtener conocimiento mediante un intercambio enriquecedor.

Lo dicho, debemos reconocerlo, peca de cierto romanticismo. Si bien es cierto que un cambio así lleva en su seno la expectativa de mejorar las condiciones en que los alumnos aprenden y pueden desarrollar productivamente sus actividades curriculares, el cambio también pasa por ellos. Y es probable que se resistan. Si no todos, algunos serán incapaces de adaptarse a un entorno de mayor dinamismo y exigencia, pero al

complementarias, incluyendo Internet. En este mismo sentido, S. Mir, quien plantea que “es ineludible convertir en obligatorias las *clases prácticas* de Derecho Penal, en sus dos cursos, e introducir igualmente en los Planes de Estudio oficiales los *seminarios*. La impartición de clases prácticas es corriente en nuestras universidades, pues es difícil cerrar los ojos a la evidencia de su necesidad en las enseñanzas jurídicas, cuyo destino final es permitir la solución de casos prácticos (...) Por otra parte, mi experiencia personal, aprendida de maestros españoles y alemanes, me hace considerar muy formativa la asistencia a seminarios en los que se debaten sencillas ponencias presentadas por los alumnos sobre temas fundamentales del programa o necesitados de ampliación, y preparadas con ayuda de lecturas especializadas escogidas”. FERRERO, J. J., J. MIQUEL, *et al.*, “Derecho Penal”, en *La Enseñanza del Derecho en España*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 184-185.

EN TORNO A LA ENSEÑANZA DE LA CRIMINOLOGÍA Y LAS CIENCIAS JURÍDICAS EN ESPAÑA: UNA COYUNTURA Y UN DESAFÍO EN EL FONDO Y EN LA FORMA

FELIPE ABBOTT MATUS

mismo tiempo de mayor excitación, cercanía con sus profesores y con el quehacer científico-universitario, de mejor preparación profesional. Cabrá esperar distintos ritmos de desarrollo adecuados a estos cambios teniendo en cuenta las reacciones del alumnado.

Todo lo anterior, evidentemente, requerirá además un adecuado equipamiento bibliográfico, entre otras cosas. Todo ello, buscando subir los estándares de lo que eran los estudios de primer ciclo, llevándolos progresivamente a niveles superiores, que corresponderán a los niveles del grado europeo del futuro.

La concepción de la implantación de un modelo de enseñanza en donde, desde los primeros meses de enseñanza universitaria y hacia adelante, se recurra a metodología altamente participativa, con una elevada responsabilidad del alumno en el proceso, con un rol coordinador por parte del profesor y con un amplio respaldo de selección de materiales y recursos didácticos, muy próximo a lo que debería ser el entorno de enseñanza de posgrado y especialización, aparece como totalmente coherente con una perspectiva de la educación en general y universitaria en particular con carácter de continua, permanente, para así permitir que herramientas indispensables para sobrellevar un proceso de aprendizaje a largo plazo se instalen y permanezcan disponibles desde el primer contacto con las aulas universitarias.

Si volvemos a los puntos a considerar, consecuencia del modelo del EEES, encontraremos que todo lo anterior está intrínsecamente ligado al desarrollo de un escenario de ejercicio de la labor académica transdisciplinario, con cuerpos académicos heterogéneos, con capacidad para integrar estudios desde perspectivas muy variadas y trabajar en equipo, brindándole así al estudiante la oportunidad de tomar contacto con multitud de puntos de vista y realidades imprescindibles en su formación. Del mismo modo, un diseño del modelo de enseñanza coherente estará orientado a la formación de un profesional adecuado a las necesidades del mercado laboral, además de cumplir con altos estándares científicos. La educación participativa y la generación de una capacidad de autoaprendizaje dotarán al estudiante de la deseable flexibilidad y capacidad de autogestión propias del competidor idóneo en el mundo del trabajo, y le permitirán poder mantenerse en una vía de aprendizaje permanente, tanto al reforzar los lazos con las instituciones universitarias como al

incorporar una metodología de trabajo que lo orienta a la formación continua, prácticamente un principio del EEES.

A lo anterior corresponde agregar un importante elemento: la incorporación de las Tecnologías de la Información y Comunicación –TICS– a los procesos de enseñanza/aprendizaje. Ello potenciaría el modelo antes descrito simplícidamente, teniendo en cuenta sólo un par de aspectos, a saber, el acceso a la información y la capacidad de intercambio de la misma.

Antes, sin embargo, se hace necesario resaltar que la utilización de medios tecnológicos, así como la incorporación de una verdadera “enseñanza mediática”, viene a reconocer, antes que a crear, una situación de hecho relativamente consolidada, cual es la presencia de la tecnología en nuestra vida cotidiana, la aprehensión natural de destrezas –sobre todo en el caso de los más jóvenes– relacionadas con su utilización y maximización de rendimiento, en fin, con la paulatina consolidación de una forma de entender el mundo “en y a través de” los medios. Los medios son eso, un medio para conocer –y reconocer el mundo–, pero son, en muchos aspectos y para muchas personas, el mundo mismo.

Conviene entonces precisar que respecto de la incorporación de medios tecnológicos en la enseñanza se piensa, para estos efectos y en este trabajo, desde dos puntos de vista y perspectivas claramente diferenciables pero perfectamente complementarias: una, que tiene relación con la “utilización” de medios y tecnologías de la información y comunicación, en donde se establece una relación metodología/uso de instrumento; y otra, con énfasis en la educación mediática, es decir, educación en medios, en donde la relación metodología-medios es tanto medios como “instrumentos”, como materia u objeto mismo de estudios.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> “Así pues, la *educación* mediática es el proceso de enseñar y aprender acerca de los medios de comunicación; la *alfabetización* mediática es el resultado: el conocimiento y las habilidades que adquieren los alumnos (...) La alfabetización mediática implica necesariamente ‘leer’ y ‘escribir’ los medios. Por lo tanto, la educación mediática se propone desarrollar *tanto* la comprensión crítica *como* la participación activa. Esto capacita a los jóvenes para que, como consumidores de los medios, estén en condiciones de interpretar y valorar con criterio sus productos; al mismo tiempo, los capacita para convertirse ellos mismos en productores de medios por derecho propio. La educación mediática gira en torno al desarrollo de las capacidades críticas y creativas de los jóvenes”. BUCKINGHAM, David, *Educación en medios. Alfabetización, aprendizaje y cultura contemporánea*, Barcelona, Paidós, 2005, p. 21.

Es un hecho que herramientas como Internet tienen ya un reconocido papel protagónico en muchos aspectos del quehacer ordinario de la enseñanza, no sólo universitaria. Pero a una herramienta como ella cabe todavía sacarle aún más partido. La disponibilidad de materiales de estudio, el potenciamiento de esta relación bidireccional del profesor y el alumno, la extensión de los horarios y la ubicuidad brindan un sinnúmero de posibilidades. Desde la creación de páginas docentes, uso intensivo de correo electrónico, comunicación de trabajos, encuestas y entrega de evaluaciones hasta tutorías en línea, o sesiones mediante salas de videoconferencias, nacionales e internacionales, incluyendo variedad de instituciones y especialistas, a muy bajo costo.

El amplísimo espectro y variedad de instituciones que desarrollan importantes labores en materia de investigación criminológica o generación de directrices políticocriminales, organismos públicos y privados, centros de investigación u otros, muchos de los cuales cuentan con páginas Web, bases de datos o publicaciones en línea importantes, así como el desarrollo de los foros virtuales y la existencia cada vez más extendida de salas adecuadas para videoconferencias de alta calidad, es un escenario que promueve acercamientos e intercambios, mediante el uso de la tecnología.

La utilización del video, las simulaciones virtuales y otros instrumentos análogos encierran otros beneficios. Como es de rigor, en la formación del criminólogo habrá de ponérsele a su alcance las distintas realidades profesionales en que podrá desempeñar funciones, sin embargo, el acceso real e irrestricto a algunos de estos entornos, no es posible, o no lo es al menos para un grupo relativamente numeroso de personas, como puede serlo un curso de una asignatura dada. Por ello, la existencia de “guías virtuales” e interactivas no sólo facilitarán la tarea, sino que permitirán el cumplimiento mínimo de esta obligación de acercamiento y puesta en contacto inherente al proceso de enseñanza. Incluso más, permitirán eventualmente que las instituciones involucradas se esfuercen por garantizar este acceso virtual como un mínimo, tanto por la expectativa de colaborar activamente en la formación de profesionales de los cuales posteriormente se nutrirá, como por incluirlo en una estrategia de relaciones públicas y reclutamiento. Imaginemos que entre los interesados en participar de estas experiencias figurarán entes como los distintos

cuerpos y fuerzas de seguridad, sistema penitenciario, seguridad privada, organismos gubernamentales –incluidos los relacionados con tareas de inteligencia y/o defensa–, e instituciones internacionales.

La generación de nuevos materiales en soportes adecuados a su tráfico por estas vías, es también una necesidad. Más allá de la aparición del “libro virtual”, antes habrá de popularizar el uso, la producción y edición de videos propios, fotografía y animaciones. La combinación de estas herramientas visuales con el aprendizaje en el uso de potentes herramientas informáticas tanto en tratamiento de imágenes como en el procesamiento y gestión de información es, a estas alturas, indispensable.

Vinculando lo dicho respecto de una enseñanza activa con la utilización de tecnologías de la información, y tener un primer punto de vista centrado en el uso de la tecnología como medio en el contexto de la enseñanza, conviene resumir las orientaciones de un modelo basado en una combinación de metodologías de la enseñanza y el uso de estas tecnologías, según lo planteado por Area Moreira:

En definitiva, el educando no debe desarrollar un aprendizaje mecánico en el que adquiera los conocimientos de forma receptiva, sino que debe ser un sujeto activo y protagonista de su propio proceso de aprendizaje. Lo relevante será el desarrollo de procesos formativos dirigidos a que cualquier sujeto “aprenda a aprender” (es decir, adquiera las habilidades para el autoaprendizaje de modo permanente a lo largo de su vida); “sepa enfrentarse a la información” (buscar, seleccionar, elaborar y difundir aquella información necesaria y útil); se “cualifique laboralmente” para el uso de nuevas tecnologías de la información y comunicación; y “tome conciencia” de las implicaciones económicas, ideológicas, políticas y culturales de la tecnología en nuestra sociedad (...) Por otra parte, más que un transmisor de conocimientos el docente debe caracterizarse por tutorizar y guiar el proceso de aprendizaje del alumno, debe ser un mediador del saber. Se ocuparía de planificar un proceso educativo abierto, flexible, con fuentes actuales, variadas, claras, motivadoras (...) utilizando una metodología interactiva y cooperativa de trabajo. Al mismo tiempo, debe saber analizar y perfeccionar su práctica educativa ayudándose de los distintos agentes de la comunidad educativa (participación de los alumnos, vinculaciones con empresas del entorno...) y colaborando con otros profesionales en proyectos comunes. Estas actividades y funciones que tienen que tener el soporte de la formación permanente y de la

EN TORNO A LA ENSEÑANZA DE LA CRIMINOLOGÍA Y LAS CIENCIAS JURÍDICAS EN ESPAÑA: UNA COYUNTURA Y UN DESAFÍO EN EL FONDO Y EN LA FORMA

FELIPE ABBOTT MATUS

reflexión de la práctica educativa, serán requisitos fundamentales para el desarrollo de procesos de enseñanza-aprendizaje adecuados a los nuevos contextos y entornos sociales y tecnológicos (2004: 216-217).

Lo anterior conviene matizarlo. Se corre el riesgo de que el aula se convierta en una sala de rostros impávidos frente a crepitantes pantallas, también de que el modelo descrito afecte a tareas y funciones mucho más elementales, pero con mucho alcance ideológico, en cuanto a capacidad crítica o de pura reflexión. O dicho en los términos planteados por San Martín, a propósito de lo que hay detrás de lo que él llama “nueva educación”:

Esta figura profesional [la del “gestor de conocimientos”] es clave para el funcionamiento del sistema, por lo demás bastante alejada de la del profesor convencional. Según denuncia Mattelart, hay demasiado empeño en fusionar las figuras del *manager* y el intelectual, manifestándose así la “connivencia con los tópicos de un antiintelectualismo, característico del neopopulismo mercantil” dominante en la era del capitalismo mundial integrado o globalización. En cualquier caso, el aludido gestor será una persona joven, recuperado para ese puesto tras un proceso de reingeniería organizativa de su empresa, prioritariamente financiera, y actuará como consejero delegado. Se habla de educación en términos de eficiencia del sistema, aludiendo al logro de objetivos, al “saber cómo”, a la innovación tecnológica que representa el proyecto educativo participado por su empresa, proyecto del que se publicita su capacidad para generar puestos de trabajo y abrir puertas ocupacionales a sus diplomados. El personaje es la viva encarnación de la “cultura moderna del riesgo” que, según R. Sennett, se caracteriza “por que no moverse es sinónimo de fracaso, y la estabilidad parece casi una muerte en vida” (2005: 147).

En cuanto a la educación que brindan los medios, su presencia es imprescindible, no tanto como informadores, sino como formadores de realidades. Esto hace que el contexto de la educación no pueda soslayarse ni tampoco su naturaleza en sí misma ni la lectura crítica que pueda hacer de su propio funcionamiento.

Basta tener en cuenta las estadísticas de lectura frente a la presencia de la televisión en la ocupación del tiempo libre para darse cuenta de

que no se puede despreciar semejante penetración en la vida de las personas, sobre todo desde el punto de vista de quehaceres como el de la enseñanza.<sup>21</sup>

Es por ello que la incorporación de cierta “alfabetización mediática” se hace imperiosa, en los términos sugeridos por Buckingham (2005: 73-74):

Por alfabetización no se entiende aquí simplemente una especie de “juego de herramientas” cognitivas que capacita a las personas para comprender y utilizar los medios. Y, de esta manera, la educación mediática pasa a ser algo más que una especie de curso de entrenamiento o prueba de competencia en las habilidades relacionadas con los medios. A falta de otra designación mejor, la alfabetización mediática es una forma de alfabetización crítica. Exige análisis, evaluación y reflexión crítica. Supone la adquisición de un “metalenguaje”, es decir, de un medio que nos permite describir las formas y las estructuras de diferentes tipos de comunicación; e implica una comprensión más amplia, por una parte, de contextos sociales, económicos e institucionales de comunicación y, por otra parte, de cómo éstos afectan a las experiencias y a las prácticas de las personas. La alfabetización mediática incluye sin duda la habilidad para utilizar e interpretar los medios, pero implica también una comprensión analítica mucho más amplia.

Finalmente, y como ya se ha mencionado en otras oportunidades, si al entorno social profusamente cruzado por mensajes mediáticos y construcciones sociales de la realidad le sumamos la aproximación naturalmente crítica que las ciencias penales, y la criminología en particular han de tener, una presencia significativa de una aproximación mediática en la educación<sup>22</sup> no sólo es importante sino que, como ya se ha dicho, imprescindible.

<sup>21</sup> En España (año 2000) distribuida del siguiente modo: 222 minutos dedicados a la televisión, 95 a escuchar la radio, 22 a leer periódicos, suplementos y revistas; 5 a Internet. Se apunta a que los escolares de primaria y secundaria tienen aproximadamente 240 minutos diarios de tiempo lectivo. Díaz Nosty, 2001, citado por SAN MARTÍN ALONSO, Ángel, “La innovación educativa, a merced de los medios”, en *Las nuevas tecnologías de la enseñanza. Temas para el usuario*, Universidad Internacional de Andalucía, Madrid, Akal, 2004, p. 139.

<sup>22</sup> Para un concepto de *educación mediática*, ver nota 20.

## CONCLUSIONES

El contexto de la globalización y la modernización del derecho penal ha llevado a la educación en general, y a la enseñanza del derecho penal y las ciencias penales, en particular, a exigirse cambios profundos.

Los procesos de integración, ya sean formales o por medio simplemente de consecuencia en la estructuración de los mercados laborales –libertad de movimiento tanto de recursos financieros como humanos–, amén de las características que presenta el trabajo en cuanto tal actualmente, permiten visualizar las exigencias actuales de profesionales orientadas hacia uno que sea capaz de desempeñarse adecuadamente bajo determinadas condiciones generales, como por ejemplo:

- Flexibilidad en sentido amplio: de horarios, de ubicación (contratación internacional y prestación de servicios a distancia, transnacionalización de las empresas, deslocalización de los negocios y las economías);
- generalización de exigencias de conocimientos antes especializados: masificación del uso de tecnología (informática, comunicaciones), idiomas;
- razonables habilidades para desempeñarse dentro de ambientes pluridisciplinarios y multitareas: trabajo en equipo, transdisciplinariedad, organización de trabajo por metas y/o plazos, rendición de cuentas por objetivos;
- estandarización de las técnicas de evaluación de gestión: generación de un mercado europeo de acreditación académica, generación de un mercado europeo del trabajo.

En este escenario, los cambios visualizados en la enseñanza universitaria apuntan a adecuar los procesos de enseñanza a estas exigencias, dando espacio a la iniciativa y a la integración en la tarea del aprendizaje, buscando la incorporación de capacidades de aprendizaje individual y fortaleciendo una perspectiva de educación continua.

Así las cosas, los cambios en la enseñanza universitaria de las ciencias penales, del derecho penal y la criminología en particular no sólo se hacen eco de las exigencias de Bolonia y el Espacio Europeo de Educación Superior, sino que presentan claramente los desafíos de la edu-

cación superior en general en un contexto de evolución provocada por cambios globales e irreversibles.

La asunción de las respectivas responsabilidades, de manera compartida, tanto entre los cuadros del cuerpo académico como de parte de los mismos estudiantes, redundará en una adecuada respuesta de las universidades a las exigencias que la formación de los profesionales del futuro les plantea. El reconocimiento temprano de necesidades, tanto de nuevos métodos como de temas emergentes claves, permite una inclusión precoz de ellos y, por ende, la puesta a punto rápida de procedimientos y currículos de enseñanza de calidad y competitivos en un mercado de la enseñanza notablemente internacionalizado.

El reforzamiento de las capacidades de gestión y trabajo en redes y grupos de investigación, así como la identificación adecuada de intereses y potenciales en la formación de nuevos académicos e investigadores, es el horizonte que se ha de tener a la hora de concebir un círculo virtuoso en materia de docencia universitaria y de aprendizaje comprometido.

La universidad moderna es una institución clave en los desafíos planteados por la globalización y la sociedad del conocimiento. Su rol de “efecto multiplicador” y de factor de superación de desigualdades y generador de oportunidades le obliga, a su vez, a mantener un alto compromiso social y conservar la vigencia de estos desafíos a la altura de una exigencia indispensable de su papel a jugar en una sociedad humanista y en un modelo de Estado (todavía) basado en los ideales del Estado social y democrático de Derecho.

Es por lo anterior que no nos podemos engañar. Las reflexiones expuestas en este trabajo, así como estas conclusiones, casi con carácter de provisionales, sólo se hacen cargo de un horizonte de desafíos de mediano plazo, como mucho. El alcance y envergadura de los cambios que se avizoran en el porvenir de nuestras sociedades nos obliga ya a estar pensando en ellos. Y sus consecuencias no tardarán en manifestarse, e impactar en el ámbito de la educación, de la investigación y por ello del papel que deberán jugar las universidades en el futuro. Nos referimos a aquellos cambios de los cuales ya vemos la punta del iceberg: la erosión de los estados de bienestar convencionales –seguridad social y sistemas de asistencia sanitaria–, obsoletos e indefensos frente a un ataque siste-

EN TORNO A LA ENSEÑANZA DE LA CRIMINOLOGÍA Y LAS CIENCIAS JURÍDICAS EN ESPAÑA: UNA COYUNTURA Y UN DESAFÍO EN EL FONDO Y EN LA FORMA

FELIPE ABBOTT MATUS

mático por su supuesta ineficacia; la aparente pérdida de sostenibilidad del sistema, con sus consecuencias evidentes, precarización del empleo, fragilidad en las historias de vida, desarraigo, pérdida de tejido social consecuencia del debilitamiento de los contextos tradicionales de generación y profundización de vínculos –escolarización, trabajo, vivienda–, así como una gran incertidumbre en el futuro, aumento de las esperanzas de vida de la población y envejecimiento generalizado, consolidación de la incorporación de la mujer en los mundos laborales competitivos, el continuo cambio que exhibe nuestro modelo de familia, los cambios en los roles convencionales atribuidos a, por ejemplo, la religión o la política, las nuevas características y roles que presentan las relaciones afectivas –hijos/padres, relaciones de pareja–, la consolidación de modelos inter y transculturales, fruto de migraciones e incorporación a la vida cotidiana de los países de acogida, etcétera.

Todo lo anterior significa que la educación entendida como proceso de transmisión de conocimientos, cultura y valores se verá sometida a nuevas exigencias. Su rol en la consolidación de un modelo u otro, en el fortalecimiento de tendencias y en la creación de nuevos y favorables escenarios para la convivencia en una sociedad plural, tolerante y democrática, es lo que está en juego y es un desafío que se debe de enfrentar con la debida previsión. A partir de ahora mismo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AREA MOREIRA, Manuel, “Sociedad de la información, tecnologías digitales y educación: luces y sombras de una relación problemática”, en *Las nuevas tecnologías en la enseñanza. Temas para el usuario*, Universidad Internacional de Andalucía, Madrid, Akal, 2004, pp. 193-223.
- BECK, Ulrich, *¿Qué es la globalización?*, Barcelona, Paidós, 1998.
- BERGALLI, R. (coord.), *El Derecho y sus realidades*, Barcelona, PPU, 1989.
- BÖHMER, Martin (comp.), *La enseñanza del Derecho y el ejercicio de la abogacía*, Yale Law School, Universidad de Palermo, Barcelona, Gedisa, 1999.
- BUCKINGHAM, David, *Educación en medios. Alfabetización, aprendizaje y cultura contemporánea*, Barcelona, Paidós, 2005.
- BUSTOS R., Juan y M. HORMAZÁBAL, *Lecciones de Derecho Penal*, Madrid, Trotta, 1997, vol. I.

- COBO DEL ROSAL, M. y T. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *The Role of the Universities in the Europe of Knowledge*. Communication from the Commission, COM (2003) 58 final, Bruselas, 5 de febrero de 2003.
- DAVARA, RODRÍGUEZ, MIGUEL ÁNGEL, *De las Autopistas de la Información a la Sociedad Virtual*, Pamplona, Aranzadi, 1996.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, Santiago REDONDO ILLESCAS, Rosemary BARBERET y Antonio GARCÍA CHAZARRA, *Libro Blanco sobre el Título de Grado en Criminología*, Documento de trabajo, 2003.
- *Declaración de Bolonia y su repercusión en la estructura de las titulaciones en España. Acuerdo de la Asamblea General de la Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas (CRUE) de 8 de julio de 2002*. Disponible en Internet [en línea] <<http://www.crue.org>>.
- DONINI, Massimo, “La relación entre Derecho Penal y política: método democrático y método científico”, en *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, Cuenca, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, pp. 69-97.
- FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE CRIMINÓLOGOS DE ESPAÑA, *Propuesta de la FACE sobre la adaptación de los estudios de licenciado en criminología a la Declaración de Bolonia*, Documento de trabajo, disponible en Internet, [en línea] <<http://www.face.org>>.
- FERREIRO, J. J., J. MIQUEL, S. MIR y P. SALVADOR CODERCH (eds.), *La enseñanza del Derecho en España*, Madrid, Tecnos, 1987.
- GARCÍA, Bautista y Antonio VERA, *Las nuevas tecnologías en la enseñanza. Temas para el usuario*, Universidad Internacional de Andalucía, Madrid, Akal, 2004.
- GARCÍA PABLOS, Antonio, *Tratado de Criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- GINÉS MORA, José, “Els canvis del model universitari com a conseqüència de les noves demandes de la societat del coneixement”, en *Coneixement i Societat* 06 (2005), pp. 74-91.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Reflexiones sobre el futuro de la enseñanza del derecho y sobre la enseñanza del derecho en el futuro*. RECPC 05-rl, 2003. Disponible en Internet [en línea] <<http://criminet.ugr.es/recpc>>.
- Informe de la Comissió d'Estudi per la Programació de l'Espai Universitari Europeu de Bolonia*, comisión presidida por el profesor Andreu Olesti, e integrada además por Lina Moragues y los profesores Esther Arroyo, Carmelo Gómez,

EN TORNO A LA ENSEÑANZA DE LA CRIMINOLOGÍA Y LAS CIENCIAS JURÍDICAS EN ESPAÑA: UNA COYUNTURA Y UN DESAFÍO EN EL FONDO Y EN LA FORMA

FELIPE ABBOTT MATUS

- Markus González, Rafael Martínez, Joan Mauri, Jaime Rodríguez, Jaume Saura y Marina Solé. Documento de trabajo, disponible en Internet, [en línea] <<http://www.ub.edu/>>. Joint declaration of the European Ministers of Education convened in Bologna on the 19<sup>th</sup> of June 1999, Disponible en Internet, [en línea] <<http://www.eurydice.org/>>.
- LAMO DE ESPINOSA, E., "La enseñanza de la sociología de la desviación en España", en *El Derecho y sus realidades*, Barcelona, PPU, 1989, pp. 291-319.
- MEDINA, Juanjo, *Reflexiones críticas sobre la futura licenciatura en Criminología*, RECPC 04-15 (2002). Disponible en Internet, [en línea] <<http://criminolnet.ugr.es/recpc/>>.
- MUÑOZ CONDE, F. y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- PEÑUELAS I REIXAC, LL., *La docencia y el aprendizaje del Derecho en España. Una perspectiva de Derecho Comparado*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, "Sobre la enseñanza del Derecho Penal. Instituto Iberoamericano de Política Criminal y Derecho Penal Comparado", en *Revista Canaria de Ciencias Penales*, nro. 6, diciembre 2000, pp. 73-93.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Adónde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles*, Madrid, Civitas, 2004.
- ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2002.
- SAN MARTÍN ALONSO, Ángel, "La innovación educativa, a merced de los medios", en *Las nuevas tecnologías en la enseñanza. Temas para el usuario*, Universidad Internacional de Andalucía, Madrid, Akal, 2004.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso y Alfonso SERRANO MAÍLLO, "La paradoja del descubrimiento de la Criminología en España", en *La Ciencia del Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Doctor José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 1615-1658.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús M<sup>a</sup>, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992.

## Karl Larenz (1903-1993), especialista en derecho privado durante el nacionalsocialismo y en la Alemania de posguerra\*

RALF FRASSEK\*\*

*Karl Larenz se encuentra entre los juristas alemanes más reconocidos e importantes del siglo XX. Luego de su muerte en el año 1993, su actuación durante la época del nacionalsocialismo se convirtió en un tema central de la literatura jurídica. Con esa discusión como trasfondo, esbozaremos a continuación la vida y obra de Larenz, y ubicaremos en un primer plano dentro de nuestro análisis, su aporte a la "renovación" de la dogmática del Derecho de las Obligaciones.*

### I. NOTAS PRELIMINARES

La historia del Derecho Privado alemán antes y después de 1945 fue escrita de manera determinante, entre otros, por Karl Larenz; sus manuales de Derecho de las Obligaciones y de la parte general del BGB (Código Civil alemán) han acompañado a generaciones de estudiantes de Derecho. Larenz se encuentra, sin duda, entre los juristas más reco-

\* Publicado originalmente como FRASSEK, "Karl Larenz (1903-1993). Privatrechtler im Nationalsozialismus und im Nachkriegsdeutschland", en *Kritische Justiz*, 1998, p. 296. Los editores agradecen al autor el permiso para traducirlo y publicarlo en esta revista. Traducción al español realizada por las alumnas de tercer año de la materia Lengua III de la Carrera de Traductorado Público de Alemán de la Facultad de Derecho (UBA): Samanta Schneider y Lisa Zignego, con participación de la estudiante de intercambio con Austria, Nora Kienzer. Coordinación y supervisión del trabajo de traducción: Laura Elbert, Titular Interina de la Cátedra Lengua III en idioma alemán.

\*\* Doctor, Profesor de Historia del Derecho y Derecho Civil en la Universidad de Halle (Saale).

KARL LARENZ (1903-1993), ESPECIALISTA EN DERECHO PRIVADO DURANTE EL NACIONALSOCIALISMO Y EN LA ALEMANIA DE POSGUERRA

RALF FRASSEK

nocidos del siglo XX. Pese a la vigencia de sus escritos, y más allá del cambio producido en el sistema en 1945, podemos, sin embargo, buscar la raíz de la crítica latente, y en parte directa, realizada a Karl Larenz. A primera vista, éste parece ser un típico representante de la ciencia del derecho alemán, la cual antes de 1945 había funcionado en clara conformidad con el régimen, y en la posguerra cuestionó escasamente la actuación del nacionalsocialismo, haciendo posible así un nuevo comienzo sin problemas a partir de los caminos predeterminados.

Evidentemente, hoy parece ser más cómodo dejar que a tal amnistía global le siga una condena global, en cuyo centro encuentran nuevamente lugar los representantes más destacados, o quizás los especialmente conocidos y se emitan frases como: “no cito a Karl Larenz, porque fue un nazi”. Esta expresión de un estudiante de abogacía de los años '90 evidencia una determinada forma de abordar la historia reciente del Derecho, como así también lo hace un vistazo a un ejemplar de consulta de un libro en homenaje al septuagésimo aniversario de Larenz en la biblioteca de una universidad alemana: el retrato de Karl Larenz, provisto con una cruz esvástica, insignias de la SS y demás accesorios. Ninguno de estos ejemplos muestra por cierto un cuadro muy representativo, pero sin embargo reclama imparcialidad y un análisis científico para abordar la materia. Las investigaciones de la ciencia jurídica sobre la época del nacionalsocialismo parecen ser, por el contrario, menos espectaculares y tediosas que afirmaciones contundentes o cuadros inequívocos. A mediados de los '90, no escaseaban estudios histórico-jurídicos sobre el Derecho Privado en la época del así llamado Tercer *Reich*<sup>1</sup>. No obstante, no se debería olvidar cuán joven es este campo temático, que comenzó a desarrollarse a partir de la segunda mitad de los años '60.

Durante muchos años, el Derecho Privado tenía fama de haber permanecido libre de influencias políticas y ser por ello menos valioso para el análisis que, por ejemplo, la justicia penal del Estado de no-Derecho (*Unrechtsstaat*).

<sup>1</sup> De los nuevos trabajos cabe mencionar, a modo de ejemplo, SESSLER, *Die Lehre von den Leistungsstörungen*; STROLLS, Heinrich, *Bedeutung für die Entwicklung des allgemeinen Schuldrechts*, 1994; HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmissbrauchslehre. Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens*, 1995; LAMBRECHT, *Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, Entstehung, Rezeption und Niedergang*, 1994.

Pero los trabajos de Rütters,<sup>2</sup> Rottleuthner,<sup>3</sup> Stolleis,<sup>4</sup> Schröder<sup>5</sup> y Rückert<sup>6</sup> pusieron de relieve los puntos en los cuales se manifestó y se hizo visible, también en el Derecho Privado, la influencia nacionalsocialista. Muchos de sus resultados han sido hoy en día comprobados y conformados mediante posteriores investigaciones. Poco a poco se completa el cuadro de la ciencia jurídica privada durante el llamado Tercer Reich. Los interrogantes principales se centran, por una parte, en las características que presentaba el Derecho Privado nacionalsocialista y, por otra parte, en el modo en que se llevó a cabo la transición del Estado nacionalsocialista hacia la República federal, tanto en el aspecto dogmático como en el aspecto personal.<sup>7</sup> El trato mismo con la “etapa oscura” practicado después de 1945 se convirtió también en una parte de la historia jurídica alemana.

La historia, sobre todo la historia jurídica, se mantiene viva por la reflexión de las personas que escribieron una parte de ella. Desde este punto de vista, un análisis de la vida y la obra de estas personas puede añadir una pieza del mosaico al cuadro completo. El significado de Larenz y el hecho de que sus escritos publicados antes y después de 1945 ofrecen una base amplia de fuentes para una investigación de la dogmática del Derecho Privado, hacen precisamente fructífera la investigación de su persona y de su obra.<sup>8</sup>

<sup>2</sup> RÜTTERS, *Die unbegrenzte Auslegung*, 1968; *id.*, *Entartetes Recht*, 1988.

<sup>3</sup> ROTTLEUTHNER, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, 1973, especialmente pp. 214-215.

<sup>4</sup> STOLLEIS, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, 1974, especialmente pp. 94 y 95.

<sup>5</sup> SCHRÖDER, Rainer, en *Recht und Unrecht im Nationalsozialismus*, 1985, pp. 8-9; *idem*, “...aber im Zivilrecht sind die Richter standhaft geblieben!”, 1988 (“...pero en el ámbito del Derecho Civil los jueces permanecieron firmes!”).

<sup>6</sup> RÜCKERT, *SavZRG* (Departamento de Germanística) 103, 1986, pp. 199-200.

<sup>7</sup> Acerca del tema: RÜCKERT, *NJW* 1995, pp. 1251-1252.

<sup>8</sup> Resumen de literatura acerca de la vida y la obra de Karl Larenz, por orden de aparición: 1. *Aufsätze, Würdigungen, Nachrufe: Canaris*, *JZ* 1973, pp. 257-258; WAGNER, *DuR* 1980, pp. 243-244; *Canaris*, *JZ* 1983, p. 402; DIEDERICHSEN, en *Juristen im Porträt. Festschr. zum 225 jährigen Bestehen des Verlages C. H. Beck*, 1988, pp. 495-496; LA TORRE, *Rechtstheorie* 1992, pp. 355-356; DIEDERICHSEN, *NJW* 1993, pp. 902-903; PRANTL, *SZ* v. 27 de enero de 1993; *Canaris*, *JZ* 1993, pp. 404-405; DREIER, *JZ* 1993, pp. 454-455; LARENZ, *VersR* 1993, p. 420; KÖHLER, *VersR* 1993, pp. 420-421; MAYER-MALY, *JurBI*

KARL LARENZ (1903-1993), ESPECIALISTA EN DERECHO PRIVADO DURANTE EL NACIONALSOCIALISMO Y EN LA ALEMANIA DE POSGUERRA

RALF FRASSEK

## II. CON RESPECTO A LA PERSONA

Karl Larenz nació el 23 de abril de 1903 en Wesel junto al Rin, en el seno de una familia de juristas. Su padre, Karl Larenz, estaba a cargo de la presidencia del Tribunal Administrativo Superior prusiano en Berlín. El joven Karl Larenz concluyó sus estudios secundarios en la capital del imperio alemán, en el bachillerato Heinrich von Kleinst y comenzó en el semestre de invierno de 1921/1922 con sus estudios de abogacía, economía política e historia. En los años sucesivos se mudó primero a Marburg, luego volvió a Berlín, posteriormente a München y finalmente a Göttingen.<sup>9</sup> Su estancia en esta última ciudad fue de fundamental importancia, ya que allí conoció a un profesor que ejercería una influencia decisiva sobre él en los campos de la teoría y de la filosofía del Derecho: Julius Binder.<sup>10</sup> Durante varios años Julius Binder y sus alumnos se reunían regularmente cada 14 días en su casa para leer y discutir las obras de Hegel.<sup>11</sup> En el tema de disertación de Larenz *La teoría de la imputación*

1993, pp. 80-81; JAKOBS, JZ 1993, pp. 805-806; acerca del tema, réplica de PRÖLSS, JZ 1994, pp. 33-34, y epílogo de JAKOBS, J. ZJZ. 1994, p. 34; KOKERT, ZNR 1996, pp. 23-24; 2. *Untersuchungen zur Rechtstheorie*: FROMMEL, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, 1981; KOKERT, *Der Begriff des Typus bei Karl Larenz*, 1995; 3. *Untersuchungen zur Privatrechtsdogmatik*; LA TORRE, *La lotta contro il dirittosoggettivo: Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1998; ídem, *Nostalgia for the homogeneous community. Karl Larenz and the national socialist theory of contract*, Florenz, 1993; FRASSEK, *Von der "völkischen Lebensordnung" zum Recht. Die Umsetzung weltanschaulicher Programmatik in den schuldrechtlichen Schriften von Karl Larenz (1903-1993)*, 1996, con un extenso listado de escritos de Larenz (204 publicaciones).

<sup>9</sup> DIEDERICHSEN, NJW 1993, p. 902.

<sup>10</sup> Promoción 1870, Filosofía del Derecho, Derecho Romano, Derecho Civil, Derecho Procesal Civil, profesor titular en 1903 en Rostock, luego en Erlangen, Würzburg y Göttingen (DREIER, en LOOS [editor], *Rechtswissenschaft in Göttingen, Göttinger Juristen aus 250 Jahren 1987*, pp. 435-436). Binder se describía a sí mismo políticamente como nacional-liberal (desde 1895) y luego (desde 1919), como nacional-alemán. Entre 1916 y 1918 fue presidente del partido nacional-liberal en Würzburg y luego de la Primera Guerra Mundial se unió a la Asociación Alldeutschen Verband, orientada hacia el antisemitismo. Binder vio con buenos ojos la toma del poder por parte de los nacionalsocialistas y el 5 de abril de 1933 ingresó al partido nazi (número de miembro: 3551567) (HALFMANN, en BECKER, U. A. [editor], *Die Universität Göttingen unter dem nationalsozialismus*, 1987, p. 90).

<sup>11</sup> DIEDERICHSEN, en *Juristen im Porträt* (ver nota 8), p. 497. Junto con Larenz, Gerhard Dulckeit (1904-1954) y Martin Busse (1909-1945) también fueron alumnos de Binder, compárese DREIER, JZ, 1993, p. 457.

de Hegel y el concepto de la imputación objetiva<sup>12</sup> se hizo evidente, por primera vez, la influencia de aquellos tiempos sobre su obra. El análisis de la filosofía del Derecho de Hegel ocupó un lugar central en sus publicaciones, sobre todo en la época anterior a 1945.

A partir de su tema de tesis *El método de interpretación del acto jurídico*<sup>13</sup> se dedicó a su segundo campo de creación más importante: la dogmática del Derecho Privado. En su trabajo, que aún hoy, a más de 60 años de su publicación, no ha perdido importancia,<sup>14</sup> el joven de 25 años presentó su teoría de la declaración de voluntad como “declaración de validez”, delimitándola de la “teoría de la voluntad” y de la “teoría de la declaración”. La habilitación docente de Larenz ocurrió por deseos de su maestro, Binder, antes de que rindiera el segundo examen de estado. El apuro de Binder se debió a que éste temía que, como consecuencia de una tensa situación del mercado de trabajo general, se impusiera por orden estatal un número de vacantes limitadas para docentes, y esto dificultara el acceso para obtener un cargo catedrático a aquellos alumnos dotados de un talento superior.<sup>15</sup> Los temores de Binder fueron superados por los sucesos de los años siguientes. Con la toma de poder por parte de los nacionalsocialistas también cambió radicalmente la situación personal de los profesores en las universidades alemanas.

### III. LA ESCUELA DE KIEL

Sin duda, el plan en 1933 era “otorgar licencia obligatoria” o despedir a los profesores universitarios “no arios”, a los no tolerados o a aquellos

<sup>12</sup> LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der “juristischen Kausalität”* (Rechts- und Staatswissenschaftliche Dis- v. 11 de abril de 1927, Göttingen, 1927, VI, 109 p.), 1927, VIII, 109 p. (Abh. der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Göttingen, H. 4) (nueva edición, 1970). Fueron examinadores de Larenz, tanto Binder, como el importante especialista en Derecho Privado Paul Oertmann y Fritz Pringsheim, que luego fue perseguido por los nacionalsocialistas debido a su origen judío.

<sup>13</sup> LARENZ, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts: Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung*, 1930, XI, p. 106 (nueva edición con nuevo epílogo, 1966). Binder y Oertmann fueron los peritos.

<sup>14</sup> Por último, detallado, BREHMER, *Wille und Erklärung*, 1992.

<sup>15</sup> DIEDERICHSEN, NJW 1993, 902.

KARL LARENZ (1903-1993), ESPECIALISTA EN DERECHO PRIVADO DURANTE EL NACIONALSOCIALISMO Y EN LA ALEMANIA DE POSGUERRA

RALF FRASSEK

que no adherían a los ideales nacionalsocialistas.<sup>16</sup> La intensidad con la que esto se llevó a cabo fue, sin embargo, muy diferente en cada una de las universidades. Como es sabido, no todas ellas fueron provistas de igual manera con fuerzas “conformes al régimen”. Ciertas facultades jurídicas elegidas especialmente fueron transformadas de manera más consecuente que otras, a saber, las de Kiel, Breslau y Königsberg.<sup>17</sup> Por medio de una indicación ministerial se les recomendó a los estudiantes que se inclinaran en primer lugar por estas facultades, escogidas como “tropas de choque político”.<sup>18</sup> En comparación con las demás facultades, fue en la facultad de Kiel donde la “transformación” se realizó de manera más consecuente.<sup>19</sup> Según los planes de los nacionalsocialistas, ésta debía convertirse en un “semillero” de jóvenes profesores de Derecho incondicionalmente leales al régimen, de la cual las otras universidades alemanas debían abastecerse de fuerzas políticas de la nueva generación.<sup>20</sup> En el transcurso de esta transformación, Larenz se dirigió de manera muy temprana, en el cuatrimestre de verano de 1933, hacia Kiel, como titular interino de cátedra en reemplazo del filósofo del Derecho Gerhart Husserl, al que se le había dado licencia obligatoria.<sup>21</sup> Desde el cuatrimestre de invierno de 1933/1934, Larenz fue profesor titular de Derecho Civil y Filosofía del Derecho en Kiel.

Larenz conocía el aspecto político de su convocatoria a Kiel y esto le provocaba sentimientos sumamente contradictorios. Esto se manifiesta en una carta de agosto de 1933, en la cual expresaba que, por un lado, esperaba que en la “joven facultad” de Kiel “no faltara vida intelectual”; por otro lado, temía, sin embargo, que “el tiempo de trabajo tranquilo

<sup>16</sup> Acerca de la dimensión de la expulsión véase: HÖPEL, *Kritj*, 1993, pp. 438-439.

<sup>17</sup> RÜTHERS, *Entartetes Recht* (ver nota 2), p. 42.

<sup>18</sup> ECKHARDT, *Das Studium der Rechtswissenschaft*, 1935, p. 9 (Leitsätze für Studenten); DÖHRING, *Geschichte der juristischen Fakultät 1665-1965*, pp. 206-207.

<sup>19</sup> DÖHRING (ver nota 18), p. 208.

<sup>20</sup> DÖHRING (ver nota 8), p. 206.

<sup>21</sup> Promoción de 1893, hijo del filósofo Edmund Husserl. El 29 de abril de 1933 fue licenciado de su puesto como profesor en Kiel, luego fue trasladado a Göttingen y más tarde a Frankfurt a. M. En 1936 emigró hacia los Estados Unidos. A principios de la década del cincuenta regresó a Alemania (GÖPPINGER, *Juristen jüdischer Abstammung im “Dritten Reich”*, 2ª ed., 1990, p. 341). Acerca de las medidas en contra de Husserl: HALFMANN (ver nota 10), pp. 95-96, acerca de su vida y su obra también: BÖHLER, *Gerhart Husserl Leben und Werk*, Diss., 1992.

fuera cada vez más escaso”, debido a la política. Estaba por ello contento de haber tenido “años de docencia privada”.<sup>22</sup> La pregunta acerca de qué tarea le correspondía asumir a Larenz en el marco de esa “política” que reduciría su tiempo de “trabajo tranquilo”, admite respuestas muy diferentes y se ha convertido precisamente luego de su muerte en el año 1993, en una cuestión intensamente discutida.

La facultad formada luego de 1933 en Kiel, denominada “Escuela de Kiel”, “Grupo de Kiel” o “Círculo de trabajo de Kiel”,<sup>23</sup> es considerada, en la literatura en general, como un grupo de jóvenes profesores de Derecho ideológicamente coincidente con miras a la realización de una tarea común. Su orientación ideológica se desarrolló sobre la base de las teorías de Carl<sup>24</sup> Schmitt.<sup>25</sup> Científicamente se produjo, en la mayoría de los ámbitos del Derecho, una penetración del pensamiento nacionalsocialista en la ciencia jurídica.<sup>26</sup> Se realizó el intento de fundar el nuevo Derecho, y con ello también el Derecho Civil vigente hasta ese momento, sobre bases completamente nuevas y con un nuevo método.<sup>27</sup> Con gran entusiasmo, promovido por los gobernantes, se desecharon las tradicionales costumbres de pensar y cuestionar los axiomas que hasta entonces habían sido intangibles.<sup>28</sup> Una cita del prólogo de la obra conjunta *Pre-*

<sup>22</sup> *Brief Larenz an Heckel* (carta de Larenz a Heckel) (J. C. B. Mohr Tübingen editor), 25 de agosto de 1933, propiedad del archivo de la editorial J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 472. Resaltado propio.

<sup>23</sup> A este grupo pertenecen Busse, Dahm, Eckhardt, Huber, Larenz, Michaelis, Ritterbusch, Schaffstein, Siebert y Wieacker [HEINRICH LANGE, *Die Entwicklung der Wissenschaft vom Bürgerlichen Recht. Eine Privatrechtsgeschichte der neuesten Zeit*, 1941, p. 11; RÜTHERS, *Entartetes Recht* (ver nota 2), p. 43].

<sup>24</sup> Acerca de Schmitt y sus actividades durante la época del nacionalsocialismo véase especialmente RÜTHERS, *Carl Schmitt im Dritten Reich. Wissenschaft als Zeitgeist-Verstärkung?*, 2ª ed., 1990; y también, ídem: NJW 1994, pp. 1681-1682; ídem: NJW 1996, pp. 896-897 con referencia de nuevas publicaciones acerca de Schmitt.

<sup>25</sup> LANGE (ver nota 23), p. 11.

<sup>26</sup> RÜTHERS, *Entartetes Recht* (ver nota 2), pp. 43-44; WAGNER, *DuR*, 1980, pp. 246-247; en este sentido Larenz, en: DAHM/HUBER/LARENZ/MICHAELIS/SCHAFFSTEIN/SIEBERT (editores), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, 1935, prólogo; LANGE (ver nota 23), p. 11.

<sup>27</sup> LANGE (ver nota 23), p. 11.

<sup>28</sup> DÖHRING (ver nota 18), p. 209. Aquí son especialmente mencionados el derecho subjetivo y la capacidad jurídica en general.

KARL LARENZ (1903-1993), ESPECIALISTA EN DERECHO PRIVADO DURANTE EL NACIONALSOCIALISMO Y EN LA ALEMANIA DE POSGUERRA

RALF FRASSEK

*guntas principales de la nueva ciencia jurídica* redactado por Larenz puede aclarar la postura de los seguidores de la Escuela de Kiel:

Es convicción común de los colaboradores de este tomo que la ciencia jurídica alemana se encuentra en un momento decisivo de su desarrollo, que la misma tiene que volver a empezar desde el principio, que, sin embargo, también está destinada a avanzar en la lucha de nuestro tiempo a favor de un pensamiento jurídico alemán acorde a la raza que sea al mismo tiempo “concreto” y “global”.<sup>29</sup>

Desde el punto de vista actual, los caminos tomados en este caso eran oportunos para formar el sustento científico que posibilitara la violación de los derechos individuales por parte del nacionalsocialismo.<sup>30</sup> A esta imagen que muestra a los miembros de la Escuela de Kiel comprometidos con los objetivos del Estado nacionalsocialista, se contrapone una imagen completamente diferente que identifica a algunos de ellos como designados para marcar los límites del Estado de no-Derecho (*Unrechtsstaat*). El punto de partida para la tesis en que se basa la segunda imagen es descrito por el mismo Larenz en ocasión de su convocatoria a Kiel. Wilhelm Ahlmann,<sup>31</sup> ex jefe del departamento de Asuntos Universitarios del Ministerio Prusiano de Educación, participó de manera decisiva en la fundación de la Facultad de Derecho de Kiel. El 2 de mayo de 1933, con motivo de su nombramiento, Larenz informa que Ahlmann les había indicado a sus compañeros de Kiel: Dahm, Huber y a él mismo las tareas especiales pensadas para ellos. Según sus palabras, la tarea específica de Larenz “era ocuparse de que el Estado en proceso de fundación no se basara en el pensamiento de poder, sino en los fundamentos étnicos de la filosofía idealista del Derecho y del Estado”.<sup>32</sup> En el año 1967 ya había sido publicada una descripción de este proceso en el Mi-

<sup>29</sup> LARENZ, en *Grundfragen, Prólogo*, firmado “el editor: Karl Larenz”.

<sup>30</sup> Compárese RÜTHERS, *Entartetes Recht* (ver nota 2), Apéndice, lecciones 6, 10 y 13; DÖHRING (ver nota 18), pp. 210 y ss.

<sup>31</sup> Wilhelm Ahlmann, nacido en 1895, fue en 1933 ayudante en el Departamento de asuntos universitarios del Ministerio de Cultura prusiano. Estuvo estrechamente relacionado con el movimiento de resistencia del 20 de julio y se quitó la vida el 7 de diciembre de 1944, luego del atentado. Eckert, en SÄCKER (editor), *Recht und Rechtslehre im nationalsozialismus*, 1992, p. 49; DREIER, JZ 1993, pp. 455-456.

<sup>32</sup> Cita según ERDMANN, *Wissenschaft im Dritten Reich*, 1967, p. 15, ver nota 18.

nisterio Prusiano. Ésta se basaba en una carta privada de Larenz al historiador de Kiel: Karl Dietrich Erdmann. En el año 1992, Eckert volvió a describir este proceso en su artículo “¿Qué era la escuela de Kiel?”<sup>33</sup> Sin embargo, esto no despertó especial atención hasta la aparición de una nueva carta de Larenz a su compañero de Göttingen: Dreier, publicada después de su muerte en el año 1993. En dicha carta Larenz se refiere más claramente a las palabras de Ahlmann que legitimaban la actuación de aquél durante el así llamado Tercer *Reich*.<sup>34</sup> A continuación Jakobs tomó la palabra para refutar, a través del análisis de las publicaciones de Larenz anteriores a 1933, la idea de que éste llevase a cabo un procedimiento para poner limitaciones al Estado nacionalsocialista fundado en razones éticas.<sup>35</sup> La posterior réplica de Prölss y el comentario final de Jakobs aclaran cuán controvertidos fueron los juicios acerca de la actuación de Larenz durante el tiempo del nacionalsocialismo.<sup>36</sup>

Entre los años 1933 y 1935, la Escuela de Kiel se destacó como corriente exitosa dentro de la ciencia jurídica nacionalsocialista. Esto se manifestó en enero de 1935 con la imposición del nuevo plan de estudios de derecho elaborado por Karl August Eckhardt,<sup>37</sup> pese a la gran resistencia que enfrentó desde los más diversos sectores.<sup>38</sup> Este plan de estudios estaba basado en el “pensamiento del orden concreto” de Carl Schmitt. El material de clase de las asignaturas jurídicas no estaba organizado según los principios jurídicos, sino de acuerdo con “los ámbitos cotidianos de la vida”. Las clases sobre la parte general del BGB o del Derecho de las Obligaciones fueron reemplazadas por clases denominadas “mercancía y dinero”, “familia y sucesión familiar”, “contrato e injusticia”, “campesinos” o “tierra”. Resulta llamativo cómo se evitaba el uso de la palabra “derecho” en las nuevas asignaturas. Sin embargo, detrás del nuevo concepto del plan de estudios había mucho más que un cambio de título de los contenidos. La reforma del plan de estudios estaba dirigida contra

<sup>33</sup> ECKERT (ver nota 31), pp. 49-50.

<sup>34</sup> DREIER, JZ, 1993, pp. 454-455.

<sup>35</sup> JAKOBS, JZ, 1993, pp. 805-806.

<sup>36</sup> Véase nota 8. Más información: KOKERT (ver nota 8), pp. 23-24.

<sup>37</sup> Acerca de Eckhardt y su actuación durante la época del nacionalsocialismo en detalle: NEHLSSEN, SAVZRG (Departamento de Germanística), 104, 1987, pp. 497-498.

<sup>38</sup> LANGE (ver nota 23), pp. 12-13.

KARL LARENZ (1903-1993), ESPECIALISTA EN DERECHO PRIVADO DURANTE EL NACIONALSOCIALISMO Y EN LA ALEMANIA DE POSGUERRA

RALF FRASSEK

el Derecho Civil en su forma tradicional.<sup>39</sup> A pesar de que no estaba prevista inicialmente una remodificación del BGB según la ideología nacionalsocialista, a causa de la complejidad que ello implicaba, la nueva organización posibilitó una nueva forma de intervención en el Derecho Civil. Los principios liberales del BGB fueron reemplazados por los del “modo de vida del pueblo”:

“¡De la misma manera en que hoy el estudiante de Derecho aprende a ver el Derecho, lo verá en 10 años el guardián del Derecho alemán! ¡Lo decisivo es en qué lugar se ubicará en un futuro la unidad del estudio del Derecho, si en la ‘parte general’ o en las clases que tienen como objeto las nociones fundamentales de la concepción del mundo (*weltanschauliche Grundlagen*)! De ello depende la estructura del Derecho alemán”.<sup>40</sup>

Esta cita aclara el objetivo y la importancia de la formación jurídica reformada. Esta relación especialmente positiva con las renovaciones efectuadas por el plan de estudios caracteriza la posición de la Escuela de Kiel en el marco de la ciencia jurídica nacionalsocialista y la diferencia de otras corrientes de la época.<sup>41</sup>

#### IV. CONTRATO E INJUSTICIA

En los años 1936 y 1937 se publicó en dos tomos el primer libro de Larenz que comprendió una temática más compleja respecto del Derecho de las Obligaciones, denominado *Contrato e Injusticia*<sup>42</sup> siguiendo el título

<sup>39</sup> Según Eckhardt, “la diferencia entre Derecho Público y Privado” había “desaparecido” y pertenecía “de allí en adelante a la historia”. “El Derecho Civil como concepto jurídico debía suprimirse” (ECKHARDT, ver nota 18, p. 23).

<sup>40</sup> Cita según FRASSEK, SavZRG (Departamento de Germanística) 111 (1994), p. 590. Subrayado en el texto original.

<sup>41</sup> En detalle: FRASSEK, SavZRG (Departamento de Germanística) 111 (1994); ídem (ver nota 8), pp. 51-52 y 179-180. Juicio comparable acerca de la intención y los objetivos del plan de estudios, en KROESCHELL, *Rechtsgeschichte Dtlid. im 20. Jhd.*, 1992, pp. 85-86; en fuerte disidencia con esta apreciación: WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª ed., 1967, pp. 555-556. Acerca de la historia del Derecho Privado de Wieacker véase: RÜCKERT, *Quaderni Fiorentini* 24, 1995, pp. 531-532.

<sup>42</sup> En 1944 debía aparecer una segunda edición del libro *Vertrag und Unrecht* de Larenz. Sin embargo, no pudo ser puesta a la venta, porque todos los ejemplares fueron

de la asignatura introducida por el nuevo plan de estudios. Si bien éste introdujo la asignatura y con ello el ámbito legal de “Contrato e Injusticia”, no se fijó explícitamente el contenido y la metodología. Como contenido esencial de esta materia cabe señalar al derecho general de las obligaciones, el derecho delictual, el pago indebido, así como la responsabilidad por la gestión de negocios ajenos. Sin embargo, la comparación de varios tratados sobre “Contrato e Injusticia” muestra que los autores tenían cierta libertad para emprender caminos diversos en la estructuración de las materias y para atribuir o no importancia a ciertas temáticas.<sup>43</sup>

*Contrato e Injusticia* de Larenz puede clasificarse como representación básica de la materia jurídica. Precisamente en esta representación resumida se muestra con qué destreza manejó la materia y, sin generar una evidente ruptura sistemática, añadió modificaciones fundamentales al BGB que permitieron tergiversar la general tendencia liberal de la ley hasta obtener lo contrario. Su contribución especial consistió en la solución del problema, ya que por un lado se exigió una reorganización del sistema, y por otro, las modificaciones tenían que armonizar con las leyes que seguían en vigencia, debido a que en el ámbito del Derecho Privado no estaba planeada a corto plazo una modificación completa del derecho positivo.

Expresado de forma más gráfica, tuvo que cambiar el mantel de una mesa puesta sin mover la vajilla. Resulta llamativo que Larenz para solucionar este problema no recurrió a posibles influencias dogmáticas superficiales, como por ejemplo, a las cláusulas generales que existían en las leyes, sino que desarrolló una concepción sólida y dogmáticamente mejor establecida. El punto de partida y el elemento que sirvió como

destruidos poco antes durante un ataque aéreo a Leipzig. Sólo queda disponible un ejemplar no encuadernado, que se encontraba en ese momento en manos de Larenz (información personal de Larenz del 16 de septiembre de 1990). Quiero agradecer una vez más muy especialmente por la confianza demostrada con el envío de este ejemplar. La segunda edición de *Vertrag und Unrecht* es de gran importancia para la investigación de la dogmática del Derecho de las Obligaciones de Larenz, porque está ubicada temporalmente entre la primera edición y el manual.

<sup>43</sup> Aquí debemos referirnos especialmente al tomo acerca de *Vertrag und Unrecht*, realizado primero por Heinrich Stoll y luego por Wilhelm Feldentraeger, que tuvo hasta 1945 dos nuevas ediciones y aun luego de finalizada la guerra, mantuvo un buen nivel de ventas.

vínculo intelectual de su concepción fue el “pensamiento de la comunidad” como pensamiento modelo para el Derecho Privado. Las modificaciones de Larenz se destacaron por lo siguiente: postuló la limitación inmanente de los derechos individuales (por ej.: la libertad contractual) desde el punto de vista de la “obligación”, y en el ámbito de los actos ilícitos (injusticia), la posibilidad de una justificación de ciertas intervenciones bajo la idea final de la “utilidad” (que anteriormente eran considerados dentro de los daños).

Para la elaboración de su nuevo esquema teórico en cada uno de los ámbitos de “Contrato e Injusticia”, Larenz buscó, en primer lugar, un punto que conformara el pequeñísimo denominador común existente entre la doctrina vigente hasta ese momento y las modificaciones concebidas por él. En el ámbito del Derecho contractual, este denominador común fue el fundamento de validez de las voluntades concordantes de dos individuos; en el ámbito del Derecho de daños, fue el acto realizado a través de hechos antijurídicos. Partiendo de estos puntos desarrolló su nueva sistematización. El fundamento de validez de las voluntades concordantes fue sustituido por el fundamento de validez de los “intereses de la comunidad (del pueblo)”. El acto antijurídico ya no fue definido en un sentido puramente físico, sino a través de un objetivo inmanente contrario a la comunidad. Partiendo de estos puntos se pudieron tratar sistemáticamente todas las cuestiones jurídicas concretas ordenadas a continuación según el esquema convencional, pero orientadas según el sentido de la comunidad. En el ámbito del Derecho delictivo, se sentaron con ello las bases dogmáticas para eximir de antemano a los actos injustos/antijurídicos del Estado de un minucioso control constitucional en razón de su carácter soberano. Según esta nueva definición, la primera característica del acto antijurídico no se cumplía.<sup>44</sup> La libertad original del contrato podía ser reducida según fuere necesario a aquello que para Larenz constituía el contrato: un “medio útil al orden del pueblo”.<sup>45</sup> Su sistema ofreció múltiples puntos de acceso a juicios de valor extraños al Derecho, sin duda de una forma muy sutil e irre-

<sup>44</sup> En detalle: FRASSEK (ver nota 8), pp. 105-106.

<sup>45</sup> LARENZ, *Vertrag und Unrecht I*, pp. 31-32; SCHRÖDER (ver nota 5), pp. 21-22; FRASSEK (ver nota 8), pp. 85-86.

futuramente bien pensada. Su dogmática se introducía en forma mucho más profunda que una mera interpretación de cláusulas generales existentes, orientadas por el resultado.

Las “posibilidades” de aceptación académica de los conceptos desarrollados por Larenz que surgen de sus escritos son de fácil constatación, en cambio es difícil determinar en qué medida él preveía o apoyaba la implementación de los mismos. A decir verdad, éste no es el lugar para debatir esto, de la mano de cuestiones concretas, pero sí al menos para invalidar la objeción de que Larenz, como “científico en la torre de marfil”, habría ocultado desde el principio las posibles consecuencias de sus nuevas concepciones. En su asesoramiento para la *Academia de Derecho Alemán*,<sup>46</sup> prestado con motivo de una nueva codificación del Derecho Privado, el así llamado Código del Pueblo,<sup>47</sup> resulta especialmente evidente que supo emplear en forma acertada argumentos políticos y económicos de poder para fundamentar su posición.<sup>48</sup> En el marco de sus trabajos sobre la “supresión del fundamento del negocio” también se evidencia el valor que Larenz atribuía a la jurisprudencia en la lucha de fuerzas dentro del Estado nacionalsocialista. Reiteradamente puso de relieve que el desarrollo del Derecho no puede fundarse solamente en la interpretación judicial de cláusulas generales, sino que es necesario desarrollar previamente directrices concretas.<sup>49</sup> Claramente articuló: “Por regla general no es el juez quien decide sobre aquello que es útil o dañoso para el pueblo alemán, sino quien dirige el pueblo y el Estado”.<sup>50</sup> Esto pone en evidencia que Larenz no sólo dominaba el instrumental jurídico,

<sup>46</sup> Acerca de la Academia en detalle: PICHINOT, *Die Akademie für Deutsches Recht- Aufbau und Entwicklung einer öffentlich rechtlichen Körperschaft des Dritten Reiches*, 1981; panorama por: HATTENHAUER, JuS 1986, pp. 680-681; panorama completo acerca del trabajo de los comités de la Academia en la edición de SCHUBERT, *Akademie für Deutsches Recht*, 1933-1945; Protocolo de los comités, especialmente acerca del trabajo de Larenz: tomos 3 y 5. Comité de derecho de reparación de daños, entre otros, 1993.

<sup>47</sup> Panorama por HATTENHAUER, en *Festschr. f. Gmür*, 1983, pp. 255-256; Protocolo de los asesoramientos, en SCHUBERT, *Akademie*, tomos 3 y 1 Código del Pueblo, 1988, y tomos siguientes de la colección.

<sup>48</sup> SCHUBERT, *Akademie* (ver nota 46), t. 3 y 5, pp. 160-161 y 172.

<sup>49</sup> SCHUBERT, *Akademie* (ver nota 46), t. 3 y 5, pp. 265, 246; LARENZ, *Vertrag und Utrecht*, 2ª ed. (1944), p. 115.

<sup>50</sup> LARENZ, *Vertrag und Utrecht I*, 1ª ed., p. 87.

KARL LARENZ (1903-1993), ESPECIALISTA EN DERECHO PRIVADO DURANTE EL NACIONALSOCIALISMO Y EN LA ALEMANIA DE POSGUERRA

RALF FRASSEK

sino que además sabía relacionar sus concepciones y objetivos con las condiciones político-económicas de esos tiempos.

## V. EL FIN DE LA ESCUELA DE KIEL

Larenz fue el único representante de la Escuela de Kiel que permaneció en dicha facultad hasta el final del llamado Tercer *Reich*.<sup>51</sup> Los demás profesores habían sido, entretanto, “trasladados”<sup>52</sup> a otras universidades. Poco tiempo después de la conformación de la Escuela de Kiel, aumentaron en el Ministerio de Cultura las dudas acerca de si, en medio de la escasez reinante de fuerzas de la nueva generación conformes al régimen político, podía justificarse la concentración de profesores de Derecho leales al sistema logrado en Kiel. Por ese motivo fue disuelta posteriormente la Escuela mencionada.<sup>53</sup> Sin embargo, su disolución no puede ser simplemente equiparada a la pérdida de su influencia y la de sus representantes. La decisión ulterior acerca de una reforma en la formación de los juristas durante los años cuarenta demuestra que la influencia de los profesores pertenecientes a la Escuela de Kiel se mantuvo estable al menos en ese ámbito. Algunos de ellos reaparecieron, luego de su alejamiento, como decanos de otras Facultades de Derecho, lo cual resulta significativo, debido a la gran importancia de dicho cargo en la época del nacionalsocialismo.<sup>54</sup> Paul Ritterbusch, antiguo “coordinador” de la Escuela de Kiel, calificado luego por Larenz como “fanático nazi”,<sup>55</sup> desempeñaba también, mientras las universidades se encontraban ya mayormente en ruinas, tareas referidas a la nueva organización de la formación jurídica en el Ministerio de Educación del *Reich* en Berlín.

<sup>51</sup> Él había rechazado una convocatoria a Praga en el año 1941. Según declaraciones personales que realizara en 1990, la política represiva practicada de manera manifiesta allí lo llevó a rechazar la convocatoria. Él había “podido” rechazar la convocatoria, la que era vista como una “misión de guerra”, porque también la actividad en Kiel estaba conceptualizada como una misión de igual naturaleza contra los constantes ataques aéreos.

<sup>52</sup> WAGNER, *DuR* 1980, p. 247.

<sup>53</sup> DÖHRING (ver nota 18), p. 218.

<sup>54</sup> Los cargos universitarios de rector y decano se basaban en ese tiempo en los “principios de *Führer*”; contenían, en comparación con la actualidad, mayores posibilidades de influencia sobre el trabajo de la facultad.

<sup>55</sup> DREIER, *JZ*, 1993, 457.

También la Universidad de Kiel debió soportar considerables pérdidas en su estructura edilicia durante la guerra; sin embargo, las clases pudieron mantenerse hasta el semestre de invierno de 1944/1945.<sup>56</sup> El domicilio privado de Larenz resultó de igual manera víctima de ataques aéreos hacia el final de la guerra. Sin embargo, ya en el semestre de invierno de 1945/1946, tuvieron lugar las primeras clases posteriores a la guerra a bordo de tres barcos ubicados en el puerto de Kiel.<sup>57</sup> Larenz dictó en ese semestre clases teóricas y prácticas de Derecho de las Obligaciones y de Historia de la Filosofía del Derecho.<sup>58</sup>

## VI. LA SUSPENSIÓN

Larenz parece haber continuado con su actividad docente aun en el semestre siguiente, hasta que, en el semestre de verano de 1947, su nombre dejó de aparecer de manera repentina en la nómina de profesores y en el programa de cursos de la Universidad Christian Albrecht. Hasta el semestre de invierno de 1949/1950 inclusive, no participó más en la enseñanza de la facultad. Frente a una pregunta referida a aquella época, Larenz comentó, en el marco de un intercambio epistolar personal en el año 1990, que durante ese tiempo se encontraba suspendido en su actividad docente. Según Jakobs, Larenz había sido suspendido de manera permanente por orden del gobierno militar británico.<sup>59</sup> Gerhart Husserl, cuya cátedra Larenz ocupó en 1933, intervino en su suspensión.<sup>60</sup> A comienzos de los años cincuenta, Husserl, que había emigrado anteriormente hacia los Estados Unidos, trabajó durante algún tiempo en el Estado Mayor de la *US High Commissioner* para Alemania como *Senior Adviser for Legal Affairs* en la *Office of Public Affairs* en territorio alemán. La Facultad de Derecho de Kiel se oponía a la solicitud de rehabilitación académica de Husserl. Se le reprochaban a éste “la comisión de actos

<sup>56</sup> Registro de personal y de asignaturas de la Universidad Christian Albrecht de Kiel, semestre de invierno 1944/1945.

<sup>57</sup> Artículo en el periódico de noticias *Kieler Nachrichtenblatt* (editor brit. Militärreg.), 18 de octubre de 1945.

<sup>58</sup> Registro de personal y de asignaturas de la Universidad Christian Albrecht de Kiel, semestre de invierno 1945/1946.

<sup>59</sup> JAKOBS, JZ, 1993, 807.

<sup>60</sup> Sobre la persona de Husserl ver nota 21.

KARL LARENZ (1903-1993), ESPECIALISTA EN DERECHO PRIVADO DURANTE EL NACIONALSOCIALISMO Y EN LA ALEMANIA DE POSGUERRA

RALF FRASSEK

poco amigables, especialmente el de haber propiciado personal y abiertamente el despido de Larenz”.<sup>61</sup>

Del protocolo de la Facultad<sup>62</sup> de Derecho de Kiel, que se encuentra en el archivo del Estado Federal de Schleswig-Holstein, pueden extraerse datos más exactos acerca de la ausencia de Larenz. Éste es registrado por última vez entre los presentes en el protocolo de la reunión del “círculo más selecto de la facultad”, llevada a cabo el 30 de octubre de 1946. En el protocolo de la siguiente reunión, realizada el 13 de noviembre, ya no figuraba su nombre, y en la reunión del 25 de febrero de 1947 ya se deliberaba acerca de una sucesión de su cátedra. Según se dice, la lista de reemplazantes incluía a los profesores Dulckeit, H. Nolte y Friedrich Weber. El primero de ellos figuraba, por recomendación de Dietz, en primer lugar y con preferencia por sobre los demás.<sup>63</sup> En el protocolo de la reunión del 29 de abril de 1947 consta que el profesor Dulckeit expresó que “por el momento no tenía intención de aceptar una convocatoria a ocupar la cátedra de Larenz, porque no estaba clara la cuestión del retiro del profesor o de su nombramiento como profesor emérito”.<sup>64</sup> Evidentemente, el tiempo de ausencia de Larenz fue cubierto por medio de un reemplazo interino, ya que en 1949 pudo recuperar su cátedra. Según consta en el protocolo, Larenz fue recibido por el Decano de la Facultad durante la reunión del 14 de diciembre de 1949.<sup>65</sup> En el semestre de verano de 1950, Larenz volvió a dictar clases sobre la Parte General del BGB, además de las prácticas para principiantes; dictó clases de Derechos Reales, y también un seminario de dos horas de duración sobre el Derecho Natural.

## VII. ÉXITO EN LA ALEMANIA DE POSGUERRA

Luego de que durante el tiempo de su suspensión reinara, al menos entre las fuentes contemporáneas, un gran silencio con respecto a Larenz, los tomos de su manual publicados desde 1953/1956 en sucesivas series de

<sup>61</sup> UHLIG, *Vertriebene Wissenschaftler der Christian-Albrechts-Universität (CAU) zu Kiel nach 1933. Zur Geschichte der CAU im Nationalsozialismus*, 1991, pp. 69-70, unter Auswertung des Bestandes des Universitätsarchivs Frankfurt a. M.

<sup>62</sup> Inventario del archivo estatal de Schleswig-Holstein (LSH), 47.5, pp. 97 y ss.

<sup>63</sup> LSH, 47.5, p. 105.

<sup>64</sup> LSH, 47.5, p. 108.

<sup>65</sup> LSH, 47.5, p. 190.

ediciones, cada vez más ampliadas, consolidaron su renombre como importante dogmático del Derecho de las Obligaciones en la República Federal de Alemania. En 1967 apareció, además, su manual sobre la Parte General del Derecho Civil alemán, luego de que en 1960 presentara su *Metodología de la Ciencia del Derecho*, una obra consolidada acerca de cuestiones referidas a la teoría del derecho. También aquí tuvo un papel decisivo su talento para la comprensión sistemática, su capacidad de evaluación acorde a la situación y su conexión fácilmente comprensible de campos temáticos y ámbitos complejos del Derecho. Las obras fueron reelaboradas por Larenz y editadas de manera continua hasta su muerte. Canaris, un discípulo de Larenz, continúa en la actualidad con su obra.<sup>66</sup> Larenz continuó enseñando durante una década más en Kiel, hasta que en 1960 aceptó una convocatoria de la Universidad a München. En 1957 había rechazado una convocatoria a Münster, porque la cátedra que allí le ofrecían no coincidía con sus materias.<sup>67</sup> Su actuación en la Alemania de posguerra fue ampliamente valorada en el homenaje realizado por su alumno Diederichsen en ocasión del aniversario número 225 de la editorial C. H. Beck.<sup>68</sup>

Para completar lo antes dicho, es necesario recalcar la influencia que ejerció Larenz sobre la jurisprudencia en el ámbito de la dogmática del Derecho Civil en los años cincuenta. Como ejemplo véase la doctrina de la “relación contractual fáctica”, o, como él la llamaba, “relación contractual emergente del comportamiento social típico”. Larenz no había desarrollado esta doctrina originalmente, sin embargo la retomó y la perfeccionó.<sup>69</sup> En los años cincuenta fue receptada parcialmente por el Tribunal Federal Alemán (*Bundesgerichtshof*) (en materia de derecho privado). Tal como Lambrecht señaló en su trabajo sobre el surgimiento, recepción y declive de la doctrina,<sup>70</sup> ésta nunca encontró un fundamento

<sup>66</sup> Crítica a Canaris por la versión de la *Fortführung der Studienausgabe der “Methodenlehre”* editada para estudiantes, en: RÜHTERS, NJW 1996, 1249 y ss.; ver también *Carta al Director*, de SANGMEISTER, NJW, 1996, H. 23, pp. 20-21.

<sup>67</sup> Información personal del año 1990.

<sup>68</sup> DIEDERICHSEN, en *Juristen im Porträt* (ver nota 8) 1988, pp. 495-496.

<sup>69</sup> LARENZ, NJW, 1956, 1897 y ss.; ídem, DriZ 1958, 245 y ss.; así como los párrafos correspondientes del Derecho de Obligaciones.

<sup>70</sup> LAMBRECHT, *Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, Entstehung, Rezeption und Niedergang*, ver nota 1. Acerca del contexto político social de la doctrina ver también SCHRÖDER (ver nota 5), pp. 26 y ss.

KARL LARENZ (1903-1993), ESPECIALISTA EN DERECHO PRIVADO DURANTE EL NACIONALSOCIALISMO Y EN LA ALEMANIA DE POSGUERRA

RALF FRASSEK

legal. La misma contradice explícitamente el contenido de las disposiciones sobre el Derecho de Obligaciones del BGB. Además, la argumentación de Larenz evidenció un paralelismo con la fundamentación ensayada con anterioridad a 1945 para las modificaciones en el ámbito del Derecho de Obligaciones. En esa ocasión también se argumentaba sobre la base de las exigencias de “las condiciones de vida reales”, que, en este sentido, se consideraban como las verdaderas fuentes del Derecho. La existencia de lagunas en las disposiciones legales fue explicada con el argumento del carácter ficticio de los procesos necesarios para la búsqueda de la solución legal, dejándose de realizar una confrontación directa con los resultados correspondientes. La disposición legal se colocaba sencillamente en un segundo plano. Con respecto a este y otros puntos, las posiciones de Larenz coincidían con el pensamiento del Derecho Civil de su tiempo; en los años cincuenta casi no se escucharon expresiones críticas a este respecto. Recién en 1960 apareció Werner Flume, un vehemente crítico de la dogmática de Derecho Privado dominante de la época nacionalsocialista y la posguerra.<sup>71</sup> Como defensor del principio liberal de la autonomía del individuo, se opuso a las posiciones de Larenz, sobre todo allí donde éstas más se alejaban de las concepciones del BGB. De este modo, no sólo rechazó la doctrina de la relación contractual fáctica por estar ésta “limitada al rendimiento de las relaciones jurídicas masivas, y ser inofensiva, aunque también incorrecta”, sino que rechazó la doctrina de la supresión de las bases del negocio jurídico.<sup>72</sup> Aunque las críticas de Flume se limitaron puramente a las posiciones dogmáticas, la actuación de Larenz fue tematizada también en el contexto histórico de la época nacionalsocialista a partir de mediados de los años sesenta.<sup>73</sup>

<sup>71</sup> Resulta llamativo que la crítica de Flume a Larenz sea más tajante en su artículo “Rechtsgeschäft und Privatautonomie” publicado en 1960 que en su manual sobre la parte general publicado por primera vez en 1965. En el prólogo a la segunda edición del manual y en relación a las objeciones expresadas en la primera edición, sostiene Flume no haber prestado suficiente atención a las opiniones enfrentadas en la literatura, sino, por el contrario, haber evitado una discusión polémica de opiniones encontradas. Su libro “habría sido dirigido al lector ‘maduro’, que puede comparar las opiniones contrarias por sí mismo”. FLUME, *Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts*, tomo 2, 2ª ed. (1975), véase Prólogo.

<sup>72</sup> FLUME (ver nota 71), p. 100.

<sup>73</sup> DÖHRING (ver nota 18); RÜTHERS, *Auslegung* (ver nota 2). Weinkauff, en WEINKAUFF (editor), *Die dt. Justiz und der Nationalsozialismus I*, 1968, pp. 19 y ss.

En el año 1971, luego de su jubilación, Larenz vivió y trabajó en München. En ocasión de honrar su septuagésimo y octogésimo aniversario se publicaron trabajos de colegas y alumnos con extensos escritos en homenaje a su persona, que, sin embargo, no contenían, lamentablemente, una descripción detallada de sus publicaciones que comprenden más de 200 títulos. Larenz falleció el 24 de enero de 1993 a los 89 años de edad.

## VIII. RESUMEN

Si intentamos realizar hoy un resumen de la actividad de Larenz durante el así llamado Tercer *Reich*, resulta de fundamental importancia para evaluar la apreciación de su dogmática del Derecho Civil, orientada según los “intereses comunitarios del orden del pueblo” y los hechos reales de la vida cotidiana, cómo estos criterios vagos e indeterminados debían ser llenados de sentido. En gran parte, Larenz dejó esta cuestión de lado al elaborar sus trabajos de dogmática; sin embargo, al consultar sus textos de teoría del Derecho queda verdaderamente manifiesto, que su intención no era llevarlos a una concretización jurídica, sino ponerlos explícitamente a disposición del gobierno nacionalsocialista. El “orden del pueblo” no debía ser presentado como una estructura normativa fija y rígida,<sup>74</sup> sino como “el elemento fundamental que da vida y forma a la comunidad del pueblo, y determina su concepción moral y jurídica”.<sup>75</sup> Pero este orden del pueblo “contiene, en primer lugar, sólo las directrices”, las que, constantemente, requieren de “una ampliación y ejecución más detallada, en la que se hace realidad la concreción de ese orden como forma de vida”.<sup>76</sup> En lo que respecta a este orden, no se trata de “una opinión promedio, de una mera convicción real de algunos o de muchos o de todos, sino de una orientación espiritual y de una postura ‘internalizada’ de la existencia colectiva de nuestro pueblo, es decir: de una idea metafísica”.<sup>77</sup> “El *Führer*, sobre quien yace la responsabilidad de la comunidad, y no una mayoría irresponsable, ni la contingencia de

<sup>74</sup> LARENZ, D. R. 1935, 490.

<sup>75</sup> LARENZ, *Vertrag und Unrecht I*, p. 24.

<sup>76</sup> LARENZ, D. R. 1935, 490.

<sup>77</sup> LARENZ, *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens*, 1938, p. 12.

una votación o el equilibrio engañoso de fuerzas en pugna”, es quien personifica “en una posición determinante la voluntad de todos”.<sup>78</sup> Rückert describió este fenómeno con las siguientes palabras: “El *Führer* fue pensado como la encarnación del pueblo”.<sup>79</sup> De la doctrina del Derecho Privado de Larenz anterior a 1945, se puede concluir que él mismo abogó por una vasta posibilidad de intromisión del gobierno estatal en los acuerdos privados. Su famosa cita<sup>80</sup> sobre la redefinición de la capacidad jurídica completa su posición: “Titular de derecho es sólo aquel que es miembro de la comunidad del pueblo. Miembro de la comunidad del pueblo es quien tiene sangre alemana. Este enunciado podría ser colocado en el ápice de nuestro ordenamiento jurídico en el lugar de la capacidad jurídica ‘de todo ser humano’ que expresa el artículo 1º del BGB”.<sup>81</sup>

Podemos afirmar que la dogmática del Derecho de las Obligaciones de Larenz posterior a 1945 se asemeja a su teoría representada durante los años anteriores, al menos en lo que respecta a la introducción y consolidación sistemática de figuras jurídicas ajenas al BGB. Las aptitudes de Larenz para la ciencia del derecho, que se extendían más allá de las necesidades políticas del momento, establecieron su importancia para el desarrollo del Derecho alemán aun luego de finalizado el llamado Tercer Reich.

Si, además de preguntarnos acerca del dogmático del Derecho Privado, nos preguntamos acerca de Larenz como persona, nos encontramos frente a un cuadro complejo. Si bien Larenz nunca actuó en los puestos de mando del poder, realizó en puntos claves aportes fundamentales para el desarrollo del Derecho mediante una “profundización intelectual” y una “sistematización”, ya sea en el marco de la Escuela de Kiel o de la Academia de Derecho Alemán. Su influencia en la jurisprudencia dic-

<sup>78</sup> LARENZ, *Dt. Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, 1934, p. 44. Aufschlußreich m.w. Nachw. Zum Führerprinzip: LANDAU, ZNR, 1994, 378.

<sup>79</sup> RÜCKERT, SavZRG (Departamento de Germanística) 103 (1986), p. 224.

<sup>80</sup> Por último Graue, en SÄCKER (ed.), *Recht und Rechtslehre im nationalsozialismus*, 1992, pp. 119-120. Larenz también es citado en este sentido fuera del ámbito de la literatura jurídica especializada: WAHRHEIT, Halbe, *Der Spiegel*, nro 42, 1998, p. 100.

<sup>81</sup> LARENZ, en DAHM y otros (ed.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, 1935, p. 241 (resaltado en el original en negrita); similar también en: LARENZ (ver nota 78), pp. 39-40; ídem (ver nota 77), pp. 52-53.

tada por los altos tribunales en la Alemania de posguerra se encuentra documentada. Por otro lado, Larenz no fue un “precursor” carismático de intenciones fundadas en el nacionalsocialismo, o dicho en términos de la época, de la “renovación del Derecho”, como lo fueron Carl Schmitt o Karl August Eckhardt. Si bien es sabido, Larenz era miembro del NSDAP (Partido Nacionalsocialista), pero esto para un profesor universitario de la época del nacionalsocialismo era más bien la regla que la excepción y resulta, en sí mismo, poco significativo. Por el contrario, tiene mayor importancia el hecho de que, en comparación con sus colegas de la Escuela de Kiel, Larenz ingresó al partido llamativamente “tarde”.<sup>82</sup> Ante todo, para ser justos con su persona, debemos afirmar que no se encuentran documentados ataques “personales” suyos contra colegas, estudiantes u otras personas de origen judío. Esto no era de ninguna manera algo natural en otros profesores titulares, cuya actividad durante la época del llamado Tercer *Reich* es hoy menos observada que la de Larenz. En lo referente a cuestiones científicas, está claro que, de ser necesario, Larenz podía hacer prevalecer sus posiciones sin compromisos. En el plano personal, por el contrario, se caracterizaba más bien por una actitud tendiente al equilibrio y a evitar rudezas personales y conflictos.

<sup>82</sup> Larenz: miembro número 5 041008, fecha de inscripción: 1º de mayo de 1937, inscripción solicitada el 25 de octubre de 1937(!) (carnet de membresía al partido nacionalsocialista, del inventario del Berlin Document Center). Dahm: 1º de mayo de 1933, miembro número 3171353; Ritterbusch: 1º de septiembre de 1932, miembro número 1318640; Siebert: 25 de abril de 1933, miembro número 2255445 (LSH, 47/2025, Bl. 12, 47/2026, Bl. 29-31 y 36-38). En ocasión de esta encuesta, Larenz declaró no pertenecer al partido nacionalsocialista (LSH, 47/2025, Bl. 80); Eckhardt: miembro del partido a partir de 1º de marzo de 1932, miembro de la policía secreta (SS) desde octubre de 1933 (NELSON, SavZRG [Departamento de Germanística] 104 [1987], 503).



## **La percepción y configuración de los nuevos daños. Reflexiones sobre su inserción en la enseñanza jurídica**

LIDIA M. R. GARRIDO CORDOBERA\*

El motivo por el que diseñáramos un curso de CPO optativo que permitiera abordar la problemática de los daños en la sociedad actual, y sobre todo lograr su percepción por los operadores jurídicos, está motivado en una inquietud que nos persigue desde hace años tanto en nuestras investigaciones como en la docencia y es la de intentar aunar los hechos –hoy tan cambiantes y vertiginosos– con el sistema normativo, entendiendo que éste es más que sólo el conjunto de normas, y además motivar en los alumnos la unión de contenidos del derecho público y del derecho privado, ya que la realidad no admite divisiones tan tajantes como a veces los futuros abogados entienden o pretenden. Para ello recurrimos incansablemente, en el desarrollo del curso, al Derecho Constitucional y a los Principios Generales del Derecho, como así también al invalorable apoyo de la sociología.

Como dijéramos con motivo del homenaje a los 150 años de la Universidad de Buenos Aires y creemos necesario repetir ahora, a fin de intentar que se nos comprenda mejor, creemos que es en la temática de la responsabilidad civil en donde se puede advertir –como en pocas ramas jurídicas– una clara evolución del sistema jurídico. Esto se ve en el cotidiano de los fallos judiciales y en los artículos de doctrina; asimismo la evolución se nota en el pensamiento teórico de los profesores que han enseñado la materia en el curso de los últimos cincuenta años, muchos de los cuales plasmaron sus ideas en libros, que además fueron muchas

\* Investigadora del Instituto A. L. Gioja. Directora de proyectos UBACyT. Profesora con dedicación exclusiva de Contratos Civiles y Comerciales. Directora del Seminario “Problemática de los daños en la sociedad actual”.

LA PERCEPCIÓN Y CONFIGURACIÓN DE LOS NUEVOS DAÑOS. REFLEXIONES SOBRE SU INSERCIÓN EN LA ENSEÑANZA JURÍDICA

LIDIA M. R. GARRIDO CORDOBERA

veces debatidos en los claustros. Este proceso también lo podemos notar en los programas de estudio de la Facultad de Derecho, sobre todo en materias del CPO (Ciclo Profesional Orientado) y en el enfoque que algunos dan en la materia Obligaciones Civiles y Comerciales.

Creemos que se puede sostener que en esta disciplina, que aglutina en torno al daño y a la prevención, su desarrollo se advierte o se debería advertir notablemente en la repercusión que en el derecho tienen las conductas con las que se desenvuelve la vida del hombre y las transformaciones que la sociedad va realizando en su curso histórico, de allí la importancia que le damos a la capacidad de percibir o de descubrir las situaciones dañosas que no siempre están en la fácil solución de la letra de la ley. La mayoría de los nuevos supuestos que deberán buscarse en la finalidad de la norma o, poéticamente, en el “espíritu de la ley”, serán objeto de una interpretación ampliada o analógica, se buceará en los Principios del Derecho y se atenderá en definitiva a cuestiones que para Kelsen son extrañas al orden jurídico.

Esta sociedad actual globalizada, muchas veces tecnológica, nos plantea una serie de situaciones que creemos deben analizarse en la Facultad, por ejemplo la utilización de la biotecnología, los graves problemas de contaminación que sufre el planeta, los casos de violencia urbana (patotas, violencia escolar, violencia en el fútbol, discriminación), la vulneración de los derechos del consumidor (información, protección, buen trato, etc.), los nuevos desafíos que plantea la ciencia (las ondas de los celulares, el uso de la informática, los transgénicos); situaciones que deben ser debatidas necesariamente a la luz de conceptos jurídicos para saber si estamos frente a la configuración de daños resarcibles y así poder hacer viable la aplicación de la faz preventiva esencial de la evitación de daños, y sobre todo para que podamos cumplir con nuestro rol de educadores y formadores de opinión crítica en la Universidad.

Frente a estas transformaciones sociales y tecnológicas, notamos desde hace tiempo que el jurista y el juez pueden encontrarse ante la insatisfacción de aquel a quien no pueden dar una respuesta a un problema urgente de justicia en la reparación de los daños, sobre todo si un evento dañoso novedoso es mirado dentro de un marco tradicional y estricto. Esto implica para nosotros que en el dictado de la materia se dé lugar a un debate continuo y a un diálogo fructífero con alumnos provenientes

de diversas corrientes filosóficas y de diversas orientaciones (solemos contar con un alumnado proveniente de disciplinas ajenas al Derecho Privado).

Recordemos las enseñanzas de Ihering: “El Derecho es lucha” y aquí es la lucha por el reconocimiento de los derechos de los habitantes ante las transformaciones sociales y frente a un Derecho que no siempre se presenta permeable y no escucha los clamores de su tiempo; es aceptar que los cambios sociales tienen entidad suficiente para nutrir al derecho, aceptar el reto de solucionar los conflictos que nuestra realidad nos presenta hoy; creemos que es, ni más ni menos, repetir a menor escala el origen y evolución de todo el derecho y debemos tener muy en claro si vamos a centrar el núcleo en el hombre o en la norma, o en principios económicos.

El curso de CPO que dictamos tiene como objetivos captar la realidad de las variaciones jurídicas y sociales, tratar de delimitar los elementos esenciales de un nuevo derecho más flexible que capte estas nuevas situaciones, y replantear la clásica responsabilidad civil. Para lograrlo se establecieron a priori, como contenidos básicos para ser explicados y debatidos, tanto los elementos tradicionales de la responsabilidad civil como el Derecho de Daños, la socialización de los riesgos, las actividades riesgosas, los intereses colectivos (tomados muchas veces como difusos), las nuevas categorías de daños (se debate sobre el daño al proyecto de vida, daño psíquico, estético, sexual), los daños colectivos (categoría de daños lamentablemente aceptada sólo desde hace pocos años y que fue objeto de mi tesis doctoral en 1991 y de investigaciones en el Instituto A. Gioja) y las garantías colectivas (sistemas de seguros y fondos de garantía), sin descuidar la relación que el tema de los daños tiene con el análisis económico del Derecho (Guido Calabresi y Posner) y, por supuesto, el rol que el Estado tiene en esta temática en virtud del poder de la policía y también la responsabilidad del funcionario público. Asimismo planteamos el tema de la prevención de daños y si el principio precautorio puede ser aplicado más allá del Derecho Internacional y del Derecho ambiental trasladándolo al Derecho de Daños.

En el desarrollo del curso, para lograr un mayor entendimiento de la problemática que planteamos, se analizan desde casos particulares, como el daño ambiental con referencia a las leyes de presupuestos mí-

LA PERCEPCIÓN Y CONFIGURACIÓN DE LOS NUEVOS DAÑOS. REFLEXIONES SOBRE SU INSERCIÓN EN LA ENSEÑANZA JURÍDICA

LIDIA M. R. GARRIDO CORDOBERA

nimos (Ley General del Ambiente, PCBs, Gestión Integral de Residuos, Cuencas, Información Ambiental) a actividades como las mineras, la población, los OGM, el ataque a la biodiversidad, etcétera, y la responsabilidad por riesgo de desarrollo (discutiendo la directiva de la UE que admite la excepción del avance de la ciencia y planteando la diferencia con la Ley de Protección al Consumidor); se discute sobre la responsabilidad por hechos violentos, la actuación de patotas y los daños causados por menores dentro o fuera de los establecimientos escolares (por ejemplo en los *countries*) la responsabilidad por huelga y piquetes (que atañe al tema constitucional), el contagio de sida, la transmisión de enfermedades de padres a hijos y otros problemas bioéticos. Este temario suele tener modificaciones que obedecen a nuevas realidades que se van presentando año a año.

Metodológicamente, para el desarrollo del curso se utiliza el análisis de fallos con discusión del decisorio e introducción de nuevos argumentos, y finalmente reelaboramos ciertas nociones teóricas que se plantean en cada caso. Para tal fin realizamos con nuestro equipo un libro de fallos seleccionados que abarcan la temática de infección hospitalaria, la huelga, el daño ambiental, las inundaciones, los accidentes en trenes y en la vía pública, el sida, la violencia en el fútbol, los daños en los establecimientos educativos y en los locales bailables, el daño producido por consumo de cigarrillo, daños que comprometen la obligación de seguridad, y el daño moral, entre otros.<sup>1</sup>

Por todo esto que venimos diciendo es que no nos cansamos de recordar a los viejos y sabios maestros como Carnelutti que decían sabiamente: “El Derecho de hoy no es el Derecho de ayer”, y también las palabras de Portalis de que las leyes se hacen con el tiempo, mas en verdad no acaban de hacerse nunca, y eso justamente es lo que intentamos transmitir en el curso.

Ocurre, sin embargo pese a lo que acabamos de puntualizar, que creemos firmemente que un principio reconocido como esencial o verdadero (dejando a salvo la discusión que esta terminología tiene en Filosofía), no debe ser abandonado jamás, sea cuales fueren los peligros

<sup>1</sup> GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., *Casos de responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2005, o [en línea] <[www.garridocordobera.com.ar](http://www.garridocordobera.com.ar)> Sección D. de Daños.

aparentes que se presenten, el mismo debe ser combinado hasta encontrar el medio de remediar sus inconvenientes y realizar la aplicación que se debe.

En esta línea de ideas, todos los que nos dedicamos al moderno Derecho de Daños, siempre tenemos presente la antigua regla romana del *neminem lædere* que sale en nuestra ayuda para captar y permitirnos solucionar todos los actos perjudiciales dañosos a fin de hacer reinar el orden y la equidad en la sociedad.

El adaptarse a los hechos por parte del derecho fue llevando a que se revaloraran tópicos como la concepción de “antijuridicidad”, que por vía de interpretación analógica se hablara de responsabilidad colectiva, se aceptara el fundamento objetivo por riesgo en los daños producidos por animales y de responsabilidad objetiva (por garantía) en los hechos de los dependientes. Los congresos de derecho civil y nuestros tribunales fueron abriendo el camino de la responsabilidad objetiva hasta que en 1968 se dictó la Ley 17.711, que introduce normas como los siguientes arts.: 1113, segunda parte, 1071, 2618, 907 y 2499, esenciales en materia de responsabilidad civil. El eje va a estar dado en el daño y no tanto en el factor de atribución por el cual un sujeto será determinado como jurídicamente responsable de reparar el daño.

Pero la evolución del Derecho continuó y dio paso a la noción de interés de hecho, intereses colectivos, a los daños colectivos, al auge del deber de informar, de la garantía, de las obligaciones tácitas de seguridad y de las actividades riesgosas, que son aplicados en la realidad de todos los días.

Es por casi todos conocido que a partir de ese momento la responsabilidad civil cambió rotundamente. Existen varios factores objetivos para fundamentar la responsabilidad, esto no ha decrecido con el correr del tiempo, pero de ninguna manera significa la total objetividad, ya que el factor subjetivo (dolo y culpa) sigue existiendo en el sistema argentino y sigue teniendo su relevancia como nos preocupamos por puntualizar en el curso, sin olvidar las palabras que ya decía André Tunc acerca de que es banal comprobar la explosión de la responsabilidad civil, ya que en todos los países industrializados los daños se multiplican.

LA PERCEPCIÓN Y CONFIGURACIÓN DE LOS NUEVOS DAÑOS. REFLEXIONES SOBRE SU INSERCIÓN EN LA ENSEÑANZA JURÍDICA

LIDIA M. R. GARRIDO CORDOBERA

El Derecho moderno que quiera progresar en la búsqueda del bien común debe luchar con la solución justa en esta materia, con la certeza de que detrás del daño no está el azar o la desgracia impersonal o anónima, sino la forma de actuar de una persona o la creación de un riesgo. Lo que sí podemos sostener que ha variado en los últimos años ha sido la incorporación de la faz preventiva en el Derecho –ponemos énfasis en transmitirlo mediante la aplicación del art. 2499 del Código Civil y del Amparo (suele discutirse las medidas “autosatisfactorias”)–, el rol distinto que se le asigna al Estado y la aceptación de los intereses colectivos y de los daños colectivos, como así también el hecho de perseguir la toma de seguros y la creación de fondos de garantía. Esta realidad circundante nos permite hablar modernamente de una teoría del Derecho de Daños en la Argentina que debe ser transmitida en los claustros, para ello tomamos el ejemplo del Derecho francés en su evolución.

En nuestra experiencia en el área de investigación institucional, que necesariamente se traslada a la enseñanza, hemos trabajado un nuevo concepto de daño: el daño colectivo y nuevos supuestos de eventos dañosos que motivaron todas nuestras investigaciones desde 1988 en la UBA. Hoy podemos decir que muchos de los temas que de entrada eran tabú en materia de responsabilidad civil, como el daño ambiental (en el año 1983), la violencia en el fútbol (en el año 1985), la responsabilidad por huelga (en el año 1991), la responsabilidad por riesgo de desarrollo (en el año 1989), la responsabilidad del Estado basada en las normas del Derecho Civil, y con fundamento en un factor objetivo: la “falta de servicio”; temas que tantas discusiones han traído, han sido en los últimos años objeto de regulación legal, o temas de congresos aceptados por la comunidad universitaria como integrantes de sus planes de estudio.

Como también estamos convencidos de que el pago de una indemnización de una manera tardía implica una negación del derecho de obtener la adecuada satisfacción, es que insistimos desde hace años (en 1988 presentamos una ponencia en tal sentido) en que se cumpla con la creación de fondos de garantía sobre todo para cubrir casos de insolvencia o de autor anónimo, tomando como ejemplo la experiencia del Derecho europeo y de Nueva Zelanda que demuestran ampliamente su viabilidad.

Creemos que se debe recordar cuál es nuestra nueva realidad ya que ella va a influir en nuestro Derecho de Daños. Hay una profusión del

uso de la energía nuclear con fines pacíficos, que plantea el problema de los desechos radioactivos y situaciones de tal magnitud como Chernobyl; el desarrollo espacial y satelital conlleva el problema de la basura espacial que rota alrededor del planeta, la lluvia ácida que contamina sus tierras y ríos, el efecto invernadero que también complica su diversidad biológica, y a esto se suman los problemas que la genética ha planteado respecto a la alteración del gen en diferentes especies, desde vegetales y animales hasta humanas. La nanotecnología es hoy una realidad y no un supuesto de ciencia ficción, las comunicaciones crecen día a día y a la vez se dice que el hombre de hoy está cada día más aislado, más solo y propenso a tener arranques violentos, la influencia de los medios masivos de comunicación en la conducta ha sido objeto de innumerables estudios.

Si bien estamos más allá de la era industrial y la era posindustrial a nivel internacional, en la Argentina coexisten lo que queda de un país agrícola-ganadero, el producto de la revolución industrial y los sistemas tecnológicos que incluyen hasta la robótica; esta realidad debe ser vista por el Derecho y transmitida por los docentes a fin de adecuar la norma a las personas y circunstancias témporo-espaciales, no para negar una indemnización "a priori", sino para estudiar la viabilidad y ver si detrás de ese daño existe un sujeto responsable patrimonialmente -aunque no medie culpa- que est  en mejor situación que la víctima para soportar el daño; siguiendo las ideas de López Olaciregui, esto exigirá el análisis de los elementos necesarios para que prospere la indemnización.

El Derecho de Daños tiene un contenido más amplio que la responsabilidad civil al incluir los sistemas de garantía que algunos denominan Sistemas de Seguridad Social y permite dar soluciones a los efectos causados anónimamente como los producidos por ataques terroristas, patotas que no pueden ser identificadas, automovilistas que huyen o son insolventes, y los actos de violencia de los saqueos, entre otros supuestos que no creemos que violenten los principios rectores de este Derecho. Por eso volvemos a sostener que dada la situación actual de complejidad del mundo en el que vivimos, la vulnerabilidad a la que estamos expuestos y los principios rectores del Derecho de Daños, este último es la mejor herramienta con que se puede lograr la distribución de los daños

LA PERCEPCIÓN Y CONFIGURACIÓN DE LOS NUEVOS DAÑOS. REFLEXIONES SOBRE SU INSERCIÓN EN LA ENSEÑANZA JURÍDICA

LIDIA M. R. GARRIDO CORDOBERA

para poder ser soportados por quien mejor pueda absorberlos, y no pesen sobre las víctimas inocentes de los daños injustamente sufridos.

Se puede decir entonces, que al ser el Derecho un instrumento de regulación social es indispensable y primordial actuar mediante la prevención de los daños y también lograr la indemnización a las víctimas mediante la aplicación de los daños resarcibles, la socialización de riesgos, el aumento de las legitimaciones activas y pasivas, el aumento de los factores de atribución de responsabilidad, la certeza en el cobro de la indemnización y su prontitud.

Finalmente en el curso los alumnos realizan un trabajo final que denominamos "monografía", con un tema a su elección, previa aceptación de nuestra parte para evitar de este modo temas que sean "remanidos" o muy trabajados en la temática de la responsabilidad civil. Dicho trabajo se realiza con una estructura de esbozo investigativo: con planteo del problema, hipótesis, desarrollo y conclusión, y es explicado a los compañeros y al docente pudiendo utilizar los medios técnicos que se desee (láminas, filminas, fotos) en la exposición, todos los que asistimos le podemos hacer preguntas y aportes de datos; esta defensa oral es anterior a la entrega por escrito lo que permite al alumno incorporar más material o corregir ciertas observaciones que se le hayan hecho.

Muchos de estos trabajos han sido objeto luego de artículos por parte de nuestros ex alumnos o presentados a concursos en esta misma Facultad, y a la vez ha motivado a que varios de ellos se acercaran a ONG u organismos estatales, como también que quisieran formar parte de diferentes grupos de investigación según su área de interés. Es por ello que estamos convencidos de que plantear áreas de discusión y debate con temas como el de los daños cumple un rol en el currículo adecuando los claustros a la realidad.

## Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho\*

JUAN ANTONIO PÉREZ LLEDÓ\*\*

### INTRODUCCIÓN

Salvador Ordóñez, el rector de la Universidad de Alicante –donde yo trabajo–, suele advertirnos contra la excesiva tendencia a la autocritica que a menudo mostramos los profesores universitarios (Ordóñez incluido), en relación con nuestra propia labor y con la institución en la que la desarrollamos. No sé hasta qué punto la universidad española estará más o menos desprestigiada/prestigiada ante la sociedad, pero me parece cierto que, al menos en comparación con muchos otros ámbitos profesionales y de la Administración, resulta difícil acusar a los universitarios de autocomplacencia. En agitados contextos como el actual (me refiero, claro, a “lo de la LOU”), quizá no sea precisamente lo más oportuno, en términos de imagen, caer en ciertos excesos de autoflagelación que distorsionan a la baja la auténtica realidad de la universidad española. Mostrar el ejemplo de esta facultad de la Universidad Autónoma de Madrid (UAM), y desde luego lo que yo más conozco: su Área de Filosofía del Derecho, sería un excelente antídoto contra esas actitudes “criticonas”. Pese a ello y, como suele decirse, aprovechando ahora que no nos ve nadie, yo voy a iniciar mi ponencia partiendo de un necesario diagnóstico crítico sobre la situación general de la enseñanza del Derecho en España.

\* Este trabajo es una versión muy ampliada de la ponencia que bajo el mismo título fue presentada en el VI Encuentro de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (28-30 de noviembre de 2001). Agradezco a esta Facultad, y en especial a Francisco Laporta, la confianza depositada en mí al invitarme a presentar dicha ponencia.

\*\* Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho (Universidad de Alicante).

Mi diagnóstico será breve, no porque quiera yo eludir esa autocrítica, sino simplemente porque voy a dar por sentado que todos conocemos más o menos cómo estamos, aunque probablemente discrepemos en cuanto a su valoración. Pero, sobre todo, porque lo que hoy me interesa (y es lo que se me pidió que hiciera cuando se me invitó a venir aquí) es transmitirles a ustedes algunas impresiones personales de carácter constructivo sobre cómo podría mejorarse nuestra enseñanza del Derecho... más que aburrirles con un enésimo informe descriptivo o, peor aún, con una enésima letanía de lamentos sobre nuestros defectos. Me temo, sin embargo, que eso de dar por sentado que conocemos nuestra propia situación puede ser despachar demasiado alegremente la necesidad de un diagnóstico serio, completo y ajustadamente valorado. Confieso que yo no conozco tanto como desearía cómo está siendo verdaderamente la enseñanza del Derecho en España (seguro que muchos de los presentes están mejor informados que yo), y tal vez sea una osadía lanzarme, como haré aquí, a sugerir propuestas sobre la base de un puñado de apreciaciones personales y quizá de prejuicios o lugares comunes sobre la actual situación. En fin, he de confiar en que quien comparta “aproximadamente” mi diagnóstico personal (por lo demás, no especialmente original) al menos entienda el sentido de mis propuestas. Y esperar, sin desconfiar de ellos *a priori*, los resultados que arroje, en Derecho, la aplicación generalizada del Plan Nacional de Evaluación de la Calidad de las Universidades.

En cuanto a mis propuestas, sí quisiera desde esta misma introducción mostrar mis cartas (que, de todas formas, se irán viendo enseguida). Bajo el título *Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho*, el propósito general que me anima es el de defender una enseñanza del Derecho que sea “más práctica”, partiendo del postulado de que la misión principal de dicha enseñanza, aunque no sea la única, ha de ser “la formación de buenos profesionales del Derecho” (en las múltiples profesiones jurídicas: no me refiero sólo al libre ejercicio de la abogacía). Entiendo por “más práctica” una formación “más metodológica”, que proporcione una mayor capacidad técnica, argumentativa (dar prioridad a la “formación” en habilidades y aptitudes sobre la “información” de contenidos normativos), y que así “libere al estudiante de una paralizante visión formalista del Derecho, sustituyéndola por una concepción instrumental” del medio

jurídico. Esa capacidad de manejo activo de la herramienta jurídica debe “servir a fines transformadores, orientados por valores debidamente justificados desde un horizonte moral hacia el cual se puede avanzar a través del Derecho. Y nada hay más ‘práctico’ que la teoría, la buena teoría, siempre que no quede aislada” de la formación práctica sino inmersa en ella, para contribuir a esa formación más metodológica y menos formalista que produzca profesionales capaces de un manejo activo del Derecho en un sentido transformador sustentado en valores.

Después de tan ampulosas afirmaciones (que espero poder desgranar a lo largo de la ponencia dándoles algún contenido, para que no se queden en retórica hueca), sólo debo hacer una advertencia previa. En este trabajo me centro en los “aspectos sustantivos” de la enseñanza del Derecho, es decir, en los contenidos y, sobre todo, en la metodología docente (técnicas pedagógicas, orientación de la enseñanza, materiales bibliográficos, sistemas de evaluación, etc.), y, por tanto, me sitúo en un nivel de discurso que es “relativamente” –sólo relativamente– autónomo respecto de los aspectos, digamos, “institucionales” de la enseñanza del Derecho. Quiero decir, me interesa sobre todo lo que ocurre “puertas adentro” en las aulas, y lo que voy a tratar no depende demasiado, en principio (al menos de forma inmediata), de cuestiones tales como, por ejemplo, el grado de autonomía universitaria, cómo sean las facultades de Derecho en cuanto instituciones, cómo se financien y con qué medios cuenten, cuál sea exactamente la estructura formal del plan de estudios (hasta cierto punto), en qué categorías se jerarquice al profesorado, cómo sea la estructura de Departamentos y Áreas de Conocimiento... (si se quiere, de cómo sea la Ley Orgánica Universitaria que tengamos). Dicho esto, soy consciente de la relevancia que los aspectos “institucionales” acaban teniendo sobre los “sustantivos” (si es que se puede trazar nítidamente esa distinción), y por ello no podré evitar alguna referencia a aquéllos.

## UN DIAGNÓSTICO CRÍTICO

### **1. POR LO GENERAL, LOS PROFESORES DE DERECHO CONCEDEMOS ESCASA IMPORTANCIA A LAS CUESTIONES RELATIVAS A LA DOCENCIA**

Creo que esto es así, desde luego, si lo comparamos con la importancia atribuida a la otra vertiente de nuestra profesión: la investigación. Cen-

tramos nuestra “identidad” profesional como académicos en torno a la faceta investigadora muchísimo más que a la docente. Nunca he oído hablar de discusiones en un Departamento, a la hora de distribuir la docencia, debido a porque todos desean que se les asignen más horas de clase. Tampoco conozco a nadie que se dedique a la Universidad movido principalmente por el deseo de practicar la docencia. Y, si lo hubiera, sería visto por muchos como una especie de “bicho raro”... o, peor aún, como un investigador perezoso o incompetente que se refugia en la dedicación docente para eludir la investigación. No digo que las cosas deberían ser justo al revés, pero una cosa es atribuir más importancia a la investigación, y otra considerar a la docencia como la “pariente pobre” entre nuestras tareas. Hasta la terminología al uso refleja este hecho sin demasiados escrúpulos: hablamos de “carga docente”, y en efecto, consideramos la docencia como una carga o tributo que tenemos que pagar para poder dedicarnos a lo que de verdad nos interesa: investigar, publicar, dar conferencias y discutir con nuestros colegas en congresos y seminarios.

Institucionalmente, nuestro “sistema” universitario a la vez refleja y reproduce esta actitud. Somos autodidactas en cuanto docentes, y eso parece no importarnos gran cosa; la carrera académica está diseñada para formar investigadores, no para formar docentes; y después, lo que se promociona y reconoce, en el mejor de los casos, es exclusivamente la buena investigación, no la buena docencia. Con el doctorado, que incluye cursos obligatorios de metodología investigadora, obtenemos la “suficiencia investigadora”; ¿dónde está la “suficiencia docente”? En las oposiciones para cubrir plazas, en muchos casos el proyecto docente es poco más que un trámite: en el fondo, se valora exclusivamente el currículum investigador y la calidad del ejercicio en la investigación; el proyecto docente sirve para controlar el dominio del candidato sobre la disciplina, pero no se toma verdaderamente como un proyecto orientado a la docencia (los proyectos son a menudo ficticios en cuanto verdaderos programas docentes). El criterio de concesión de los “tramos docentes” es el de “café para todos”, y que alguien disponga de muchos tramos docentes sólo es un indicativo de lo viejo que es. Hay años sabáticos (y becas, ayudas, etc.) para poder investigar, pero no al menos algún que otro “semestre sabático” para que uno pueda reciclarse como docente

siguiendo cursos de formación pedagógica. Las evaluaciones docentes del profesorado, de aparición relativamente reciente, están mal diseñadas y no se toman muy en serio. Tampoco hay demasiada preocupación por la falta de mecanismos que proporcionen un *feedback* fiable a los profesores sobre qué tal lo están haciendo en cuanto docentes. Hay dos clichés que encarnan esta despreocupación por la docencia: se supone que un profesor llegará a ser un buen docente con la simple práctica y el paso del tiempo (casi al día siguiente de acabar la carrera ponemos a dar clase al joven licenciado recién incorporado al Departamento, y en los años siguientes ese profesor seguirá sin recibir formación alguna en cuanto docente), y se supone que todo profesor que domine la materia, y que sea un buen investigador, necesariamente es un buen docente<sup>1</sup>.

La docencia tampoco se toma demasiado en serio en cuanto objeto de estudio o reflexión teórica, o sea, como tema de investigación. Si lo tomáramos en serio, descubriríamos enseguida que el alcance de este tema va mucho más allá del discurso considerado intelectualmente “menor” acerca de los aspectos mundanos de las facultades de Derecho (organización de los Departamentos, admisión de estudiantes, exámenes y convocatorias, categorías del profesorado, expedición de titulaciones, masificación en las aulas, qué estilo o formato pedagógico emplear en ellas, de qué tipo de medios materiales y bibliográficos valerse, etc.). Y es que a través del prisma de la enseñanza pueden y deben plantearse todos los temas “de fondo” y de “verdadera enjundia intelectual” que preocupan a los juristas –incluyendo a los filósofos del Derecho– en su vertiente “investigadora”. Pero yo me temo que en nuestro país el tema de la enseñanza del Derecho se desprecia como algo “demasiado práctico”, carente de verdadera relevancia teórica.<sup>2</sup> En suma, mientras no cambie

<sup>1</sup> Cfr. PEÑUELAS I REIXACH, Lluís, *La docencia y el aprendizaje del Derecho en España. Una perspectiva de Derecho Comparado*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 8-9.

<sup>2</sup> Por lo que sé, en algunos Departamentos de Filosofía del Derecho –no en muchos– se ha abordado, pero para muchos “juristas” (por supuesto, con honrosas excepciones; cfr., por ejemplo, las V Jornadas de Estudios de la Asociación Española de Profesores de Derecho Financiero y Tributario, Ávila, 1994) queda relegado como uno más de los temas “periféricos” de los que no está mal que se ocupen los filósofos del Derecho mientras ellos siguen escribiendo sobre cosas más serias. La situación resulta paradójica si se piensa –yo lo pienso– que lo importante no es ya la enseñanza “de la filosofía del Derecho” (que presenta características muy peculiares respecto

la actitud tradicional de los profesores de Derecho hacia la docencia como algo muy secundario en sus vidas respecto de la investigación; mientras siga sin importar demasiado que un profesor enseñe mal si escribe bien; mientras siga apelándose a la masificación como excusa para no hacer nada (y esa excusa cada vez vale menos)... es difícil ser optimista. Pero hay razones, recientemente, para un cierto optimismo: aunque he cargado las tintas en el sentido contrario, yo percibo en los últimos años una mayor preocupación por la enseñanza (este seminario es una muestra más de ello), y cabe confiar en que el actual proceso de los Planes de Calidad contribuya a acentuar ese cambio de actitud, al hacer casi inevitable el debate.

**2. PREDOMINA UN MODELO DE ENSEÑANZA/APRENDIZAJE BASADO EN LA TRANSMISIÓN Y MEMORIZACIÓN DE UNA GRAN CANTIDAD DE INFORMACIÓN ACERCA DE CONTENIDOS DE NORMAS (Y DE INSTITUCIONES Y CONCEPTOS JURÍDICOS)**

La principal aptitud necesaria para que un estudiante tenga éxito en sus estudios en nuestras facultades de Derecho es la memoria. No hace falta ser especialmente inteligente o brillante, y mucho menos creativo, para sacar buenas notas. Hay que ser “empollón”, dedicarle muchas horas a un esfuerzo casi mecánico de memorización de normas. La idea de que un buen jurista es quien conoce muchas normas sigue muy arraigada en la docencia.

La cantidad de contenidos, de simple información que los profesores y los manuales comunican a los estudiantes, es en mi opinión a todas luces excesiva. Los profesores no terminan de resignarse a reconocer dos datos evidentes: 1) En los ordenamientos jurídicos contemporáneos la “cantidad” de normas es sencillamente inabarcable, y cada vez lo será más. No se puede aspirar a que los estudiantes “se aprendan” una porción tan grande de las normas de cada sector del Derecho positivo como se suele pretender. El índice de “fracaso escolar” en nuestras facultades de

de las demás disciplinas), sino la enseñanza “del Derecho”. Los filósofos del Derecho, si es que otros no lo hacen, deberían ocuparse, o seguir ocupándose, de reflexionar acerca de la enseñanza, pero fijándose sobre todo en cómo se enseña y cómo se debería enseñar (por ejemplo, más “filosóficamente”) el Derecho positivo.

Derecho seguramente tiene bastante que ver con este problema. Problema agravado con la incapacidad de reducir verdaderamente los programas docentes cuando se implantaron asignaturas semestrales con ocasión de la reforma de los planes de estudio en los noventa: muchas veces se ha intentado comprimir en un semestre bastante más de la mitad de la materia, ya de por sí excesiva, que tenían las viejas asignaturas anuales.

2) El Derecho positivo es cada vez más “cambiante”. Lo cual hace sencillamente inútil, al cabo de muy pocos años, la mera información sobre normas. Kirchmann tenía razón cuando decía aquello tan famoso de que “tres palabras rectificadoras del legislador, y bibliotecas enteras de Derecho se convierten en basura”.

Hay mucho de verdad en el tópico de que las facultades de Derecho españolas en realidad para lo que sirven es para formar opositores. Y no lo hacen mal, claro, dado que las oposiciones para acceder a la función pública consisten en evacuar información aprendida “de memorieta”. Desde luego, las facultades no forman buenos jueces, buenos Secretarios locales, buenos Técnicos de la Administración... pero sí forman buenos aprobadores de esas oposiciones. De modo que, superficialmente, las facultades cumplen, en cuanto a este tipo de salida profesional, con lo que se les demanda. Quiero decir, si en las oposiciones no se exigiera esa información memorizada, la enseñanza del Derecho tendría que cambiar, o fracasaría estrepitosamente. Algo parecido ocurre con otra de las grandes salidas, el ejercicio libre de la abogacía; si el acceso a dicha carrera a la abogacía estuviera filtrado, por ejemplo, por un examen práctico (no memorístico), el actual modelo docente se estrellaría. Pero si no se demanda nada (abogacía), o se demanda memoria (oposiciones), al actual modelo no se le notan tanto sus defectos.

### **3. EL FORMATO PREDOMINANTE DE LA LECCIÓN MAGISTRAL ESTÁ AL SERVICIO DE ESE MODELO DOCENTE DE INFORMACIÓN (MÁS QUE FORMACIÓN) SOBRE CONTENIDOS PARA SU RECEPCIÓN PASIVA Y POSTERIOR MEMORIZACIÓN**

Yo no pienso que la tradicional lección magistral, tan denostada y a la vez tan masivamente practicada, sea en sí misma algo perverso. Incluso, bien practicada, puede resultar una delicia para quien la escucha. Pero

creo que la lección magistral debe ser sólo un complemento secundario y no la base fundamental de lo que deberíamos hacer en las aulas. Aun no siendo “brillante”, la lección magistral no es perversa cuando, en el mejor de los casos, sirve para “explicar” aquellos aspectos de la información que por su complejidad necesitan ser aclarados. Pero, incluso entonces, no deja de estar al servicio de ese modelo docente basado en la transmisión de información: explica la información como requisito previo para su posterior memorización. Sin embargo, demasiadas veces resulta perfectamente inútil: la lección magistral es sencillamente prescindible cuando no hace mucho más que reproducir, o resumir, la información contenida en el manual. Valga una experiencia personal para acreditar que esto ocurre. Cuando yo cursaba primer año de carrera, conocí en clase a un compañero que, en ese año, sacó unas notas razonablemente buenas, aunque nada espectaculares. Durante el resto de la carrera, no apareció por la Facultad más que para hacer exámenes. Al final, su expediente académico resultó ser, con diferencia, el mejor de la promoción. Como lo que se exigía era memorizar información, y como las clases magistrales estaban orientadas a comunicar esa información, mi compañero, que era muy trabajador y algo “raro”, se dedicó mañana y tarde a estudiar en casa los manuales (o los apuntes que le pasaba su novia) en vez de perder la mitad del día yendo a clase. Y le fue muy bien. Esto también explica que la formación, el tipo de formación, que adquiere un estudiante en una facultad presencial, no sea básicamente distinta de la de quien estudia en la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Y no hace falta pensar en la UNED: en las universidades presenciales la asistencia a clase rara vez es obligatoria, y quienes no asisten obtienen resultados similares a los de los demás; la clase, o sea, el profesor, es prescindible. Algo falla.

**4. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN ESPAÑA ESTÁ FRACCIONADA EN “RAMAS” DEL DERECHO EXCESIVAMENTE SEPARADAS E INCOMUNICADAS ENTRE SÍ**

Yo creo que éste es uno de los peores defectos de la enseñanza del Derecho en nuestro país. No voy a entrar aquí en la cuestión de si la rigidez de la división de la enseñanza por ramas es la consecuencia o bien es la causa de una cultura jurídica general (incluyendo la investigación) que aborda el fenómeno jurídico de ese modo tan “comparti-

mentado”: digamos que la enseñanza refleja y a la vez reproduce ese tipo de cultura jurídica “fraccionada”.

Mi problema con ese enfoque tan desintegrado del Derecho y su enseñanza es cuestión de grado. Por supuesto que, por la misma “voluminosidad” del Derecho contemporáneo antes apuntada, un buen grado de especialización resulta inevitable. Pero lo que tenemos es, sencillamente, exagerado. Nuestros profesores-especialistas poseen un conocimiento profundo, a menudo un auténtico dominio, del específico sector del Derecho que cultivan. Pero adolecen de excesivas lagunas acerca de los demás sectores. Peor aún: muestran a veces un cierto desinterés por los desarrollos jurídico-positivos y doctrinales de las demás ramas jurídicas. Y más todavía por los enfoques sistemáticos, integradores, que analizan el Derecho globalmente considerado (por ejemplo, la Teoría General del Derecho). Dominan su árbol, pero desatienden otros árboles, y desatienden también el bosque. Yo prefiero (y, en España, los hay) un académico especializado en un sector pero que sea a la vez un jurista “culto” en los fundamentos de algunos otros sectores (aunque esté lejos de dominarlos) y que, sobre todo, “le quepa el Derecho en la cabeza”... aunque para ello ese jurista algo más generalista tenga que pagar el precio de no dominar todas y cada una de las “quisicosas” de su especialidad. Por supuesto, la estructura institucional de las Facultades de Derecho (su tajante división en Departamentos y áreas prácticamente incomunicadas entre sí), una vez más, refleja y reproduce esa cultura jurídica divisionista. Trabajamos muchísimo más con compañeros de gremio, aunque estén en Canarias (o en Argentina), que con compañeros de otras áreas de nuestra propia Facultad. Ésta, que como institución podría contribuir a la cooperación académica entre áreas, ha sido fagocitada por los Departamentos y estas últimas, enfocándose cada uno en lo suyo.

Todo esto se refleja en la enseñanza. Si ésta ha de orientarse, como yo defiendo, a la formación de buenos profesionales; y si, como es evidente, en la realidad profesional del Derecho los problemas prácticos que se afrontarán no aparecen tan preestructurados por ramas sino que suelen presentar múltiples aristas que atraviesan las tradicionales divisiones del Derecho, entonces una buena enseñanza jurídica debe ser más integrada y menos especializada que la actual.

En todo caso, en la medida en que la especialización es inevitable (el jurista “todo terreno” es hoy imposible, aunque yo no estoy defendiendo tanto como eso, ni mucho menos), quisiera defender dos ideas: 1) La “hiperespecialización”, siendo mala, es menos nociva en la investigación (en la “industria básica” que produce conocimiento “en bruto”) que en la docencia (que ha de producir en el estudiante conocimiento aplicable a una realidad jurídica mucho menos compartimentada). 2) En tanto que inevitable, el problema no es tanto la especialización como la incomunicación, en la investigación y en la docencia, entre especialistas de diversas ramas; no se trata de que todos sepamos de todo (pero tampoco de que cada uno sepa sólo de lo suyo): la interdisciplinariedad ha de entenderse, al menos, como trabajo conjunto, o como transmisión de conocimientos y cooperación docente entre especialistas de disciplinas diversas.

##### **5. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN ESPAÑA INCULCA UNA VISIÓN FORMALISTA DEL DERECHO**

Sería una exageración injusta decir que la cultura jurídica española está todavía anclada en el formalismo puro y duro del siglo XIX. Pero, para mi gusto, y dando por advertidas todas las cautelas que han de tomarse cuando uno generaliza, considero que la mentalidad jurídica española sigue siendo demasiado formalista, y que se sigue transmitiendo a los estudiantes una visión formalista del Derecho y una actitud formalista hacia su manejo.

Pido disculpas por el uso descaradamente ambiguo e impreciso que hago aquí de una etiqueta tan manida como la de “formalismo”, que significa tantas cosas. Pero no es éste el lugar ni dispongo ahora de tiempo para introducir rigurosas distinciones analíticas sobre este “concepto-paraguas”. Tampoco creo que sea estrictamente necesario: emplearé este término como una simple etiqueta o “símbolo” para evocar ideas o corrientes muy diversas a las que me refiero de modo general, confiando en que cualquiera pueda entender “por dónde van los tiros”.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Simplemente enunciaré en esta nota, a modo de recordatorio, algunas de esas ideas, estrechamente relacionadas entre sí (muchas se solapan), que solemos englobar dentro de ese “paradigma” del “iuspositivismo” formalista: tomar como objeto de estudio, como dato “positivo”, las normas jurídicas en cuanto que formalmente válidas (textos,

A efectos de lo que aquí me interesa, esas ideas pueden reducirse a dos, que están ligadas entre sí: 1) la de la "certeza" o el carácter "deter-

paradigma del "Derecho en los libros") más que en cuanto judicialmente aplicadas y/o socialmente eficaces ("Derecho en acción"); atención casi exclusiva a la dimensión estructural o jurídico-formal del Derecho, desatendiendo su dimensión funcional o social y su dimensión valorativa (autonomía o "pureza" de la ciencia jurídica y de su objeto); método de estudio basado en el análisis lingüístico de los enunciados jurídicos y en el análisis de las relaciones lógicas entre éstos, extrayendo conceptos y construyendo un sistema a través de un "método jurídico" (el tradicional de la dogmática) que excluye consideraciones tanto empíricas o sociológicas como valorativas o político-morales; concepción estrictamente "estatalista" del Derecho; énfasis en la vinculación entre Derecho y coactividad; énfasis en el Derecho como expresión de una voluntad del soberano o legislador ("imperativismo", "prescriptivismo", o voluntarismo); legalismo en cuanto a las fuentes ("positivismo de la ley", de la que procede la juridicidad de las demás fuentes); creencia en la "sistematicidad" racional del Derecho (plenitud y coherencia lógica y valorativa del ordenamiento); "deductivismo" o mecanicismo en cuanto a la interpretación y aplicación del Derecho (modelo silogístico, negación descriptiva y "prescriptiva" de la discrecionalidad interpretativa); prioridad de la interpretación literal y de la intención del legislador en la interpretación (interpretación subjetiva); énfasis en la certeza y "predecibilidad" del Derecho (posibilidad de una única respuesta correcta extraíble a partir de estándares únicamente jurídicos, no sociales ni morales); la seguridad jurídica como un valor supremo; énfasis en la separación de poderes, en la deferencia al legislador, en el papel declarativo y no creativo de la actividad judicial ("boca de la ley") y en la tajante distinción entre creación y aplicación del Derecho; tendencia a la generalidad y abstracción, y a la elaboración racional del material jurídico mediante conceptos con un elevado grado de abstracción (conceptualismo); preferencia por el carácter estático del Derecho y especial atención a la armonización de sus reformas con el Derecho preexistente.

Insisto: yo no digo que los profesores de Derecho españoles crean a pies juntillas en todas y cada una de estas ideas y que hoy sea una visión *radicalmente* formalista la que transmitan a sus estudiantes. Pero sí creo que su mentalidad jurídica participa todavía de un paradigma "formalista" configurado a partir de estas "ideas-fuerza", y que cabe detectar una significativa tendencia o propensión hacia ellas (esta discusión, obviamente, versa sobre una "cuestión de grado"). El peso de la historia, y por tanto el peso de una tradicional cultura o conciencia jurídica formalista en España desde el siglo XIX, transmitido precisamente a través de la enseñanza del Derecho, ha dejado una huella que aún no se ha borrado. Apenas dejaron huella, en cambio, las corrientes que protagonizaron la llamada "revuelta contra el formalismo", tales como la jurisprudencia finalista del segundo Ihering, la jurisprudencia de intereses (Heck), la Escuela del Derecho Libre (Kantorowicz), la sociología jurídica de Ehrlich, la Escuela Científica (Gény), el pluralismo jurídico (Gierke), la jurisprudencia sociológica (Pound), o los realismos jurídicos escandinavo (Ross, Lundstedt, Olivecrona) y norteamericano (Llewellyn, Frank).

minado" del Derecho, en el sentido de que éste (por su racionalidad, por su determinación lingüística, por su plenitud y consistencia sistemática, por su coherencia valorativa) constriñe al jurista-intérprete y excluye o reduce su discrecionalidad, dictándole –al menos, en la inmensa mayoría de los casos– una única respuesta correcta; o, todo lo más, el Derecho deja un margen muy limitado de posibilidades de decisión (un margen mucho más limitado que el que en realidad suele existir en muchos más casos de los que el formalista suele creer); y 2) la de la "autonomía" o pureza del Derecho, en el sentido de su cerrazón respecto de consideraciones sustantivas, de tipo sociológico y valorativo (político-moral), tanto en el estudio de una verdadera "ciencia" jurídica como –lo que más interesa ahora– en el manejo práctico del Derecho. Ambas ideas están ligadas: el formalismo transmite el mensaje de que pueden y deben tomarse neutralmente (deductiva o cuasideductivamente) las decisiones que los estándares puramente jurídicos (no consideraciones políticas, morales, o de utilidad social que el intérprete considere) "dictan" unívocamente al jurista.

Mi impresión de que la enseñanza del Derecho en España es todavía demasiado formalista no deriva sólo del conocimiento que uno pueda tener sobre la orientación general de los juristas académicos en España (y que se detecta leyendo sus manuales y sus trabajos de investigación, o discutiendo con ellos; hace poco oí decir, precisamente a una "procesalista", que la jurisprudencia de los tribunales no es fuente del Derecho...) Se deriva también de la experiencia personal que uno tiene como docente (experiencia que otros compañeros suelen confirmar cuando me dicen que ellos también la experimentan). Me refiero a un curioso (o no tan curioso) fenómeno que detectamos quienes, como profesores de Filosofía del Derecho, damos clase tanto en primero como en quinto año de carrera. La experiencia nos muestra que los estudiantes de primero entran en la facultad impregnados de una especie de inarticulado "iusnaturalismo" un tanto ingenuo y bienintencionado (aunque jamás hayan oído hablar del "Derecho Natural"), con una serie de preconcepciones acerca del Derecho –si es que tienen alguna– consistentes en la vaga idea de un orden normativo misteriosamente complejo y oscuro que no se distingue muy bien de la moral ni de otros órdenes sociales normativos. Pero llegan a quinto curso transformados en cuasijuristas dotados de una estrecha

visión formalista del Derecho y de su funcionamiento y, lo que es peor, de un “acrítico” positivismo ideológico (la visión de que el Derecho positivo, por el mero hecho de ser Derecho, está necesariamente justificado y existe un deber moral de obedecerlo), fundamentado en un crudo relativismo moral. Lo que quiero decir con esto es que, con independencia del grado mayor o menor de “formalismo” del que adolezcan los profesores de Derecho (quizá, en sus investigaciones, no sea tanto), lo cierto es que, tal vez a su pesar, y no sé muy bien a través de qué extraños mecanismos (tal vez debido a la necesaria simplificación que la docencia inevitablemente conlleva), el caso es que el efecto real que produce la docencia es el de educar juristas formalistas.

¿Y qué tiene el formalismo para ser una cosa tan mala? Más adelante volveré sobre ello, así que me limitaré a decir sólo dos cosas: 1) Desde un punto de vista teórico, una visión formalista es una falsa visión del Derecho. El formalismo está equivocado. El Derecho es mucho más indeterminado que lo que la visión formalista tradicional suponía, y su hermética cerrazón ante la dimensión social y la valorativa es simplemente un mito inalcanzable. Me remito a la batería de argumentos que una inmensa literatura, la de la “revuelta contra el formalismo”, ha desplegado desde hace más de un siglo sobre la indeterminación lingüística y sistemática del Derecho, sobre la indeterminación introducida por las dificultades de fijar objetivamente los hechos a los que se aplica el Derecho, sobre la apertura que requiere la justificación externa de las premisas utilizadas en la aplicación del Derecho, etcétera. Esa crítica ha logrado que, desde un punto de vista teórico, el formalismo esté hoy bastante desprestigiado: también en España, todo el mundo quiere sacudirse de encima esa etiqueta; y sin embargo, yo creo que, por más que cuando uno entra en un discurso teórico acerca de las ideas formalistas presentadas en abstracto casi todos reniegan de ellas, luego, en el trabajo cotidiano, y especialmente en la docencia, muchos vuelven a las andadas, quizá casi sin darse cuenta. 2) Desde un punto de vista práctico, el formalismo representa una imagen de falsa “necesariedad” del Derecho que resulta “autoparalizante”: degrada la actividad del jurista a la de mero autómatas, incapacita al jurista práctico para un ejercicio profesional más activo, para emprender con autoconfianza la tarea de una elaboración argumentativa del Derecho que desemboque en mejores éxitos prácticos.

Y, peor aún, es política y moralmente paralizante. Representa una rendición de antemano ante las supuestamente nulas o muy limitadas posibilidades de actuación política transformadora y de avance moral que permitiría el trabajo práctico con el Derecho tomado éste en su literalidad *prima facie* o a lo sumo estabilizado mediante las interpretaciones dominantes en la comunidad jurídica. En este sentido, el formalismo es conservador. Por eso creo que es fundamental que una buena enseñanza del Derecho se propusiera, entre sus finalidades básicas, la de educar juristas no formalistas.

#### 6. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO ES POCO PRÁCTICA

Es una reivindicación ya “histórica” de los estudiantes la de una enseñanza “más práctica”. Todos hemos oído, muchas veces, esa reivindicación. En mi opinión, con demasiada frecuencia esa exigencia estudiantil está equivocada. Está equivocada cuando por “práctica” los estudiantes están pensando en los aspectos menores, más “de detalle”, y por tanto más variados, de las rutinas de la profesión. Están pensando en una noción muy estrecha de “práctica”, en aspectos y minucias “procedimentales” más que “procesales” del ejercicio del Derecho (por evocar una conocida distinción de los “procesalistas”). Para entendernos, aunque sea caricaturizarlo un poco: están pensando en la “práctica” en el sentido trivial de “saber rellenar papeles”. Buena parte de su fuerte sensación, al acabar la carrera, de que “no han aprendido nada de la profesión”, se debe simplemente, absurdamente, a que no saben, por ejemplo, redactar una demanda. No a que no sepan los requisitos de una demanda y el papel que ésta juega en el proceso, no. A que no saben con qué jerga forense deben redactar el encabezamiento, o si la firma debe ir a la derecha o a la izquierda. Se quejan de no haber aprendido Derecho Tributario, o al menos de no haberlo aprendido “en la práctica”, porque nunca han rellenado en clase el impreso de la declaración sobre la renta.

La respuesta estándar que suele darse a estas quejas es bien fácil: es el eslogan de que “la práctica se aprende practicando”. Es explicarles que saber “de verdad” Derecho Tributario no consiste precisamente en saber rellenar el impreso de la declaración (que cualquier no jurista sabe rellenar aunque la primera vez, también a los licenciados en Derecho,

les cueste un poco). Se les dice que la universidad está para cosas más serias, que no es su función descender a esa práctica entendida como "papeleo". La universidad debe proporcionar una formación mucho más generalista. Hay que tranquilizar al estudiante: ese tipo de práctica al que se refieren se aprende en muy pocos meses, nada más comiencen a ejercer; con una o dos veces que se haga cada papel o cada trámite rutinario, ya se habrá aprendido para siempre. Además, cuando se reclama más práctica en este sentido ¿qué tipo de práctica se pide? ¿la del abogado ejerciente? ¿la del abogado penalista, civilista, mercantilista, matrimonialista, laboralista, laboralista de sindicatos, laboralista de empresa, administrativista, asesor fiscal...? ¿la del juez, el fiscal, el secretario? ¿la del notario, la del registrador de la propiedad? ¿la del inspector de Hacienda, o de Trabajo? ¿la del secretario de Ayuntamiento, la del Técnico de la Administración Civil? ¿la del jurista a sueldo de una empresa y que trabaja en su dirección, en la jefatura de personal, en la sección comercial? ¿qué tipo de empresa, de qué tamaño, en qué sector económico? (y aún podríamos continuar con profesiones jurídicas más "raras", como la de diplomático, legislador, cuerpo jurídico militar, o, por qué no, profesor de universidad). Obviamente, enseñar la práctica "menor" de decenas de salidas profesionales es imposible para la universidad.

Dicho esto, la reivindicación de una enseñanza más práctica sí me parece justificada si por "práctica" se entiende otra cosa: una formación más "metodológica" que capacite "en general" para el manejo del Derecho en las más variadas profesiones jurídicas; y que no se obsesione tanto por comunicar los contenidos de las normas "en los libros" y mire más al funcionamiento del Derecho "en acción", desplazando el "foco atractivo", hoy situado en la perspectiva del legislador, de la norma en el BOE, hacia la perspectiva del juez, de la norma en el Aranzadi (muchos estudiantes acaban la carrera sin apenas haber manejado un repertorio de jurisprudencia, y sin que la Facultad apenas les haya llevado a observar un juicio). A la defensa de una enseñanza más práctica en este otro sentido dedicaré buena parte de esta ponencia. Ahora sólo quiero constatar, como diagnóstico, que el reproche estudiantil hacia el carácter "poco práctico" de la enseñanza del Derecho, aunque a menudo vaya muy desencaminado, apunta hacia algo cierto: nuestra enseñanza es poco práctica, también en el "buen sentido" de "práctica" que desarrollaré después.

## 7. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO ES POCO TEÓRICA

La queja estudiantil sobre la escasez de práctica se presenta a veces “en negativo”: desde nuestro academicismo, que desprecia el “sucio mundo” del ejercicio profesional, nuestra enseñanza parece ir dirigida no a la práctica sino a la formación de profesores de universidad, que es de lo que sabemos. O sea: la enseñanza es poco práctica, porque es demasiado teórica.

De nuevo aquí, la crítica, y su justa respuesta, resulta ambivalente. Igual que cabe hablar de mala y buena enseñanza práctica (como papeleo o como metodología), también cabe hablar de mala y buena teoría en la enseñanza. Defenderé que la actual enseñanza del Derecho en España es demasiado teórica “en el mal sentido”, pero insuficientemente teórica “en el buen sentido”.

Antes señalé que nuestras facultades forman ante todo opositores, dada la centralidad de la enseñanza memorística sobre contenidos de normas. Eso es sólo una parte de lo que hay. Me refiero a que, dentro de esa enseñanza memorística, no sólo se enseñan normas: también se enseña dogmática, o se enseñan las normas presentadas a través de su elaboración dogmática. Se enseñan discusiones doctrinales sobre la interpretación de las normas, se enseñan conceptos e instituciones jurídicas elaboradas por la dogmática, y se enseñan las sistematizaciones que a partir de ellos realizan los dogmáticos en cada sector del Derecho positivo.

Yo veo la actual enseñanza del Derecho en España (pido perdón por la grosera simplificación: es para explicarme) básicamente como un híbrido que han legado dos de sus grandes progenitores: la escuela de la exégesis francesa y el conceptualismo jurídico alemán (el del primer Ihering, la *pandectística* y la dogmática del Derecho Público alemana). Afortunadamente, con más dosis del segundo ingrediente que del primero. El método (mejor: el no-método) de la escuela de la exégesis me temo que todavía se puede detectar en alguna docencia en las aulas y en algunos malos manuales docentes que, al estilo de ese género de los “Comentarios de leyes” (que siguen publicándose), no hacen en realidad mucho más que reproducir con otras palabras (a veces, ni siquiera tan distintas) el contenido del Código o de la legislación que se enseña, siguiendo la sistemática de la propia legislación, y procediendo casi artículo

por artículo. Ni se interpreta en profundidad, ni se construyen conceptos dogmáticos suficientemente elaborados, ni prácticamente se sistematiza el material jurídico. Estos manuales se parecen demasiado a los textos que se elaboran para la preparación de oposiciones. No es ya que sea “mala teoría”: es que ni siquiera es teoría, apenas es dogmática. Es transmisión pura y dura de información de contenidos de normas. Dan ganas de pedir que, a esta “pseudodogmática” tipo manual de la Academia Adams, el Boletín Oficial del Estado le reclame derechos de autor. A veces estos manuales se publican para llegar apresuradamente al mercado cuando se acaba de producir una importante reforma legislativa, sin tiempo material para que el autor “teorice” en serio sobre la nueva normativa: simplemente, nos la cuenta. Hay también manuales “correctos”, e incluso buenos, que sin embargo caen en este defecto de vez en cuando, en algunos epígrafes. La inutilidad práctica de esta “pseudoteoría” es tal, que los propios estudiantes deciden, y hacen bien, aparcar el libro cuando estudian, y empollarse directamente los artículos en el Código. Creen que “lo más práctico” es conocer las normas, no el libro, que dice lo mismo pero casi “molesta”. Si el libro es de éstos, tienen razón.

El otro ingrediente, el heredero de la jurisprudencia conceptualista, sí que es teoría. Y creo que es el ingrediente mayoritario. En este tipo de docencia y de “manualística” cabe distinguir, aun así, buena y mala teoría. Es mala teoría, en mi opinión, la que se recrea en el vicio academicista de una filología escolástica, plagada de citas, en torno a las opiniones de un sinfín de autores enfrascados en discusiones bizantinas carentes de toda relevancia práctica (aunque he de decir que a veces entrar en esas discusiones, por absurdas e inútiles que sean en cuanto a su contenido, puede tener indirectamente una cierta utilidad para lo que yo más reivindico: formar en capacidades argumentativas, enseñar a discurrir y argumentar; pero esa utilidad también la tendría discutir del sexo de los ángeles). Es mala teoría la que discute sobre interpretaciones y elabora conceptos y clasificaciones sin tener en cuenta y/o sin mostrar al estudiante las consecuencias jurídico-prácticas, sociales y político-morales a que conduciría defender una interpretación distinta o una elaboración conceptual alternativa. Es mala teoría la que incurre en los defectos del esencialismo de los conceptos, la que, como criticaba el segundo Ihering, “rumia en el cielo de los conceptos” y deifica su-

puestas “naturalezas jurídicas” creyéndose sus propias metáforas, la que pierde de vista que los conceptos son creaciones humanas fruto de decisiones valorativas sobre la utilidad cognoscitiva o práctica, e incluso sobre la corrección política y moral, del modo en que decidamos clasificar y representar el mundo jurídico. Es mala teoría la que fosiliza sus propias clasificaciones conceptuales (o las que ha recibido) y pretende meter en ellas con calzador, distorsionándolas, nuevas realidades normativas que requieren nuevas elaboraciones conceptuales (cortan algún dedo al cliente en lugar de fabricarle otros zapatos). Es mala teoría la que no atina con el nivel de abstracción adecuado para el material concreto sobre el cual conceptualiza y para los fines con que lo hace, la que mezcla lo que no debe mezclar o separa lo que no debe separar, y tiende normalmente a elevarse hasta una formidable abstracción de inútiles conceptos-paraguas descontextualizados, desconectados de la realidad que les sirvió de base (o, a veces, en la dirección contraria, se entrega al vicio de distinguir por distinguir, de romper un pelo en diez pedazos sin que eso sirva más que para que dejemos de ver la relación de cada fragmento con los demás). Es mala teoría la que no respeta ciertas reglas básicas del discurso conceptual (por ejemplo, sobre cómo hacer definiciones, o sobre las propiedades técnicas de una buena clasificación, o la regla de no multiplicar categorías innecesariamente...) y presenta sistematizaciones del Derecho que confunden más que aclarar la que ya había hecho el legislador.

A menudo el estudiante se encuentra con esta mala teoría en la docencia: páginas y páginas, u horas de clase, de inútiles disquisiciones sobre si “la naturaleza jurídica” del matrimonio es la de una “institución” o la de un contrato, o sobre si la donación “es” o no un contrato, o sobre la diferencia que trazan los alemanes entre el *wertpapier* y el *papierwert*, o sobre “la unión hipostática entre el negocio cambiario y el título *cartáceo*” (creo que era algo así), o –para no salvarme de la quema– sobre si Kelsen dijo o dejó de decir esto o aquello en según qué edición de su *Teoría Pura del Derecho*, o sobre la distinción entre reglas *tético-constitutivas* y reglas *tético-tético-constitutivas* (sic). Cuando el estudiante se topa con estas cosas, reacciona, de nuevo con bastante razón, quejándose de que la enseñanza que recibe es “demasiado teórica”, hecha por profesores para formar profesores. Hay que introducir aquí un matiz: lo que se enseña

a los estudiantes son los resultados, los productos, de esa mala dogmática (y también los de la buena). Si formar un profesor-investigador fuera enseñarle “teorizaciones” dogmáticas ya elaboradas, en esa medida efectivamente formaríamos profesores. Pero si formar un profesor consiste –así debería ser– no tanto en “informarle” de esas construcciones dogmáticas ya hechas, sino sobre todo en enseñarle a hacerlas él mismo (enseñarle, digamos, el “método” para producir dogmática), entonces nuestras facultades ni siquiera forman profesores.

En nuestras facultades de Derecho también se practica y enseña una teoría, una dogmática, considerada “buena”. No voy a detenerme otra vez a explicar a qué me refiero ahora con lo de “buena dogmática”: sería “el negativo” de mi anterior caracterización de la “mala”, aquella que no incurre en esos defectos: la que elabora conceptos agrupando materiales de forma adecuada para una más fácil comprensión del Derecho, o para facilitar la comunicación entre los juristas, o, sobre todo, para perfeccionar la creación y aplicación del Derecho (una dogmática que verdaderamente sea útil para una mejor práctica jurídica).

Cuando digo, por tanto, que en mi opinión la enseñanza del Derecho es “poco teórica”, lo digo por lo siguiente:

- Esa considerada “buena” dogmática –que técnicamente lo es– aparece en la enseñanza en dosis proporcionalmente insuficientes, cuando en realidad es muy útil para la práctica: ante la buena dogmática, el estudiante no podría (en todo caso, no debería) quejarse de una enseñanza “demasiado teórica” o “para profesores”.
- Como propondré después, se echa mucho más aún en falta mayores dosis de teoría en un sentido distinto de la dogmática (buena o mala) tradicional, que sigue adoleciendo del “pecado” de formalismo.
- También, y sobre todo, defenderé una enseñanza más metodológica, un enfoque más argumentativo de la enseñanza “del Derecho positivo”, y ello comporta una cierta formación previa sobre los rudimentos de la llamada “teoría de la argumentación jurídica”. Este tipo de teoría también es muy escasa o nula en nuestras facultades.

### 8. EL “NIVEL INTERMEDIO” DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

Con muchos matices, he venido a decir en mi diagnóstico, simultáneamente, que la enseñanza del Derecho en España es “poco práctica” y “poco teórica”. ¿Cómo se entiende esta paradoja? ¿Con qué crítica a la enseñanza del Derecho me quedo, con la de que es poco práctica, o con la de que es poco teórica?

Con las dos. Mucho de lo dicho hasta ahora en cuanto a mi diagnóstico se puede presentar y resumir mostrando cómo la enseñanza del Derecho se desarrolla en un nivel de discurso “intermedio” que devalúa otros posibles niveles de discusión. Este nivel intermedio separa la “teoría” de la “práctica” (cuando convendría superar esa escisión tan tajante), y al final acaba por no enseñar satisfactoriamente ni una ni otra. No se proporciona a los estudiantes una sólida formación intelectual para comprender a fondo, investigar y criticar el fenómeno jurídico en su dimensión social, histórica, filosófica y política; pero tampoco se les muestra el funcionamiento real del Derecho en la práctica cotidiana, ni se les capacita profesionalmente para esa práctica. Hay un divorcio en la enseñanza del Derecho respecto de concepciones tanto más abstractas como más concretas. Ni la “teorización” global ni el funcionamiento real del sistema jurídico o de la práctica de los juristas encaja dentro de esta concepción limitada. La enseñanza ignora o denigra la formación en las capacidades intelectuales e interpersonales necesarias para estudiar y practicar Derecho satisfactoriamente; y opera partiendo del presupuesto de que la enseñanza de la práctica del Derecho debe tener lugar “en” la práctica del Derecho precisamente porque opera con una noción estrecha de “práctica jurídica” (papeleo), sin asumir que es perfectamente posible, y necesaria, una formación práctica “en el buen sentido” (argumentación) proporcionada desde la Facultad.

El nivel intermedio al que me refiero (llamémosle “nivel 2”) es en España el que se practica con la “docencia memorística” de normas, y con la “docencia de dogmática jurídica descriptiva” (descriptiva de normas formales, no de los hechos del Derecho), interpretativa y conceptual, que se presenta como supuestamente objetiva, “avalorativa”, neutral. Este “nivel dogmático-jurídico” pretende cumplir, ante todo, una “finalidad cognoscitiva”. Es “enseñanza (transmisión, información) de conociemien-

tos" (aunque la dogmática en este nivel, cuando es técnicamente buena, resulta enormemente útil para la práctica: nivel 3). Este nivel central arrincona en lugares periféricos de la enseñanza los otros dos niveles.

"Por debajo", digamos, del nivel cognoscitivo cabría hablar de un "nivel 3" que sería el de la "formación metodológica o argumentativa" para el ejercicio del Derecho. Este nivel pretende cumplir, ante todo, una "finalidad práctica": no tanto "saber Derecho", sino "saber usarlo" bien, de un modo técnicamente hábil. Como hemos visto, la presencia de este nivel es escasísima, tanto si entendemos "práctica" en el mal sentido (como papeleo, decíamos), como si la entendemos en el buen sentido: como "formación (capacitación) metodológica en habilidades y técnicas argumentativas" (el absurdo de que la facultad enseñara a hacer papeleo parece como si sirviera de coartada para excluir la formación metodológica y para casi limitarse a la enseñanza de conocimientos normativos y dogmático-jurídicos).

"Por encima" del nivel cognoscitivo, cabría hablar también de un "nivel 1" en el cual se introduciría la formación, ahora en el sentido de genuina "educación" (no ya sólo de enseñanza ni de capacitación) "en la dimensión político-moral del Derecho". Se trata del nivel de discurso abiertamente valorativo en el que se plantean y discuten, en su relación con el Derecho, las "cuestiones fundamentales" sobre el orden social y su transformación. Este nivel pretende cumplir una "finalidad crítica" y también "constructiva". La presencia de este nivel en nuestra enseñanza no es nula, pero sí muy escasa y, sobre todo, está mal ubicada, porque aparece "separada" de lo que se considera "el Derecho". Por este nivel entiendo el discurso valorativo que sólo se suele mostrar en asignaturas "marías" y arrinconadas (a menudo como optativas) en las que se enseñan nociones de filosofía política y/o moral, filosofía y teoría del Derecho, historia del Derecho, sociología del Derecho, derechos humanos, o teoría social (también aparece este discurso en asignaturas tales como Relaciones Internacionales, Derecho Constitucional, Ciencia Política, o Deontología Profesional)... simplificando, humanidades y ciencias sociales. No se sonrían: no voy a pedir más créditos para las asignaturas de mi área de filosofía del Derecho; mi propuesta ideal conllevaría, en todo caso, a regalarles a ustedes créditos de filosofía del Derecho y de esas otras marías, de modo que tuvieran tiempo para introducir este otro tipo de

discurso “en el seno” de sus enseñanzas “científicas” sobre el Derecho positivo; eso es lo que a mí me interesa. Si el nivel 2 era enseñanza de conocimientos, y el nivel 3 era formación en capacidades o aptitudes (con “p”), este nivel valorativo-crítico es “educación en fines, valores y actitudes” (con “c”) hacia el Derecho. Por supuesto, al igual que el hoy preponderante nivel intermedio (el nivel 2 o dogmático-jurídico), este nivel crítico-valorativo es también eminentemente teórico. Pero es teórico en un sentido obviamente bien distinto al que usamos cuando nos referimos a la dogmática tradicional como la “teoría” en la enseñanza del Derecho: no sé si será exacto denominar a esta otra teoría “teoría de segundo orden” (respecto de la dogmática); en todo caso, no tiene esas pretensiones de teoría “científica” o “técnica”: pretende precisamente combatir la imagen de neutralidad valorativa que del discurso jurídico y del trabajo del jurista ofrece la dogmática.

### ALGUNAS PROPUESTAS

En la parte constructiva de esta ponencia defenderé una serie de propuestas que parecen estar orientadas hacia dos direcciones opuestas. Reivindicaré, ante todo, una enseñanza más “práctica” orientada al ejercicio de las profesiones jurídicas. Pero también sostendré que se debe aumentar y elevar el nivel de la formación “teórica” del estudiante (reivindicaré la introducción en la enseñanza del discurso moral y político –el planteamiento de las “cuestiones fundamentales” – a través, entre otras cosas, del reforzamiento de los aspectos filosóficos, históricos, de teoría social y política, etc.). Y es que mis propuestas para mejorar la enseñanza del Derecho, fundamentadas en el anterior diagnóstico, irán dirigidas a combatir ese estrecho “nivel intermedio” hasta ahora predominante. Pero mi idea no es simplemente reforzar “cuantitativamente” los niveles 3 (práctico-metodológico) y 1 (político-moral) para intentar igualarlos, en una especie de competición, con el nivel “intermedio” de docencia de conocimientos normativos y dogmáticos. Mi idea es aproximarnos al ideal (probablemente inalcanzable al cien por ciento) de una enseñanza verdaderamente integrada en la que esa separación de niveles “tienda a” desaparecer: se trataría de “fundir entre sí los tres niveles”. Los tres participarían simultáneamente, mezclados, en la docencia “del Derecho

positivo". Pero en la coctelera no habría que meter idénticas dosis, ni mucho menos, de cada uno de esos tres ingredientes, y ello no ha de dejar de notarse en el resultado de esa fusión. Como estrategia, el "foco atractivo" desde el cual aproximar los tres niveles sería el de la formación metodológica en capacidades argumentativas (el nivel 3, el práctico). Dejo para después la "explicitación" de cuál es la finalidad última o profunda de la fusión que propongo (aunque ya la he anunciado desde el comienzo mismo de esta ponencia). Y vaya por delante que, en mi opinión, la mejora real de la enseñanza del Derecho no depende del hallazgo de una panacea que solucione todos los problemas, sino que sería el resultado de la combinación de decenas de reformas y actuaciones concretas, grandes y pequeñas. Pero esas reformas necesitan una orientación general, un norte, y yo pretendo centrarme aquí en ese norte.

Mi punto de partida es el siguiente postulado: *la enseñanza del Derecho debe encaminarse, principalmente, a la formación de buenos profesionales del Derecho*. Hay que renunciar, cuando los hay, a nuestros excesos de academicismo en la enseñanza, a nuestro recelo hacia el mundo de los juristas prácticos; hay que desarmar los posibles argumentos que puedan esgrimir quienes nos acusan de que somos académicos que sólo sabemos formar académicos. No somos una facultad de humanidades, de ciencias sociales, ni de filosofía. Somos antes que nada una escuela profesional (reivindicaré ese tipo de saberes, pero en la medida en que se orienten a la formación no de leguleyos sino de buenos profesionales del Derecho, para la cual resulta que son imprescindibles). El Derecho no es un objeto que "está ahí" para ser conocido. El Derecho es un medio de ordenación de la conducta social según ciertos fines y valores. Y, por tanto, el estudio y la enseñanza del mismo Derecho no es el cultivo de una "ciencia pura" con fines cognoscitivos. La llamada "ciencia del Derecho" ha de ser ante todo, nada más (pero nada menos) que una técnica, una artesanía si se quiere, no por ello menos "noble" que las "ciencias", ni intelectualmente menos "enjundiosa" (todos sabemos la sofisticación que llega a alcanzar), y desde luego de una relevancia social formidable. Por supuesto que el instrumento que es el Derecho ha de ser "conocido". Pero su conocimiento, y por tanto su enseñanza, ha de estar permanentemente orientado a, teñido por, su uso, su aplicación real.

Si se acepta este postulado, esta actitud, inmediatamente salta la gran pregunta: ¿en qué consiste ser un “buen profesional”? Para mí, un buen profesional es un jurista técnicamente competente y, además, política y moralmente bien orientado. “Técnicamente competente” significa, por un lado, que “conozca” su herramienta (el Derecho); pero, sobre todo, que esté dotado de “aptitudes” para manejarla hábilmente en la práctica. Y esto último supone que no se rinda al único uso o al limitado espectro de usos para el que la herramienta se le presenta *prima facie* como apta, sino que, más que someterse a ella, considere la herramienta jurídica como lo que es, un instrumento en sus manos, con el que no puede hacer “cualquier” cosa, ciertamente, pero sí puede optar, si sabe manejarla, entre muchos más usos de los que aparecen en su libro de instrucciones. Dejando ya la metáfora, y por usar etiquetas bien conocidas: un jurista que, además de conocer la “normativa” mediante la “dogmática” en que viene elaborada, domine sobre todo las técnicas de la “argumentación jurídica”, y que con ellas maneje el Derecho de un modo “no formalista” sino “instrumentalista”. “Política y moralmente bien orientado” quiere decir comprometido o activo en una dirección de reforma o transformación social que esté moralmente justificada: que asuma la responsabilidad moral que supone cada una de las opciones que él toma acerca del uso de la herramienta (quedarse en el uso *prima facie* a menudo es en realidad una más de esas opciones), y las ponga al servicio de objetivos justificados. Dicho con palabras aún más rimbombantes: que busque activamente la justicia (que vaya “tras la justicia”) a través (y dentro de los amplios límites) del Derecho.

No es difícil adivinar en el párrafo anterior los tres niveles de los que vengo hablando, que son las tres finalidades que por tanto ha de integrar la enseñanza de “buenos profesionales”: finalidad cognoscitiva (“enseñanza” de conocimientos), práctica (“capacitación” argumentativa) y crítica (“educación” en fines y valores). Analizaré cada una de ellas por este orden.

### 1. ENSEÑANZA DE CONOCIMIENTOS (FUNCIÓN COGNOSCITIVA, NIVEL 2)

Enfatizaré muchísimo más la formación práctica en razonamiento jurídico que la información sobre conocimientos acerca del Derecho posi-

tivo. Pero esta última no ha de desaparecer, desde luego. Aquí hay que distinguir entre la memorización de normas y la formación teórica en dogmática jurídica.

Antes insistí en la enorme cantidad de normas que deben aprender de memoria los estudiantes. El corolario de ese diagnóstico, como propuesta, es obvio: se puede y debe reducir muchísimo esa cantidad. Quizá reducirla a la mitad –no exagero–, o incluso a menos de la mitad. Hay países –aunque no voy a proponer yo eso– en los que la enseñanza del Derecho, siendo de muy buena calidad, consta de tres años académicos (aquí no son muchos quienes verdaderamente acaban en cinco años). Se podría reducir mucha materia, al menos por tres razones: 1) Buena parte de lo que se estudia es sencillamente obsoleto, apenas relevante en la sociedad actual (p. ej., la enfiteusis), y podría suprimirse o, en todo caso, prestarle una dedicación más básica o más de detalle en proporción a su importancia práctica actual. 2) Mucho de lo que se estudia es enormemente cambiante y carece de sentido estudiarlo (¿para qué aprenderse los tipos de gravamen –¡la cifra!– de impuestos sobre bebidas alcohólicas, gasolina, etc.?). 3) A menudo basta una reducida selección de instituciones-tipo (un par o dos de contratos, o de derechos reales, o de tipos delictivos) que sirvan de modelo. Las normas están en los libros, se pueden consultar, sin necesidad de aprenderse tantas.

Otra propuesta obvia (en el terreno institucional) derivada de lo dicho antes a este respecto: lúchese por cambiar la actual orientación memorística de las oposiciones para la función pública, o establézcase un filtro tipo examen práctico para el acceso a la Abogacía (España es el único país de Europa donde basta con aprobar la carrera), y tal vez la enseñanza cambie en esto. La cosa en realidad no es tan sencilla, porque no se trata simplemente de que la demanda que se le pide a la Facultad sea de “memorizadores” de normas, sino que probablemente la propia oferta de la Facultad (“memorizadores”), incide en la formación misma de esa demanda, por lo que el flujo corre en ambas direcciones.

No quiero pasarme de demagógico. Aunque en cantidad mucho menor, es cierto que un buen jurista debe adquirir también un bagaje de conocimientos sobre contenidos de normas, y retener esa información en su cabeza. Lo que ocurre es que el “método” memorístico con el que se enseña a retener esa información es ineficiente en sus propios términos,

y además hay métodos alternativos. “En sus propios términos” memorísticos, es ineficiente porque el sistema favorece el enorme atracón de “empolle” en época de exámenes, información que, así adquirida, se pierde al cabo de una semana de haber hecho el examen, aunque ese día haya servido para sacar sobresaliente. O sea: puestos a exigir memorización, sería mucho más eficiente un sistema “de colegio”, de evaluación continua, que fuerce a estudiar desde octubre, en pequeñas dosis cada vez y con “repasos”. Las cosas se memorizan de verdad aprendiéndolas, olvidándolas, y volviendo a aprenderlas, y así varias veces. Pero es que hay métodos alternativos, no memorísticos, de retención de información que producen mejores resultados. Quizá sean más lentos, pero la reducción de la cantidad compensaría ese obstáculo. Me refiero a hacer trabajos, discutir la información en clase en lugar de recibirla pasivamente, analizar casos prácticos, prepararse el estudiante lo que se verá en clase antes de acudir a ella... son precisamente los métodos que defenderé para una enseñanza más metodológica. Y aquí aparece una vía para la “fusión” entre el nivel práctico de formación metodológica y el de la enseñanza de conocimientos: resulta que, aunque no sea ésa su finalidad directa, una formación metodológica en razonamiento jurídico, como la que veremos, produce a la vez resultados más sólidos en cuanto a esta (insisto, limitada) necesidad de retención de información. Yo no sé nada de psicología cognitiva o de la educación. Apelo a mi propia experiencia, que estoy seguro que es también la de ustedes. Desde que soy profesor, he aprendido una buena cantidad de información, que retengo en la memoria. Pero desde mi último examen jamás he vuelto a “empollar”: he memorizado, casi sin darme cuenta, a la vez que leía (no “me estudiaba”) libros y artículos, preparaba clases, investigaba en mi tesis, escuchaba conferencias en congresos, discutía con mis compañeros en seminarios y en el pasillo...

El otro aspecto de la docencia de conocimientos es el de la dogmática (y ya sé que están muy ligados, porque las normas se enseñan –lo malo es que no siempre– presentadas en su elaboración dogmática). Por su inutilidad práctica, hay que suprimir, por supuesto, tanto la “pseudodogmática” tipo manual de la Academia Adams, a la que antes me refería (la que viene a repetir lo que dice el Código), como la “mala” dogmática

a la que también me referí (la escolástica, irrelevante, esencialista, técnicamente mal hecha, descontextualizada, etc.).

En cuanto a la “buena dogmática” (la “considerada buena”, o “técnicamente buena”), dado que es útil, mi propuesta es preservarla, incluso aumentarla si es que efectivamente es insuficiente, pero transformándola en el sentido de suprimir su formalismo. Para ello será necesario fusionarla al menos en parte con el nivel de la capacitación metodológica en razonamiento jurídico, es decir, enseñarla con ocasión de la argumentación sobre casos prácticos, haciendo cursos extras tipo “lección magistral” en la discusión sobre éstos para introducir explicaciones conceptuales, o incluso explicando directamente los conceptos tal y como aparecen “aplicados” en los casos. Pero, sobre todo, será necesario fusionarla con el nivel político-moral, que ha de introducirse en ella, ¿me explico?

La buena dogmática, tal y como se cultiva y enseña, resulta muy útil para la práctica. Cuando antes decía que la enseñanza del Derecho debe formar buenos profesionales del Derecho, una posible reacción, por ejemplo, la de uno de esos estudiantes que se quejan de que formamos profesores, sería la de solicitar entonces que se suprima o reduzca tanta teoría. Hay que hacer ver a ese estudiante (y a algún que otro profesor reproductor de artículos “a pelo”) que, dentro de entre lo que le están enseñando hoy por hoy, son precisamente los aspectos más “teóricos”, las “conceptualizaciones” dogmáticas (cuando son buenas), lo más práctico que recibe, de cara a su posterior ejercicio profesional. Ese estudiante piensa que “lo práctico” (ya que no le ofertan suficientes “prácticas-papeleo”) es aprender normas sin más, y que su elaboración dogmática es un engorro de académicos a los que les gusta tanto complicar las cosas. Hay que decirle que esas elaboraciones conceptuales son precisamente el “poso” que le va a quedar (los artículos que se empolló se le van a olvidar, o se los van a derogar), y ese poso es lo que le va a permitir asimilar y comprender la normativa que no llegó a estudiar en la carrera o la nueva normativa surgida de una reforma. Que la diferencia entre un jurista y un leguleyo es precisamente ésa, que el leguleyo sólo sabe contenidos de normas, mientras que el jurista, aunque “se sepa” menos contenidos, domina un método (ese “mismo lenguaje de todos los juristas y de todas las épocas” al que se refería Ihering) que resulta más útil precisamente porque trasciende los contenidos normativos concretos. En

suma, por decirlo más gráficamente, que las “partes generales”, más teóricas, son a la larga mucho más útiles y “prácticas” que las “partes especiales”.

El problema es que esta “buena dogmática” proporciona únicamente una utilidad cognoscitiva y técnica para la mejor comprensión y asimilación del Derecho. Pero, normalmente, busca la objetividad, la neutralidad, la “cientificidad”, y por ello elude la “explicitación” abierta del discurso valorativo, de carácter político y moral. En ese sentido de fondo, sigue siendo “formalista”: ofrece una imagen demasiado “determinada” y “cerrada” del Derecho. De modo que las capacidades que esta dogmática proporciona representan un instrumento útil para el jurista, pero le impiden plantearse, o tomar conciencia, de la verdadera amplitud de posibilidades de manipulación del Derecho y ponerse a jugar dentro de ellas (eso lo posee más el jurista-argumentador/“instrumentalista” que el jurista-dogmático/científico), y le impiden también vislumbrar el terreno valorativo sobre el cual el jurista debería fundamentar esa manipulación (nivel político-moral).

Habría pues que construir un tipo de “teorización” jurídica no-formalista que fuera no sólo más abierta a consideraciones sociológicas, sino sobre todo que introduzca abiertamente, “dentro de la enseñanza del Derecho positivo” y de su elaboración dogmática, el discurso moral y político y el cuestionamiento de las grandes cuestiones de fondo sobre el mundo social que tenemos y sobre cómo contribuir a transformarlo utilizando el Derecho. Este otro tipo de dogmática (no sé si debería seguir llamándose así) que propongo, prácticamente no existe en nuestras facultades. Y sería, para mí, la dogmática ideal, la que sería verdaderamente buena... y práctica.

Hasta aquí, el ingrediente de la docencia cognoscitiva y lo que habría hacer con él: en definitiva, suprimir precisamente su pretendidamente científica “pureza cognoscitiva”, contaminándola de argumentación “instrumentalista”, y de valores. En cuanto a la dosis de este ingrediente, sería mucho más reducida que la que hay hoy: he propuesto una drástica reducción de cantidad de materia a “conocer”, aunque manteniendo e incluso aumentando “proporcionalmente” su esqueleto dogmático-conceptual (pero, al estar referido a menos materia, centrado sobre todo en las partes generales, su cantidad también descendería en valores abso-

lutos). Esto es importante porque liberaría energías (tiempo y esfuerzo docente y de estudio) para dedicarlas al siguiente ingrediente, que es el foco, y que por sus propias características consume mucho más tiempo.

## **2. CAPACITACIÓN METODOLÓGICA EN TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS (FUNCIÓN PRÁCTICA, NIVEL 3)**

La gran carencia de la actual enseñanza del Derecho en España es precisamente el elemento más necesario para formar juristas prácticos que sean “técnicamente competentes”: la formación en “aptitudes”, en capacidades o habilidades intelectuales para el “uso” del instrumento jurídico. Se trata de implantar una formación metodológica sobre las técnicas de creación y, sobre todo, de aplicación del Derecho: capacitar al alumno para el razonamiento o argumentación jurídica.

### **2.1. EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN (ENFOQUE Y ACTITUD GENERAL)**

El tipo de formación práctico-metodológica que propongo hunde sus raíces en un cambio radical de enfoque o de actitud “general” hacia el Derecho y su enseñanza: todo un cambio de mentalidad que representa el prerequisite básico para su comprensión y posterior implantación en nuestras facultades. Me refiero a un enfoque general hacia el Derecho que podemos denominar “instrumentalista”, o el de “el Derecho como argumentación”.

Es un lugar común, al menos entre los “iusfilósofos”, distinguir tres grandes dimensiones o aspectos de ese fenómeno tan complejo que es el Derecho y, correlativamente, tres grandes perspectivas o enfoques desde las que contemplarlo, según nos centremos en cada una de esas dimensiones: la dimensión/perspectiva estructural o normativa, la funcional o sociológica, y la valorativa o axiológica.<sup>4</sup> Es también un lugar

<sup>4</sup> Cfr., por todos, DÍAZ, Elías, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1971 (1ª ed.), especialmente Capítulo IV. La perspectiva estructural se centra en la pregunta “¿qué es el Derecho?” (o “¿qué es el Derecho Civil, el Penal, el Procesal, etc.?”) entendida como una pregunta acerca de los elementos que lo componen y cómo éstos están sistemáticamente estructurados entre sí; y responde viendo el Derecho básicamente como un conjunto, un sistema, de normas válidas: se ocupa pues de la dimensión normativa del Derecho, analiza sus normas en cuanto que formalmente –jurídicamente– válidas (interpreta los textos legales tal y como han sido puestos por

común, precisamente entre quienes utilizan “como punto de partida” este conocido planteamiento “tridimensional” (así se le suele denominar, desde Miguel Reale), llamar la atención sobre la necesidad de “integrar” estas tres perspectivas, huyendo de pecaminosos “reduccionismos unilaterales” que se centran con excesiva exclusividad en una sola de esas dimensiones y que, peor aún, de entre las tres cuestiones clave (validez jurídica, eficacia social, justificación moral), “reducen” –reconducen, hacen depender de– las cuestiones propias de las otras dos a la dimensión que ellos han elegido como principal (serían, respectivamente, los “reduccionismos” en que incurren, respectivamente, el “iuspositivismo” formalista, el sociologismo y realismo jurídico extremo, y el “iusnaturalismo”).

el legislador), y las relaciones lógicas entre éstas, elaborando a partir de ellas conceptos jurídicos que ayuden a sistematizarlas racionalmente en cada sector del Derecho positivo; se trata del enfoque que suele calificarse como típicamente, estrictamente, jurídico: el de la dogmática o ciencia del Derecho que se cultiva y enseña en las facultades de Derecho (donde, por más que se pueda reconocer la importancia de otros discursos acerca del Derecho, como el sociológico o el valorativo, se desatienden como no verdaderamente “jurídicos”). La perspectiva funcional entiende en cambio la pregunta “¿qué es el Derecho?” en el sentido de “¿para qué sirve, socialmente, el Derecho?”, cuál es su función social; y se centra por tanto en la dimensión sociológica del Derecho en cuanto que hecho o fenómeno social, analizando las causas sociales que están en el origen de las normas, su aplicación “real” en sede judicial (perspectiva del juez que se antepone a la del legislador, la cual sería la básica para el primer enfoque), y sus fines, eficacia y efectos sociales (socioeconómicos, políticos, etc.); le preocupan las conductas jurídicas o “el Derecho en acción” más que las normas en cuanto que formalmente válidas (el “Derecho en los libros”). Es la perspectiva propia de la sociología del Derecho y, también, la de las diversas versiones de lo que podríamos denominar una dogmática jurídica “sociológicamente orientada” o una “jurisprudencia sociológica” (en sentido amplio) que, desde la llamada “revuelta contra el formalismo” del último tercio del siglo XIX, han sido defendidas y a veces practicadas en muchos países (pero no en el nuestro); me refiero a corrientes como las mencionadas *supra*, nota 3 *in fine*. Por último, la perspectiva valorativa entiende la pregunta “¿qué es el Derecho?” en el sentido de “¿cuáles son los criterios del Derecho justo?” (qué es el –moralmente– “buen” Derecho, cómo debería ser el Derecho); y se centra por tanto en el Derecho en cuanto que expresión de un (o varios) sistema de valores o una concepción de la justicia; se trata ahora de la perspectiva que se ha cultivado desde la filosofía del Derecho en uno de sus sectores tradicionales, la llamada “teoría de la justicia” (la filosofía moral –y política– referida al Derecho). Me imagino que pocos discreparán conmigo si digo que ha sido y sigue siendo el primero de estos tres enfoques el predominante en la enseñanza del Derecho en España.

Pues bien: tal vez una vía para avanzar hacia esa integración consista en añadir un “cuarto enfoque”, que sería precisamente el de “el Derecho como argumentación”, situándolo en un lugar predominante desde el cual incorporar los otros tres.<sup>5</sup> Este cuarto enfoque consiste en considerar al Derecho como una técnica para la resolución de determinados problemas prácticos, lo cual se lleva a cabo mediante decisiones que necesitan ser justificadas argumentando a su favor. “Se trata –dice Atienza– de una visión eminentemente instrumental, pragmática y dinámica del Derecho”, que presupone, utiliza y da sentido a las otras tres perspectivas. Es, siguiendo una metáfora,

La perspectiva del arquitecto que no sólo proyecta el edificio, sino que se ocupa también de –y que proyecta teniendo en cuenta– los problemas que plantea su ejecución, la funcionalidad del edificio, su valor estético, su integración en el medio, etcétera. En definitiva, se trata de la perspectiva de quien no se limita a contemplar el edificio desde fuera, sino que participa activamente en su construcción y se siente comprometido con la tarea (Atienza, *op. cit.*, p. 23).

Este enfoque no es nada novedoso. En realidad, representa una cierta recuperación, actualizada, de tradiciones y métodos jurídicos muy antiguos (como la retórica aristotélica, la *prudentia iuris* romana, la casuística medieval, o lo que Llewellyn elogiaba como el “Gran Estilo” del *Common Law* tradicional), pero que sin embargo parecían haberse perdido de vista, al menos en la cultura jurídica europea continental heredera de la codificación napoleónica. Sólo en tiempos relativamente recientes (siguiendo el camino abierto, hacia los años cincuenta del siglo XX, por autores como Viehweg, Perelman o Toulmin) se percibe el resurgir de este enfoque “argumentativo” del Derecho en Europa, de la mano de la “nueva” teoría de la argumentación jurídica (Alexy, MacCormick, Aarnio, Peczenik). Y hoy cabría decir que estamos asistiendo a una verdadera revolución en la forma de entender lo que siempre se ha conocido como el “método jurídico”.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Cfr. ATIENZA, Manuel, *Derecho y argumentación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

<sup>6</sup> En mi opinión, probablemente este renovado interés por la argumentación tiene bastante que ver con cosas tales como: 1) La importancia adquirida por la interpretación

Pero esta “revolución” (lo dejaré entre comillas, para no exagerar), ya avanzada en muchos países, no ha llegado todavía a impregnar nuestra

(argumentación) constitucional para la aplicación “cotidiana” de “todo” el ordenamiento jurídico, al tomarse conciencia (o empezar a llevarse a la práctica, no sin un buen retraso) del verdadero alcance que supone la genuina supremacía “jurídica” de la Constitución y sus principios y valores en los modernos Estados constitucionales. Hoy está en boca de todos la discusión sobre el nuevo “paradigma” del constitucionalismo o “neoconstitucionalismo”; a diferencia del “pseudocostitucionalismo” del siglo XIX, que no obstaculizaba el dominio del “positivismo de la ley”, los modernos Estados constitucionales están dotados de “formas constitucionales” escritas, rígidas y con control jurisdiccional de constitucionalidad, sobre cuya base se está generando toda una ideología del constitucionalismo político entendido como un programa sustantivo “juridificado” al máximo nivel y cuyo contenido “pide” un desarrollo argumentativo en un sentido no sólo lógico-formal. 2) Una cierta apertura en los últimos tiempos hacia los desarrollos y mentalidad jurídica procedentes del mundo anglosajón, particularmente norteamericano, donde siempre prevaleció una visión mucho más “argumentativa” del Derecho. 3) En general, la fuerza cada vez mayor que en las sociedades democráticas actuales adquiere la exigencia de que las decisiones jurídicas estén suficientemente justificadas (“motivadas”); con la actual crisis del “iuspositivismo” formalista tradicional y la creciente preocupación por reconstruir la posibilidad de la razón práctica (moral), dicha justificación de las decisiones jurídicas no puede por más tiempo limitarse a invocar su procedencia de una autoridad legítima o el hecho de que las decisiones sean aplicaciones textuales de reglas generales (y cobra fuerza, además, la antes postergada “argumentación sobre los hechos”). 4) En relación con lo anterior: frente al tradicional arrinconamiento, mediante argucias evasivas, de los “principios generales del Derecho”, incómoda piedra en el zapato del leguleyo de la ley, hoy empiezan a tomarse –por parafrasear a Dworkin– “los principios en serio”; también los implícitos. La llamada “jurisprudencia de principios” y las elaboraciones acerca de la “derrotabilidad” de las reglas al subordinar éstas a aquéllos, sitúan en primer plano la importancia de la dimensión argumentativa del Derecho; entendida ésta además de un modo que va mucho más allá de la tradicional visión de la argumentación jurídica como la aplicación de los instrumentos interpretativos tradicionales –gramatical, teleológico, sistemático, etc.– de los que nos habló Savigny (si bien, en mi opinión, mucho de lo que hay ahora ya estaba en realidad en Savigny; pero desde luego no está en la forma estrecha en que se viene entendiendo su plasmación en el art. 3.1 de nuestro Código Civil): así, se enfatiza ahora más la “ponderación” o “balanceo” de principios y “valores” jurídicos; la “elaboración racional” del Derecho para determinar éstos en su contenido y alcance; la retórica de “lo razonable” en su aplicación; el criterio de la “coherencia” (normativa y narrativa) como distinto de la mera consistencia lógica; la apertura de la argumentación jurídica hacia el razonamiento moral (tesis del razonamiento jurídico como “caso especial” del razonamiento práctico –sobre todo moral– general, tesis de la “conexión justificativa” entre Derecho y moral, o de la “no insularidad” del razonamiento jurídico...). La actual teoría de la argumentación jurídica no parte sólo de una concepción lógi-

enseñanza del Derecho cotidiana, que es lo que aquí nos ocupa. Resulta llamativo (perdón por generalizar) lo poco que en nuestra cultura jurídica se ha cultivado el enfoque argumentativo al que me estoy refiriendo. Ello seguramente se explica por el tradicional dominio de los otros enfoques: antes, el valorativo, en su versión “iusnaturalista”; y después, el estructural, en su versión formalista que antes describí como “‘iuspositivismo’ como teoría” (entre los dogmáticos y los prácticos del Derecho; *supra*, nota 3)<sup>7</sup>, o analítica (en buena parte de la “iusfilosofía” reciente, a veces también formalista). Pero esa desatención hacia la dimensión argumentativa del Derecho, aunque podamos explicarla, resulta desde luego difícil de justificar, aunque sólo fuera por el hecho obvio de que la práctica del Derecho consiste, de manera muy fundamental, en argumentar.<sup>8</sup>

co-formal de la misma, sino que sobre ella se superponen, al menos, una concepción “material” (basada en razones sustantivas que apelan a fines sociales y a valores morales) y una concepción “pragmática” (la argumentación vista como actividad o proceso en un contexto dialógico que avanza según los cuestionamientos y concesiones mutuas entre unos participantes orientados hacia la obtención de un consenso). A todo esto y a bastantes cosas más me refiero, en suma, cuando hablo de una revolución en el “método jurídico”.

<sup>7</sup> Y también antes, porque, durante la oprobiosa dictadura de Franco, muchos juristas se llenaban la boca de soflamas iusnaturalistas-tomistas (de signo cuasifascista, o sin cuasi), pero practicaban de hecho –puestos a elegir, afortunadamente– un positivismo formalista “de libro” cuando se ponían manos a la obra a escribir y a enseñar Derecho (pienso en el “juristón” estándar, rancio, tipo los que salen en *La colmena* de Camilo José Cela, o en *Tranvía a la Malvarrosa* de Manuel Vicent, para que se me entienda).

<sup>8</sup> Cuando digo que el Derecho es, en gran medida, una cuestión de argumentación, no estoy pensando únicamente en la argumentación judicial para motivar las sentencias (que es normalmente lo primero que nos viene a la cabeza). Esto constituye, por cierto, uno de los defectos de la *teoría* de la argumentación jurídica al uso (la cultivada por iusfilósofos para suministrar –al menos así debería ser– materia prima teórica sobre herramientas argumentativas a quien de verdad interesa, al operador jurídico práctico y al dogmático del Derecho positivo encargado de formarlo): esa teoría de la argumentación a menudo se centra, demasiado estrechamente, en la instancia judicial, tendiendo a identificar razonamiento jurídico con razonamiento judicial. Además del judicial, la argumentación jurídica es central en muchos otros campos: en la instancia legislativa, a la hora de justificar las decisiones de política jurídica en la producción/derogación de leyes, así como su encaje formal y *sustantivo* en el conjunto del sistema jurídico; en la tarea productora y aplicadora de normas desarrollada por la Administración; en la labor de los juristas y expertos o “*policy-makers*” que auxilian

Esto una obviedad. Pero es una de aquellas obviedades a las que, una vez reconocidas con un sonoro “¡por supuesto!”, luego traicionamos, a menudo sin darnos demasiada cuenta de ello. Porque esa “obviedad” tiene después un alcance, se pueden extraer de ella unas consecuencias, que ya no resultan nada obvias. Yo sigo sosteniendo que, en la cultura jurídica española, la dimensión de la argumentación no se ha tomado suficientemente en serio. Al menos, reconózcaseme que no se toma suficientemente en serio “en la docencia”. Y la mejor manera de demostrarlo es mostrar la diferencia, la enorme diferencia, entre el modelo de enseñanza del Derecho predominante en España, y un modelo de enseñanza inspirado en una versión mucho más fuerte de la obviedad que parece ser lo del enfoque de “el Derecho como argumentación”. Aunque no se esté de acuerdo ni mucho menos con todo lo que he dicho en los ocho puntos de mi anterior diagnóstico sobre cómo es la enseñanza del Derecho en España, creo que me basta con que a ustedes ese diagnóstico no les parezca, detalles aparte, del todo desencaminado, y hayan visto en él reflejados al menos algunos rasgos generales del diagnóstico que ustedes también harían (incluso, si alguien tuviera un diagnóstico que nada tiene que ver con el mío, estoy convencido de que, fuera cual fuere el suyo, tampoco se parecerá al modelo que a continuación quisiera mostrar). De paso, al referirme a ese otro modelo, pondré algo más de “carne” a la hora de explicar qué entiendo por ese “cuarto enfoque” argumentativo (hasta ahora, en realidad, con la metáfora del arquitecto y la evocación de precedentes históricos o de tendencias teóricas actuales, he dado poco más que unas pistas). Pero pondré esa carne refiriéndome al específico terreno de la enseñanza, a la que ya es hora de volver.

a los legisladores, a la administración y a los órganos aplicadores; en la tarea del abogado que ha de argumentar para persuadir al juez, para aconsejar a su cliente, o para alcanzar un acuerdo negociado con la parte contraria; en la dogmática jurídica, tanto en su función teórica de conocimiento y sistematización de un determinado sector del Derecho como, sobre todo, en su vertiente práctica, si entendemos que la dogmática, más que una “ciencia”, es ante todo un saber de tipo técnico dirigido a auxiliar a legisladores, administradores y jueces proponiendo soluciones prácticas a los problemas de la producción y aplicación del Derecho.

## 2.2. *EL MODELO ESTADOUNIDENSE*

El modelo al que me estoy refiriendo es, ya lo habrán adivinado, el de Estados Unidos. Quien ya lo conozca (hoy son ya bastantes los profesores que lo conocen) se puede desconectar un rato. Si, para explicar el tipo de enseñanza del Derecho en general que yo propongo –y, desde luego, lo que propongo en este específico “nivel 3” de “capacitación metodológica (función práctica)” en el que ahora estamos–, tuviera que mostrar un modelo realmente existente, ese modelo es el estadounidense. En cuanto a la enseñanza del Derecho, dentro de lo existente y de lo que yo conozco, es el que más se aproxima a mi ideal. Vaya por delante que, si de ideales hablamos, no los cumple. No los cumple porque, por un lado, la enseñanza del Derecho norteamericana adolece de ciertas carencias en cuanto a lo que yo he llamado “nivel 2 (enseñanza de conocimientos)”; carencias, no tanto porque, en cuanto al aprendizaje de contenidos de normas, habiendo abogado yo por una drástica reducción cuantitativa, tal vez allí se pasen un poco en eso (en realidad, sinceramente, no lo creo, pero admito que es algo a discutir; en todo caso, hay que decir a su favor que el estudiante americano acaba “aprendiéndose” esos contenidos normativos mucho más “trabajando” sobre ellos –como antes he defendido– que “empollándose” a la española); sino más bien porque, en cuanto al otro elemento de ese nivel, el de la dogmática (la “buena dogmática”, las utilísimas y muy prácticas partes generales), en EE. UU. la dogmática, en la medida en que existe algo parecido a ella, no alcanza la calidad de la mejor dogmática europea. Pero, de nuevo, tampoco esto es para mí demasiado grave, en el sentido de que, si de comparar se trata, esa desventaja queda compensada con creces por la superior virtud que para mí supone –también lo defendí en su momento– el que en ese país sí se logra la fusión efectiva de la enseñanza dogmático-jurídica con la formación metodológica/argumentativa a partir de casos (es razonando sobre casos como se introducen conceptos jurídicos generales, aunque no desemboquen en la “construcción” con ellos de imponentes edificios globales tipo “sistema” en que culmina el método de Savigny o el del primer Ihering). No, mi problema fundamental con la enseñanza del Derecho norteamericana, mi discrepancia de fondo, va por otro lado:

por el lado de la insuficiente atención al nivel 1 (el político-moral, el de la educación en fines y valores), como más tarde explicaré.

¿Cómo es la enseñanza del Derecho en Estados Unidos? A continuación ofreceré tan sólo unas pinceladas.<sup>9</sup> De entrada hay que decir que está efectivamente centrada en la formación metodológica, argumentativa, y que ello hunde sus raíces en una muy norteamericana actitud “instrumentalista”, pragmática, flexible, mucho menos formalista, hacia el Derecho y su funcionamiento.<sup>10</sup> Desde actitudes generales de este tipo,

<sup>9</sup> Doy más información en “La enseñanza del Derecho en Estados Unidos”, en *Doxa*, nro. 12, 1992, pp. 41-93 [texto incluido en el presente volumen]. Y recojo debates sobre sus defectos en *El movimiento. Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996, Cap. II, especialmente pp. 117-148.

<sup>10</sup> Un inglés allí transplantado, el filósofo Stephen Toulmin, nos lo explica así a los europeos: “En los Estados Unidos la actitud general de la gente, cuando piensa en la sociedad en la que vive, es que esa sociedad está todavía en proceso de construcción. Cuando viví en Inglaterra, allí no era ésa la mentalidad en absoluto, y pienso que todavía no lo es en absoluto. La gente en Inglaterra piensa básicamente que su sociedad tiene una estructura que sería capaz de adaptarse a cualesquiera necesidades futuras. De modo que el Derecho y la gente de toga en Inglaterra, y pienso que esto probablemente es verdad de muchos países de la Europa occidental, y ciertamente de Francia, el Derecho y la gente de toga, digo, se considera que tienen tareas que vienen enteramente definidas dentro de la estructura del Estado tal como ahora existe. Mientras que en los Estados Unidos la actitud más común de la mayoría de la gente hacia el Derecho, y me refiero tanto a los juristas, que hacen el trabajo, como a la gente que no es de profesión jurídica, es la de mirar a la ley como un instrumento de construcción social (...) Consideran que esa tarea de construcción social consiste en inventar nuevas instituciones y hallar nuevos patrones de acción que sostengan esas instituciones, habiendo, por tanto, de introducirse las distinciones y procedimientos legales y los términos de referencia legales que permitan a esas instituciones seguir operando en la forma que se desea. E importa mucho entender bien esto en relación con (...) [el papel de la teoría] como una teoría que ayuda a ejercer influencia y a controlar la práctica, es decir, se trata de teoría en el sentido en que la teoría queda al servicio de la práctica. No es teoría en el sentido en que los intelectuales de la Sorbona discuten sobre teoría tomando una botella de vino en la *Rive Gauche*. Es teoría en el sentido en que tal teoría pasa a controlar las decisiones que se toman en Washington entre la gente que se ocupa de los aspectos jurídicos de la toma de decisiones políticas. Esta distinción (...) es una distinción terriblemente importante. La gente habla de las actitudes americanas hacia el Derecho, como hacia otras muchas cosas, como unas actitudes caracterizadas por el pragmatismo. Y alguna gente, desde un punto de vista europeo, piensa que esto es un defecto del pensamiento americano y de la práctica americana. Piensan que los americanos son muy propensos al compromiso, que no tienen una comprensión suficiente de los principios. Pero yo creo

la enseñanza del Derecho en Estados Unidos no está centrada en la transmisión de información de contenidos normativos a través del Código, el manual de dogmática, y la “lección magistral”, sino en enseñar a manejar prácticamente, argumentativamente (no simplemente a “saberse los”) un número relativamente reducido de reglas, principios, conceptos y doctrinas jurídicas básicas. Y la vía para enseñar ese conocimiento y sobre todo ese manejo consiste en el análisis y discusión de una serie de “casos” o sentencias judiciales cuidadosamente seleccionadas, sentencias concretas en las que esos principios y doctrinas toman cuerpo. Se trata del conocido “método de los casos” o *case method*.<sup>11</sup>

que decir esto es malentender el significado del pragmatismo en la escena americana. El pragmatismo no es otra teoría más, para ser discutida por la *intelligentsia*, el pragmatismo es el nombre de una actitud mental en que el valor de la teoría se juzga por el grado en que esa teoría puede ponerse en práctica, en que cabe efectuar con ella cambios para el bien de los hombres. Y es por esto por lo que pienso que el pragmatismo es un paso en la recuperación, en la reapropiación, de la filosofía práctica que jugó un papel tan grande en el pensamiento europeo anterior a Descartes”.

ATIENZA, Manuel y Manuel JIMÉNEZ REDONDO, “Entrevista con Stephen E. Toulmin”, en *Doxa*, nro. 13, 1993, pp. 353-355.

<sup>11</sup> Su padre-fundador, Christopher Columbus Langdell, lo explicaba así en 1871: “El Derecho, considerado como una ciencia, consiste en ciertos principios o doctrinas. Lo que define a un verdadero jurista es poseer la maestría suficiente sobre estas doctrinas como para ser capaz de aplicarlas con constante facilidad y seguridad a la madeja siempre enredada de los asuntos humanos; es por ello que adquirir esa maestría debe ser la tarea de todo buen estudiante de Derecho. Cada una de estas doctrinas ha llegado a su estado actual a través de una lenta progresión; es decir, se trata de un crecimiento, que en muchos casos se extiende durante siglos. Por lo general, este crecimiento puede ser rastreado a través de una serie de casos; y la forma con mucho más rápida y mejor, si no la única, de dominar eficazmente la doctrina es estudiando los casos en que ésta se encarna. Pero los casos que son útiles y necesarios para este propósito en la actualidad guardan una proporción sumamente pequeña en relación con todos los que se han registrado. La inmensa mayoría son inútiles, o peor que inútiles, para cualquier propósito de estudio sistemático. Por otra parte, el número de doctrinas jurídicas fundamentales es mucho menor de lo que comúnmente se cree; las muchas guisas diferentes en que la misma doctrina está constantemente haciendo su aparición, y la gran medida en que los tratados jurídicos son una repetición unos de otros, son causa de muchos malentendidos. Si estas doctrinas pudieran ser clasificadas y dispuestas de forma tal que cada una pudiera encontrarse en su lugar apropiado, y no en otro, dejarían de ser formidables en número”.

LANGDELL, C. C., *A Selection of Cases on the Law of Contracts* (Prefacio), p. 8, 1871. Más adelante criticaré el formalismo que conlleva esta celeberrima cita de Langdell.

Si de analizar casos se trata, el manual teórico, dogmático, donde el material normativo aparece ya sistematizado y los conceptos ya prefabricados, se sustituye por el *casebook* o libro de casos, que recoge esa selección de casos relevantes, representativos, “canónicos”. Porque de lo que se trata es de estudiar el Derecho no “en los libros” –en el BOE, diríamos aquí– sino “el Derecho en acción”, al menos en su acción judicial, en las interpretaciones (argumentaciones) y aplicación “práctica” que de él hacen los tribunales, que es lo que interesa para formar profesionales: el Derecho no es algo que simplemente “está ahí” para ser conocido, sino una herramienta para ser utilizada en la resolución de problemas reales (al abogado que tiene que preparar su demanda lo que de verdad le interesa no es tanto qué es lo que dice el Código, sino qué es lo que los jueces dicen que dice el Código). Tranquilícense: afortunadamente, no en sus inicios “langdellianos” pero sí desde unas décadas después, los libros de casos no sólo recogen sentencias “en bruto” y nada más, sino también otros “materiales” preparados por el autor del libro (ahora, más que *casebooks*, suelen llamarse “*Cases and Materials*”): explicaciones de los casos y de su contexto; fragmentos de las actuaciones del proceso en primera instancia y de su historia procesal (antes los *casebooks* solían centrarse demasiado en sentencias en apelación, ya que es ahí donde más se ventila la argumentación sobre cuestiones “de Derecho”, y no hay que desatender la argumentación sobre los hechos, conocidos en primera instancia); textos legales relevantes para cada caso; fragmentos de libros o artículos doctrinales (académicos) que –nunca mejor dicho– “vengan al caso” aunque no hablen de él; textos y notas del autor –o de otros– sobre aspectos sociológicos, económicos, históricos, filosóficos, etcétera (siempre en relación con el caso); comentarios y preguntas planteadas al estudiante por el propio compilador... y, a veces (para quien le guste la “práctica-papeleo”), hasta formularios. Digo que esto ha de tranquilizarnos porque por la vía de esos otros “materiales” hay espacio para introducir ciertas dosis, yo creo que suficientes, de teorización dogmática. Pero lo interesante es que la elaboración y análisis de conceptos dogmático-jurídicos, clasificaciones, sistematizaciones, etcétera, más o menos del tipo de los manuales que nosotros hacemos estudiar, se deja también, en muy buena medida, para que el estudiante las descubra o elabore por sí mismo, guiado por el profesor: que él mismo vea en (y

aplique a) el caso que analiza ese bagaje de conceptos y de dogmática que sí resulta “útil y práctico”; más allá de ciertos rudimentos necesariamente previos, esas dosis de dogmática no se enseñan “en el vacío” sino aplicadas y construidas desde casos prácticos (me temo que esa sensación de especulación sobre el vacío es la que tienen muchos de nuestros estudiantes cuando no ven, porque no se les muestra, de qué habla y para qué sirve un concepto, una clasificación, una “naturaleza jurídica” de la dogmática). En definitiva: desde lo que vengo llamando nivel 3 como protagonista (argumentación, práctica), se logra la fusión con el nivel 2 (contenidos normativos y dogmática, teoría).<sup>12</sup> ¿Cómo se logra todo esto, más en concreto? Una vez que la estrategia decidida es partir del caso (*case method*), y que contamos para ello con los casos interesantes y ciertas guías para su estudio (*casebook*, con *materials*), lo que queda son básicamente dos cosas: autoaprendizaje (*case brief*) y discusión argumentativa en clase (*socratic method*).

Con algunos días de antelación, se asigna a los estudiantes uno o varios casos que se verán en clase. Antes de esa clase, todos los estudiantes deben analizar cuidadosamente esas sentencias, para sintetizarlas después elaborando por escrito una breve sinopsis: el *case brief*. Para ello –o, en general, para preparar las clases: no todas versan sobre sentencias– se sirven también de los textos, las preguntas, y otros “materiales” que a su propósito figuraban en el libro o propuso el profesor. En su formato tradicional, en el *case brief* el estudiante debe resumir al menos estas cosas: 1) extraer los “hechos” jurídicamente relevantes; 2) resumir la historia procesal relevante; 3) aislar y plantear correctamente la “cuestión” o cuestiones jurídicas suscitadas y que debía responder el tribunal (*issues*); 4) determinar las reglas, doctrinas o principios (las normas jurídicas en

<sup>12</sup> La estrategia docente no va pues, como en España, de lo general, en el mejor de los casos, a lo particular (exposición de normas ya sistematizadas, conceptos, teorías dogmáticas... quizá adornada al final con algún que otro ejemplo jurisprudencial particularmente ilustrativo); sino al contrario, va del caso particular al principio o concepto general argumentativamente construido a partir de él; como si el estudiante produjera –o viera con el profesor cómo se produce– la dogmática. La clase comienza con un ejemplo, con una sentencia, para desembocar al final en generalizaciones sobre el Derecho. Se diría que también en la docencia se pone de manifiesto ese enraizado espíritu empirista anglosajón basado en la inducción, más que el espíritu racionalista “continental” basado en la deducción.

la interpretación dada por el tribunal al motivar el fallo) que, en respuesta a esas cuestiones jurídicas planteadas, verdaderamente fundamentan y son necesarias para el fallo, distinguiéndolas de otras declaraciones jurídicas que en realidad no eran estrictamente necesarias para fundamentarlo (o sea, separar la *ratio decidendi* o *holding* de los meros *obiter dicta* o comentarios marginales); 5) sintetizar el razonamiento (*rationale*), los argumentos dados en la sentencia para llegar a ese resultado (para llegar no ya al fallo concreto *-judgement-*, que es lo de menos en cuanto precedente para el futuro, sino para llegar a la formulación o interpretación de la norma general que lo sustenta y que podrá servir de precedente). En suma, al elaborar el *case brief*, el estudiante va recorriendo las operaciones y el razonamiento que realizaron los jueces y, a la vez que acaba sin gran esfuerzo memorístico “aprendiéndose” la norma (el *holding*), aprende sobre todo las capacidades intelectuales necesarias para el razonamiento jurídico. Y esto, ya sí, con esfuerzo. Se le exige esfuerzo intelectual, no memorístico. Hacer bien un *case brief* no siempre es fácil. Cuando la sentencia es compleja –y suele serlo–, requiere varias horas. Pero son horas de trabajo, no de “empolle”. Y requiere ir aprendiendo una técnica, más o menos estandarizada, que suele empezar a enseñarse desde los primeros meses del primer año, en una asignatura especial dedicada a ello (suele llamarse “*Legal Methods*”, o “*Legal Writing*”), y mediante libritos muy prácticos –escritos en tono de “manual de autoayuda”– con títulos como “Introducción al ‘estudio’ del Derecho” o “Cómo resumir un caso”. Pero, como de verdad se aprende, es practicándola masivamente a lo largo de toda la carrera.<sup>13</sup>

Hechos los “deberes” (el *case brief*) para ese día, el alumno llega por fin a clase. Como se ha inventado la imprenta, y los alumnos ya han podido leer antes la materia (mucho más que eso), nada de escuchar pasivamente cómo el profesor les cuenta en clase el contenido de lo que

<sup>13</sup> Durante la carrera, los *briefs* resultan además muy útiles para preparar después los exámenes (no deja de haber también cierta dosis de empolle, y contar con breves pero buenos resúmenes reduce el esfuerzo memorístico sobre doctrinas jurisprudenciales). Dominar esta técnica es también importante para los estudiantes de cara a su futuro ejercicio profesional: hacer *briefs* es una de las tareas fundamentales que realizan los jóvenes abogados en las “*Law firms*”, o los “*Law clerks*” (ayudantes o pasantes) de jueces y fiscales, y también los profesionales consagrados suelen realizarla por sí mismos para facilitar su trabajo.

ya han leído: ni a hacer de acelerados taquígrafos tomando apuntes, ni a recostarse para escuchar lo que, cuando se aproxime el examen, ya leerán en el manual. La clase es genuinamente dialogada, dedicada a la discusión colectiva de los casos bajo la dirección del profesor (“método socrático” lo llaman allí, un tanto pretenciosamente). Una clase de este tipo se desarrollaría más o menos así: el profesor comienza su clase seleccionando a uno de sus alumnos –sin previo aviso o previamente determinado, según los casos–; se trata de una especie de “ponente” a quien se pide que “plantee el caso”, lo cual consiste en exponer (pero no leer) total o parcialmente su *case brief*. A continuación, ese mismo estudiante es sometido a un duro interrogatorio sobre lo que acaba de decir, durante el cual el profesor los va presionando para que clarifique sus respuestas, estrechándose el cerco en torno a las cuestiones que el profesor considera más relevantes. Tarde o temprano el alumno queda contra las cuerdas y se ve incapaz de responder satisfactoriamente a una pregunta, y entonces se levantan varias manos de otros compañeros dispuestos a responderla. El profesor llama a uno de ellos (o elige él un “voluntario”) y continúa con él la discusión, aunque a veces ésta se limita a aclarar el punto problemático y se reanuda el interrogatorio del primer estudiante, que puede prolongarse durante la mayor parte de la hora y media que generalmente dura una clase. Pero lo normal es que intervengan al menos una docena de protagonistas principales, y un número aún mayor de participantes esporádicos. Con frecuencia el profesor interrumpe el debate para introducir una breve disertación “magistral” sobre algún punto que requiere ulterior información o explicación, o para mostrar la conexión del caso con otro que ya se ha visto o se verá... pero pronto se retoma la discusión. Al final, el profesor suele recopilar las conclusiones principales que “entre todos” han alcanzado, aunque hay profesores que se limitan a hacer preguntas y plantear problemas durante toda la clase, obligando a que cada estudiante extraiga por sí mismo sus conclusiones.

Unas palabras sobre los exámenes. Suelen ser escritos, lo cual contrasta con el estilo de la docencia, y bien pudiera deberse a la necesidad de dar garantías ante posibles reclamaciones. Constan de uno o varios casos prácticos –casi siempre pueden consultar libros, legislación, jurisprudencia... (¿no puede un profesional en su despacho?)–, sobre los que se plan-

tean diversas preguntas (aunque en asignaturas de materias no estrictamente jurídico-positivas suelen consistir en la exposición de algún tema, o en comentarios de textos). Las alternativas al examen tradicional están bastante extendidas, principalmente su sustitución por pequeños trabajos de investigación o “ensayos”, o el llamado “*take home exam*” que los estudiantes se llevan a su casa y entregan al cabo de veinticuatro o cuarenta y ocho horas. Pero hay algo parecido a una “evaluación continua”, porque el examen, siendo importante, no es el único factor que configura la nota final, ésta se perfila también, en porcentajes muy relevantes, con la evaluación que hace el profesor de la frecuencia y calidad de las intervenciones en clase, así como de los *case briefs* y otros “deberes” de diverso tipo que el profesor va poniendo a lo largo del curso. En breve, los exámenes y la evaluación están diseñados de un modo básicamente adaptado a los métodos docentes.

De toda esta caracterización cabe extraer como conclusión un rasgo general: el énfasis de la enseñanza del Derecho en EE. UU. recae en el estímulo y desarrollo de las “facultades”, “habilidades” o “técnicas” que caracterizan propiamente el trabajo del jurista. En Norteamérica suele emplearse una expresión que sintetiza el sentir generalizado acerca de qué es lo que deben enseñar las facultades de Derecho: a “pensar como juristas” (y a expresar articuladamente ese modo de razonamiento). A través del *case method* y de la “discusión socrática” lo que se busca es proporcionar una buena formación “metodológica”, más que la acumulación memorística de una información enciclopédica acerca de reglas y doctrinas jurídicas. El objetivo primordial no es tanto “enseñar normas”, sino enseñar a plantear, analizar, comparar, construir y evaluar concretas situaciones fácticas y argumentos y decisiones jurídicas (sobre todo judiciales, pero también legislativas, administrativas, doctrinales, etc.), y a “proyectar” líneas de casos y de legislación sobre situaciones nuevas.<sup>14</sup> Se

<sup>14</sup> Véase ATIYAH, P. S. y R. S. SUMMERS, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, Clarendon, 1987, p. 391; FARNSWORTH, Alan, *An Introduction to the Legal System of the United States*, New York, Oceana, 2ª ed., 1983, p. 17. Incluso Duncan Kennedy, un ácido crítico de la enseñanza del Derecho en su propio país (crítico por otras razones, en parte similares a las que luego defenderé), reconoce así las ventajas de esta formación metodológica: “Los estudiantes de Derecho a veces hablan como si no aprendieran nada en la facultad. En realidad, aprenden aptitudes [*skills*], aprenden a hacer

trata pues de fortalecer ante todo la capacidad de análisis y de razonamiento jurídico, así como la de su expresión oral y escrita. Suele decirse además que el *case method*, al menos tal y como se concibe hoy, está “orientado a la resolución de problemas” (“*problem-solving*”) por parte de los estudiantes, más que a la recepción pasiva de la doctrina: tanto o más que conocer los contenidos de soluciones concretas, los estudiantes deben aprender a discernir por sí mismos dónde están los problemas relevantes, cómo surgen y mediante qué procesos jurídicos los tribunales, los legisladores o los abogados intentan resolverlos. Interesa, en suma, que los estudiantes aprendan a hacer preguntas casi más que a saber las respuestas. Al final, mediante los aspectos de autoaprendizaje que supone la elaboración del *case brief* y otros “deberes” y su propia participación en la discusión en el aula, el estudiante aprende sobre todo a extraer por sí mismo las reglas, doctrinas y conceptos, cuyo resultado forma un cuerpo de Derecho quizá no muy voluminoso, pero que es el suyo propio, el producto en buena medida de su razonamiento y de su esfuerzo personal. Quizá hubiera aprendido “más” cosas si el profesor se las hubiera dado ya hechas (este sistema consume más tiempo), pero las cosas se aprenden “mejor” mediante la experiencia de hacerlas uno mismo. Para cuando terminen la carrera ya han aprendido a aprender, y estarán mejor capacitados para la asimilación de reformas legislativas y de nuevas tendencias jurisprudenciales, aunque ya no tengan al pro-

una serie de cosas simples pero importantes. Aprenden a retener un gran número de reglas organizadas en sistemas categorizados (requisitos de los contratos, reglas sobre el incumplimiento, etc.). Aprenden a ‘detectar los problemas’ [*issue spotting*], lo que significa identificar las formas en que las reglas son ambiguas, están en conflicto, o presentan una laguna cuando se aplican a situaciones de hecho particulares. Aprenden elementalmente a practicar el ‘análisis de casos’, que es el arte de generar planteamientos amplios de los casos, de manera que sean aplicables más allá de su alcance intuitivo, y planteamientos estrictos, de manera que no sean aplicables cuando a primera vista parecía que lo eran. Y aprenden una lista de argumentos pro/contra de política jurídica [*policy*] equilibrados, acuñados, que los juristas utilizan al argumentar que una determinada regla debe aplicarse a una situación, a pesar de una laguna, conflicto o ambigüedad, o que un determinado caso debe interpretarse extensiva o restrictivamente. Se trata de argumentos como ‘la necesidad de certeza’ y ‘la necesidad de flexibilidad’; ‘la necesidad de promover la competencia’ y ‘la necesidad de estimular la producción permitiendo a los productores conservar el fruto de su trabajo’” (KENNEDY, Duncan, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy. A Polemic Against the System*, Cambridge, Mass., Afar, 1983, p. 15).

fesor al lado y todavía no se haya publicado un libro que le proporcione “mascadito” ese nuevo material jurídico en bruto.

### 2.3. ¿UN MODELO ANÁLOGO AL NORTEAMERICANO PARA ESPAÑA?

Y ahora vienen las preguntas que se estarán haciendo ustedes: ¿cómo es posible que verdaderamente “funcione” allí un sistema así? En todo caso, ¿podría funcionar en España? Por supuesto que aquí no podría funcionar bien un sistema “idéntico” al norteamericano. Pero estoy convencido de que podría funcionar un sistema bastante parecido, si lo “traducimos” a nuestra situación con las necesarias adaptaciones.

De entrada, más de uno pensará que esto de discutir sentencias siguiendo el *case method*, claro, podrá estar bien para un sistema jurídico de *Common Law* como el norteamericano, basado en el Derecho jurisprudencial, pero no es exportable a un sistema codificado como el nuestro. Yo sin embargo no veo en absoluto que eso impida la “traducción” que defiendo, por dos cosas:

1) El nuestro no será un sistema jurisprudencial, ciertamente, pero de ahí a la escasísima atención que suele darse a la jurisprudencia de los tribunales en nuestra docencia –escasísima en relación con su verdadera importancia práctica en España– hay un enorme trecho. Por más continental y codificado que sea nuestro sistema jurídico, deberíamos tomarnos la jurisprudencia mucho más en serio. Me temo que no es el Aranzadi de jurisprudencia o una selección de sentencias lo que manejan a diario nuestros estudiantes, y deberíamos hacerles manejarla. Cierto que hoy, además de los teóricos, hay créditos “prácticos”, donde se estudian sentencias; cierto que hoy existe el “*Prácticum*”. Pero, si somos sinceros, reconoceremos que el estudio de la jurisprudencia en esos ámbitos resulta todavía muy secundario en el conjunto de nuestro modelo de enseñanza (a menudo no son mucho más que créditos-“maría”). No es infrecuente que los créditos prácticos ni siquiera se impartan como tales. Y, cuando se imparten, no pocas veces se convierten en lo que antes yo llamaba “prácticas-papeleo”. Al “*Prácticum*” también le pasa esto, a veces. En todo caso, unos y otros no suelen enseñarse con un formato docente “metodológico” y “argumentativo” suficientemente parecido al *case method*, cuando podría perfectamente ser así (a veces el

método se aproxima más bien a la lección magistral, aunque la materia sobre la que versa consista en sentencias y los argumentos que hay en ellas).<sup>15</sup> En suma, lo nuestro no será *Common Law*, pero aquí la jurisprudencia también es fundamental (aunque todavía lo sea menos que allí), y desde luego lo es para formar profesionales.

2) En sentido inverso: no todo es jurisprudencia de los tribunales en los países de *Common Law*, ni muchísimo menos. Por supuesto que en el Derecho norteamericano la fuente “legislación” es cuantitativamente enorme, sobre todo –pero no sólo– en Derecho Público y en el que expresa la intervención pública sobre la economía; y además en muchísimos sectores esa legislación está codificada “a la europea” (leyes “uniformes” –que son verdaderos Códigos–, Códigos “modelo”, etc.). Y resulta que esas leyes, códigos y reglamentos, se enseñan allí siguiendo básicamente el mismo método que el utilizado para enseñar las doctrinas jurisprudenciales del *Common Law* tradicional. Y no sólo porque se enseñe “la jurisprudencia” de los tribunales generada por la aplicación judicial de la legislación –se parte de los casos pero desde ellos se enseña la legislación que las sentencias aplican, siendo ésa la estrategia fundamental para enseñar leyes (y yo sigo pensando que es la mejor estrategia)– sino porque también se puede enseñar “directamente” la legislación, sin necesidad de acudir a su correspondiente jurisprudencia, pero utilizando sin embargo el mismo “método” docente, el cual es perfectamente adap-

<sup>15</sup> Sobre esto, por cierto, mi propuesta no consiste sin embargo en aumentar los créditos prácticos de las diversas asignaturas, sino en lo contrario: habría que abolirlos. Porque pienso que esa estructura de X créditos teóricos y Z créditos prácticos que las directrices del Ministerio han puesto en nuestros planes de estudios es una estructura perversa para la enseñanza del Derecho: es una invitación a una separación tajante entre teoría y práctica (dejando además a la práctica en la periferia). Probablemente esa estructura sea razonable para otras carreras, como las Ingenierías o las de ciencias, en las que parece estar inspirada, donde una cosa es la formación teórica en clase y otra distinta las necesarias horas de laboratorio, de sala de ordenadores o de cadáveres, de escuchar idiomas con los cascos o de salir a medir el *campus* con el teodolito. Pero, para aprender Derecho, el análisis argumentativo de sentencias y casos prácticos no debería escindirse del estudio del “Derecho en los libros”: hay que estudiar el Código y su dogmática no en el vacío sino a la vez que, a través de, su realidad judicial. Y la discusión argumentativa no puede relegarse, en el mejor de los casos, al día en que toca clases prácticas. Las prácticas y la argumentación (sea sobre sentencias o sobre el Código, pero también sobre sentencias) deben ser un ingrediente cotidiano y fundamental de la docencia ordinaria.

table a la enseñanza “a pelo” de leyes y Códigos. Y allí funciona también esto segundo. No veo por qué no podría funcionar aquí. Y es que, incluso si a alguien no le convence mi discurso de hace un momento acerca de la verdadera importancia de la jurisprudencia también en España y que por tanto hay que enseñar más jurisprudencia, ni el de que es mucho mejor enseñar leyes desde el foco de su aplicación judicial, y prefiere en cambio seguir enseñando básicamente los Códigos “sobre el papel” porque “aquí no estamos en un sistema jurisprudencial, de *Common Law*”, a ése yo le digo que también puede (y debe) hacerlo siguiendo un método de las características que estoy defendiendo (preparación previa por el estudiante, discusión “socrática” en el aula, etc.). Porque lo más importante de lo que defiende es el “método” docente, y, en lo básico, ese método es aplicable con una relativa independencia respecto de cuál sea el tipo de material sobre el que se estudia verse: sentencias, artículos de leyes, manuales de dogmática, o escritos “no (o no estrictamente) jurídicos” de ciencia política, de filosofía, de sociología, o de historia de Roma. Yo mismo, por ejemplo, enseñé filosofía del Derecho, y muchísimas veces, si quieren “lo normal”, no será que yo enseñe precisamente jurisprudencia de los tribunales (aunque también debería usarla, y no lo hago, para explicar la diferencia entre “iusnaturalismo” y “iuspositivismo”, o qué son las reglas que confieren poderes, o qué decía Kelsen...).<sup>16</sup> Donde, al explicar el modelo norteamericano, yo ponía

<sup>16</sup> En realidad, en el “nivel 3” de formación “argumentativa” en el que estamos, el principal papel que han de jugar los “iusfilósofos” en relación con el conjunto de la enseñanza del Derecho positivo (aparte, claro está, de que sus otras enseñanzas de teoría del Derecho, de conceptos jurídicos generales, de filosofía política y moral, de historia del pensamiento jurídico, de derechos humanos, de sociología jurídica, etc., se enseñen también con un decidido enfoque argumentativo), el principal papel, digo, es el de enseñar “en general” la técnica, el método jurídico: enseñar la “teoría” de la argumentación jurídica, la “teoría” del método jurídico. Incluidos ciertos rudimentos de filosofía del lenguaje, de lógica “formal” –proposicional y deóntica–, y de teoría “tradicional” de la interpretación “jurídica”. Pero mostrando también cómo la argumentación jurídica, la de la práctica jurídica, ha de abrirse a la argumentación sustantiva sobre fines sociales y “política jurídica” o “ingeniería social” (*policy*), sobre política-política (*politics*), y sobre ética pura y dura. Y enseñar por tanto técnicas de argumentación propias también del discurso político y moral que forma parte de la argumentación jurídica. Y todo esto, obviamente, no ha de enseñarse (o no sólo) en un nivel demasiado abstracto “de filósofo”, ni siquiera “de iusfilósofo”, sino de

“sentencias judiciales” póngase entonces “textos ‘iusfilosóficos’”. ¿Pasa algo? ¿Ya no puedo utilizar el método americano? En vez de análisis/síntesis de sentencias, lo que harán por escrito mis estudiantes antes de cada clase serán “comentarios de textos (‘iusfilosóficos’)” (o resumir las tesis básicas que el autor defiende, o responder a las preguntas que yo les formule, sobre el texto asignado). Igual que los estudiantes norteamericanos han de aprender rudimentariamente, en la asignatura *Legal Methods*, a hacer *casebriefs* siguiendo los cinco pasos que antes expliqué, al principio (luego lo harán mejor al practicarlo) yo también tendré que enseñar a los míos ciertas técnicas sobre cómo se hace un “comentario de textos”, y cómo se separa el grano –la(s) tesis defendida(s)– de la paja, cual si de separar la *ratio decidendi* de los *dicta* de una sentencia se tratara. No usaremos un *casebook* ni el Aranzadi, ciertamente, sino un manual de filosofía del Derecho, o mejor aún, una recopilación bien seleccionada de materiales “iusfilosóficos” (fragmentos de manuales, de monografías, de artículos de revistas, tanto literatura “secundaria” como, mejor aún, directamente textos de los autores que enseño: ésa sería mi selección de “casos canónicos”).<sup>17</sup> Y discutiremos en clase esos textos y

“iusfilósofo’-jurista”. Lo cual comporta que en la enseñanza de esa “teoría” de la argumentación jurídica, al menos ahí sí, se haga un uso masivo de sentencias y casos prácticos: que se enseñe la teoría mostrándola ya “aplicada” (aplicaciones argumentativas que luego irían viendo mucho más en cada asignatura de Derecho positivo si éstas se enfocan como yo defiendo). Esta asignatura de teoría de la argumentación jurídica encomendada a “iusfilósofos”, por cierto, no debería enseñarse en 5º año (¡a buenas horas!), sino hacia el comienzo de la carrera (aunque quizá no al principio del todo: si no se quiere hacer sólo teoría de la argumentación de “iusfilósofo”, lo mejor es que los estudiantes de esta asignatura estén ya en algo familiarizados con alguna que otra rama del Derecho positivo).

<sup>17</sup> Esta traducción del *casebook* a algo equivalente cuando no se trata de estudiar sentencias está ya inventada hace décadas en Estados Unidos: me refiero a los “*Readers*” o “*Readings*”, que son libros ya publicados que contienen una miscelánea de fragmentos (“*excerpts*”) de textos diversos, normalmente tomados de un buen número de autores, clásicos y contemporáneos. Están directamente pensados como soporte para la docencia de materias no jurídico-positivas, pero siguen el patrón del *casebook*: incluyen también preguntas formuladas al estudiante por el autor –el editor/recopilador– del libro, comentarios que ayuden a la comprensión de cada texto, sugerencias de lecturas complementarias, etc. No se parecen en nada a una monografía ni a un manual de los nuestros: la materia no viene previamente “mascada” o sistematizada como si procediera de una sola cabeza, sino que aparece fragmentada y heterogénea: esos fragmentos hacen el papel de “casos” particulares, de materia prima que se

esos comentarios de los estudiantes, para extraer al final ciertas conclusiones y conocimientos “generales”, habiendo aprendido a razonar sobre ellos. Lo que digo es que si esta adaptación del *case method*, en principio basado en sentencias, puede hacerse para enseñar cosas tan aparentemente “alejadas” de la jurisprudencia como es la filosofía del Derecho, ¿cómo no va ser posible realizar la adaptación para enseñar Códigos y dogmática en cualquier asignatura de Derecho positivo, incluso si siguiéramos desatendiendo a la jurisprudencia? Ponga usted textos legales y dogmática jurídica, si es que no quiere poner ni una sola sentencia entre los ingredientes de su docencia. Enseñe las técnicas que usted domina de la interpretación de leyes, si es que no quiere enseñar a interpretar jurisprudencia, y enseñe la técnica para elaborar conceptos dogmáticos útiles a partir de los textos legales, en lugar de la del análisis de casos para hacer *casebriefs* (pero no le dé al estudiante toda la dogmática ya hecha, enséñele a pescar, que luego viene el legislador, le cambia el Código de arriba a abajo, y ya no está usted al lado con sus conceptos para ayudarle a asimilar el nuevo Código: el profesional no puede esperar a que salga la nueva dogmática “buena” sobre el nuevo Código, cuando por fin sale no va sobrado de tiempo para leérsela, y los cursillos acelerados que organiza el Colegio profesional son un mal parche incluso si le invitan a usted a dar una conferencia en ellos). Use fragmentos de manuales, de artículos “doctrinales”, o directamente el BOE, en lugar del *casebook*. Discuta en clase con los alumnos sobre argumentaciones e interpretaciones jurídicas directamente referidas a conceptos abstractos y a “casos genéricos” tal como vienen en las leyes y en la discusión dogmática, si es que no le gusta el engorro de empezar con la discusión

presenta en bruto, porque precisamente de lo que se trata es de que el estudiante vaya construyendo por sí mismo, razonando a partir de esos textos y, con la ayuda del profesor, discutiendo en clase, lo que quepa destilar de ese material como conocimientos e ideas generales básicas correspondientes a ese tema del programa. De nuevo, al final el alumno “se sabrá” éstas, pero se las sabrá comprendiéndolas de verdad porque ha discurrido sobre ellas para extraerlas, y las retendrá en la memoria de una forma mucho más sólida y duradera porque ha trabajado sobre ellas, sin haberlas “memorizado”. Cuando a un profesor no le gusta ninguno de los “Readers” que hay en el mercado, o éstos no versan sobre los contenidos que él quiere enseñar, el profesor elabora su propia recopilación de materiales y los deja a disposición de los estudiantes en la fotocopiadora.

interpretativa sobre casos concretos para luego desembocar ahí. No es exactamente esto ni mucho menos lo que yo defiendo, pero sería todavía una adaptación, al enfoque no-jurisprudencial del Derecho que tiene usted, del sentido de fondo que como método docente cabe extraer del modelo norteamericano; adaptación con la cual su docencia mejorará mucho. En suma, el *case method* se podrá rechazar para España por otras razones, pero no con la excusa de que eso es para los anglosajones, tan “judicialistas” ellos.

Despejado esto, sigamos con nuestra pregunta: ¿cómo logran los norteamericanos que ese modelo funcione satisfactoriamente, y cómo lograrlo nosotros aquí? En concreto: ¿cómo logran ellos que los estudiantes trabajen duro para preparar las clases, asistan todos a ellas, y abran la boca en el aula? Aquí les decimos que se lean diez páginas (no digo ya que preparen algo parecido a un *casebrief*) para discutir las la semana que viene, y luego la discusión es imposible porque, llegado el día, son cuatro gatos los que se las han leído. Y eso si conseguimos que se asomen por clase –comparen lo (des)nutrido de sus aulas con el número de matriculados-.<sup>18</sup> Con los que sí van a clase, es para el profesor una tortura conseguir que por propia iniciativa digan allí algo (sensato o no: “algo”). Suele (y no siempre) haber cuatro que sí, que participan, y “dan mucho juego” –o al menos el suficiente, pero hay que saber sacarles partido

<sup>18</sup> Salvo, claro está, que uno sea de esos “profesores-dictadores”... dictadores de apuntes. En mi facultad al menos, el número de clientes que cada profesor consigue atraer a su clase no depende tanto de la calidad docente del profesor, sino de que para el examen haya un manual o por el contrario la materia “vaya por apuntes”; si es esto último, ya pueden ser malas de remate las clases de ese profesor ignorante de Gutenberg y de Bill Gates, que de todos modos su aula estará más llena que otras, porque los estudiantes necesitan tomarle apuntes con los que estudiar (fotocopiar los que circulan “por ahí” no es muy fiable para un buen número de ellos); pero, si hay manual, como de aprobar se trata, allá el profesor por bueno que sea con sus explicaciones “magistrales” y sus discusiones en clase: me va a aprobar igual si paso de ir a clase y me empollo el manual. Vaya en descargo de los estudiantes que la sobrecarga de créditos, asignaturas y manuales-tocho que padecen les impide asistir a todas las clases porque tienen que empollar (las deserciones aumentan avanzado noviembre); y, desde luego, qué estudiante mínimamente bueno no va a ir a tomar apuntes si ése es el único medio de obtener la información que se tiene que estudiar, aunque para ello tenga que sacrificar la asistencia a alguna clase interesante pero no estrictamente necesaria para aprobar.

hábilmente- para montar con ellos un debate que despierte el interés de la “mayoría silenciosa”. Pero los que hablan son eso: cuatro (precisamente tres de los cuatro gatos que sí se leyeron las diez páginas, más uno que no se las ha leído pero pontifica sobre ellas; a éste también hay que aprovecharlo, qué remedio, si resulta además que es el más parlanchín). Luego sí, algunos estudiantes procedentes de la mayoría silenciosa y que no lee las diez páginas criticarán al profesor que fracasa en su esfuerzo por hacer clases dialogadas decentes (al que ni lo intenta, no lo critican: ¡Qué bueno este otro profesor, dicta despacio los apuntes y se le puede entender todo!). Y lo critican con argumentos del tipo: “es que el profesor no sabe ‘motivarnos’ para que participemos, es un soso, ‘no nos estimula’, no sabe provocar la discusión, no es divertido...” El profesor oye sin querer estos comentarios por el pasillo (o porque, como le preocupa la docencia, quiere obtener algún *feedback* sobre qué tal lo está haciendo para los estudiantes y se lo pregunta a alguno de su confianza, ya que en el aula no hay manera ni de que los critiquen). Su reacción al conocer esto es de irritación al principio, de sentimiento de culpa después: no lo estaré haciendo bien, tendré que apuntarme a un cursillo del ICE, tal vez al de “expresión corporal para la docencia”, a ver si aprendo a hacer payasadas en clase para despertar su interés (¡ah!, y al de *Power Point* en las ciencias sociales”, que con cromos la letra entra, y cuando use las “nuevas tecnologías” no veas el “subidón” que voy a dar en las encuestas de calidad docente que les hacen a los alumnos).

¿Por qué no les pasa nada de esto a los norteamericanos? Por muchas razones, casi todas “importables” a España o respecto de las cuales algo se puede hacer para aquí. Veamos algunas:

1) Para aplicar bien su propio método, los profesores norteamericanos están mejor pertrechados. No son más listos por ser americanos: están más acostumbrados. Igual que nosotros sí llegamos a dar “lecciones magistrales” decentes, porque a ellas estamos acostumbrados desde que las escuchábamos durante la carrera –siempre hemos tenido al menos unos cuantos profesores verdaderamente brillantes en ese formato docente– y luego hemos ido mejorando mediante la simple práctica propia (de la primera clase de nuestra vida a las de hoy hay un buen trecho) y asistiendo a seminarios y conferencias (por lo demás, somos autodidactas en cuanto pedagogos)... a los profesores norteamericanos les enseñaron

Derecho mediante el *case method* con su discusión socrática, eso es lo que ellos han mamado, visto y practicado desde siempre. No me consta que sean menos autodidactas que nosotros (que les enseñen a enseñar mediante cursillos de pedagogía o algo así), y en general les sale bien el método socrático. ¿Qué hacer pues nosotros? Desde luego, dominar la técnica pedagógica del *case method*, preparar y conducir “bien” esas clases, incluido lo de “motivar” al estudiante para que participe, no es nada fácil (tampoco es fácil dar buenas lecciones magistrales, pero buenas clases dialogadas es aún más difícil). Requiere tiempo, quizá incluso generaciones de profesores, hasta que nos manejemos con más soltura en ese estilo. Pero que requiera tiempo no es motivo para no empezar ya, sino todo lo contrario. A veces practicamos ya algo parecido en seminarios para estudiantes complementarios a la docencia ordinaria, y ése es un buen laboratorio para ir ensayando; pero hay que lanzarse de una vez a hacerlo en grupos más grandes y no sólo con estudiantes más motivados que se han apuntado voluntariamente a un seminario. Dicho esto –aprendamos practicándolo–, como el método es distinto al habitual, yo sí deposito “cierta” confianza en los efectos que pueda producir a corto plazo una buena enseñanza en este otro método por parte de expertos en técnicas pedagógicas. Entiéndaseme bien: mis anteriores bromas sobre cursillos de expresión corporal o sobre ponerles estampitas en *Power Point* eran eso, bromas, para caricaturizar ciertos excesos ridículos que parecen llevarnos por la pendiente de acabar haciendo *strip-tease* en clase para que los alumnos no se duerman.<sup>19</sup> Pero, si podemos encontrar quien nos

<sup>19</sup> Dicho sea de paso: el tópico que vemos en las películas del profesor yanqui muy teatrero él en clase, muy demagogo, bueno o malo pero rara vez aburrido porque “se adorna” mucho en clase, es absolutamente cierto. Pero que esto nos irrite bastante no es razón para dejar por ello de ver las ventajas “serias” de aquel sistema. Lo del estilo desenfadado de “profe-colega”, o de “profesor-estrella” que “sobreactúa” en clase con bastantes aspavientos “para la galería”, es algo que tiene que ver más bien con diferencias culturales generales de ese país respecto al nuestro, y se da en muchos otros contextos: en general, los norteamericanos son para nuestro paladar demasiado “historiados”, le echan mucho cuento, mucha labia. Quien desee comprar también esas formas, que lo haga, con la sana intención de que la clase resulte amena y “enganchar” por ahí a los estudiantes (a ellos les funciona; claro está que los estudiantes que les escuchan son también norteamericanos y les va ese estilo). Pero yo no pido comprar a los norteamericanos el juego completo, y desde luego tanto teatro podría ser aquí prescindible.

enseñe (en el ICE, trayéndolos de fuera, o como sea), y le explicamos bien qué queremos que se nos enseñe –para que no nos haga perder el tiempo con “moderneces” absurdas, precisamente copiadas de los norteamericanos–, yo no soy de los que recelan *a priori* de la pedagogía, de la “ciencia” de la educación, de las nuevas tecnologías aplicadas a la enseñanza, y cosas por el estilo. Tampoco veo en ello la panacea, pero desde luego por probar, que no quede. Porque lo que sí me parece del todo lamentable es que a los profesores universitarios nadie nos haya enseñado “en serio” a enseñar, más allá de “mostrárnoslo” nuestros maestros con su propio ejemplo (y yo al menos los he tenido muy buenos). Incluso a quien piense que precisamente ese sistema tradicional autodidacta de aprender a enseñar consistente simplemente en verlo y ponerse a hacerlo es el mejor sistema o –lo cual es más frecuente– “es el único posible, seamos realistas”, “y dejémonos de charlatanería psicopedagógica”, a ése, yo le tomo la palabra: veamos pues, “al menos”, cómo lo hacen nuestros maestros. Sólo que, como nuestros maestros no practican el modelo norteamericano, habrá que buscar otros maestros en este terreno: el que pueda, que vaya a Estados Unidos a verlo; y, para los demás, traigamos a algunos buenos profesores de Derecho de allí (“¡nada de psicopedagogos embaucadores!”) que nos muestren (“¡nada de que ‘nos enseñen’, faltaría más, que yo llevo ya muchos años en esto!”) qué es lo que hacen ellos y los trucos para hacerlo. Por supuesto, de nuevo bromas aparte, sean expertos en pedagogía o “simples juristas docentes” a quienes acudamos, lo que propongo pasa necesariamente por desterrar de antemano la actitud autosuficiente caricaturizada en mi último paréntesis: sin una sincera disponibilidad a aprender, a que nos enseñen a enseñar, no hay nada que hacer.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Quien sí tiene esa actitud para dejarse enseñar se enfrenta sin embargo a otro problema: andamos muy mal de tiempo para poder asistir a cursos de reciclaje o de formación pedagógica. Pero eso es solucionable, si de verdad se quiere. De entrada, a ningún profesor “muy ocupado” porque además de sus clases investiga mucho, se le van a caer los anillos de investigador porque alguna que otra vez a lo largo de toda su vida académica interrumpe tanta investigación y se dedique en serio durante unos pocos meses a formarse para mejorar como docente. Además, se podría institucionalizar algo así como un “semestre sabático” con esa finalidad (empezando con aquellos que pueden justificar esa carencia de tiempo acreditando con publicaciones que la dedicación investigadora les impide asistir a cursos de capacitación pedagógica).

2) Para aplicar bien este método, los estudiantes norteamericanos están mejor pertrechados. No son más listos por ser americanos: están mejor seleccionados. Que no se me ofendan ahora los estudiantes. Aquí está la madre del cordero, algo que explica mucho de cómo puede funcionar bien allí este sistema, y donde más dificultades encontramos para adaptarlo al nuestro. Acabado el bachillerato, el estudiante norteamericano debe ser admitido en el "College" de una universidad, lo cual se determina fundamentalmente mediante el expediente académico y un examen especial de selectividad (el *American College Test* o, si lo exige la universidad, el *Scholastic Aptitude Test*, de nivel algo superior). Sólo tras cursar "cuatro" años en el College y obtener el título de "Bachelor", aproximadamente equivalente a nuestra licenciatura (de nivel quizá un poco inferior, y menos especializado), puede ir -ya con veintidós años- a una "Escuela de Postgrado" profesional, como lo es la de Derecho (y sólo unas pocas más: Medicina, *business*, Ingenierías...). Pero para acceder a ella debe superar antes otro examen de selectividad, específico para Derecho, organizado a escala nacional: el *Law School Admission Test* (LSAT). Como, igual que aquí, el estudiante no había estudiado antes prácticamente nada estrictamente "de Derecho", en el LSAT no se exige tanto conocimientos de Derecho cuanto "aptitudes" básicas para su estudio en el futuro; precisamente las aptitudes necesarias para afrontar con éxito el tipo de formación "metodológica" y "argumentativa" que caracteriza al modelo norteamericano: este examen se centra en la capacidad de lectura y comprensión de textos complejos, saber redactar de manera coherente y ordenada, habilidad para procesar y manejar información,

gica). La concesión no indiscriminada de tramos docentes tampoco sería mal acicate: si las evaluaciones de calidad docente se realizan bien y no todos obtienen los tramos, éstos serían un incentivo para que algunos profesores intentaran mejorar mediante, entre otras cosas, ese tipo de cursos; o su realización podría tenerse en cuenta en esas evaluaciones; o esa formación podría imponerse obligatoriamente a quienes "suspendan" la evaluación docente. Medidas aún más fuertes, como imponer esos cursos con carácter obligatorio para todos los profesores, quizá resulten excesivas, pero debatir al menos sobre esa posibilidad tampoco debe asustarnos: no supondría ningún atentado a los "derechos humanos" del profesor, y si existe esa obligación para la docencia en las enseñanzas medias, no veo por qué sea *a priori* algo inadmisibles para la enseñanza "superior" (como dije: el doctorado nos da la "suficiencia investigadora", pero ¿y la "suficiencia docente"?).

relacionarla, y extraer conclusiones de ella, capacidad de síntesis y de análisis, y en general la aptitud para el razonamiento lógico y la argumentación crítica. Sin ser en lo básico de conocimientos, el LSAT no es nada fácil, y los estudiantes suelen prepararlo concienzudamente durante meses (prolifera cursillos y libros con ejercicios para prepararlo). La puntuación obtenida en el LSAT, promediada con la media de los estudios de *College*, es decisiva, pero la admisión termina de perfilarse mediante factores como entrevistas personales, cartas de presentación, experiencia de trabajo, actividades extracurriculares realizadas por el candidato, o “ensayos” que responden a preguntas como “¿por qué quieres estudiar Derecho?” o “háblanos de ti mismo” (para ver cómo redacta y los rasgos de su personalidad e intereses). El resultado de esta selección tan dura, adecuada a la carrera, y competitiva (globalmente, acceden a una facultad de Derecho acreditada menos de la mitad de los candidatos, y en las mejores se llega a cifras del 6%), es un estudiante que ingresa en Derecho con un nivel de formación y madurez (y acostumbrado al trabajo duro) muy superior al estudiante español medio llegado directamente de bachiller y selectividad (así la llaman...) a los 18 años. Luego, claro, los suspensos en Derecho son allí rarísimos, y no porque una vez admitidos puedan dormirse en los laureles: se les hace trabajar, y ellos responden; basta ver lo concurrida que está la biblioteca un domingo cualquiera –no sólo en época de atracción de exámenes– hasta las 12 de la noche.

¡Claro que con esos mimbres<sup>21</sup>, con estudiantes así de brillantes (porque se han seleccionado los mejores), es mucho más fácil que el *case method* funcione bien! De nuevo la pregunta: ¿podemos hacer nosotros algo parecido aquí? No entraré a fondo en el debate sobre la selectividad académica para acceder a Derecho en España, de entrada porque, lo confieso, no tengo al respecto una postura claramente decidida, sino más bien un montón de dudas (a sabiendas de que se trata de una cuestión clave). De entrada diré –sé que no es decir mucho– que mis dudas se mueven sin embargo dentro de ciertos límites. Por un lado, un sistema tan elitista, también tan académicamente elitista, como el norteamericano, no lo defendiendo para España, aunque sé que adoptarlo facilitaría enormemente la

<sup>21</sup> Son comunes en España expresiones que usan la palabra “mimbres” en el sentido mucho más general de “materia prima”, de ingrediente o material básico, del que está hecho o con el cual se construye algo más complejo.

implantación del tipo de enseñanza que propongo (¡y cualquier otro tipo!). Quizá sea porque he visto demasiados casos de estudiantes mediocres en bachiller que sin embargo levantaron el vuelo durante la carrera y han llegado a ser unos buenos profesionales del Derecho. No soy partidario de una especie de *track system* inglés, no sólo en la enseñanza primaria, ni en la secundaria, sino que también mantendría la universidad abierta a estudiantes “menos brillantes”. El problema –uno de los problemas, no digo que el principal– es que ello puede desembocar en un sistema dual en el que las universidades privadas sí seleccionan a los mejores y sus egresados acaban ocupando los puestos sociales clave. Ello se podría evitar mediante una más decidida regulación pública de las universidades privadas que, sencillamente, no les permitiera establecer criterios académicos de admisión significativamente más selectivos que los de la universidad pública: que no les permitiera evadir la dimensión de “servicio público” a la que las universidades, por muy privadas que sean, no deben renunciar (ni el Estado hacer dejación de su responsabilidad por asegurar su cumplimiento cuando delega en las privadas la prestación de ese servicio que en principio a él le corresponde). Lo de “servicio público” incluye, para mí, abrir posibilidades no sólo de formación cultural de nivel universitario para amplios sectores de la población, sino también abrir posibilidades de formación “profesional” universitaria que permita a más gente, no sólo a una selecta minoría de los intelectualmente “mejores” y “más esforzados” (no hay ironía en las comillas), acceder al mercado de trabajo que requiere ese nivel académico (léase, Derecho). Sin embargo, por otra parte, que la enseñanza universitaria conserve su dimensión de servicio público no puede llevarnos al extremo contrario de concebirla como una especie de “derecho humano” o “fundamental” (constitucional) a estudiar en la universidad (yo, esto, lo he llegado a oír) del que sería titular todo estudiante tras acabar el bachiller, sin más requisitos. Y no caer en eso es particularmente importante en enseñanzas profesionales como Derecho, donde el “barra libre que yo (Estado: contribuyente) pago” al que nos llevaría el discurso del “servicio público” llevado *ad liminem* ha de ser ponderado por la responsabilidad que ante la sociedad tiene el sistema universitario para formar juristas profesionales de calidad que presten un buen servicio al ciudadano (lo cual exige también ciertos mínimos de calidad en el *input* que la facultad recibe).

Pero en Derecho, hoy, no se selecciona prácticamente nada mediante la selectividad y el *numerus clausus* (donde se hace lo hay, es sólo simbólico, o preventivo ante los peligros del distrito único, que se han revelado inexistentes: hoy competimos entre las facultades por conseguir clientes). Yo sí sería partidario pues de seleccionar académicamente algo más, quizá bastante más (porque mis motivos no son evitar una ya inexistente masificación), sin llegar ni muchísimo menos al sistema norteamericano (queda mucho trecho). ¿Cuánto?, ¿cómo? Sobre el cuánto, ya sé que es difícil cuantificar, pero por expresar más o menos por dónde andaría yo, lo diría así: en una escala de 0 a 100, siendo casi 0 lo que aquí tenemos y 100 lo que hay en Estados Unidos, situarnos en torno a 30 no estaría mal. “¡A las barricadas! ¡No al elitismo ‘meritocrático’!”, dirán algunos estudiantes ante mi (creo yo que) moderada actitud. “¡¿Ahora nos vamos a poner a seleccionar?! ¡¿Justo cuando nos faltan estudiantes para que nos salgan las cuentas del POD y no se congelen las plazas?! ¡Cómo se nota que es usted ya funcionario!”, dirán algunos profesores. A los primeros les diría que una enseñanza de calidad (para formar juristas de calidad de cara a la sociedad) no sólo pasa por una mejora –una revolución, si es que somos tan malos– en la calidad del profesorado y de sus métodos docentes (yo estoy defendiendo mejores métodos), empezando por su “formación profesional como docentes” (también lo he defendido ya), y antes aún, por su selección también para acceder a la docencia (y miro ahora de reojo al profesor: si de selectividad hablamos, o todos moros, o todos cristianos); pasa también por una mejora de calidad de la materia prima (con perdón) estudiantil. Y a los profesores los tranquilizaría diciendo que mi propuesta requiere por supuesto que la creación de plazas docentes se desvincule del número de alumnos (no digo del todo, pues dinero no sobra, pero sí muchísimo, que para mucho sí hay en esta España del déficit cero); pero es que eso es algo que, dada la actual caída en picado de ese número, va a caer como fruta madura antes de lo que imaginamos, estoy convencido. Y si no, al (poco) tiempo.

Y en cuanto al “cómo” seleccionar estudiantes, ahí sí que podemos tomar algo del sistema estadounidense. No lo de exigir cuatro años de universidad antes de comenzar Derecho; como docente, puedo fantasear con esa situación de encontrarme con licenciados en mis clases de primero, pero es obvio –¿de verdad tan obvio?– que proponer eso no es

razonable para un sistema universitario como el nuestro. Pero para aplicar esos 30 “selectimiles” de los que hablo sí podríamos, por ejemplo, poner un examen inspirado en el LSAT norteamericano (ahora que con la LOU cada centro puede organizar su selectividad: yo no veo ahí una de las barbaridades de la LOU); no sé si el “LSAT” español debería ser el mismo en todas las facultades de Derecho de España, pero casi me inclino por que sí (sería cuestión de acordarlo entre todas, para lo cual, por cierto –para esto y para un sinfín de cosas más– también sería bueno que existiese una asociación nacional de facultades del tipo de la *American Law Schools Association*, cuyas tareas e importancia van muchísimo más allá de las de nuestras bienintencionadas pero débiles conferencias de Decanos). Habría que promediar –ya veríamos en qué dosis– la nota de ese examen con la de los últimos años de la enseñanza media. Y al cuantificar esta última debería ponderarse según qué asignaturas estudió el candidato en bachiller: no está igualmente preparado para Derecho uno que estudió un bachiller “de letras” que otro que lo hizo “de ciencias” habiendo éste cursado, por ejemplo, algún año menos de historia o de lengua; también en EE. UU. –no lo dije– ponderan el perfil de lo cursado en el *College* de cara a la admisión en Derecho, privilegiando en algo el haber estudiado asignaturas que estimulan el dominio del lenguaje y la capacidad de razonamiento, y materias como historia, ciencia política, sociología, filosofía, lengua y literatura o economía. También podríamos presionar nosotros para que en las enseñanzas medias se estudiaran algunas nociones de Derecho (a los de Medicina les llegan estudiantes que algo saben de biología y ciencias; en otros campos –no en todos– pasa lo mismo; ¿por qué no también en Derecho?). Eso sería un mal sucedáneo, pero algo es algo, de los cursos allí llamados “pre-Derecho” –tampoco lo mencioné– que un estudiante puede escoger al final del *College* si piensa ir luego a Derecho (no es requisito, pero sí es tenido en cuenta en la admisión a Derecho). Sobre las entrevistas personales, currículum complementario, cartas de presentación, “ensayos”, etcétera, importar esto es ya más “delicado”, por subjetivo, menos “baremable”... pero tampoco creo que haya obstáculos legales insalvables para que en nuestras facultades de universidades públicas se constituyan comités de admisiones compuestos por “notables” y dotados de cierto margen de discre-

cionalidad para tener en cuenta estos “otros méritos”, si los hay, en casos de empate o cercanos al empate.

En fin, dejando aparte las “grandes cuestiones” que surgen acerca de si debemos o no seleccionar a nuestros estudiantes, para lo que aquí más me interesa (la relación entre la calidad de los estudiantes debido a su selectividad académica y el buen funcionamiento de un concreto método docente de tipo norteamericano) mi conclusión es que sí, que debemos seleccionarlos en cuantías y de maneras como las que he apuntado, y que ello redundará directamente en un funcionamiento mucho mejor del método. Pero, sobre todo, que si esa selectividad no fuera posible, o mientras no se llegara a implantar, estoy convencido de que la ausencia de este factor, que es importantísima (más que en otros métodos, porque éste descansa más en el trabajo y participación del estudiante), no impediría en absoluto establecer ese método docente en España. Funcionará como buenamente pueda funcionar, no será como el de las más selectivas universidades norteamericanas, pero puede ser bueno y desde luego mucho mejor que el actual. Esto no es cuestión de todo o nada. Tampoco los profesores dominamos este método, y eso se notará, pero las carencias de unos y otros no van a suponer un fracaso estrepitoso.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Hay además una componenda que provisionalmente podemos ensayar: ofrecer este método, que supone una evaluación continua y mucho más trabajo día a día para el estudiante, a aquellos que voluntariamente se apunten a él, y dejando a quien no lo desee la posibilidad de cursar la asignatura del modo tradicional: manual a estudiar y nos vemos en el examen final. Por supuesto, se invita a estos otros a asistir también a clase y a participar en ella si lo desean. Pero manteniendo una cierta distinción; por ejemplo, que se sienten en el aula detrás de los “apuntados” al nuevo sistema, siendo con éstos fundamentalmente con los que uno monta el debate, y los otros, liberados de las obligaciones del *case method* –no han leído ni trabajado las sentencias o textos antes de ir a clase– quedan, porque así lo han elegido, con un cierto estatus de “público” o de “oyentes” (con derecho a voz, que poco ejercerán si no han leído, y sin sufrir interrogatorios del profesor). Quien, habiéndose apuntado al nuevo sistema, no cumpla después con sus exigencias, “siempre” tendrá abierta la posibilidad del manual más examen final (en todo momento uno se puede retirar del sistema o ser invitado a hacerlo por el profesor), pero en la dirección contraria no será posible cambiarse (la admisión al sistema se cierra después de un par de semanas iniciales del curso para que cada uno lo vea y decida). Esto no es ni mucho menos lo mismo que el conocido “seminario voluntario” como complemento de la docencia ordinaria, porque al sistema de *case method* se apuntará una buena porción de los matriculados, y en él se decide la nota final. La perspectiva de evitar el atracón del examen final (también puede haberlo en el nuevo sistema, pero como un factor más entre muchos otros), donde se la juegan a una

3) Además de por ser buenos estudiantes, el *case method* funciona allí porque los estudiantes están especialmente “motivados”, debido al menos a dos factores que pesan mucho más que en España. A la selectividad académica se añade otra selectividad, la económica: allí estudiar Derecho es carísimo.<sup>23</sup> De modo que no aumentar los gastos por suspender una asignatura (no digamos por “repetir” curso, algo prácticamente desconocido allí) es un poderoso estímulo adicional para que el estudiante de Derecho norteamericano, por muy brillante que sea, lleve además una vida parecida a la del licenciado español que prepara oposiciones de un nivel alto.<sup>24</sup>

sola carta, es un poderoso atractivo: quizá demasiado, y al principio se apunten muchos para evitarse el examen sin intención de trabajar duro, pero éstos desertarán por sí mismos o serán “expulsados” más pronto que tarde. De manera que, al final, los mejores estudiantes (¡también tenemos nosotros un buen número de estudiantes excelentes!), y los más motivados o interesados en la asignatura aunque sean menos buenos, estarán en el sistema, y se podrá funcionar con este grupo; pero los peores, los que entorpecen su funcionamiento, o no se apuntarán o se saldrán pronto de él (y no importa si son un porcentaje elevado: nos quedamos con los que valen y quieren). Esto no tiene nada de discriminatorio *track-system* ni de elitismo (nadie queda fuera por torpe, sino por vago o porque prefiere autoexcluirse). Lo injusto es más bien negar a los buenos y trabajadores un método mejor sin beneficio alguno para los otros. Estamos probando esto en mi Área en Alicante, y parece que funciona.

<sup>23</sup> En las 25 mejores facultades la matrícula cuesta unos 17.000 dólares al año (unos 10.000 en las públicas). Algo bajan según descendemos en el *ranking* de universidades, pero las 175 facultades acreditadas por la *American Bar Association* siguen siendo muchísimo más caras que nuestras universidades públicas. Si añadimos alojamiento y manutención (suelen estudiar lejos de casa), seguro médico privado (estoy hablando de Estados Unidos), libros, etc., los tres años de Derecho salen por lo menos 90.000 dólares (sin contar los cuatro años previos de *College*, de costes parecidos). Que no sólo los multimillonarios estudien Derecho se explica por un complejo sistema de créditos blandos y a largo plazo (la carta de admisión de una buena facultad sirve de garantía, pues se sabe que el graduado de ella tendrá trabajo inmediato y muy bien remunerado), becas públicas y sobre todo privadas (incluidas las de las propias universidades), cuentas de ahorro familiares abiertas casi desde que los hijos son *nasciturus*, empleos veraniegos o de fin de semana de los estudiantes, etc. Por supuesto que, a pesar de todo esto, grandes masas de la población quedan excluidas de los estudios universitarios, lo cual contribuye notablemente a las escandalosas desigualdades sociales de ese país; pero muchos estudiantes de clase media e incluso baja, no sin esfuerzo, pueden acceder si superan los requisitos académicos.

<sup>24</sup> Por si acaso –éste es otro factor “motivador”–, el régimen de permanencia es durísimo: sólo dos convocatorias, sólo se puede suspender una asignatura en primero, el “no presentado” equivale al suspenso... (esta dureza se relaja un poco al descender en

Sobre esto poco tengo que decir: simplemente que no estoy dispuesto a pagar el precio de esos precios por contribuir a un mejor funcionamiento de un método docente. Por lo demás, es que tampoco es necesario: las dosis en que pueda mejorar el funcionamiento del método atribuibles a ese estímulo resultan mínimas –demasiado indirectas, y hay muchos otros factores– en proporción al coste que en términos sociales supone una selectividad económica tan enorme.<sup>25</sup>

4) El otro factor-estímulo es más importante: la competitividad entre los estudiantes (no ya para el acceso, sino durante la carrera). Esto tiene que ver, por supuesto, con la “cultura” general, mucho más competitiva, de la sociedad estadounidense (el tópico es cierto), de la que también están imbuidos, yo diría que con creces, los estudiantes de Derecho (¡y los profesores!). Tiene aún más que ver con la importancia que para cada estudiante tiene el expediente académico que obtenga durante la carrera “en relación con el de sus compañeros” de cara a su futuro profesional y sus futuros ingresos. Sencillamente porque las empresas que contratan a los recién licenciados –típicamente, pero no sólo, los grandes despachos de abogados que funcionan como empresas: las *law firms*– buscan los mejores expedientes comparándolos dentro de cada promoción (mientras que aquí, para muchas salidas profesionales, el expediente es todavía –cada vez menos– irrelevante o secundario). Pero, encima, el sistema educativo fomenta la competitividad de muy diversas maneras.<sup>26</sup> En suma, estos estudiantes no estudian tanto para aprobar (eso se

el *ranking* de facultades). Sin llegar ni mucho menos a esto, yo sí endurecería en algo nuestro sistema: ya está bien de que el contribuyente financie al estudiante que se eterniza en la Facultad.

<sup>25</sup> Nuestro sistema tampoco es el más justo posible: todos los contribuyentes, incluidos los de rentas más bajas, financian la educación universitaria de un sector de estudiantes mayoritariamente de clase media o media-alta que en muchos casos podrían (sus familias) sufragar su coste real o una proporción mucho mayor; las tasas no atienden a la capacidad contributiva. Por un mejor sistema de becas iría la solución, pero también por aproximar las matrículas al coste real para quienes pueden pagarlo. El problema es, claro está, el de los fraudes en la declaración de la renta.

<sup>26</sup> La facultad colabora en la organización de auténticas “ferias” a las que acuden cazadores de talentos para ofrecer trabajo a los mejores entre los estudiantes del último año; los juicios simulados se organizan como auténticas competiciones por parejas que se enfrentan como defensoras de cada una de las partes en el hipotético pleito, con un sistema de eliminatorias que culmina en una “gran final” y una pareja cam-

da por descontado) cuanto para sacar mejores notas que los demás y situarse en los primeros puestos del *ranking* de su promoción.

Este ambiente tan competitivo es para el *case method* un arma de doble filo. Ciertamente, contribuye mucho a estimular el esfuerzo requerido al estudiante para que el método funcione, y a estimular su participación en el aula. Pero, además, enrarece las relaciones personales, en cuanto al trabajo fuera del aula, y obstaculiza otras formas de sana cooperación entre los estudiantes.<sup>27</sup> En el aula, puede llevar a que los estudiantes levanten la mano no ya con la intención de aprender participando en una sana confrontación intelectual, sino con el deseo mal disimulado de “derrotar” y, si es posible, ridiculizar ante el profesor y ante los demás compañeros a aquel que acaba de tener una intervención desafortunada o no supo contestar a la pregunta del profesor, sobre todo si este “compañero” es uno de sus más directos rivales en el *ranking* de su promoción: también en las intervenciones en clase el éxito depende de que se haga no ya un buen papel, sino un papel mejor que el de los demás.<sup>28</sup>

peona (hay a veces hasta premios en metálico); las revistas jurídicas de facultad, incluidas las más prestigiosas donde publican los grandes juristas norteamericanos, siempre han sido editadas por un consejo de redacción formado por estudiantes, y pertenecer a ese consejo equivale a algo similar –salvando las distancias– a aparecer en aquellos “cuadros de honor” con que se premiaba a los alumnos más destacados en nuestras escuelas (acceden a ese privilegiado consejo los cuatro o cinco mejores expedientes tras el primer año, o quienes vencen en un examen-oposición organizado para este fin); más aún: es que a menudo la calificación de cada estudiante en cada asignatura se hace depender de los resultados medios obtenidos por su grupo, y se les califica dándoles el porcentaje que ha estado por encima o por debajo.

<sup>27</sup> Una de esas formas, paradójicamente allí muy extendida –tal vez como reacción ante esa atmósfera competitiva–, y que sería bueno estimular aquí, es la formación de pequeños “grupos de estudio”, donde la colaboración es muy intensa. No es sólo que dos o tres compañeros se juntan en casa de uno para estudiar por la noche: los “grupos de estudio”, algo más numerosos, poseen una cierta organización y regularidad en su funcionamiento, se parecen más a un club informal. Vienen bien para nuestro método porque en su seno también se discute y argumenta (no es sólo estar juntos mientras cada uno “empolla” lo suyo).

<sup>28</sup> Por esto, y también porque la participación en clase es evaluada, y porque los profesores pueden tender a ensañarse en clase con el alumno que no hizo “los deberes”, que no sabe una pregunta o que dice una barbaridad, el método socrático puede degenerar en un ambiente represivo y demasiado “de colegio”. Algunos estudiantes

¿Incorporamos a la versión española del modelo norteamericano el estímulo de la competitividad? Desde luego no la estadounidense: los problemas que conlleva no nos compensan, y además no sería muy factible en nuestro contexto, no nos va ni nos gusta. Pero, si la discusión en el aula generara –yo creo que lo hace por sí misma– unas ligeras dosis de mayor competitividad entre nuestros estudiantes –si es que ahora hay alguna–, yo no lo deploraría. Unas gotitas de competencia controlada entre ellos no sería malo. Al menos –y eso sí lo puede provocar el profesor– en un sentido positivo: no ensañarse con los malos pero sí reconocer públicamente en clase a los buenos estudiantes, a las buenas intervenciones. Creo que existe tal cosa como la “sana envidia”, y que los estudiantes la sientan de quienes son mejores puede ayudar a que se esfuercen más.

5) Además de las económicas y de la competitividad, hay también otras razones de las “menos nobles” que explican el funcionamiento del método socrático en Estados Unidos. La participación del estudiante, y un buen nivel en sus intervenciones, se estimula de modo artificial porque el estudiante sabe que de la frecuencia y calidad de sus actuaciones en clase depende en buena medida su nota final en esa asignatura (1), y porque muchas de las preguntas del examen tendrán que ver directamente con lo que ha ocurrido durante la discusión en el aula (2). La asistencia a clase es obligatoria (3), y la participación de hecho casi también (4). Muchas veces los estudiantes tienen asignado un asiento fijo en clase, y durante la clase los profesores tienen delante un diagrama del aula con los nombres de los estudiantes que ocupan cada asiento

(o muchos) pueden padecer un sentimiento agobiante de temor ante la posibilidad de “ser llamados” por el profesor y verse expuestos así al fracaso en público, a una cierta humillación ante el profesor y ante sus compañeros; la asistencia a clase puede convertirse para ellos en una experiencia diaria de tensión y angustia, que explica la aparición de prácticas como el llamado “*backbenching*” o el “*no-hassle pass*”. El verbo “*to backbench*”, acuñado hace ya tiempo en la jerga estudiantil, alude a la práctica de agazaparse semiclandestinamente en los bancos del fondo del aula, con la esperanza de eludir así el peligro de ser llamado a intervenir. El “*no-hassle pass*” evoca los “*Miranda rights*” (los derechos del detenido reconocidos en *Miranda vs. Arizona*): es el “derecho a no hablar” si el profesor te pregunta, sin dar explicaciones ni soportar una posible presión para contestar; el estudiante dice “paso” y el profesor debe dirigirse rápidamente y con toda naturalidad a otro estudiante.

(incluso con su fotografía), de manera que toman buena nota de cuánto y cómo interviene cada uno, e incluso pueden seleccionar a quién dirigir sus preguntas sin esperar a que aparezcan voluntarios (5).

Yo incorporaría estas cinco cosas prácticamente tal cual. Pienso que son más necesarias aún aquí que allí, porque no tenemos el tipo de estudiante que tienen ellos. Sin “incentivos” de este estilo, el método no va a funcionar bien, sobre todo en los primeros tiempos. ¿Que queda muy “de colegio”, muy “policial”? No me importa. Se trata de un sistema de evaluación (y trabajo del estudiante) continua (si es que se mantiene un examen final, yo no le daría un peso mayor de, digamos, un 20% de la nota), y hay que obligar a trabajar, y controlar si se trabaja y quién trabaja. Nuestros estudiantes no están acostumbrados a esto, y conviene, al menos en un principio, empezar “fuerte”. Ya se verá después si uno se puede permitir relajar este control, en función de si “responden”, y también del número de estudiantes que tengamos. Por supuesto que el sistema tiene mucho de “tomar la lección” casi semanalmente: durante la discusión en clase, revisando los *casebriefs* y otros “deberes” o preguntas que encargamos para un día posterior, haciendo en clase brevísimos “miniexámenes” por sorpresa... De modo que, al final, ya no necesitamos “el” examen para conocer y evaluar a nuestros alumnos. Yo siempre he tenido claro que “el truco” de los colegios privados y de las universidades privadas “de toda la vida” (además de la “trampa” de seleccionar mucho en la admisión, de lo cual ya he hablado antes) no es obviamente una plantilla de profesores de mejor calidad, sino un mayor control sobre el alumno: le hacen trabajar de forma más “sostenida”. No veo por qué la universidad pública no puede introducir mecanismos en esa dirección. ¿Es “poco estético”, “poco progre”, “de colegio de curas”? ¿Es “paternalista”, “autoritario”, es tratar a los estudiantes como niños? Me da igual que me digan eso. Puedo revestirlo con otro aire: si un enfoque del Derecho y un método para su docencia que es superior por ser sustantivamente más “metodológico”, “argumentativo” e “instrumental”, lo aplicamos con estos mecanismos de “evaluación continua”, tendremos una enseñanza menos memorística, menos formalista, más práctica, más participativa, más crítica... en suma, de mayor calidad.

**3. EDUCACIÓN EN FINES, VALORES Y ACTITUDES (FUNCIÓN CRÍTICA, NIVEL 1)**

La formación “metodológica” de tipo norteamericano que definiendo capacitaría sin duda a los estudiantes para un ejercicio profesional práctico mucho más activo, en el cual el jurista estaría dotado de poderosas armas argumentativas para un más hábil manejo de la herramienta jurídica. Enseñemos, sí, a manipular el Derecho, en lugar de una enseñanza memorística y formalista que resulta paralizante porque proporciona una visión demasiado “granítica”, determinada, del Derecho, cuando éste en realidad es mucho más “plástico”. Esto es ya un gran avance: tendremos juristas técnicamente mejores. Pero, en el fondo, no es más que la satisfacción de un prerequisite necesario para abrir las puertas a lo que a mí más me interesa. Supone una “liberación de energías”, pero esas energías argumentativas de nada sirven –pueden ser hasta peligrosas– si no se “orientan” hacia buenas direcciones (manipular el Derecho, sí, pero ¿para hacer qué?). Dicha orientación ha de ser de naturaleza abiertamente político-moral. Se trata de formar juristas comprometidos con una tarea políticamente crítica y transformadora ante las injusticias del presente. Pero tanto esa crítica como esa dirección transformadora, constructiva, ha de estar sustentada en valores justificados. Hay que provocar en el estudiante, ciertamente, una “actitud” emocional de compromiso hacia “la justicia” o hacia ciertos valores: sin esto, sin una educación en “sentimientos morales”, nada hay que hacer. Pero hay que dotar además a ese estudiante político-moralmente “bienintencionado” de una formación “teórica” que, por un lado, lo oriente en la determinación del sentido de su compromiso moral (o, al menos, que lo “desoriente”, lo disuada intelectual y “valorativamente”, de direcciones perversas); y que, por otro lado, le permita justificar racionalmente, antes que nada ante sí mismo, y también ante los demás, las opciones valorativas que él tome. Esa formación teórica ha de consistir, por supuesto, en una reflexión profunda acerca de las “grandes cuestiones” políticas, filosóficas y morales; pero tampoco aquí el discurso teórico debería quedarse en un vacío especulativo: esa enseñanza en teoría social y en filosofía política y moral ha de venir referida al Derecho y al orden social, y no sólo en abstracto, ha de venir referida a nuestro Derecho actual, a nuestro orden social, y a las posibilidades de su transformación o mejora pero partiendo del

presente. Por eso, aunque un bagaje teórico más abstracto sea imprescindible en una enseñanza “filosófica” (en sentido muy amplio) más especializada sobre “los fundamentos”, hay que enseñar al estudiante a “usar” ese bagaje en el conjunto de sus estudios, porque lo importante es que esa apertura hacia la dimensión político-moral que le sirva de guía no quede escindida sino que se incorpore en la enseñanza de cada asignatura de Derecho positivo (para ello no es necesario que el profesor de Derecho Mercantil, por ejemplo, domine a Habermas: basta con que muestre al estudiante la dimensión política y moral de las actuales reglas del juego jurídicas del mercado, y que las muestre no como inamovibles ni “naturales” sino como fruto de opciones humanas que podrían ser otras, y dando pistas sobre esas “otras”, y justificándolas argumentativamente). Por eso hay que “fundir”, en la mayor medida posible, este “nivel 1”, político-moral, en el seno del “nivel 2”, el argumentativo, jurídico, práctico: argumentación jurídica, pero con un norte valorativo. En definitiva, se trata de formar juristas “con principios”, pero que además sepan traducir esos principios a, y usarlos como guía en, su trabajo cotidiano como juristas que operan en “este” mundo. A todo esto me refería cuando hablaba al principio de la formación de juristas no sólo “técnicamente competentes”, sino también, y sobre todo, “política y moralmente bien orientados”. Lograrlo al cien por ciento puede que sea un ideal inalcanzable, pero eso no significa que no podamos adoptarlo como ideal regulativo de nuestra docencia hacia el que sí podemos avanzar. De todo esto me ocuparé en este tercer y último apartado.

El primer paso será abrirles los ojos hacia la dimensión valorativa, político-moral, del Derecho. En última instancia, la cerrazón respecto de esa dimensión –más incluso que respecto de la dimensión “social”– es el núcleo duro de aquello a lo que me refiero cuando hablo, en un sentido más amplio del habitual, de “formalismo”, y esa cerrazón es lo que menos me gusta del formalismo. He hablado muchísimo de la enseñanza del Derecho en Estados Unidos, y no sólo he elogiado sus virtudes sino que también he expuesto sus defectos, y además las dificultades (no insalvables) concretas que surgen para adaptarlo a nuestro país aquí y ahora. Pero no he dicho todavía por qué mi propuesta ideal, aunque se le parece, no se identifica ni mucho menos con el modelo norteamericano. Dejando aparte aspectos más o menos concretos (algunos no de simple “detalle”)

que ya he ido desgranando, la gran diferencia, la de fondo, entre lo que yo defiendo y el sistema estadounidense, radica precisamente en que, aunque les sorprenda a ustedes, yo sigo viendo el sistema norteamericano como demasiado “formalista”, en el sentido de no todavía suficientemente abierto a valores (aunque lo esté más que el nuestro). La conciencia de la plasticidad del Derecho que proporciona una formación argumentativa posibilita pero no necesariamente incorpora la conciencia de que detrás de esas maniobras conceptuales y argumentativas de los juristas (teóricos y prácticos), supuestamente “técnicas”, no hay sino opciones “valorativas” de naturaleza política y moral; maniobras y opciones que podrían haber sido otras, y además valorativamente mejores. Mostrar eso explícitamente a los estudiantes, así como las consecuencias económicas, sociales, políticas y morales tanto de las opciones realmente tomadas como de las bien distintas que cabría tomar, ha de ser un tema central en una enseñanza crítica del Derecho.

### 3.1. UN MODELO DE ENSEÑANZA NO FORMALISTA-CLÁSICO

En primer lugar, hay que advertir que un *case method* de tipo norteamericano, por muy centrado en sentencias y muy “argumentativo” que sea, es susceptible de ser tratado de un modo formalista; incluso, de un modo formalista en un sentido muy clásico, tradicional (no sólo en el más amplio al que yo me refiero). No sólo es en teoría susceptible de eso: es que así ha ocurrido históricamente (aunque, desde luego, nunca llegó a los excesos del formalismo europeo). El *case method* era formalista en sus inicios langdellianos (1870); lo siguió siendo hasta la “revuelta” de los realistas en los años veinte y treinta; y de esta tradición formalista “clásica” aún queda mucha huella hoy en día, incluso si concedemos que no es ya el enfoque dominante. Era formalista al menos por dos razones:

a) El estudio de sentencias concretas no era más que la vía para abstraer y construir, a partir de ese material casuístico en bruto y desordenado, “un sistema completo y lógicamente consistente de reglas, doctrinas, conceptos y principios de carácter general y abstracto”, que es en lo que, según Langdell, consiste verdaderamente el Derecho (las sentencias no serían más que manifestaciones, plasmaciones concretas,

de esas reglas, doctrinas y principios, y el papel de la ciencia jurídica consiste en sistematizarlos).<sup>29</sup> Aunque se tratara de casos “reales”, debía hacerse pues abstracción del contexto particular (social, económico, político, etc.) de los casos, y centrarse en la regla, doctrina o principio que hubiera detrás de la *ratio decidendi*. Una vez establecida esa regla, doctrina o principio (supuestamente extraíble, “deslindable” de los meros *dicta*, de un modo técnico, sin valoración alguna), los jueces debían respetarla escrupulosamente “y aplicarla mecánicamente” a los casos futuros (“con constante facilidad y seguridad a la madeja siempre enredada de los asuntos humanos”, escribió Langdell: rigurosa vinculación al precedente, doctrina rígida del *stare decisis*). Se suponía que las normas jurisprudenciales casi siempre proporcionaban, por mera deducción lógica y sin discrecionalidad del intérprete, únicas respuestas correctas. En el “libro de casos” para la docencia sólo se incluían casos “paradigmáticos”, las principales sentencias en cuya fundamentación jurídica se expresara, con consistencia lógica, una determinada “línea jurisprudencial” (interesaba mostrarlos y estudiarlos en su secuencia lógica, más que cronológica o histórica); si hubiera casos contradictorios con esa línea coherente, se ocultaban o se minimizaba su importancia tachándolos de meras “anomalías”, ofreciéndose así una imagen sistemática de este Derecho jurisprudencial.<sup>30</sup> De modo que, a estos casos “canónicos” incluidos en los

<sup>29</sup> Recuérdese la cita de Langdell (*supra*, nota 11): “El Derecho, considerado como una ciencia...”; las doctrinas jurisprudenciales han de ser “clasificadas y dispuestas de forma tal que cada una pudiera encontrarse en su lugar apropiado y no en otro”; “la inmensa mayoría [de casos] son inútiles, o peor que inútiles, para cualquier propósito de estudio sistemático” (cursivas mías).

<sup>30</sup> En lo de “o peor que inútiles [para un estudio sistemático]” está la trampa formalista: cuando me encuentro sentencias que contradicen la consistencia lógica del sistema, y la univocidad de la “respuesta correcta” que cabe extraer de él, prescindo de ellos sin más, porque “molestan” al objetivo de transmitir una (falsa) representación del Derecho como dotado de “determinación” y “certeza”. Se entiende así que el anti-formalista juez Holmes escribiera: “El ideal jurídico del Sr. Langdell, la finalidad de todos sus esfuerzos, es la *elegantia juris* o la integridad lógica del sistema en cuanto sistema. Él es, quizá, el mayor teólogo jurídico vivo. Pero, como teólogo, no está tan preocupado por sus postulados como por mostrar que las conclusiones derivadas de ellos permanecen ligadas entre sí” (HOLMES, Oliver Wendell, “Review of Langdell’s *A Selection of Cases on the Law of Contracts*”, en *14 American Law School Review*, 233 [1880]).

*casebooks*, se les atribuía un carácter normativo general que los hacía susceptibles de un tratamiento casi tan formalista, aunque fueran sentencias, como el que daría un jurista continental del siglo XIX a los artículos de un código. Y sobre todo: la idea de enseñar a “pensar como juristas” partía de una concepción del razonamiento jurídico como razonamiento lógico-formal, no como razonamiento instrumental en términos de “*policy*” u objetivos sociales a alcanzar, ni menos aún como razonamiento en términos de discurso abiertamente valorativo de carácter político-moral. En todo esto se perciben muchos rasgos del formalismo: el énfasis en la generalidad y abstracción del Derecho; el énfasis en la “sistematicidad” del Derecho (carente de lagunas y antinomias); la confianza en su certeza y “predecibilidad” en cuanto que es aplicable mecánicamente, deductivamente (sin discrecionalidad judicial, sin atender a valoraciones morales o de utilidad social introducidas por el intérprete).

b) En cuanto a la ciencia jurídica, el *case method* aislaba el estudio del Derecho del resto de disciplinas sociales, para mantener así el carácter científico autónomo y “puro” de la “Ciencia” jurídica. El Derecho sólo constaba de principios y doctrinas jurídicas, y en las facultades de Derecho la “dieta” de los estudiantes debía estar compuesta exclusivamente por los casos en que éstas aparecía. La ciencia política, la historia, la sociología o la economía debían confinarse en otras facultades. Y la experimentación sociológico-jurídica empírica y cualquier referencia al entorno social también debía quedar fuera de las facultades de Derecho.

Por supuesto que no es este formalismo jurisprudencial lo que yo deseo importar de Estados Unidos. Por centrarme en el elemento clave: me gusta eso de “enseñar a pensar como juristas” (el enfoque argumentativo), por lo cual, si entre formalismos tuviera que elegir, me quedaría, como mal menor, con el “langdelliano” en comparación con el europeo clásico en la enseñanza. Pero no me gusta nada ese eslogan cuando viene referido al razonamiento jurídico entendido estrictamente como razonamiento lógico-formal, como si éste fuera suficiente para obtener respuestas jurídicas de un modo mecánico, ocultando la argumentación sustantiva y la “inescapabilidad” de tomar opciones valorativas<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Ojo: esto no tiene nada que ver con sostener la estupidez de que hay que prescindir de la lógica en el Derecho y su enseñanza (¡a ir por ahí incurriendo en contradicciones

### 3.2. UN MODELO DE ENSEÑANZA NO “NEOFORMALISTA” DE “POLICY”

Me gusta bastante más, porque es más “frágil” para introducir lo que yo quiero (la dimensión político-moral), un modelo de enseñanza para España que se parezca al *case method* tal y como viene siendo entendido hoy en día en el enfoque dominante de la enseñanza del Derecho en Estados Unidos. Pero ese enfoque hoy dominante sigue estando todavía lejos, muy lejos, de lo que yo defiendo.

El enfoque al que me refiero (aquí no nos importa hasta qué punto es o no allí “el dominante”; dejémoslo en “el de la ‘mejor’ enseñanza del Derecho” de allí), aunque no ha perdido del todo la huella del formalismo clásico, es mucho más “sustantivo”: el enfoque argumentativo de la enseñanza –lo de “pensar como juristas”– se entiende ahora no sólo en el sentido de razonamiento lógico-formal, sino que se abre también a argumentos materiales en términos de “*policies*”, de “políticas públicas” u objetivos (directrices) de utilidad social (socioeconómicos, culturales, de “política jurídica”, etc.). Se enseña una especie de “jurisprudencia (ciencia jurídica) sociológica”, un “*policy analysis*” que es el legado –en mi opinión, descafeinado– que dejó la crítica al formalismo realizada por el movimiento Realista. La certeza y neutralidad valorativa del razonamiento jurídico que se ha perdido tras la crítica al formalismo clásico –éste ha quedado un tanto desprestigiado– se intenta hoy recuperar reformulándolo en términos “funcionales” más que “forma-

y en falacias lógicas!). La argumentación lógica es un primer ingrediente de mi “enfoque argumentativo”; lo único que defiendo es su insuficiencia, que no basta sólo con ella, que la argumentación jurídica es muchísimo más que la lógica. Lo que defiendo tampoco es la majadería “pseudoprogre”, en cierto sentido aún peor, de acusar a la lógica por ser “de derechas”. Lo que es conservador (conservador de lo que haya, sea éste un Derecho de derechas o de izquierdas) es otra cosa: es presentar el razonamiento jurídico como “sólo” lógico-formal y por lo tanto incapacitar al estudiante-jurista para la defensa de interpretaciones alternativas y políticamente heterodoxas respecto de las lógicamente extraíbles a partir de una determinación literal –o rendida de antemano a las convenciones interpretativas dominantes– de las premisas. Claro que al final hay que dar un paso lógico (tampoco siempre), que en realidad es trivial (aunque puede resultar técnicamente muy sofisticado), desde las premisas hasta la conclusión. Lo “político” (y moral) está en la argumentación para determinar las premisas. Pero sobre eso –obvio es, pero hay que recordárselo a algunos– la lógica no tiene nada que decir ni lo pretende: no es pues, ni de derechas, ni de izquierdas. Ni siquiera es de centro.

les". En muchos casos el Derecho no se enseña tanto "como un cuerpo autoritativo de doctrina" cuanto

"como un instrumento de *policy* política, económica y social" (...) Los docentes americanos acentúan la necesidad de buscar, por detrás de las reglas impresas, "los problemas subyacentes de política social y de administración práctica" (...) "[Los estudiantes] aprenden a ver el Derecho como un instrumento que está continuamente remodelando la sociedad y la economía americana. Dado que los jueces americanos, al escribir sus sentencias, tienden a discutir las *policies* políticas, económicas y sociales que tienen que ver con sus decisiones, los estudiantes que han hecho de esas sentencias la base principal de su trabajo durante tres años tienden naturalmente a pensar en la significación de reglas y decisiones jurídicas particulares en términos de *policies*".<sup>32</sup>

¿Por qué no termina de gustarme este otro enfoque (aunque ojalá tuviéramos más de él en España)? Porque este tipo de "*policy analysis*" no está suficientemente elaborado ni justificado desde un punto de vista teórico general (y tampoco está suficientemente apoyado por la investigación empírica). Le falta el techo (y le falta el suelo). Es el "nivel intermedio" que también padece la enseñanza del Derecho norteamericana, aunque allí esté situado en este otro terreno. Las razones "de *policy*" no se discuten ni argumentan seriamente: no con sus verdaderas implicaciones de carácter moral y político (me refiero a "Político" con mayúscula, *politics*, y no al sentido tecnocrático de *policy* o "políticas públicas" en plural). Tampoco se sustentan empíricamente. Más bien se afirman, sin mucho más, de forma breve y superficial, apelando a un supuesto consenso general sobre determinados valores utilitarios ("la eficiencia en la asignación de recursos", "la seguridad del tráfico jurídico", "la defensa de la libre competencia y la productividad..."), o a una supuesta tendencia

<sup>32</sup> ATIYAH, P. S. y Robert S. SUMMERS, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, Clarendon, 1987, pp. 390-91, citando a Cavers. Un claro síntoma de que el enfoque actual de la enseñanza del Derecho en Estados Unidos ya no es el del formalismo "duro" de Langdell, es el paso del *casebook* tradicional a los libros de "*cases and materials*" a los que antes aludí: entre esos *materials* se introducen consideraciones interdisciplinarias, ya no estrictamente jurídico-formales, sobre el contexto sociológico, económico, histórico, etc. de los casos, donde se plantean las cuestiones "de *policy*" que están en juego en la resolución de cada caso.

“cuasi-inevitable” –o sin “cuasi”– de desarrollo histórico (“el crecimiento económico”, “la mayor especialización del trabajo”, “la creciente globalización económica y cultural”...). Cuidado: no es que no me guste –que no me gusta– el tufillo neoliberal-conservador de los “contenidos” concretos que hay detrás de estas etiquetas. Aunque fuesen otros, lo que de verdad deploro es que esos valores y tendencias se presenten en la docencia como constituyentes de una especie de “sentido común” que se da por descontado y no se problematiza críticamente. Se presentan como una especie de “racionalidad funcional” que parece “inmanente” al ordenamiento jurídico y que supuestamente puede resolver los problemas de indeterminación lingüística y valorativa del Derecho, pues se confía en que el jurista-tecnócrata –el jurista-ingeniero social– que maneje con habilidad las técnicas del “*policy analysis*” será capaz de “descubrir” las soluciones socialmente óptimas para prácticamente todos los problemas jurídicos.<sup>33</sup> La racionalidad técnica despolitizada y “desmoralizada” de esos argumentos de *policy* relativamente estandarizados y “acríticamente” asumidos sigue ocultando las “grandes cuestiones” controvertidas de carácter genuinamente moral y “Político” en sentido fuerte sobre los términos básicos del orden social y la posibilidad de su transformación.<sup>34</sup>

Así, el *policy analysis* se convierte a menudo en una puerta falsa a través de la cual se ha introducido un nuevo tipo de “formalismo”, en

<sup>33</sup> Como decía Tarello, esta “jurisprudencia sociológica” [y también el llamado “análisis económico del Derecho”, añadido yo] indica “esos modos de hacer doctrina jurídica y esos modos de juzgar [y de enseñar, añadido también] por los que se extrae subrepticamente una conclusión jurídica de una premisa ficticia, asignando arbitrariamente carácter normativo a tales premisas que el intérprete o el juez [o el docente] gusta asumir denominándolos ‘hechos sociales’ o ‘la realidad social’” (TARELLO, Giovanni, “La sociologia nella giurisprudenza”, en *Sociologia del diritto*, 1974/I, p. 47). Me temo que mucho de esto es lo que ocurre en España cuando el profesor, en el mejor de los casos, deseando alejarse del formalismo, invoca “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”.

<sup>34</sup> El horizonte moral oculto de este enfoque de *policy*, que lo tiene, vaya si lo tiene, es el de un crudo relativismo utilitarista que identifica la moral con la moral socialmente vigente, sea cual sea ésta (o peor aún: con los deseos e intereses, con las “demandas sociales” –sean las que sean–, más que con los “valores sociales”): “El primer requisito de un *buen* cuerpo de Derecho –escribió el juez Holmes (al menos él sí lo explicita)– es que éste debe corresponder con los sentimientos y demandas reales de la comunidad, *sean justos o injustos [right or wrong]*”. HOLMES, Oliver Wendell, *The Common Law*, Boston, Little, Brown & Co., 1881, p. 41 (cursivas mías).

el sentido de que se sigue manteniendo una clara distinción entre, por un lado, el discurso jurídico supuestamente neutral y todavía marcadamente riguroso y determinado (aunque ya no se trate de la racionalidad lógico-deductiva del formalismo clásico) y, por otro lado, el discurso valorativo, abiertamente político-moral, que queda desterrado de aquél cuando está en realidad en la raíz de la argumentación y de las controversias jurídicas. Por eso el *policy analysis* sigue siendo formalista (o, si se prefiere, “neoformalista”). Roberto Unger expresa así ese sentido más amplio de “formalismo” al que me refiero:

Por formalismo yo no me refiero a lo que normalmente se entiende por este término: la creencia en la disponibilidad de un método deductivo o cuasideductivo capaz de dar soluciones determinadas a problemas particulares de decisión jurídica. Formalismo, en este contexto, es un compromiso con, y por tanto también una creencia en, la posibilidad de un método de justificación jurídica que contrasta con disputas abiertas [*open-ended*] acerca de los términos básicos de la vida social, disputas que la gente llama ideológicas, filosóficas o visionarias. Esos conflictos están bien lejos del canon celosamente guardado de inferencia y argumentación que el formalista atribuye al análisis jurídico. Este formalismo sostiene que fines, *policies* y principios son componentes indispensables del razonamiento jurídico. El formalismo en el sentido convencional –la búsqueda de un método deductivo a partir de un sistema de reglas sin lagunas– es solamente el caso anómalo, límite, de esta jurisprudencia. (...) La doctrina jurídica puede existir, según la visión formalista, debido a un contraste entre la racionalidad más determinada del análisis jurídico y la racionalidad menos determinada de las disputas ideológicas.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> UNGER, Roberto M., *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard University Press, 1983, pp. 1-2. La última frase de esta cita, al criticar ese contraste trazado por el formalismo, es en mi opinión una exageración si no se matiza, porque podría entenderse como una tajante negación de la idea de que la racionalidad jurídica sea *en algo* más determinada que la racionalidad del discurso político y moral, y hasta ahí yo no llego. Yo pienso, con Unger, y frente a esa escisión formalista, que el razonamiento jurídico no es efectivamente sino un “caso especial” del razonamiento práctico (moral) general; y, en un contexto que me parece demasiado formalista como es el de la enseñanza del Derecho en España, quiero enfatizar mucho más que es “un caso de”, y no tanto lo que tiene de “especial” (que es lo que exageran los formalistas). Pero quiero que mi énfasis no se entienda como que rechazo “a la brava” la especialidad que presenta el razonamiento jurídico respecto del político-moral. Por su-

Centrémonos de nuevo en nuestro elemento clave: el de enseñar a “pensar como juristas”. Respecto de una comprensión formalista-clásica de este eslogan, ya he dicho que lo que no me gusta es que por “pensar” se entienda “sólo” el razonamiento lógico-formal. Ahora quiero añadir algo más respecto de la comprensión “actual” del eslogan. Lo que se pide, y no me gusta, es enseñar a “pensar como juristas”... y no como simples mortales, con sus sentimientos y actitudes políticas y morales. Y menos aún “se educan” esas actitudes: no se enseña a articularlas racionalmente traduciéndolas a principios y valores asumidos y defendibles por el estudiante no como una mera opción emotiva sino como el fruto de una reflexión que le permita justificarlos. Todo esto queda fuera de la enseñanza, también cuando ésta es enfocada al modo “neoformalista” del *policy analysis*. Este último enfoque es desde luego “superior” al formalista clásico, porque es cierto que aquí el razonamiento político-moral se acaricia (por supuesto que el razonamiento sustantivo en términos de utilidad social es “potencialmente” mucho más permeable que el formal para, como he dicho, introducir la dimensión político-moral, por más que se intente “despolitizarlo” con ropajes tecnocráticos de ingeniería social). A veces, incluso hace acto de presencia en la enseñanza. Lo malo es que se trata, cuando las hay, de incursiones esporádicas, periféricas, y que encima son tratadas de un modo que transmite al estudiante el mensaje de su carácter de razonamiento “blando” –si es que es razonamiento y no mero sentimiento–, y además nada central para la formación y el trabajo del “Jurista”. Las mayorías de las veces, en cambio, ese supuestamente “otro” razonamiento se queda simplemente en el umbral del aula, se hurta a los estudiantes, y sólo los más avisados intuyen al menos que bajo el disfraz de toda esa retórica tecnocrática

puesto que el marco institucional en el que se desarrolla el razonamiento jurídico hace de éste algo no identificable sin más con el discurso moral. Lo que critico como “formalista” es el abismo que muchos ven entre una racionalidad jurídica en altas dosis supuestamente objetiva, neutral, avalorativa, rigurosa y “científica”, y una racionalidad moral que, o bien simplemente se niega (“en moral y en política no hay rigor posible, todo es subjetivo, cada uno que opine porque todo vale, son sentimientos más que razón”), o en todo caso se considera (pongamos cuantificadores para matizar las palabras de Unger) “mucho menos determinada” que la jurídica, ya que ésta es “muy determinada” aunque se reconozca que el Derecho no son matemáticas ni lógica deductiva. Y, sobre todo, lo que critico es la separación entre ambas.

hay un cuerpo de valoraciones morales y políticas lleno de seductoras curvas al que se le está intentando tapar sus “vergüenzas”. “Pensar como juristas” se queda en dominar técnicas de “razonamiento instrumental” sobre los medios; y se elude entrar “de verdad” en el cuestionamiento de los fines, en el terreno de una “racionalidad de fines y valores” que les permita criticar algunos y justificar otros.<sup>36</sup>

La idea de “razonamiento jurídico” se toma demasiado en serio, entendiéndose como un modo mistificado y distintivo de análisis que es patrimonio exclusivo de la comunidad jurídica y que poco tiene que ver con el razonamiento práctico general.<sup>37</sup> Inculcar en los estudiantes la mentalidad, tan “de jurista”, de la (falsa) autonomía del discurso jurídico respecto del político-moral, conlleva hacerles creer que el Mr. Hyde político que llevan dentro –si es que lo llevan, mejor sería que no– es un salvaje irracional que deben reprimir o, en todo caso, que deben guardar en el armario cuando se pongan la toga de técnico del Derecho y se conviertan gracias a ella en un racional y morigerado Dr. Jekyll. Y esto supone inculcarles una mentalidad política, y muy política: la mentalidad políticamente conservadora del “jurista apolítico”, el cual eleva a “neutrales” y “necesarias” las opciones –en realidad políticas– subyacentes a la representación dominante del Derecho. Al excluir las consideraciones políticas y morales en la enseñanza, se está desmovilizando

<sup>36</sup> Con esto no estoy despreciando ahora –¡después de haberlo defendido hasta la saciedad!– el enorme valor práctico, e incluso intelectual y político-moral, que potencialmente (y a veces también de hecho) tiene una formación “metodológica” orientada a las habilidades y aptitudes del “jurista”: “Uno no debería exaltar estas habilidades, pero tampoco denigrarlas. En comparación con la tendencia del estudiante de primero a dar bandazos entre el formalismo y la mera intuición sobre la equidad, representan un avance intelectual real. Los abogados realmente las utilizan en la práctica. Y, empleadas conscientemente, de manera adecuada, tienen mordiente ‘crítica’. Son una ayuda para pensar sobre política, ‘public policy’, y discurso ético en general, porque muestran la indeterminación y la ‘manipulabilidad’ de ideas e instituciones centrales para el liberalismo” (KENNEDY, Duncan, op. cit., p. 16).

<sup>37</sup> “[U]n modelo especial de razonamiento que es capaz de llevamos de premisas jurídicas (por ej, precedentes, nociones de derechos, o de “policy” social) a respuestas determinadas, a soluciones determinadas para casos particulares, sin recurrir a una opción política o ética. Esta tesis acerca del razonamiento jurídico –la de que es autónomo respecto de las opciones políticas y éticas– es una falsedad” (KLARE, Karl, “The Law School Curriculum in the 1980’s: What’s Left?”, en *Journal of Legal Education*, vol. 32, pp. 339-40).

a los futuros juristas a la hora de cuestionarse política y moralmente lo que están aprendiendo, y se está obstaculizando su creatividad para buscar nuevas visiones posibles del universo jurídico.<sup>38</sup> Es por esto por lo que resulta imprescindible fusionar, en la enseñanza “argumentativa”, este “nivel 1” de educación en valores, con su función crítica (y también constructiva).

### 3.3. UN MODELO DE ENSEÑANZA “INSTRUMENTALISTA”...

Hay sin embargo un elemento fundamental en el modelo de enseñanza del Derecho que yo defiendo y que resulta que, básicamente, lo comparte también el enfoque que acabo de criticar por “neoformalista”. Me refiero al carácter “instrumental” de la visión del Derecho, de la mentalidad jurídica, que debemos inculcar. La gran diferencia, como se verá después, es que mi instrumentalismo no es “crudo”: no es apolítico; ni es amoral; ni siquiera descansa en una moral utilitarista. No es “neoformalista”.

Un enfoque “instrumentalista” es a la vez una visión descriptiva y una actitud “prescriptiva” acerca del Derecho y de su uso. Significa que el Derecho (y, en principio, cada una de sus reglas y formas) es visto (descrito), y debe ser empleado, como un instrumento, como un medio (un conjunto de medios) deliberadamente diseñado por el hombre para la satisfacción de ciertos fines que son extrínsecos al propio Derecho. Esto se afirma frente a visiones del Derecho como un fin en sí mismo: por ejemplo, el Derecho como expresión (“iusnaturalista”) de “la Razón”, o de un solo sistema coherente de valores objetivos y absolutos unívocamente determinados; o como expresión (“iuspositivista”-“imperativista”, “voluntarista”) de la libre voluntad de un poder soberano, también si es democrático; o como expresión de “la Historia”, de un implacable devenir histórico en el que se despliega como su motor un “espíritu” (el “hegeliano”, el “del pueblo” “savigniano”...) o una menos metafísica (?) “necesidad” materialista-histórica... devenir que a la vez determina

<sup>38</sup> “Les paralizamos como pensadores acerca del Derecho (...) Impartir tales creencias en la necesidad autónoma del razonamiento jurídico es negar a nuestros estudiantes el acceso a la idea de que sólo pueden comprender el Derecho, y trabajar creativamente con sus reglas, al situarlas en su contexto político, moral y cultural” (KLARE, *ibíd.*).

y al que sirve el Derecho siendo ése su fin intrínseco; o como simples normas dotadas de autoridad legítima a las que aceptamos someternos... Para el "instrumentalista", en cambio, el Derecho carece de hecho, y en todo caso debe carecer (o al menos debemos "representarlo" como carente) de fines sustantivos propios, por más que a menudo "declare" –es obvio que lo hace– ciertos fines (después matizaré esta idea). El Derecho es sólo un instrumento con el que "nosotros" podemos hacer cosas sin que él nos diga exactamente qué hacer. Y es que el presupuesto sobre el que descansa el "instrumentalismo" es una visión "fuerte", aunque no necesariamente radical ni menos aún absoluta, del carácter indeterminado del Derecho. Por su carácter indeterminado, por no decirnos exactamente qué hacer con él, el Derecho nos abre un marco de actuaciones diversas que podemos realizar. Ese marco, surgido de las características del instrumento mismo que es el Derecho, sí impone límites sobre lo que podemos hacer (pero también el Derecho *qua* instrumento –no sólo sus fines "declarados"– es en sí mismo "maleable", adaptable para más usos de los que en principio nos parece).

En consecuencia, la perspectiva para estudiar/enseñar el Derecho, y para emplearlo (y enseñar a emplearlo), no será la de indagar cuáles son los fines intrínsecos del Derecho y que éste nos dicta, sino cómo de hecho estamos (la comunidad jurídica está) utilizándolo, cómo podríamos utilizarlo nosotros, y cómo "debemos" utilizarlo: "instrumentalizándolo", manejándolo como manejamos una herramienta, para lograr así la satisfacción de nuestros fines. Desde este enfoque "instrumental", por lo tanto, uno se aproxima al Derecho con determinados fines propios y no para "extenderle un cheque en blanco".<sup>39</sup>

<sup>39</sup> El enfoque no-"instrumentalista", en cambio, sería el de quien se aproxima al Derecho diciéndole: "yo no quiero conseguir nada, no tengo fines *a priori*, preconcebidos, sólo quiero hacer aquello que usted, Derecho, me diga; le acepto a usted como legítimo y me someto a sus dictados: usted será la guía de mi conducta; por eso quiero conocer quién es usted (su concepto, estructura, etc.) y qué ordenan sus normas" (aquí se adoptaría una genuina aceptación del Derecho, por razones *morales*). El "instrumentalista", por el contrario, se aproxima al Derecho diciéndole: "yo sí quiero conseguir ciertos fines, así que voy a ver cómo puedo utilizarle a usted como medio, como aliado, para lograrlos; o al menos cómo podría yo actuar hacia esos fines dentro de los límites que usted me impone, sin que usted me lo impida o me castigue". En este caso, el sometimiento al Derecho es por razones no morales, sino "prudenciales",

Desde esta perspectiva (pragmática, estratégica, algo “cínica” si ustedes quieren) lo importante ya no es tanto enseñar el Derecho en abstracto (el Derecho “en los libros”, formalmente válido), sino enseñar su funcionamiento “real” (el Derecho “en acción”, en la práctica, sobre todo judicial), ya que lo que interesa será poder “predecir” las consecuencias jurídicas reales de nuestra conducta, y actuar así en consecuencia: si adopto esta estrategia, el Derecho me servirá para mis fines, si adopto esta otra, el Derecho me impedirá conseguirlos o incluso me castigará. Habrá que enseñar pues el Derecho como quien enseña el uso de una herramienta: centrando la atención en cuáles de sus aspectos pueden servir y cuáles obstaculizar la persecución de esos fines. La enseñanza no se enfocará como la enseñanza de un objeto de estudio teórico, estático, que está ahí y nos preocupa simplemente saber de qué está hecho, cuáles son sus elementos y en qué estructura sistemática están dispuestos, descurriendo el uso que se pueda dar a lo que es en realidad un artefacto para realizar fines. Al contrario, la enseñanza se enfocará como la formación práctica en una tecnología, en una artesanía: la atención a su potencial uso ha de teñir la selección, el carácter y la disposición de los elementos con que nosotros presentamos o “representamos” ante los estudiantes ese artificio. Pero esto, en realidad, corresponde al “nivel 3” de la formación metodológica, argumentativa. Aquí estamos en el “nivel 1”, el de los valores, que han de ser introducidos en un enfoque “instrumentalista”.

#### **3.4. ...PERO UN “ INSTRUMENTALISMO ” PARA FINES Y VALORES MORALMENTE JUSTIFICADOS**

“¿Que enseñemos a usar el Derecho como instrumento para ‘nuestros’ fines, no para los del propio Derecho, que según usted no los tiene? Usted es un verdadero insensato. ¿No se da cuenta de lo peligroso que es predicar lo que usted predica? Como le tome a usted la palabra un

estratégicas: acatamiento, más que genuina aceptación; uno obra externamente “de conformidad con” el Derecho, pero no movido “por” el Derecho (por aceptar moralmente sus deberes, sus supuestos fines), sino porque el Derecho puede serle positivamente útil a uno, o bien porque acatarlo supone, negativamente, sortear los obstáculos (por ej., eludir la sanción) que el Derecho representa a la hora de lograr los fines que uno tiene.

estudiante suyo que sea un fascista, va usted apañado. Imagínese a lo que puede llevarnos el ‘instrumentalismo’ ése en manos de un fascista (de un ‘estalinista’, de un racista, de un machista, de un integrista religioso...)”.

Me defiendo: mi propuesta, por más que “en parte” esté inspirada en ideas de autores entre los cuales los hay de una izquierda que puede parecer “insensata” (y a veces incluso puede serlo)<sup>40</sup>, pretende y puede perfectamente ser “no insensata”, sino en todo caso una domesticación de propuestas, algunas radicalmente formuladas, pero que no por ello dejan de tener “un punto” importante de razón que conviene rescatar y poner en práctica de un modo “cuidadoso”. Salvo, claro está, que tachemos de “insensata” –aquí viene mi primera defensa– a cualquier propuesta a favor de un uso del Derecho distinto del convencional, distinto del que se rinde de antemano –o no necesita “rendirse” porque está a gusto con él– al Derecho tal y como opera hoy en día según las interpretaciones dominantes que lo estabilizan (que lo hacen suficientemente predecible en una mayoría de casos “ordinarios” a pesar de la indeterminación potencial de sus textos y de sus principios y valores “declarados”). Esto otro es rendirse ante o estar a gusto con las injusticias sociales actuales a las que el Derecho contribuye por acción y sobre todo por omisión: bien porque no se llega ni a ver esas injusticias (actitud del jurista-técnico-apolítico enfermo de ceguera culpable); bien porque no se quieren ver aunque se han visto, pero se mira a otro lado (el apolítico del yo a lo mío, a mis intereses); bien porque se defiende como justas –o no tan injustas– lo que yo considero injusticias (el conservador convencido); o bien porque no es que se considere que el orden social existente es en todo “justo” o aceptable, sino porque se está convencido –el veneno del pensamiento único lo ha infectado– de que es, en lo básico, “inmutable”, y de que las alternativas, más que “perversas” (idealmente quizá incluso las compartiría), son “imposibles”, “ingenuas”, “infantiles”,

<sup>40</sup> Me refiero a las ideas sobre el Derecho y su enseñanza del movimiento norteamericano “*Critical Legal Studies*”, que es en algunos aspectos –en otros, ni por asomo– una corriente heredera del “realismo jurídico” de los años ‘30. Pero en los CLS hay de todo, insensatos y no insensatos, y unas cuantas buenas cosas que destilar incluso de algunos de los primeros (si el prejuicio y las caricaturas, o el calor de la polémica, no nos ciegan).

o peor aún: peligrosas porque, si algún resultado puede producir defenderlas, ése va a ser el de que les salga el tiro por la culata. Si para este último mi propuesta es cometer la locura de abrir la caja de los truenos, yo puedo contestarle –a él y a los demás de mi anterior elenco, pero a él sobre todo– con la exageración equivalente pero de signo contrario consistente en decirle que su sensatez equivale al profundo conservadurismo de predicar a los estudiantes que no muevan un dedo.

Es posible sin embargo otra actitud en este debate. Porque en el fondo, en cuanto a los objetivos (corregir esas injusticias, apreciar y conservar lo bueno de lo conquistado, ir más allá en lo que se pueda sin perder lo alcanzado cuando no podamos mejorarlo), yo no estoy tan lejos de él, y menos aún en cuanto a los grandes valores que a ambos nos animan: valores igualitaristas, solidarios, de emancipación individual y colectiva, contrarios a las jerarquías ilegítimas y a las exclusiones políticas y sociales de clase, raza y sexo, y también valores liberales de autonomía individual y dignidad humana. Si hay mucho terreno de fondo en común, la diferencia radica básicamente en las dosis de riesgo que uno está dispuesto a asumir en la estrategia a seguir, cuando predica que formemos juristas “instrumentalistas”. Por supuesto que soy consciente de que el “instrumentalismo” jurídico es, político-moralmente, un arma de doble filo (no ya de doble: es una batidora multiusos con brazos y filos en todas las direcciones). Pero esos riesgos se pueden minimizar (no digo suprimir), y los que queden, merece la pena asumirlos, si es que en algo queremos contribuir como docentes a incidir “transformadoramente” sobre el mundo por la vía de la educación (que es en mi opinión una vía que todo lo que tiene de indirecta, a largo plazo, de difícil comprobación en cuanto a sus efectos, lo tiene también de poderosa, aunque no se le note). De entrada –ésta es mi segunda defensa–, los riesgos no son en realidad “para tanto”, porque el “instrumentalismo” tal y como yo lo entiendo y defendiendo no significa que el Derecho pueda ser usado para lo que nos dé literalmente la gana, ni muchísimo menos. Que el Derecho “como medio” pone límites lo defiende incluso un “exagerado” partidario de la tesis de la “indeterminación radical” del Derecho como es Duncan Kennedy (mi ejemplo es retórico, porque yo no defendiendo esa tesis en “tanta” medida como él lo hace a veces, ni falta que me hace para lo que propongo). Este autor analiza la argumentación jurídica desde el

punto de vista del juez “comprometido” que encuentra un conflicto entre “el Derecho” tal y como a él se le presenta en una primera lectura digamos literal, *prima facie*, y “la solución que yo querría alcanzar”, y nos muestra con una metáfora cuál es el sentido del “instrumentalismo” al que me estoy refiriendo:

El razonamiento jurídico es una especie de tarea con un propósito, y aquí el propósito es hacer que el caso se resuelva de la forma en que mi sentido de la justicia me dice que debería resolverse, a pesar de lo que en principio aparece como la *resistencia* o la *oposición* de “el Derecho” (...) [U]na de las formas en que experimentamos el Derecho [no la única (...)] es como un medio en el que uno persigue un proyecto, más que como algo que nos dice lo que tenemos que hacer. Cuando lo enfocamos de esta manera, el Derecho constriñe igual que constriñe un medio físico: con un montón de ladrillos no puedes hacer absolutamente todo lo que quieras, y lo que puedas hacer depende de cuántos tengas, así como de tus otras circunstancias. En este sentido, el hecho de que estés construyendo algo a partir de un determinado conjunto de ladrillos te constriñe, te controla, te quita libertad. Por otra parte, la restricción que impone un medio es relativa a tu proyecto elegido, a tu opción sobre lo que quieres hacer. El medio no te dice qué hacer con él, que debas convertir los ladrillos en una caseta para el perro en lugar de en un muro para el jardín. En el mismo sentido, yo soy libre para trabajar en el medio jurídico de cara a justificar [la “solución que yo querría alcanzar”]. Cómo quedará mi argumentación al final dependerá de modo fundamental de los materiales jurídicos –reglas, precedentes, *policies*, estereotipos sociales, imágenes históricas–, pero esta dependencia está a años luz de la inevitable determinación del resultado de antemano *por parte de los materiales jurídicos por sí mismos*. La metáfora del medio físico no nos ayuda a resolver el problema de saber exactamente cuánto constriñe el Derecho. Todo lo que hace es sugerir que debemos entender tanto la libertad como la constricción como aspectos de la experiencia de trabajo –un proyecto elegido, restringido por las propiedades materiales del medio–, más que pensar en el fondo de nuestra mente en un sujeto trascendentalmente libre que “puede hacer cualquier cosa”, contrastado con un robot programado por el Derecho (Kennedy, Duncan, “Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology”, en 36 *Journal of Legal Education* 518 [1986], en pp. 526-527).

Claro está, si la “manipulabilidad” del Derecho tiene límites que nos tranquilizan porque impiden un “instrumentalismo” “peligroso”, esos límites también impiden un uso verdaderamente agresivo para contribuir con el Derecho hacia la dirección que nosotros queremos hasta extremos verdaderamente radicales. La elasticidad que yo creo que tiene el Derecho es tal que si lo estiras demasiado se rompe, y se rompe tanto si lo estiras hacia la derecha como si lo estiras hacia la izquierda. Pero esto no ha de preocuparnos si nuestro programa no es disparatado, si no es un disparate simétrico a los disparates de otros signos que tanto miedo nos dan; si no es, por ejemplo, el programa disparatado de una izquierda insensata (que es peligroso en sí mismo, no sólo por abrir la caja de los truenos). La cuestión fundamental es que esto no significa que entonces el elástico Derecho sólo nos permite usarlo para ciertos “ajustes”, moderados ejercicios reformistas que mantienen en lo básico el “orden social existente” con sus injusticias recalcitrantemente presentes aunque algo, o bastante, atenuadas (y lejos de mí despreciar los logros de los atenuadores)... como si el actual “modelo de sociedad” fuera no sustancialmente transformable o no al menos apelando para ello a la contribución de un uso instrumental del Derecho. Mi tesis sobre la maleabilidad del Derecho ni es disparatada, ni es tampoco trivial. Aunque no infinitamente, el Derecho es mucho más maleable de lo que creen incluso muchos juristas “no formalistas”, de modo que incluso podría ser usado en una dirección no simplemente reformista sino profundamente transformadora que tuviera como norte un verdadero orden social alternativo (pero no “cualquier” orden social alternativo): un Derecho como el nuestro puede ser instrumentalizado, es casi obvio, por el reformista, digamos, social-liberal, pero también por defensores de alternativas inspiradas en valores semejantes pero que vayan muchísimo más allá. Y es que además hay otra ventaja, tranquilizadora ante los peligros del “instrumentalismo”. He dicho que los límites que el Derecho como instrumento impone impiden sus usos “peligrosos” (en la dirección fascista, “estalinista”, racista, etc.) pero que también impiden sus usos extremos en la dirección emancipadora que queremos: que el chicle se rompe estirándolo hacia un lado, pero también hacia el otro. Pues bien: yo estoy convencido –basta leer nuestra Constitución y sus valores– de que el límite hasta donde podemos llegar sin salirnos del juego del Derecho está situado en lugares bien

distintos en uno y otro caso. El chicle se rompe mucho antes si lo estiramos en la dirección “mala” que en la “buena”. El “instrumentalista” que quiere manipular el Derecho para contribuir a transformar “sustancialmente” la sociedad haciendo avanzar valores de igualdad material, autonomía individual con capacidad real para ejercerla, dignidad humana, solidaridad en una “comunidad liberal”, emancipación personal y social, efectiva participación social y política, etc., puede ir con el Derecho mucho más lejos (haciéndole cumplir sus promesas declaradas, porque es que resulta que sus promesas van mucho más por ahí) que el “instrumentalista” que desee usarlo en direcciones perversas. El estudiante fascista que me compre el “instrumentalismo” para hacer de las suyas lo tiene, en cambio, mucho más crudo.

Tercera y principal defensa: ¡Claro que, si digo que el “instrumentalismo” consiste en usar (manejar) el Derecho para “nuestros” fines, la gran cuestión, de la que depende tanto la bondad como los peligros del “instrumentalismo”, radica en cuáles sean nuestros fines! (de eso estamos ya hablando, de los fines, de lo importante). Pues bien: cuando digo que es posible practicar un uso “cuidadoso” de la enseñanza “instrumentalista” del Derecho que minimice sus riesgos, la principal vía para minimizarlos es la misma por la que han entrado los riesgos: el complemento imprescindible, inmediato –en realidad, simultáneo– de una formación “instrumentalista” (metodológica, argumentativa, en habilidades manipuladoras) ha de ser el de una decidida educación del estudiante en según qué fines, qué valores y actitudes han de constituir “su” norte político-moral para su manejo del Derecho. Se trata de enseñar un “instrumentalismo” no “crudo”, no descarnado ni amoral/inmoral, sino bien orientado política y moralmente. No veo por qué el efecto educativo que podamos provocar sobre los estudiantes al educarlos en fines y valores “correctos” como los ya mencionados, para orientar “por el buen camino” su “instrumentalismo”, tenga que ser menor que el efecto digamos previo que producimos al hacerles “instrumentalistas” en principio “todo terreno” a pesar de y que nos podrían salir “rana”: como mínimo en la misma medida –poca o mucha– en la que podamos criar “instrumentalistas” a secas (entre los cuales quizá hayamos criado algún cuervo que nos sacará los ojos), podemos incidir en el segundo paso de orientar su “instrumentalismo” hacia buenos fines y valores. La estrategia docente

para minimizar el peligro ha de ser la de no escindir esos dos “pasos” en momentos reales diferentes: hay que educar en valores “a la vez” que enseñamos a manipular e instrumentalizar el Derecho. Hay además –podría ser mi cuarta defensa– una cuestión cuantitativa: bien pudiera ser que nuestra enseñanza “instrumentalista” produzca algún que otro “instrumentalista” peligroso, pero es más probable que por cada uno de éstos produzcamos muchísimos más “instrumentalistas” “con (buenos) principios”, y el riesgo de dar armas a algún peligroso merece la pena tomarlo porque los demás lo compensan con creces. La alternativa, la de una enseñanza formalista, despolitizada y desmoralizada, sería desaprovechar la buena madera político-moral de muchos más estudiantes que, sin embargo, no la pondrán jamás en práctica en sus profesiones jurídicas porque les hemos enseñado que el Derecho no es política y que aparquen sus valores morales cuando operen con él. Claro es que este argumento descansa en una visión optimista de la materia prima que recibimos. Si a mi clase me llegaran unas hordas de juventudes “hitlerianas” con pantalones cortos y camisas pardas, a buenas horas iba yo a ponerme a defender algo distinto de la apolítica sumisión al tenor literal del Derecho español. Cuestión distinta es si me llegan –mucho más probable– estudiantes de ideología y valores de tipo neoliberal-conservador (muchos sin saberlo), porque creo que incluso desde ahí ya es posible sacar algo.<sup>41</sup> Tal vez las mayorías de las veces lo que me llegue sean estudiantes despolitizados y desmoralizados (quizá en los dos sentidos de lo último), y ahí no es tan difícil una educación en valores que sea eficaz (Mi postura también descansa, no lo oculto, en un cierto recelo valorativo hacia buena parte de la legislación española en su tenor literal; la Constitución, sus principios y valores, es caso aparte y ya hablaré de ella).

<sup>41</sup> Por ejemplo, mostrándoles que esos valores liberales hunden su raíz en un proyecto emancipador, como fue el de la Ilustración, que en lugar de ser rechazado *a la* posmoderna ha de ser potenciado y llevado “más allá”: ha de verse como un proyecto en realidad inconcluso cuyo verdadero alcance, cuyas irrealizadas promesas, llevadas a sus últimas consecuencias, son mucho más radicales de lo que se ha hecho de ellas y en el fondo entroncan, desde una cierta lectura, no con el neoliberalismo económico conservador (que sería una “reduccionista” interrupción traidora de aquel proyecto emancipador), sino precisamente con los valores y fines de “izquierda” (?) que he mencionado (o pueden ser ingredientes de una “síntesis superadora” en la que siguen presentes aunque quizá transformados).

Así pues, el “instrumentalismo” puede ponerse al servicio de los más diversos fines y valores. Prescindiendo de contenidos concretos, éstos podrían ser de al menos estos cuatro tipos:

a) *Intereses particulares* (“egoístas”, “privados”, más que políticos o morales). Holmes se refirió al enfoque “instrumentalista” (que él defendía) mediante la metáfora del punto de vista del “hombre malo”: el de quien obedece al Derecho para evitar la sanción o para lograr sus fines (por razones prudenciales), siendo éstos la persecución del autointerés (no fines morales):

Cuando estudiamos el Derecho no estamos estudiando un misterio, sino una profesión bien conocida. Estamos estudiando lo que necesitaremos para comparecer ante los jueces o para asesorar a la gente de tal manera que se mantengan alejados de los tribunales (...) Si queréis conocer el Derecho, y nada más, debéis mirarlo con los ojos del hombre malo, a quien sólo le preocupan las consecuencias materiales que tal conocimiento le permite predecir, y no como un hombre bueno que encuentra las razones de su conducta tanto dentro del Derecho como fuera de él, en las sanciones más difusas de la conciencia. Tomad por ejemplo la pregunta fundamental: ¿Qué constituye el Derecho? Encontraréis algunos tratadistas que os dirán que es algo distinto de lo que deciden los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra, que es un sistema de la razón, que es una deducción de principios de ética, o de axiomas admitidos, o de lo que sea, que puede coincidir o no con las decisiones. Pero si adoptamos la perspectiva de nuestro amigo el hombre malo, descubriremos que a él le importan un comino los axiomas o deducciones, que lo que él quiere saber es qué es lo que probablemente harán de hecho los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra. Yo pienso de manera parecida a la suya. Las profecías acerca de lo que los tribunales harán de hecho, y nada más pretencioso, es lo que yo entiendo por Derecho (Holmes, Oliver W., “The Path of the Law”, en *10 Harvard Law Review* 457 [1897], pp. 457, 459, 460-61).

El “hombre malo” de esta categoría sería, por ejemplo, el delincuente que busca sus intereses (no Robin Hood) y actúa en modos tales que en caso de ser atrapado se minimice su sanción (hurta en vez de robar, o roba procurando no sacar la navaja, y obra así únicamente para evitar peores consecuencias jurídicas para él); también lo sería el delincuente

potencial aunque no llegue jamás a delinquir, en la medida en que lo que le mueva a no hacerlo sea exclusivamente el temor –de cara a sus intereses– a la sanción. Y lo sería típicamente –con perdón– el abogado ejerciente cuando actúa no movido por la intención de hacer lo que el Derecho le dicte, sino con la intención de conseguir sus propios fines: ganar el pleito, satisfacer su interés “particular”, que consiste en satisfacer los intereses “particulares” de su cliente. Obviamente, no es éste el tipo de “instrumentalismo” “para valores moralmente justificados” que yo defiendo. Pero es que no necesariamente el abogado ha de moverse por su fin “interesado” de satisfacer a clientes “interesados”. A veces el cliente no persigue sus intereses particulares, sino intereses públicos [del tipo *b*) que ahora veremos], e incluso “la justicia” (no intereses), la protección o promoción de genuinos valores morales [caso *d*)]; y el abogado puede estar instrumentalizando al Derecho para perseguir los mismos intereses públicos o valores morales de ese tipo de cliente. Y muchas más veces el interés particular del cliente –por muy interesados (no “morales”) que sean sus motivos– puede no contradecir, e incluso favorecer, los valores que persigue el abogado “con (buenos) principios”: interesa la justicia o no de “la causa” del cliente, más que los motivos que éste pueda tener para perseguirla. De manera que la profesión de abogado dista mucho de ser “un caso perdido” para el “instrumentalismo” con valores que yo defiendo. Dicho esto, soy consciente también de que se trata de una de las profesiones jurídicas más “incómodas” para mi proyecto. De manera que, antes o después, no hay más manera que inculcar en los estudiantes la necesidad de ser moralmente “selectivos” en la aceptación de los casos: hay que “educarles” –aquí se ve bien que esto ya no es “enseñanza” de conocimientos ni “formación” técnico-jurídica argumentativa– para que sean capaces de decir “no”; a sabiendas de que eso es mucho pedir, sobre todo al abogado que empieza.<sup>42</sup> He insistido hasta

<sup>42</sup> Lo de saber decir “no; hasta aquí es hasta donde puedo llegar sin violar mis principios” hay que inculcarlo de cara a todas las profesiones jurídicas, incluida la de juez. Las armas argumentativas de la formación metodológica que he defendido son poderosísimas para que un juez “instrumentalista” sea un hábil argumentador y pueda salirse con la suya, con “la solución que él querría alcanzar” según valores justificados, incluso en “casos (muy) difíciles”. Pero, si el chicle del Derecho también impone límites, entonces no se puede excluir *a priori* la posibilidad de que el técnico y moralmente buen juez se encuentre con un caso no ya difícil sino (moralmente) “impo-

la saciedad en la necesidad de una enseñanza del Derecho de carácter metodológico, argumentativo -instrumental, añadido ahora-, etcétera (nivel 3). Y uno de mis principales argumentos ha sido el carácter más práctico, más útil para la práctica, de una enseñanza así, tipo norteamericano. Y pensaba no sólo pero también, y típicamente, en la práctica del abogado. Pero ahora, al introducir el nivel 1 de los valores, he de insistir más todavía en que la utilidad práctica que con nuestra enseñanza busquemos tiene que ser muy cuidadosa en cuanto a los modos de ejercicio profesional (no sólo en la abogacía, pero especialmente ahí) a los que queremos servir: tenemos que ser útiles, sí (...) pero para según qué tipos de práctica profesional.

b) *Intereses sociales* (públicos, colectivos). Holmes ha sido muchas veces malentendido. Su defensa del “hombre malo”, de la perspectiva del abogado que quiere satisfacer intereses particulares, no es más que una metáfora, un modo gráfico de explicar en qué consiste el enfoque “instrumentalista”. Holmes no abogaba en realidad por instrumentalizar el Derecho para meros intereses egoístas: esa instrumentalización debe estar según él al servicio de fines colectivos, de las demandas, necesidades e intereses que se impongan en “la comunidad”, tras un “libre intercambio de ideas”. Y en ese sentido, el “instrumentalismo” es auspiciado por Holmes incluso también para los jueces (Holmes mismo fue juez, nada menos que del Tribunal Supremo). Normalmente se supone que, a diferencia del abogado, el juez encarnaría el punto de vista del “hombre bueno”: no ha de tener fines preconcebidos sobre el sentido de su sentencia, hará aquello que el Derecho le diga. Sin embargo, dada la enorme discrecionalidad que muchísimas veces el Derecho, por su carácter indeterminado, deja al juez, es para él “inescapable” la necesidad de tomar

sible” en el que, por más que se pelee argumentativamente con toda su habilidad contra los “materiales jurídicos”, leídos a la luz de principios y valores constitucionales, no consiga al final (no es un juez-Hércules) dar con la argumentación que le permita escapar de tener que decretar un atropello moral que le dicta el Derecho. Mi tesis es que esto es difícilísimo que ocurra, casi “de laboratorio”, en un Estado constitucional como el nuestro y desde una visión de la argumentación jurídica no escindida de la argumentación moral que el constitucionalismo permite (mejor dicho: exige). Pero, si ocurriera, yo le diría a ese juez que entonces su deber es arrojar la toga (y soportar -sin aceptarlas- las consecuencias de su delito de denegación de justicia); o incluso, si el atropello moral fuera verdaderamente grave, prevaricar.

opciones (las decisiones judiciales, decía Holmes, dependen de “un juicio o intuición más sutil que la articulación de una premisa mayor”). Y esa opción, ese “juicio más sutil” que el Derecho no determina, no puede estar guiado por el capricho o el interés personal del juez (Holmes, el “padre” de los realistas, de quienes se ha llegado a decir que predicaban, o poco menos, que los jueces decidan lo que les dé la gana porque el Derecho es indeterminado, fue un fervoroso defensor del “*judicial restraint*”, la autocontención del juez). Esa opción judicial ha de orientarse hacia la satisfacción de demandas sociales.

Éste es precisamente el tipo de “instrumentalismo” característico de lo que antes he denominado “‘neoformalismo’ de *policy*”, heredero del de Holmes y los realistas. Desde luego, es para mí –y supongo que para cualquiera– mucho más “de recibo” que el anterior tipo, cuyos fines eran intereses privados puros y duros. Pero no es todavía el tipo de “instrumentalismo” que yo defiendo. Ya he explicado por qué (*supra*, nota 33): que las demandas sean “sociales” no implica necesariamente que sean “justas”. El gran déficit del “instrumentalismo” “sociologista” norteamericano, el “realista” y el “posrealista” que hoy impregna la enseñanza (ya no formalista-clásica) en ese país, es la ausencia de un horizonte valorativo, genuinamente moral, que guíe una “selección” justificada de según qué demandas sociales debemos perseguir con nuestro uso instrumental del Derecho (frente al fin de Holmes de satisfacer “sentimientos y demandas reales de la comunidad, ‘sean justos o injustos’”). Yo defiendo un “instrumentalismo” “moralista” más que “sociologista”.

Pero quiero que mi “moralismo” se entienda bien, porque si no va a parecer un “panmoralismo” de iluminado al que le importa un comino los intereses, el bienestar utilitario de la gente. Lejos de mí eso. Primero: aunque he titulado este tipo *b)* de fines como “intereses” sociales, podemos sustituir esa palabra (o añadir un nuevo tipo) por la más amplia de “demandas” sociales, para incluir entre éstas no sólo “intereses” entendidos en sentido estricto como fines utilitarios, de bienestar social (por oposición a genuinos valores morales), sino también verdaderos valores morales: por supuesto que en “la sociedad” no sólo encontramos fines utilitarios (sociales, económicos, políticos, culturales), sino también una genuina “moral social” (por cierto: eso parece indicar también Holmes cuando habla de “los ‘sentimientos’ y demandas reales de la comu-

nidad”). Lo que digo es que el norte de un buen “instrumentalismo” jurídico no puede consistir en una rendición ni a los “intereses” socialmente vigentes sean cuales sean, ni tampoco a la “moral” social vigente, sea cual sea.<sup>43</sup> El norte ha de ser una esclarecida moral crítica, racionalmente justificada. Segundo: esa moral crítica ha de ser el criterio de selección para perseguir no sólo “ciertos” “valores morales” (“incluidos los de la moral social” cuando estén justificados desde ese norte), sino también, claro que sí, “ciertos” fines utilitarios, intereses, para el bienestar de la gente.<sup>44</sup>

<sup>43</sup> Imagínense -podría ocurrir- una moral social partidaria de la pena de muerte, la cadena perpetua o el cumplimiento íntegro de las penas sin espacio para la “reso- cialización”; partidaria de la discriminación al inmigrante, al gitano, o contraria al matrimonio homosexual; piadosa seguidora de las directivas dictadas por las “auto- ridades/pastores morales” de una institución que no permite participar a la mujer en sus cuadros; partidaria de preventivas medidas de seguridad privativas de libertad aplicables a la mínima sospecha para combatir los malos tratos a las mujeres; contraria por razones morales a todo tipo de eutanasia, de despenalización del aborto, o de investigación con embriones humanos aunque pudiera salvar muchas vidas; partidaria del *track system* en la educación desde la adolescencia; capaz de justificar ciertos “atajos” en la lucha contra el terrorismo; que le parece más inmoral y merecedor de mayor pena el robo de un *radiocasete* que el fraude fiscal; partidaria de reducir gastos sociales en un libre mercado del sálvese quien pueda; o que mira para otro lado ante los males del Tercer Mundo. ¿Hablo del planeta Marte?

<sup>44</sup> Yo no veo una discontinuidad entre una cosa y la otra. Los fines utilitarios están preñados de valor/“disvalor” moral, pero ese valor/“disvalor” moral se lo confieren ciertos valores últimos, situados en un nivel superior, el nivel moral “en sentido estricto”, con los que están instrumental o conceptualmente ligados. Doy por tanto una decidida prioridad a los “valores morales” sobre los fines o intereses utilitarios, incluso si éstos son “sociales”, públicos. Pero eso no significa en absoluto desatender la persecución de intereses; ni siquiera la persecución de intereses privados, particu- lares [tipo *a*)], como ha quedado ya claro al hablar de los abogados. Sólo significa, simplemente -ésta es mi conclusión respecto a los fines de tipo *a*) y *b*)-, luchar por intereses, mejor públicos pero también privados, que estén moralmente justificados. Principalmente -esto es importante-, si ello hace avanzar en positivo los valores que defiendo; pero sin “prohibir” -no soy “panmoralista”- la persecución de intereses que simplemente son compatibles con esos valores y no atentan contra ellos ni los hacen retroceder, aunque tampoco los favorezcan. La prueba de que lo que yo defi- endo no es un “panmoralismo” que desprecia los fines utilitarios está en que, desde el mismísimo principio, me he cuidado muy mucho de hablar siempre de la formación de un jurista “política’ y moralmente bien orientado”: hago acompañar siempre a la palabra “moral” con la palabra “política”. Es en el aspecto “político” donde se insertaría esta persecución, a través de la instrumentalización del Derecho, también

c) El “sentido de la justicia”. En la cita de Duncan Kennedy que antes he reproducido (la de los ladrillos), no sé si habrán reparado ustedes en que, para el juez “instrumentalista” de Kennedy, el fin para el que hay que manipular el Derecho era “hacer que el caso se resuelva de la forma en que *mi sentido de la justicia me dice* que debería resolverse”. Esto está más próximo aún a lo que yo defiendo: Kennedy habla por fin de “la justicia”, ya no es el abogado autointeresado, ni el Holmes de satisfacer demandas sociales “sean justas o injustas”. Pero aún no llega a lo que yo defiendo. El “norte moral” no puede ser simplemente la afirmación sin más de ciertos valores, por excelsos que éstos sean, apelando a que son fruto de “mi sentido [de la justicia]”, “mis sentimientos”, “mis emociones” (otros autores hablan de “nuestras intuiciones morales básicas”, o de “la adopción de un punto de vista moral”).<sup>45</sup> Así no iremos muy lejos a la hora de educar a los estudiantes. Hay que intentar argumentar, justificar racionalmente, los valores morales que les proponemos como fin hacia el cual instrumentalizar el Derecho. De lo contrario, sin argumentar a favor de su “corrección”, será mucho más difícil convencerles para que los adopten frente a otros valores que puedan ya tener o que les puedan proponer por ahí fuera. Porque el emotivismo o irracionalismo moral, incluso cuando bienintencionadamente no renuncia a abanderar ciertos valores, pero sí se rinde de antemano ante el desafío de dar razones

de fines sociales utilitarios (el título de este epígrafe de mi ponencia incluye “educación en ‘fines’”, no sólo en valores). Claro que hay diferencias entre moral y política. Pero yo no concibo la política sin un horizonte moral que la guíe y la justifique. Y digo esto hablando ahora de política tanto en el sentido de la lucha por el instrumento, por hacerse con el poder estatal y su Derecho, como en el sentido de la persecución de “fines políticos”; y sean éstos tanto los “grandes fines” (ya apenas distinguibles de los valores morales) de “La Política” con mayúsculas –una ideología o filosofía política, como cuando hablamos de liberalismo, socialismo, etc.–, como los fines más mundanos (utilitarios) de “las políticas” en plural y con minúscula, de lo que los norteamericanos llaman “policies” y nosotros a veces “política jurídica” y que tiene un sentido más técnico y despolitizado.

<sup>45</sup> Que me perdone Duncan Kennedy por haberle “instrumentalizado” con esa cita descontextualizada sugiriendo que él también sostiene que no hay forma de argumentar acerca de valores, porque eso no es cierto, dicho así. Pero su cita me vale para expresar lo que muchísimos juristas piensan en cuanto a la moral; la postura de Kennedy es sin embargo mucho más compleja (tampoco es que él sea un racionalista kantiano, ojo, y entre ambos extremos está mucho más cerca del irracionalismo moral), pero aquí no viene a cuento detenerse en ella.

a su favor (razones que vayan más allá de decir que son “mis” sentimientos, incluso “nuestros” sentimientos), está abocado a un relativismo que deja en el mismo plano de *injustificación* a cualquier propuesta valorativa. Es el relativismo del “todo vale, yo defiendiendo esto pero es sólo mi opinión subjetiva, si alguien defiende justo lo contrario yo no tengo nada que decirle más que discrepo con él, no tengo razones –sólo sentimientos– para decirle que lo suyo es peor que lo mío”.<sup>46</sup>

Dicho esto, hay que matizar: una vez más, este tercer tipo de fin, el que apela a “el sentido de la justicia”, no ha de despreciarse sino que

<sup>46</sup> A juzgar por lo extendido que está este relativismo subjetivista entre los estudiantes de quinto de carrera, me temo que la enseñanza del Derecho que reciben contribuye en mucho a inculcárselo. Y creo que lo que ocurre es que la enseñanza, en la medida en que transmite la ideología del “liberalismo democrático” como la informadora –aunque en realidad no sea la única, pero eso es otra cuestión– de sistemas jurídicos constitucionales como el nuestro, inculca la idea liberal de que el Estado debe mantenerse neutral ante el pluralismo político y moral y ante los diversos planes de vida de los individuos, sean cuales sean –dentro de ciertos límites constitucionales– los valores a los que éstos obedezcan/contradigan: el Estado, el Derecho liberal, debe permanecer moralmente neutral, no imponer coactivamente un determinado código moral (eso sería incurrir en el *enforcement of morals*, en el perfeccionismo, o en pecados por el estilo), sino limitarse a facilitar la persecución por cada uno de esos diversos planes regulando su coexistencia. Hasta aquí, en lo que en este punto me interesa, ningún problema. El problema surge cuando propiciamos en la enseñanza que el estudiante confunda esa neutralidad liberal con el relativismo moral, cuando obviamente una cosa no implica (necesariamente) la otra (por más que muchos juristas liberales –en absoluto todos– defiendan ambas cosas). Que el liberalismo político-jurídico renuncie (en principio, y en realidad no tanto) a la coactividad del Derecho para imponer o favorecer ciertos valores sobre otros, no significa que entonces unos y otros estén igualmente justificados. Que sea jurídicamente “legítima” (no prohibida) la defensa de muy diversos valores, opiniones, proyectos políticos, etc., y que todos tengamos igualmente “derecho a” perseguirlos, no supone que todos ellos sean moralmente correctos: el liberal tolera proyectos inmorales y el tolerarlos no los convierte en morales. Que el liberal no dese emplear el Estado y el Derecho para prohibir valores incorrectos e imponer los correctos –por respeto a la autonomía, o por motivos epistémicos (cada uno es *prima facie* quien mejor puede conocer su propio bien), entre otras razones– no le impide seguir distinguiendo entre lo justo y lo injusto. A menudo los estudiantes confunden estos dos planos, y creo que nuestra enseñanza contribuye a ello por acción o por omisión (por no aclararles esto). Por otra parte, no impedimos que los estudiantes a veces, incluso, salten del relativismo descriptivo (la constatación de la pluralidad de valores en la sociedad, lo cual es obvio) al relativismo normativo de sostener que todos esos valores de hecho defendidos están, por ello, igualmente justificados/injustificados.

ha de incorporarse en mi propuesta. Lo he dicho antes: un elemento fundamental de la “educación en valores” ha de consistir en algo así como la educación en “actitudes”, en “sentimientos morales” (porque sí hay un margen, confío yo, para la educación en sentimientos); e incidir en este aspecto comporta incidir en dimensiones de la personalidad que no son precisamente racionales. Yo no soy un “ultrarracionalista” que niegue la enorme importancia que los sentimientos juegan en el terreno moral. De manera que hay que entrar también por ahí, por la “fibra” moral del estudiante, mostrar y provocar –o sacar a la luz, y explotar– sentimientos e intuiciones que forman parte de la “pasta” moral de la que está hecho y en la que previamente ha sido educado el estudiante. Y esto a veces es fundamental porque se convierte en un prerrequisito sin el cual la argumentación “racional” moral puede estar abocada a darse de cabezazos contra un muro, contra el muro de actitudes, sentimientos e intuiciones moralmente perversas. Pero todo lo demás es eso, un prerrequisito, que quizás sea necesario, pero que difícilmente será suficiente.

d) *Valores morales justificados*. Éste es el norte último, el tipo de fin a cuyo servicio hay que desplegar el “instrumentalismo” jurídico que yo defiendo (y desde el cual “seleccionar” la persecución de intereses y valores privados y públicos, y de filosofías y programas políticos, y de valores dictados por sentimientos). Hablo aquí (como en los otros tres casos) no de contenidos concretos, sino del “tipo” de fin: moral-racional. Y ya es decir bastante, más aún en los tiempos que corren, y ante una comunidad, la de juristas, acostumbrada a lo de que el Derecho “es” una cosa y la moral otra bien distinta –hasta ahí, “casi” me vale, en algún sentido– que “poco o nada ha de mezclarse con el Derecho en la enseñanza y en la tarea del jurista” (esto ya sí que no). Además, de contenidos, de cuáles son mis valores político-morales, ya he dicho algo antes. Y diré algo más después.

Quiero añadir algo sobre lo que diferencia este “tipo” de fin d) que defiendo respecto del de los sentimientos morales [tipo c)]. La clave es lo de “una esclarecida moral crítica racionalmente ‘justificada’”. A pesar de mi insistencia en la necesidad de justificar racionalmente los valores morales, he de manifestar mi escepticismo –y no creo incurrir en contradicción alguna– ante la teorización moral entendida como la búsqueda

de una “gran teoría” a la vez “omniabarcante” e internamente coherente, sistemática. Lo que digo no tiene nada que ver con el irracionalismo moral o con el escepticismo hacia los valores (rechazo la visión de los valores como la simple afirmación de preferencias personales que no pueden ser correctas o equivocadas, rechazo que no haya espacio para evaluarlas racionalmente). Tiene que ver con un cierto (no radical) escepticismo hacia la teoría, hacia la filosofía moral. Este escepticismo surge de haber tomado en serio las dificultades y aporías fundamentales del discurso ético, que de entrada provocan que los esfuerzos por formalizar nuestras creencias morales y nuestros juicios de valor en reglas o principios abstractos conlleven una inevitable propensión a distorsionarlos y a producir fórmulas vacías que luego de poco sirven para la resolución de problemas morales concretos. Esto es ya una dificultad seria de la que debemos ser conscientes; es una llamada de atención ante la ingenua confianza en un discurso moral excesivamente abstracto, descontextualizado: ante los peligros de incurrir en un fetichismo hacia principios morales muy abstractos tratados como dogmas. Esta dificultad hay que afrontarla, no eludirla, y saber extraer sus consecuencias (por ejemplo, como intenta Rawls cuando propone, mediante la noción de “equilibrio reflexivo”, un constante refinamiento mutuo entre nuestra teorización abstracta y nuestra intuición moral, sometiendo cada una al *test* de la otra). Pero es una dificultad ante la cual todavía no hay que rendirse. Cuando la teorización ya se convierte en una empresa faraónica y sospecho (no afirmo) que es imposible es cuando pretendemos pasar a organizar esos principios en un “sistema” teórico moral de amplísimo espectro: una “gran teoría” (del nivel de la del propio Rawls, por seguir con el ejemplo, aunque luego el “segundo Rawls” tuvo precisamente que modificar a la baja sus pretensiones en cuanto al “alcance” de su teoría). El problema de este tipo de ambiciosos sistemas teóricos es su pretensión de ser a la vez coherentes (respetuosos con elevados estándares de coherencia racional) y de amplísimo alcance (pretenden fundamentar el conjunto, o una porción amplísima, de nuestras opciones morales). Porque resulta que nuestras opciones y nuestro discurso moral para justificarlas suelen estar atravesadas por premisas profundas que son dicotomías, pares de opuestos, imposibles de conciliar en una sola teoría coherente (dicotomías del tipo “deontologismo”/“consecuencialismo”,

justicia formal/justicia sustantiva, subjetivismo/objetivismo, individualismo/altruismo, "intencionalismo"/"determinismo", individuo "descarnado"/individuo como animal social, autodeterminación/paternalismo, lo correcto/lo bueno, etc.). Pondré un ejemplo muy simple. El "deontologismo", la ética "de principios" de raíz "kantiana", discute con la ética "consecuencialista" o "utilitarista" acerca de la gran cuestión de si las consecuencias de cara a la maximización de un fin moralmente valioso (la felicidad, el bienestar del mayor número) justifican los medios, nuestra conducta (utilitarismo); o si, por el contrario, debemos cumplir nuestro deber moral de modo categórico, incondicionado: cumplir con "lo correcto", con "el deber por (conciencia de) el deber" y no para conseguir fines por más que éstos puedan ser "lo bueno" ("kantismo"). Pues bien: nadie es hoy un "kantiano" de los de "hágase justicia aunque perezca el mundo", ni tampoco un utilitarista de los de todo vale con tal de maximizar el placer de la mayoría. De hecho, creo que todos, sobre todo cuando nos enfrentamos con problemas morales concretos, optamos por alguna postura intermedia, o por una tendencia hacia uno de los polos de la dicotomía "kantismo"/utilitarismo, pero corregida por consideraciones tomadas del otro polo: un cierto "kantismo" pero no ciego ante consideraciones "consecuencialistas"; o un cierto utilitarismo, pero con algunos frenos "de principios". Lo que digo es que esta tensión me parece racionalmente irresoluble en abstracto, de un modo definitivo, y para cualquier cuestión imaginable, mediante una sola "gran teoría". Esto no significa que no debamos actuar: de hecho tomamos posiciones intermedias, y podemos justificarlas "racionalmente" no sólo ante problemas reales (casos concretos) sino incluso también ante determinadas "clases de problemas" (casos genéricos). Y podemos ayudarnos para esa justificación no sólo de principios morales aislados, sino también de limitadas teorías morales "locales", construidas a pequeña escala. E incluso ayudarnos de "grandes teorías", pero no abrazando una sola y como un todo, sino tomando "un poco de ésta y un poco de la otra" en una especie de "bricolaje" intelectual que no tiene por qué ser incoherente porque no pretende adoptar cada una en su totalidad, sino sólo retazos de cada una que puedan armonizarse entre sí (retocándolos si es necesario en relación con el sentido que tenían en el gran "sistema" del que proceden) para la justificación de esa específica clase de problemas. Pero

aspirar a justificar esas opciones intermedias para todos los problemas, mediante una sola teoría coherente (una “gran teoría-síntesis”), me parece imposible (al menos creo que por ahora ninguna lo ha logrado), porque esa teoría satisfactoria estaría infestada de últimas premisas contradictorias.<sup>47</sup>

La cuestión es que, entre el rechazo a ese estilo de teorización, y el irracionalismo moral puro y duro, queda todavía un espacio suficiente para la racionalidad moral, para la posibilidad de argumentar racionalmente nuestras opciones morales.<sup>48</sup>

Si me he detenido a explicitar mi moderado escepticismo hacia la teorización ética es por lo siguiente: Volvamos a la enseñanza del Derecho. El crucial aspecto de la “justificación” de los valores morales que constituyen los fines de mi “instrumentalismo” jurídico ha de ser introducido, típicamente, en asignaturas encomendadas a filósofos del Derecho. Pero yo insisto en que lo que me interesa es sobre todo introducir la dimensión político-moral en el seno de la enseñanza del Derecho positivo en sus diversas ramas. Pues bien: con mi escepticismo hacia la teorización moral quiero transmitir a los profesores “de Derecho” el mensaje de que las

<sup>47</sup> Andrei Marmor, cuando incidentalmente alude a la visión que él etiqueta como “no-teoría” (yo sólo hablaría de “no-gran teoría”), parece referirse a un escepticismo hacia la teorización ética (que Marmor atribuye a Thomas Nagel y a Bernard Williams) no muy distinto del mío hacia la “gran” teorización ética. La “no-teoría” –explica Marmor– “no equivale necesariamente al escepticismo radical”, sino que “abraza la idea de que los principios morales, incluso si sostenemos que son objetivos y verdaderos, no pueden ser comprendidos en un conjunto de principios coherentes, ya que las contradicciones entre ellos reflejan genuinas contradicciones inherentes a nuestras vidas morales, o implicadas por la naturaleza de nuestras vidas sociales, etc.” (MARMOR, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon, 1992, pp. 62-63).

<sup>48</sup> Una cosa es criticar la ambición de esa “gran teoría” por prometer mucho más de lo que puede cumplir, y otra bien distinta es, basándose en ello, dar el bandazo para rechazar *a priori* la posibilidad de construir un discurso ético todavía general desde parámetros de racionalidad menos exigentes y más flexibles. La noción “rawlsiana” de “equilibrio reflexivo”, la retórica de la “ponderación” entre principios, o las teorías actuales de la argumentación con sus “reglas del discurso racional”, incluso con sus frecuentes apelaciones a “nuestras intuiciones morales básicas”, no es que sean precisamente reglas de matemática contable para que nuestras cuentas morales nos cuadren, pero me parece que algo ayudan a la hora de, si no “demostrar”, al menos reforzar teóricamente nuestras precarias opciones y hacemos así más llevadera nuestra contradictoria existencia.

complejidades de una filosofía moral más o menos sofisticada no son tan imprescindibles como para que les sirva de excusa, o les asuste, y dejen por eso de emprender también ellos en su docencia ordinaria la tarea de justificar los valores que les pido que expliciten. La parte “más teórica”, vale, déjensela a los “iusfilósofos” (que también deberían enseñarla no tan en abstracto sino orientada a problemas jurídicos reales). Pero no hace falta ser un filósofo moral profesional, ni haber abrazado una determinada “gran teoría” moral, dominando su contenido, para poder practicar una enseñanza orientada por valores morales y argumentando a su favor. De la misma manera que ustedes no son “políticos” pero pueden perfectamente discutir las cuestiones políticas que hay detrás de la porción del Derecho que enseñan. Tampoco son historiadores, ni siquiera historiadores del Derecho, pero bien que pueden –eso sí lo suelen hacer– enseñar los antecedentes históricos de la legislación que enseñan. Mi “llamada de atención” hacia los problemas del discurso moral basado en principios demasiado abstractos no era sólo una crítica contra cierta tendencia “intelectualoide” de muchos teóricos de la moral, profesionales propensos a despreciar el discurso moral “contextualizado”, *ad hoc*, como si confundieran el universalismo moral o las éticas “formales” con el olvido de que la ética está para resolver problemas de la vida. Era también un reclamo para que los profesores de Derecho positivo se embarquen en discusiones morales contextualizadas en los terrenos que les son más pertinentes. Y mi crítica a la “gran teoría” era una llamada a esos profesores para que se lancen sin demasiados escrúpulos academicistas a justificar racionalmente sus opciones morales, usando principios que resulten pertinentes para cada problema aunque los usen “aislados”, aunque no dominen el sistema filosófico-moral del que proceden, aunque cambien sin saberlo el sentido exacto que les dio el filósofo que los formuló (bastante filología inútil hacemos ya los “iusfilósofos”), y sin obsesionarse por la coherencia de una “posición intermedia” buscando la teoría coherente que la sustente.

### **3.5. ¿DE VERDAD NO TIENE FINES/VALORES PROPIOS EL DERECHO? INSTRUMENTALISMO Y (NEO)CONSTITUCIONALISMO**

Para finalizar, quiero desarrollar una “tranquilizadora” idea antes apenas apuntada: los valores político-morales justificados que han de

orientar la enseñanza del Derecho “instrumentalista” que propongo, sin dejar de poder inspirar un programa fuertemente “transformador” y no simplemente “micro-reformista”, no son sin embargo los valores de un extremista radical. Y el uso instrumental del Derecho para hacerlos avanzar no significa “salirse del juego” del Derecho. *Mis valores y mi propuesta son perfectamente acomodables en los principios y valores de una Constitución como la española de 1978*; por más que a menudo ese acomodo no resulte inmediato, sino que precise de buenas dosis de trabajo argumentativo, de teorización filosófico-política y filosófico-moral sobre el contenido que ha de darse a los valores y principios constitucionales. Ahora bien: si lo que estoy proponiendo resulta que no es en realidad más que hacer avanzar fines y valores constitucionales, ¿no estoy renunciando al “instrumentalismo” y persiguiendo los “fines intrínsecos” del Derecho?

Al explicar lo que es el “instrumentalismo”, prometí matizar la idea de que éste descansa en una visión del Derecho como carente de “fines (valores) propios”, lo cual permitiría perseguir a su través “fines (valores) extrínsecos” al propio Derecho. Pero, ¿de verdad el Derecho no tiene fines/valores “propios”? ¿No es evidente que, por ejemplo, el Derecho español tiene como fines/valores, al menos, los recogidos en la Constitución, de modo que, si como jurista deseo operar desde el Derecho, debo dejar de lado la persecución de mis fines, porque, me guste o no, resulta que el Derecho me impone los suyos (los ladrillos del Derecho no sólo me constriñen como medio –es lo que reconocía Kennedy–, sino que también me dicen lo que tengo que hacer con ellos)? Para responder a esto hay que distinguir entre dos sentidos de “instrumentalismo” jurídico, uno “fuerte” y otro “débil”. Yo defiendo el débil.

a) El “instrumentalismo” fuerte negaría sin más el anterior reproche: insistiría en que el Derecho no tiene verdaderamente fines/valores propios. Ante la evidencia de que hay fines –los principios (derechos) y valores proclamados en la Constitución– respondería que eso son palabras huecas (indeterminación lingüística): son expresiones tan radicalmente indeterminadas (“libertad”, “igualdad”, “justicia”...) que cabe darles prácticamente cualquier interpretación y que por lo tanto, a fuerza de poder significar tantas cosas, acaban por no significar en realidad ninguna, son simples expresiones vacías. Además, los fines y valores declarados en la Constitución, si se les quiere dar algún significado, ine-

vitiblemente entran en insuperable contradicción entre ellos (indeterminación sistemática); y, como bien saben los lógicos, de una contradicción cabe deducir cualquier cosa. Del Derecho se podrá decir que tiene una dimensión regulativa (por cierto, también muy indeterminada, tanto lingüística como sistemáticamente), pero en todo caso carece de dimensión valorativa. Los supuestos valores constitucionales no son sino pura retórica que en todo caso cumple una función ideológica (en el sentido peyorativo de “engaño”) en según qué interpretaciones se les quiera dar. Si la indeterminación valorativa de la Constitución (y del Derecho) es tan grande, no se me impone un “norte”: el “norte” lo pongo yo.

b) El “instrumentalismo” débil se inspira en parte en las anteriores ideas, pero no las lleva tan lejos. Es cierto que los fines y valores del Derecho son, en el texto de la Constitución,<sup>49</sup> muy indeterminados, y además están muy a menudo en conflicto entre sí. Filosófica, moral y políticamente, las constituciones contemporáneas como la española están simultáneamente comprometidas con un conjunto de fines y valores que corresponden a un amplio abanico de diversas ideologías, intereses sociales, aspiraciones políticas y teorías morales, que han pugnado históricamente entre sí y han logrado dejar su huella –en dosis diversas– en el texto constitucional. El pluralismo valorativo de la constitución (el famoso “consenso constitucional”) resulta ser pues un precipitado inestable, provisional y “abierto” –susceptible de diversas “lecturas”– de esas ideologías políticas y morales en conflicto que se truncan y transigen entre sí. Esa inestabilidad se debe a que el proceso de pugna y precario (incoherente) compromiso no sólo está en el origen causal de la constitución (y del resto del ordenamiento jurídico), sino que continúa presente en su funcionamiento ordinario, en la lucha cotidiana por dar una u otra interpretación o alcance a las proclamaciones de la Constitución. Así, en las discusiones jurídicas –sobre todo, pero no sólo, en la argumentación constitucional, la cual se supone que debe proyectarse sobre el resto de la argumentación jurídica “subconstitucional”– se reproduce prácticamente el mismo espectro de ideologías y argumentos que juegan un

<sup>49</sup> Me centro en la Constitución para simplificar, y porque en ella se encontraría el fin o los fines “supremos” intrínsecos al Derecho y a los que habrían de ajustarse los fines y valores jurídicos “subconstitucionales”; pero lo que voy a decir sería también predicable del resto del ordenamiento jurídico en su conjunto.

papel significativo en el debate público sobre cuestiones políticas y morales. Los límites dentro de los que se mueve el discurso político-moral “admisible” no son significativamente más amplios que los límites en los que se mueve, o se puede mover, la argumentación jurídica al menos “potencialmente” plausible (por eso decía yo antes que el razonamiento jurídico, aunque tecnificado y sometido a constricciones institucionales, no es en el fondo cualitativamente tan distinto –mucho más racional, determinado, neutral, “científico”...– del razonamiento político-moral general; el cual no es por cierto tan irracional y subjetivo como muchos lo presentan, de modo que la aproximación se produce desde ambos lados).<sup>50</sup> La inestabilidad e indeterminación de la que hablo, originada por el pluralismo valorativo de la Constitución, se reduce en la práctica debido a que la comunidad jurídica (y no sólo el Tribunal Constitucional) genera determinadas interpretaciones y prácticas constitucionales que privilegian ciertos valores, y/o ciertas versiones y alcances de esos valores, sobre otros valores u otras versiones y alcances de los valores constitucionalmente declarados. Lo cual permite un cierto grado, a veces elevado, de predecibilidad empírica acerca de las decisiones jurídicas adoptadas a la luz de esas interpretaciones dominantes. Pero la indeterminación de la que yo hablo se refiere a los fundamentos argumentativos que cabe aducir para justificar esas decisiones: las convenciones de la comunidad jurídica que “estabilizan” la Constitución y a su través del Derecho son en realidad (y afortunadamente) mucho más frágiles de lo que parece; los valores (o las interpretaciones de los valores) “reprimidos” siguen estando ahí, reconocidos (o potencialmente defendibles) como informadores del Derecho, de modo que, “desde dentro” (sobre todo desde la Constitución) un buen jurista-argumentador puede justificar plausiblemente, apelando a ellos, soluciones “no convencionales”: aque-

<sup>50</sup> Por supuesto que hay posiciones políticas o morales que están excluidas del ámbito de lo jurídico: que, sencillamente, no son “de recibo” jurídicamente, que no cabe defenderlas desde nuestro Derecho, desde ninguna interpretación posible de nuestros principios y valores constitucionales. Por poner un ejemplo trivialmente claro: la ideología del fundamentalismo islámico no se encuentra plasmada por ningún lado en nuestro Derecho. Pero es que tales posiciones jurídicamente indefendibles tampoco juegan un papel relevante en nuestros debates político-morales.

llas que responden a los fines y valores propios del “instrumentalista” y que éste puede poner en boca de la Constitución.

Esta versión menos radical del “instrumentalismo” jurídico se diferencia de la anterior versión “fuerte” porque reconoce que las proclamaciones de fines y valores en el texto constitucional no son vacías, no son radicalmente indeterminadas e interpretables a favor de “cualquier” programa político-moral. El “instrumentalista” débil reconoce que esas expresiones sí cumplen una función: ponen límites que son relevantes, cierran el (aun así amplísimo) abanico posible de fines y valores perseguibles desde el Derecho. En ese sentido de simple “marco”, el “instrumentalista” débil no tendría empacho en reconocer que, si de eso se trata, de las proclamaciones constitucionales puede decirse si se desea que contienen los “fines intrínsecos” del Derecho. No obstante, el “instrumentalista” débil sigue siendo “instrumentalista”, en el sentido de que sostiene, por un lado –como enseguida explicaré– que la Constitución en realidad “reconoce” fines cuyo valor no es constituido por ella misma sino que es sólo justificable extrínsecamente a ella (aunque no reconozca cualesquiera fines valiosos); y, por otro lado, que lo que queda dentro del marco constitucional es todavía tan amplio e “interpretable” que no podemos escapar a nuestra responsabilidad de tener que ser nosotros quienes, dentro del marco (significativo pero amplio, vago e incoherente) de principios y valores constitucionales, demos contenidos más concretos, fijemos el alcance y tomemos opciones argumentadas sobre el peso relativo de esos plurales fines y valores “del Derecho”. En definitiva, elaborando y argumentando racionalmente esas “determinaciones” constitucionales, seguimos siendo nosotros quienes reconstruimos en positivo, según lo que nosotros queremos defender, el “norte” valorativo que orienta nuestra instrumentalización del Derecho. Precisamente porque el Derecho (la Constitución) no nos proporciona ese norte en positivo y suficientemente determinado es por lo que podemos (y debemos) ir nosotros tras la justicia “mediante” el Derecho, manipulándolo como instrumento. Si el Derecho (la Constitución), más que fijarnos amplios límites, nos determinara un norte valorativo, y éste coincidiera suficientemente con el programa moral que buscamos, no necesitaríamos ir “tras la justicia” a través del Derecho, instrumentalizándolo: nos bastaría con ir “tras el Derecho”. Y si dicho norte indicado por el Derecho no fuera

el de una moralidad aceptable, no podríamos ir tras la justicia a través del Derecho: tendríamos que salirnos del juego del Derecho e ir tras la justicia “contra” el Derecho. Pero lo cierto es que los fines y valores proclamados por el Derecho (por constituciones como la nuestra) pueden ser tomados como banderas de la justicia de las que podemos apropiarnos porque en ellas podemos acomodar nuestros valores, y, precisamente porque esas banderas no están suficientemente determinadas, la lucha por el Derecho será la lucha por hacerse con el instrumento, la lucha por poner nuestros fines morales en boca del Derecho, en boca de esos fines y valores constitucionales “intrínsecos” al Derecho pero que piden ser llenados de contenido y dotados de un determinado sentido.

Completaré mi defensa de este “instrumentalismo constitucionalista” con tres observaciones:

1) Esa dotación de sentido a la Constitución, las “determinaciones” y opciones que nosotros realizamos a partir de los fines y valores proclamados en el “texto” constitucional, han de ser defendidas mediante una argumentación racional que acuda a la filosofía política y a la teoría de la justicia. Porque la corrección moral de esos fines y valores con los que, para perseguirlos, configuramos nuestra lectura de la Constitución no puede fundamentarse en el mero dato de que esos fines “están en” o “cabén” en la Constitución: no confundamos nuestra estrategia con la razón de nuestros fines. El peligro del constitucionalismo moderno es el de incurrir en una nueva versión de lo que los “iusfilósofos” suelen denominar “positivismo ideológico”: la inadmisibile tesis de que una regla, un principio o un valor están moralmente justificados por el mero hecho de que sean Derecho positivo, y que por tanto tenemos un deber moral de obedecer normas y proteger o promocionar valores, sean cuales sean, si se trata de normas o valores jurídicos. El constitucionalismo que yo defiendo, precisamente porque no pierde su carácter “instrumentalista”, conjura el peligro de caer en una especie de “positivismo ideológico de la constitución” que acecha al actual “neonconstitucionalismo” cuando a veces parece sacralizar moralmente la constitución por sí misma. La constitución, en su parte dogmática, tiene una dimensión valorativa (a veces explícita en enunciados que directamente proclaman valores, a veces inmediatamente visible en principios regulativos cargados de valor), dentro de la cual hemos decidido movernos; pero ob-

viamente la corrección de los contenidos de esa dimensión valorativa (y por tanto su adopción por nosotros como fines a perseguir) ha de fundamentarse en criterios externos a la propia Constitución, externos al Derecho: ha de fundamentarse en criterios morales. La Constitución, en su dimensión valorativa, “reconoce” estados de cosas como valiosos y los juridifica ordenando con sus principios protegerlos o promoverlos mediante el Derecho; pero la Constitución no “constituye” y el carácter valioso de esas cosas. No es porque la Constitución las protege por lo que son valiosas, sino al revés: es precisamente porque son valiosas por lo que la Constitución se adhiere a ellas, las reconoce y defiende. En cuanto a nuestra opción por movernos dentro de la dimensión valorativa de la Constitución, para defender como una lectura de ésta los valores que (por razones externas) consideramos justificados, ésta es una opción que puede perfectamente ser puramente estratégica (aunque quizá existan, además, razones morales que justifiquen esa opción por perseguirlos jugando el juego del Derecho, el juego de la Constitución).

2) Además de “reconocer” valores (dimensión valorativa, parte dogmática), la Constitución tiene una dimensión constitutiva: “crea” las formas básicas de la acción política y jurídica (órganos y procedimientos, parte orgánica) productora, “hacia abajo”, de Derecho. Lo importante aquí es que, en el constitucionalismo contemporáneo (el dotado de “forma constitucional”: una Constitución escrita, rígida, con control jurisdiccional de constitucionalidad, cuya juridicidad con jerarquía normativa superior a la ley y al resto de fuentes ya no cabe poner en duda), los fines y valores “reconocidos” y “prescritos” por la Constitución (dimensiones valorativa y regulativa) son los que dotan de sentido a las formas de acción política y jurídica creadas por ella misma (dimensión constitutiva), existiendo una prioridad interpretativa y justificativa de aquéllos sobre éstas. Y esto supone que

los valores y los fines reconocidos por la constitución nunca son reducibles a las formas de acción política creadas por la propia constitución y, en este sentido, el ritualismo constitucional constituiría una forma de conducta desviada. (...) [L]a idea de reconocimiento de valores supone que éstos son “anteriores” a las formas de acción política creadas por

la constitución; y la idea de reconocimiento de fines supone que éstos son “externos” a las formas de acción política creadas por la constitución. Lo cual los convierte en un elemento de crítica y valoración de la conducta política efectiva realizada según las formas de acción política creadas por la constitución.<sup>51</sup>

Creo que en esta cita queda sintetizado el mensaje de fondo del constitucionalismo moderno: el de “tomarnos en serio” los fines y valores de la Constitución, dotándolos de una marcada prioridad. Prioridad, desde luego, sobre la acción política y jurídica ordinaria (“subconstitucional”) cuyo sentido constitucionalmente legítimo es el de proteger y/o promover esos fines y valores. E, incluso, prioridad sobre los propios diseños institucionales de la Constitución (su dimensión constitutiva) y sobre los propios deberes (reglas, principios, derechos, y sus garantías jurídicas) de la Constitución (su dimensión regulativa), pues unos y otros no son meras imposiciones políticas sino que también representan mecanismos cuya justificación (su interpretación y uso constitucionalmente legítimos)

<sup>51</sup> AGUILÓ, Josep, “Sobre la constitución del Estado constitucional”, en *Doxa*, nro. 24, 2001, pp. 447-48. Sigo algunos aspectos de este artículo en este punto de mi trabajo. Justo en este lugar, Aguiló recoge una cita de Luigi Ferrajoli que resulta para mí de especial utilidad a la hora de reforzar lo que ya he dicho en el anterior punto y expresar el carácter todavía “instrumentalista” del constitucionalismo que yo defiendo: los fines/valores “intrínsecos” del Derecho sólo lo son en la medida en que aparecen recogidos en la Constitución, pero en realidad ésta no hace sino “reconocer” fines/valores extrínsecos que debemos justificar “desde fuera”. En efecto, Ferrajoli –como explica Aguiló– asume “un punto de vista únicamente externo a los fines de la legitimación y de la deslegitimación ético-política del Derecho y del Estado”. Dice Ferrajoli: “...la adopción de un punto de vista externo o político que no esté calcado sobre el interno o jurídico es el presupuesto de toda doctrina democrática de los poderes del estado (...) En un doble sentido: porque el punto de vista externo es el de abajo o ex parte *populi*, frente al interno, que es el punto de vista de arriba o ex parte *principis*; y porque el primero es el que expresa los valores extra –o meta– o pre-jurídicos ‘fundamentales’ (...) cuya satisfacción representa la justificación o razón de ser de esas cosas ‘artificiales’ que son las instituciones jurídicas y políticas. Mientras, la eliminación de un autónomo punto de vista externo o, peor aún, su explícita confusión con el interno son el rasgo específico de todas las culturas políticas autoritarias, unidas de formas diversas por la idea de la autofundamentación y la autojustificación del Derecho y del Estado como valores en sí: no medios, sino fines en sí mismos” (FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1997, 2ª ed., pp. 853-854).

radica en su idoneidad para asegurar y hacer efectivos esos fines y valores de nivel superior (de ahí que el fetichismo de una interpretación y uso de las instituciones y de los derechos y deberes constitucionales que fuese ciega ante esos fines y valores constituiría un “ritualismo constitucional” que sería “constitucionalmente desviado”). Si esto es así, el constitucionalismo representa un poderosísimo aliado para el “instrumentalista” que desea defender fines y valores “externamente” (moralmente) justificados mediante la estrategia de argumentar que son esos fines y valores –en ciertas “determinaciones” de los mismos– los que la Constitución está reconociendo. Ni que decir tiene que, si se tiene éxito en esa lucha por hacerse con la cúspide, el ulterior programa consistirá en instrumentalizar (manipular) las interpretaciones del “resto” del ordenamiento jurídico usándolo como “medio” para hacer avanzar esos fines y valores presentados como constitucionales, presentados como “los ‘fines’ intrínsecos” (en el débil sentido de constitucionalmente “reconocidos”) del Derecho. O, dicho de otra forma: usar a la Constitución “en contra” del Derecho, en contra de lo mucho que hay en la “textualidad” y en las interpretaciones dominantes del resto del ordenamiento jurídico que entorpecen el avance de aquellos fines y valores. Esto ya no le puede parecer una especie de ilegítima politización y tergiversadora manipulación del Derecho a ningún jurista que no sea un “formalista de la ley” y que se tome en serio la supremacía “jurídica” de la Constitución.

3) Pero quizá a ese mismo jurista sí le siga pareciendo que mi alianza con el constitucionalismo supone al menos una especie de desleal manipulación de la propia Constitución, puesta ésta al servicio de mis fines político-morales. Subsistiría para él en mi propuesta ese elemento “cínico” que parece consustancial al “instrumentalismo” en cualquiera de sus versiones. A lo cual yo respondo, en primer lugar, que mi “cinismo” –si con esa etiqueta se quiere connotar un reproche moral por violar un supuesto deber “moral” de lealtad que los juristas tenemos para con el Derecho y la Constitución– sería en todo caso (intenta serlo) un cinismo moralmente justificado, porque para lo que instrumentaliza a la Constitución es para ponerla al servicio de la moralidad. No de “mi” moralidad subjetiva e irracional (mucho menos al servicio de mis deseos e intereses parciales), sino de una moralidad objetiva o “intersubjetivamente” jus-

tificada desde una “teorización” discursivamente abierta a todas las “razones públicas” –las avanzadas con pretensión de corrección racional intersubjetiva– pertinentes en el debate, y además continuamente susceptible de revisión (el discurso moral justificativo no puede imponer de una vez y para siempre –ni a los demás ni a mí mismo– una moralidad “congelada” o atrincherada frente a la crítica y revisión). Un cinismo así puede ser moralmente mucho más “excelso” que la “lealtad” a un Derecho (y a una Constitución) que, en sus interpretaciones supuestamente “no manipuladas”, demasiadas veces da cobertura a las injusticias de nuestro mundo. Y, en segundo lugar, respondo que ese reproche descansa en una visión formalista, textualista, de la Constitución. Porque si lo que se opone a mi cínico “instrumentalismo” constitucional es la “lealtad” a la Constitución, puedo responder preguntando: ¿lealtad a qué? ¿a qué lectura de la Constitución? Tras la “lealtad constitucional” suele esconderse la lealtad a “una” de las muchas lecturas posibles de la Constitución, la que corresponde a las interpretaciones y prácticas constitucionales dominantes en la comunidad jurídica en un momento dado. Y yo no veo por qué tenemos que rendirnos de antemano a esas interpretaciones convencionales renunciando a la posibilidad de generar interpretaciones y prácticas constitucionales alternativas más acordes con principios y valores morales justificados. El Derecho (Constitución incluida) es mucho más que un conjunto de textos normativos: es un fenómeno social complejo, muy complejo, una “empresa” participativa y dinámica que incluye, además de normas, instituciones, agentes, procedimientos, valores, interpretaciones, prácticas, etcétera. El Derecho, incluso el Derecho “en un momento dado”, no es algo que esté ya “dado” como un resultado “acabado” y listo para ser simplemente “ejecutado” (aplicado); sino que es algo que los participantes en esas prácticas vamos construyendo y reconstruyendo, haciendo y rehaciendo, “conformándolo” continuamente (a partir, eso sí, de ciertos “materiales” autoritativamente “dados” –como lo es el texto de la Constitución–, pero necesitados de una “determinación” que les dé “sentido”). Aproximar el “sentido” de la Constitución, la lectura que nosotros le damos, a la justicia, no es precisamente ser “desleal” hacia ella, sino más bien todo lo contrario: supone presentarla en su mejor versión. Y, sin embargo, tratándose de defender una cierta concepción de los fines/valores de la Constitución rivalizando con otras

concepciones posibles, ya que la Constitución como texto sólo fija un marco, supone también que tengo un amplio margen para ser yo –mediante una “teorización” político-moral– quien determine en qué consiste aquello que la Constitución me ordena que haga con sus ladrillos: ese marco como “fin intrínseco” de la Constitución sigue operando para mí como el límite que la Constitución me impone “en cuanto medio” para mi “instrumentalista” persecución del fin de la justicia; de una “determinación” de la justicia que la Constitución no me proporciona, aunque sí me orienta mediante un texto en el que resulta que “cabe” mi (la) justicia.



Clásicos



## Sobre la libertad de escribir\*

MARIANO MORENO\*\*

Si el hombre no hubiera sido constantemente combatido por las preocupaciones y los errores, y si un millón de causas que se han sucedido sin cesar, no hubiesen gravado en él una multitud de conocimientos y de absurdos, no veríamos, en lugar de aquella celeste y magestuosa simplicidad que el autor de la naturaleza le imprimió, el deforme contraste de la pasión que cree que razona cuando el entendimiento está en delirio.

Consúltese la historia de todos los tiempos, y no se hallará en ella otra cosa más que desórdenes de la razón, y preocupaciones vergonzosas. ¡Que de monstruosos errores no han adoptado las Naciones, como axiomas infalibles, cuando se han dexado arrastrar del torrente de una preocupación sin examen, y de una costumbre siempre ciega, partidaria de las mas erróneas máximas, si ha tenido por garantes la sanción de los tiempos, y el abrigo de la opinión común! En todo tiempo ha sido el hombre el juguete y el ludibrio de los que han tenido interés en burlarse de su sencilla simplicidad. Horroroso cuadro, que ha hecho dudar a los filósofos, si ha nacido sólo para ser la presa del error y la mentira, o si por una invención de sus preciosas facultades se hallaba inevitablemente sujeto a la degradación en la que el embrutecimiento entra a ocupar el lugar del raciocinio.

¡Levante el dedo el pueblo que no tenga que llorar hasta ahora un cúmulo de adoptados errores, y preocupaciones ciegas, que viven con el resto de los individuos, y que exentas de la decrepitud de aquellos no se satisfacen con acompañar al hombre hasta el sepulcro, sino que

\* Publicado en la *Gaceta de Buenos Aires* correspondiente al 21 de junio de 1810. Extraído de *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, nros. 1 y 2, 1960.

\*\* (1778-1811) Abogado y político argentino. Secretario de la Junta de Buenos Aires. Director del periódico *La Gaceta de Buenos Aires*.

retroceden también hasta las generaciones nacientes para causar en ellas igual cúmulo de males!

¿En vista de esto pues, no sería la obra más acepta á la humanidad, porque la pondría a cubierto de la opresora de la esclavitud de sus preocupaciones, el dar ensanche y libertad a los escritores públicos para que se les atacasen a viva fuerza, y sin compasión alguna? Así debería ser seguramente; pero la triste experiencia de los crueles padecimientos que han sufrido quantos han intentado combatirlas, nos arguye la casi imposibilidad de ejecutarlo. Sócrates, Platón, Diagoras, Anaxágoras, Virgilio, Galileo, Descartes, y otra porción de sabios que intentaron hacer de algún modo la felicidad de sus compatriotas, iniciándolos en las luces y conocimientos útiles, y descubriendo sus errores, fueron víctimas del furor con que se persigue la verdad.

¿Será posible que haya que desterrar del universo un bien que haría sus mayores delicias si se alentase y se supiese proteger? ¿Por qué no le ha de ser permitido al hombre combatir las preocupaciones populares que tanto influyen, no sólo a la tranquilidad, sino también a la felicidad de su existencia miserable? ¿Por qué se le ha de poner una mordaza al héroe que intenta combatirlas, y se ha de poner un entredicho formidable al pensamiento, encadenándolo de un modo que se equivoque con la desdichada suerte de arrastrar el esclavo entre sus cadenas opresoras?

Desengañémonos al fin, que los pueblos yacerán en el embrutecimiento más vergonzoso, si no se da por absoluta franquicia y libertad para hablar en todo asunto que no se oponga en modo alguno a las verdades santas de nuestra augusta religión, y a las determinaciones del gobierno, siempre dignas de nuestro mayor respeto. Los pueblos correrán de error en error, y de preocupación en preocupación, y harán la desdicha de su existencia presente y sucesiva. No se adelantarán las artes, ni los conocimientos útiles, porque no teniendo libertad el pensamiento, se seguirán respetando los absurdos que han consagrado nuestros padres, y han autorizado el tiempo y la costumbre.

Seamos una vez, menos partidarios de nuestras envejecidas opiniones; tengamos menos amor propio; dese acceso a la verdad, y a la introducción de las luces y de la ilustración; no se reprima la inocente libertad de

pensar en asuntos del interés universal; no creamos que con ella se atacará jamás impunemente al mérito y la virtud, porque hablando por sí mismos en su favor, y teniendo siempre por árbitro imparcial al pueblo, se reducirán a polvo los escritos de los que indignamente osasen atacarlos. La verdad, como la virtud tienen en sí mismas su más incontestable apología; a fuerza de discutir las y ventilarlas aparecen en todo su esplendor y brillo: si se oponen restricciones al discurso, vegetará el espíritu como la materia y el error, la mentira, la preocupación, el fanatismo y el embrutecimiento, harán la divisa de los pueblos y causarán para siempre su abatimiento, su ruina y su miseria.



## El genial joven Moreno y la estructuración del nuevo Estado\*

ALFREDO L. PALACIOS\*\*

### I. HAY QUE VOLVER A MAYO

Hay que volver a Mayo para templar la voluntad. Necesitamos caracteres firmes, rectos y honestos.

No basta la inteligencia. Pedro Goyena dijo una vez, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, que la figura de Ateius Capito era tanto más repulsiva, cuanto que su servilismo para el emperador andaba unido con un ingenio y un vasto saber. Y un hombre admirable por sus estudios de Derecho, el jurisconsulto Cuyaccio, inspiraba un sentimiento de tristeza, cuando en medio de una crisis terrible y de una controversia en que se debatían los más grandes intereses humanos, exclama: "*¿Quid hoc as edictum prætoris?*", con una indiferencia que era, entonces, todo lo contrario de la sabiduría. Y Erasmo *-homo per se-* se envolvía en una frase elegante, pero sin dignidad, cuando Europa se desgarraba, y todo hombre que tuviera una idea, una palabra, la debía a la causa de la libertad y del bien...

La cobardía, la sumisión y el materialismo, consideran al mundo como un mercado, y los hombres de la "política realista", creen que la libertad, la justicia, y la virtud son simples abstracciones sutiles, verdaderas formaciones místicas, como si la política fuera una cosa abisal de los instintos.

Frente a esa política insensata, vemos a gobernantes, dirigentes políticos y gremiales, magistrados, generales, abogados y también eclesiás-

\* Texto extraído de *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, nros. 1 y 2, 1960.

\*\* (1880-1965). Abogado, profesor y decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

ticos, que han apagado todas las luces, y no creen sino en lo que puede medirse, tocarse, pesarse. Desconocen el mundo de los valores, que la política de la audacia ha quebrado destruyendo las instituciones libres.

## II. ES LA HORA DE LA JUVENTUD

No está todo perdido. Tengo fe en la juventud que antepone los bienes del espíritu a los cálculos utilitarios y a las cotizaciones del mercado, que repudia el puro poderío, capaz de proyectar solamente cosas de dos dimensiones, pero a la que le falta la "profundidad", es decir la tercera dimensión, que en el mundo psicológico, corresponde a la conciencia. Tengo fe en la juventud que encenderá todas las luces apagadas por los mercaderes del corazón amonedado. Ella abrirá con esfuerzo varonil el camino obedeciendo a la consigna de Mayo, e impedirá la entrega del país. Así recuperaremos los rasgos de nuestra stirpe, que se apoya –especialmente– en la acentuación de la "hombredad". El anhelo dominante del sentimiento argentino, es el de lograr la libertad y realizar la justicia, imponiendo –sobre todo– su concepto de la dignidad. Esa tendencia que está en la raíz de nuestra raza, debe alcanzar, entre nosotros, rigurosa expansión. Y ese resorte íntimo que nos impulsa a nosotros la acción, y ha conducido nuestro crecimiento en un sentido social, en medio de la corrupción que impera en las clases directivas, está hoy, en manos de la juventud.

## III. LOS JÓVENES DE LA REVOLUCIÓN

Lo mismo sucedió en 1810, frente al despotismo de los príncipes extranjeros que abatieron las viejas libertades de la Península, en contra del pensamiento filosófico y la tradición española. Los que declararon que España había caducado, y dieron la fórmula jurídica y política de la emancipación –consagrando el ideario del ilustre jurista de Salamanca, que negó a los reyes y a los papas, títulos legítimos para ser señores de América–, fueron jóvenes, algunos adolescentes, hijos de esta tierra de rebeldías, cuyo espíritu audaz conmovió a nuestra América, vinculándose al pueblo.

Moreno, Rivadavia, Monteagudo, Belgrano y Pueyrredón, apenas habían vivido tres décadas; Alvear, presidente de la Asamblea General Constituyente en 1813, tenía 23 años, Guido, sólo 20.

Masas populares y líderes de la juventud revolucionaria, son indispensables para la creación de una conciencia social. La masa debe ser fecundada por la idea. Este concepto es la negación de otro, típicamente sádico, de un personaje siniestro: Goebbels, el colaborador de Hitler, “La masa –decía– es para el líder lo que la piedra es para el escultor; el líder y la masa constituyen un problema tan sencillo como *pintor y color*”. Este concepto, sostenido por algunos políticos argentinos, es típicamente totalitario.

Cuando el joven Belgrano buscaba afanosamente el apoyo de la fuerza para obtener libertad, Pueyrredón le explicaba que era menester, primordialmente, contar con el pueblo. “Cuando oí a Pueyrredón hablar así –escribe Belgrano en su Autobiografía–, mi corazón se ensanchó y risueñas ideas de un proyecto favorable vinieron a mi imaginación”.

Los jóvenes de Mayo eran hijos de América, mundo propicio a la rebeldía; descendientes de aquellos “manzobos” arrogantes e insolentes del siglo XVI, amigos de todo lo nuevo, de quienes hablaba Montalvo al Rey. Eran los representantes de la progenie americana, con un intenso sentimiento colectivo de autonomía.

Esos jóvenes leían los libros cuyos autores eran considerados “filósofos sediciosos”, “eversores de los tronos”. Las ideas revolucionarias habían penetrado en su espíritu. Y eran ya como una gran luz que iluminaba el sendero para realizar la aventura movida por la gran esperanza. Es claro, que todo esto sobre el fondo económico de un régimen de monopolio expoliador, ya que las revoluciones no sólo son el resultado de las ideas, sino de una red inextricable de innumerables factores.

#### IV. LA REBELDÍA DE LOS CRIOLLOS

Se ha demostrado ya, que en las provincias vivía una población viril, preparada para aceptar y servir a la Revolución. La gente del pueblo era dueña del hogar y del terreno laborable que le permitía subvenir a sus necesidades. Participaba de la pasión y del interés común contra los funcionarios del régimen colonial y se sentía predispuesta a contribuir con firmeza, como soldados ciudadanos, al buen éxito de la Revolución. Se acentuaba, cada vez más, la insurgencia de los criollos, que venía desde el siglo XVI y que aparecía en todos los aspectos de la vida. Vicente López cita un curioso episodio, que como muchos otros, muestra el espíritu

inquieto y nervioso, en los últimos tiempos del virreinato –aun entre los adolescentes–, y que hemos visto reproducido en nuestros días como expresión de rebeldía contra los malos conductores. La verdad es que los jóvenes criollos a través de los siglos continúan inalterables en su audacia y rebeldía. El episodio a que se refiere López es una insurrección de colegiales de San Carlos, acaecida en 1796, hace más de siglo y medio.

Después de haber reunido cautelosamente armas, proclamáronse los estudiantes dueños de la casa y tomaron todas las alturas, resueltos a dar batalla y sostener el sitio a todo trance. Prendieron y castigaron con golpes a los superiores de quienes tenían queja. Arrojaron a los pusilámines. Pusieron en fuga a la Audiencia, que como parlamentaria iba, en nombre del virrey, a reducirlos, y agotados todos los medios de conciliación, fue indispensable echar sobre ellos el cuerpo veterano del *Fijo* y dar un asalto en forma, en el que los colegiales hicieron prodigios de valor y tenacidad.

¿Quiénes los dirigían? El historiador Vicente Fidel López asegura que era uno de los líderes un jovencillo alto y esbelto, cuyos ojos renegridos grandes y color pálido, revelaban un temperamento nervioso y vivaz. Su nariz aguileña, su boca delgada y firme, como la de los hombres de mando, eran signos de bravura y audacia. Y en efecto, ese niño fue después el general don Juan Gregorio Las Heras, uno de los porteros Jefes del Ejército de los Andes, que reconquistó a Chile, y el salvador del ejército patriota en “Cancha Rayada”. Fue además el gobernador más sensato de cuantos ha tenido Buenos Aires.

Muchos hechos como éste, eran reveladores de la agitación y del espíritu de rebeldía que se desató, desde que aparecieron los “hijos de la tierra”, quienes hicieron prodigios en las invasiones inglesas, y pocos años después, en la Revolución de Mayo, iniciada por la juventud ardiente y audaz que daría la fórmula revolucionaria.

Y la Patria nació en el Ágora donde el pueblo, en conjunción con la minoría ilustrada, dictó el primer esbozo de constitución y eligió el primer gobierno patrio.

## V. MORENO: EL JOVEN GENIAL

Ahí estaba el estadista, el timonel de mano firme y mirada de zahorí: Moreno, que convierte a la Revolución en un organismo libre, en

que “nadie, sino la opinión pública puede gobernar, para que los que reciban su mandato no gobiernen mal, impunemente”, según sus propias palabras. Con este solo título –dice un historiador– que Moreno presentase ante el juicio de la posteridad, bastaría para que valiese, lo que no valen los hombres que le sucedieron. Agreguemos nosotros: ni los de ahora, que no han sabido llenar ni formular siquiera, las condiciones prácticas con que él concebía el gobierno libre de nuestro país.

Y sin embargo, el joven genial, paradigma de pureza, ha sido vilipendiado con una injusticia irritante, acusado de haber permanecido ajeno a los trabajos preliminares de los otros jóvenes revolucionarios, a él, que anticipó en un año la Revolución, con la “Representación de los Hacendados”, destruyendo la falacia del monopolio, en un razonamiento, vigoroso, concordante en la época, y que en 1809, pedía Junta, antes de la realización del “Cabildo Abierto” del 22 de Mayo. Sin duda, no estuvo con los que se pusieron en relación con la princesa Carlota. “Su voto fue siempre contrario a esta eventualidad –dice su hermano–, tanto porque la monarquía no convenía al país, como por la calidad de la persona que le quería introducir”.<sup>1</sup>

No fue un espectador de los acontecimientos hasta el día de la emancipación, como cree Levene, ni un convertido, “Saulo de la independencia hasta hallar el camino de Damasco, que le tornaría su apóstol” , según la expresión de Groussac.

Moreno, que a los 30 años dio sentido a los acontecimientos, encauzando y conduciendo las fuerzas con una inteligencia poderosa y una voluntad inflexible, no era tributo como Castelli, por eso no más exacto que la frase puesta en labios de Moreno por Alberdi, en la escena de su *crónica dramática*, en la cual aparece el prócer exigiendo serenidad a los patriotas que querían recurrir a las armas para derrocar al Virrey-Presidente de la Junta. “Viene Ud. a disuadirnos” , le dicen. Y Moreno, que tenía confianza en el pueblo, contesta: “No, yo también soy revolucionario

<sup>1</sup> Colección de arengas en el Foro, y escritos del doctor Mariano Moreno, abogado de Buenos Aires y secretario del Primer Gobierno en la Revolución de aquel Estado, tomo I , Londres. Impreso por Jaime Pickburn, 1836.

y tal vez antes que nadie". He dicho, otra vez, que esas palabras no fueron pronunciadas, pero eran el reflejo de la verdad.<sup>2</sup>

## VI. LAS INSTITUCIONES PARA EL NUEVO ESTADO

En los artículos sobre las "Miras del Congreso que acaba de convocarse y Constitución del Estado", señala Moreno el sentido y el alcance de la Revolución.

"Si es cierto -dijo antes de aceptar el cargo de secretario de la Junta- que la voluntad general me llamó a tomar una parte en la dirección de su causa (...) no puedo negar a mi patria el sacrificio de mi tranquilidad individual, de mi tiempo, de mi fortuna y aun de mi vida".

Y proclamó el concepto democrático sobre la base de la personalidad humana y de la teoría de la soberanía popular.

La independencia argentina planteaba el problema difícil de la organización del nuevo Estado. Y el prócer, por su cultura política y filosófica, por su clara visión de la realidad y por sus condiciones de estadista, era el único capaz de abordarlo.

Señala el camino a los diputados de las provincias recordándoles que "el pueblo no debe contentarse con que sus jefes obren bien, él debe aspirar a que nunca pueden obrar mal; que sus pasiones tengan un dique más formal que el de su propia virtud y que delineado el camino de sus operaciones por reglas que no esté en sus manos trastornar se derive la bondad del gobierno, no de las personas que lo ejercen, sino de una Constitución firme que obligue a sus sucesores a ser igualmente buenos que los primeros, sin que en ningún caso dexen a éstos la libertad de hacerse malos impunemente".

Llama a la realidad a los hombres que han conquistado su libertad y les dice: "...quizá no se presente situación más crítica para los pueblos que el momento de su emancipación (...) todas las pasiones conspiran a sofocar en su cuna una obra a que sólo las virtudes pueden dar consistencia". Y agrega: "Temblemos, con la memoria de aquellos pueblos que por el mal uso de su naciente libertad no merecieron conservarla".

<sup>2</sup> Léase mi libro *Esteban Echeverría. Albacea del pensamiento de Mayo*, 3ª ed., capítulos sobre Moreno, Buenos Aires, Claridad.

Y habla del desequilibrio de los poderes y anuncia, después, que los diputados van a tratar sobre la suerte del pueblo, dictando un código de leyes sabias por el cual se establezca la seguridad de las personas, la conservación de sus derechos, los deberes del magistrado, las obligaciones del ciudadano y los límites de la obediencia. Sostiene Moreno que las leyes de Indias no se hicieron para un Estado, “y nosotros ya lo formamos”. Por eso era urgente una “constitución que proclamara el principio de la soberanía del pueblo”.

“La disolución de la Junta Central –manifiesta– restituyó a los pueblos la plenitud de los poderes. Cada hombre debió considerarse en el estado anterior al pacto social del que derivan las obligaciones que ligan a el rey con sus vasallos. No pretendo con esto reducir los individuos de la monarquía a la vida errante (...) los vínculos que unen el pueblo a el rey son distintos de los que unen a los hombres entre sí mismos, un pueblo es pueblo, antes de darse a un rey, y de aquí es que aunque las relaciones sociales entre los pueblos y el rey quedasen disueltas por el cautiverio del monarca, los vínculos que unen a un hombre con otro en sociedad quedarán subsistentes (...) y los pueblos no debieron tratar de formarse pueblos, o rejirse a sí mismos, según las diversas formas con que puede constituirse íntegramente el cuerpo moral”.

Sólo la reunión de los diputados concentraba una representación legítima de todos los pueblos, un organismo seguro de la voluntad general, de verdadera soberanía, y la obra sería defectuosa si la asamblea soberana “se reduxese a elegir gobernantes sin fixarles la constitución y la forma de gobierno”

“La verdadera soberanía de un Pueblo –explica el prócer– nunca ha consistido sino en la voluntad general del mismo, que siendo la soberanía indivisible, e inalienable, nunca ha podido ser propiedad de un hombre solo, y que mientras los gobernados no revistan el carácter de un grupo de esclavos o de una majada de carneros, los gobernantes no pueden revestir otro que el de executores y ministros de las leyes que la voluntad general ha establecido”.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Léase *Gazeta de Buenos Ayres*, 1810. Reimpresión facsimilar. Primer periódico de la Revolución que todo estudiante universitario debe conocer desde su aparición hasta 1821.

## VII. IMPUTACIÓN ABSURDA

Algunos escritores que confunden la *revisión* con la *inversión*, han llamado con desdén, “excelente abogado del comercio británico y anglófilo por interés”, al precursor de la democracia americana, en cuya inteligencia lo universal tomaba carácter específico; a Moreno, de vida luminosa, que mientras la expedición libertadora avanzaba victoriosamente, estructuraba el nuevo Estado sobre la base de la personalidad humana y la teoría de la soberanía popular; al joven preclaro, o casi adolescente –María Guadalupe Cuenca–, y un hijo muy pequeño.

No desearía defender al prócer de ataques subalternos. Pero es necesario decir que cuando el abogado Moreno combatió el régimen económico de la colonia, nada le importó el desagrado y el encono de sus clientes españoles, propugnadores del monopolio.

Hablar del *interés personal* del argentino ilustre, si no fuera infame, sería pueril. Manuel Moreno, en la página 113 de *Vida y Memorias*, dice: “Un ataque tan vigoroso excitó la rabia de los contradictores del franco comercio. Casi todos los negociantes europeos que frecuentaban la casa de mi hermano, la desertaron, sentidos, pero éste miraba con desprecio las opiniones de esta clase de hombres y no se embarazaba en los perjuicios que podrían resultar a sus intereses individuales quando adhería la causa de su patria. Poco me importa, decía en sus conversaciones familiares, el odio de los europeos poderosos (...) Estoy convencido que quando un español europeo viene al estudio de un abogado criollo es porque no encuentra un paisano a quien dar los provechos de su defensa”.<sup>4</sup>

## VIII. LA POLÍTICA DE LA MALA FE DEL IMPERIO BRITÁNICO

La Revolución que encauzó maravillosamente Moreno significaba la independencia y eso convenía sin duda a los intereses de Inglaterra, porque era una garantía de su comercio libre.

Se realizaba en el mundo la revolución industrial. Las fuerzas productivas habían pasado en su evolución, después de las cooperaciones de las ciudades, por la cooperación de los trabajadores libres asalariados y por la manufactura, hasta que la construcción de las máquinas inició

<sup>4</sup> MORENO, Manuel, op. cit.

la gran transformación del siglo XVIII. La máquina derribó los últimos valladares que se oponían al régimen capitalista. Inglaterra necesitaba materias primas y nuevos mercados para sus productos, y observaba, desde lejos, con ojo avizor a Buenos Ayres y otras ciudades americanas, donde un monopolio absurdo oprimía a los nativos y donde ya se agitaban las ideas que Belgrano, el joven pensador, habían recogido de Adam Smith, Genovesi, Galiani, y Jovenallos.

El gobierno inglés estimulaba los anhelos de independencia, pero su política era de mala fe, unas veces engañaba a los próceres y otras lanzaba, infructuosamente, sus mercaderes armados, a la conquista, que se estrellaban contra el valor y desinterés de la progenie americana.

Engañó a Miranda. Engañó a Nariño, que solicitaba armas y municiones para insurreccionar el Virreinato de Santa Fe, presentando con elocuciones las perspectivas de un comercio próspero y halagador para el país que buscaba mercados. Lord Liverpool insinuó que el nuevo Estado debía incorporarse a la soberanía británica, mas el bogotano ilustre –traductor e impresor clandestino de la *Declaración de los Derechos del Hombre*–, apóstol de la independencia y no aventurero, rechazó la innoble insinuación.

Todos buscaban la protección británica. No olvidemos que era tan terrible la situación de los patriotas y tal la desesperación por obtener la independencia, que el libertador venezolano, cuyo genio se desarrolló entre elementos antinómicos y confusos, difíciles de armonizar, tuvo un instante de vacilación.

Inglaterra abría violentamente los mercados para colocar sus manufacturas y extraer materias primas. Bolívar comprendió que el Imperio Británico tenía interés en el comercio libre y que contribuiría a abatir el monopolio de la Metrópoli, pero no por generosidad o por espíritu libertario, sino por conveniencia. Por eso, perturbado en la adversidad y dispuesto a todos los sacrificios “para dar la libertad a la mitad del mundo y poner al universo en equilibrio”, pensó en pedir a Inglaterra fusiles, municiones, dinero y buques de guerra. Y expresaba, en nota dirigida desde Kingston el 19 de mayo de 1815, a Maxwell Hyslop, “que se podía entregar al gobierno británico las provincias de Panamá y Nicaragua, para que forme de estos países el centro del comercio del universo, por medio de la apertura de canales, que rompiendo los diques

de uno y otro mar, acerquen las distancias más remotas y hagan permanecer el imperio de la Inglaterra sobre el comercio”.<sup>5</sup>

## IX. MORENO Y LOS INGLESES

Después de conocidos estos hechos históricos, ¡cuán menguada resulta la imputación al joven estadista incorruptible, que pasó por el cielo de la patria como un meteoro luminoso, para hundirse en el mar!

Cuán menguada resulta la imputación, sabiendo como sabemos que el 27 de junio de 1806, dos días después desembarcar de Beresford en Quilnes para tomar posesión de Buenos Ayres, ciudad de 50.000 habitantes, Mariano Moreno, que apenas contaba 25 años, escribió estas palabras: “Yo he visto llorar en la plaza a muchos hombres por la infamia con que se les entregaba y yo mismo he llorado más que otro alguno, quando a las 3 de la tarde del 27 de junio de 1806 vi entrar 1.560 ingleses que apoderados de mi patria se alojaron en el fuerte y demás cuarteles de la ciudad”.

Y ya como conductor, inspirando decisiones del gobierno patrio, a los 30 años de edad, cuando el capitán inglés Elliot notificó a la Junta que los barcos mercantes ingleses se mantendrían sin importar ni exportar, reconociendo el bloque del puerto por el gobierno de Montevideo consignó en la *Gazeta de Buenos Ayres* del 20 de septiembre, esta admonición: “Es un deber del gobierno exhortar al pueblo, a que deponga qualesquier prevención contra los ingleses, pero debe al mismo tiempo recomendar y aplaudir el zelo con que se ha manifestado inflamado, por esta ocurrencia. Los pueblos deben estar siempre atentos a la conservación de sus intereses y derechos, y no deben fiar sino de sí mismos. El extranjero no viene a nuestro país a trabajar en nuestro bien, sino a sacar quantas ventajas pueda proporcionarse. Recibámoslo en hora buena, aprendamos las mejoras de su cibilización, aceptemos las obras de su industria, y franqueemosle los frutos, que la naturaleza nos reparte a manos llenas, pero miremos sus consejos con la mayor reserva, y no incurramos en el error de aquellos pueblos inocentes, que se dexaron

<sup>5</sup> Léase *La comunidad iberoamericana. Bolívar y Alberdi*, del autor de este trabajo, publicado por el Instituto de Derecho Comparado, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

envolver en cadenas, en medio del embelesamiento, que les habían producido los chichis y abalorios. Aprendamos de nuestros padres, y que no se escriba de nosotros lo que se ha escrito de los habitantes de la antigua España con respecto a los Cartagineses, que la dominaron”.

“Libre, feliz España, é independiente,

Se abrió al Cartaginés incautamente:

Viéronse estos traidores

Fingirse amigos, para ser señores;

Y el comercio afectando,

Entrar vendiendo por salir mandando”.<sup>6</sup>

Esto es de estricta aplicación al momento angustioso que vivimos...

La actitud valiente de Moreno produjo el resultado que se esperaba. Lord Stangford contestó sin demora de esta guisa : “No puedo expresar bastantemente la profunda mortificación y sentimiento que me ha causado la noticia de que hubiesen ocurrido en esa, circunstancias capaces de disminuir la confianza y cordialidad que deben resistir entre todos los agentes de S. M. B. y el bravo y generoso pueblo de la América Española unidos como lo estamos en la misma causa y contra el mismo enemigo (...) ningún oficial inglés ha recibido jamás de mí, ni del Almirante que comanda en jefe, instrucciones algunas, para cooperar en el bloqueo de la Capital (...) por el contrario yo declaro a V. E. con la mayor sinceridad y en este modo público (...) que a todos los oficiales británicos (...) se les ha prohibido (...) toda interesencia (sic) en los negocios públicos”.

Y se apresura a comunicar que el Almirante de Crosey sale con destino al Río de la Plata para remover los obstáculos que se han opuesto al comercio.

Es interesante hacer notar que según el historiador López la adhesión del capitán Elliot a la causa de los realistas se atribuyó a sus íntimas conexiones con un conocido comerciante inglés y a la parte de interés que tenía en un valiosísimo contrabando que dicho comerciante pretendió hacer pasar fraudulentamente y que, descubierto por la autoridad, provocó una exposición muy severa de parte de la Junta, y una sumaria información sobre el atentado, lo que consta en *La Gazeta*, nro. 6, p. 84.

<sup>6</sup> *Gazeta de Buenos Ayres*, reproducción facsimilar, jueves 20 de septiembre de 1810, nros. 16-407, p. 245.

En octubre, bajo la presunción de que la conducta hostil del mismo capitán Elliot le había sido sugerida por el comerciante Markinlay, se expulsó a éste de Buenos Aires, y salió acompañado por Elliot, que le servía como de guardia.

Moreno era el espíritu de Mayo. Había proclamado el principio de la soberanía del pueblo y del respeto a la persona humana. Su causa fue la causa de la libertad y la justicia, que defendió con fervor, manteniéndose impoluto.

## X. EXHORTACIÓN A LOS JÓVENES

Hablo para los jóvenes, sin los cuales no será posible salir de la ciénaga en que ha caído el país.

Por eso, evocando la figura magnífica del joven genial, que en Mayo señaló el camino, incito a la acción, a la juventud que ama el esfuerzo y la lucha y cuya virtud cardinal es la justicia.

En nuestra América *hay que hacer*, poniendo el pensamiento en las manos, y ahondando en la realidad, para construir, pero no sobre el cieno ni sobre la mentira. Hay que dar forma y expresión a nuestro sentido propio de la vida, rechazando consignas ajenas, y para ello es necesario, además de una voluntad enérgica e indeclinable, la convicción de que las aspiraciones económicas de la sociedad deben estar fundadas en un concepto ético. Los que olviden esto, entrarán, sin alma, en el engranaje de una mecanización despreciable.

Séneca, con su estoicismo natural y humano, señala el camino: “No te dejes vencer por nada extraño a tu espíritu –dice–. Piensa, en medio de los accidentes de la vida, que tenemos dentro de nosotros una fuerza madre indestructible, como un eje diamantino alrededor del cual giran los hechos mezquinos que forman la trama del diario vivir”. Esa fuerza madre indestructible, es la que debe mantenernos dignos y erguidos como para que se pueda decir que somos verdaderos hombres.

Hemos de abrir un camino en la selva que nos aparte de la ciénaga, recordando que las catástrofes son el resultado de problemas no resueltos, y que tenemos todos los siglos por delante y el inmenso espacio de nuestras tierras, donde puede acampar la humanidad. No cometamos el

error de lamentarnos por la aparente declinación de la democracia. Llegaremos al *régimen sobre la base de la igualdad de clases*.

El pesimismo es una terrible enfermedad contagiosa. Produce la relajación del carácter, que se refiere a la voluntad, es decir a la dirección que imponemos a nuestra existencia y que, por eso, implica un concepto valorativo.

¡Tengamos fe en la juventud!



# Debates



## Adiós a las revistas jurídicas\*

FRED RODELL\*\*

En casi todo texto jurídico existen dos cuestiones incorrectas: una su estilo, la otra su contenido. Esto, creo, cubre el asunto. Y aunque es en las revistas jurídicas donde la literatura más respetada –y yo, de ninguna manera, las llamé opiniones jurídicas a excepción de las acciones legales de lujo– es regularmente conservada, es también en las revistas jurídicas donde el valor de un penique de contenido es más frecuentemente ocultado bajo una libra de supuesto estilo. El escritor promedio de revistas jurídicas es peculiarmente capaz de decir nada con un aire de gran importancia. Cuando leía revistas jurídicas me sentía como un elefante tratando de golpear con fuerza a una mosca.

Ahora, el estilo antediluviano o burlesco en el cual está mayoritariamente escrito el material de revistas jurídicas, como bien lo sé, ha sido duramente criticado antes. Esa crítica no ha tenido efecto, como tampoco lo tendrá ésta. Recuérdense que es porque me lo han pedido que expreso mis quejas sobre la literatura jurídica.

Para entrar en la cuestión del estilo, pareciera que es un principio cardinal de la redacción y edición de revistas jurídicas que nada puede ser dicho enérgicamente y que nada puede ser dicho entretenidamente. Esto, lo acepto, es en interés de algo llamado dignidad. No importa que la mayoría de la gente –y hasta los abogados entran en esta categoría– lean para que los convenzan, o bien, para entretenerse. No importa que hasta en las relativamente raras instancias en que la gente lee para informarse,

\* Publicado originalmente en inglés como RODELL, Fred, "Goodbye to Law Reviews" en *Virginia Law Review*, vol. 23, nos. 38-45, noviembre de 1936. Los editores agradecen al editor el permiso para traducirlo y publicarlo en esta revista. Traducción al español realizada por Sofía Chiambretto, graduada de Abogacía en orientación Penal, Facultad de Derecho, UBA.

\*\* Profesor de la Universidad de Yale.

gusten de una pizca de pimienta o una pizca de sal junto a su información. No obtendrán ningún condimento si la revista jurídica puede con ello. La revista jurídica podría ser más bien dignificada que ignorada.

Supóngase que un escritor de revista jurídica quiere criticar una sentencia. ¿Dice él que “El magistrado Fussbudget, en una opinión prolija y sin sentido, consiguió distorsionar su lógica y destrozó su historia para alcanzar un resultado que no sólo es reaccionario sino también ridículo”? Él podrá pensar exactamente eso, pero no lo dice. Ni siquiera dice “Fue una opinión completamente estúpida”. Lo que dice es “Parecería que una conclusión contraria quizás podría haber estado mejor justificada”. “Parecería...” es la abuelita de las frases mimadas, todavía reverenciadas por las revistas jurídicas, en el embotado nombre de la dignidad.

Una de las peculiaridades del estilo que inevitablemente resta valor a la contundencia y claridad de la redacción de revistas jurídicas es el tabú de los pronombres en primera persona. Un “yo” o un “me” es visto más bien como una forma escandalosa de desnudarse en publicaciones. Para evitar la desnudez, el ambiguo “se” es casi obligatorio: “Se sugiere...”, “Se propone...”, “Parecería...” Si los escritores realmente suponen que semejantes construcciones los cubren en anonimato de modo que la gente no puede acertar quién está sugiriendo y quién está proponiendo, no lo sé...

Sentencias largas, construcciones difíciles y palabras confusas que parecen disculparse por atreverse a expresar una opinión son parte del precio que las revistas jurídicas pagan por su preciosa dignidad...

El explosivo toque de humor es considerado precisamente tan de mal gusto como el duro golpe de la condena. Sé que ningún campo de aprendizaje tan vulnerable a lo burlesco, a la sátira o a lo ocasional, empuja en las costillas como la pomposidad rimbombante de la dialéctica legal. Quizás ésa sea la razón misma por la que no hay bufones u hombres amordazados en la literatura legal y por la que los editores de revistas jurídicas levantan las cejas en horas extras para purgar sus publicaciones de cada comentario agudo que podría producir verdadera risa. El derecho llama la atención; y es ridículo. Y las revistas jurídicas están lejos de tomar alguna parte en el lanzamiento de una bola de nieve o en la juiciosa colocación de una cáscara de banana.

Ocasionalmente, muy ocasionalmente, algo de humor pesado alcanza la publicación. Pero tiene que ser la clase de humor que tiende a producir, en el mejor de los casos, una sonrisita más que una carcajada. Y la mayoría de los autores de revistas jurídicas, intentando producir una sonrisita, salen con uno de esos pedantes trucos listos que obtienen una respuesta incómodamente forzada cuando los profesores los dicen en una clase. La mejor manera de conseguir una risa de una revista jurídica es tomando un par de tragos y luego leyendo un artículo, cualquier artículo, en voz alta. Eso puede ser realmente gracioso.

Luego está el negocio de las notas al pie, las ostentosas y prestigiosas claves de los escritos legales y el motivo favorito de queja de todo aquel que haya alguna vez leído una pieza de alguna revista jurídica por alguna otra razón que la de haber sido tan perezoso como para buscar sus propios casos. Tan lejos como puedo distinguir, hay dos tipos de notas al pie. Está la aclarativa, del tipo por-si-no-entiendes-lo-que-dije-en-el-texto-esto-puede-ayudarte. Y está la demostrativa o del tipo si-vienes-de-la-luna-sólo-echa-una-mirada-a-todo-esto. La nota al pie aclarativa es una excusa para permitir que el escritor de la crítica a la ley sea oscuro y confuso en el cuerpo de su artículo y luego decir lo mismo al final de la página de la manera en que lo tendría que haber dicho en primer lugar. Pero irse por las ramas no es un hábito del que uno pueda deshacerse fácil, y entonces ocasionalmente, el lector tiene que ir marcha atrás y volver al texto para intentar descubrir lo que la nota al pie significaba. Es cierto, no obstante, que un poco más de informalidad se permite en letra chica. De esta manera, "Se sugiere" en el cuerpo del artículo puede llevar a una nota al pie aclaratoria que tenga el efecto de "Ésta es la sugerencia propia del autor".

Es la nota al pie demostrativa la que es frecuentemente inventada nada más que de una lista de nombres de casos que el autor hizo buscar a alguien que lo hizo con prisa. Estos enormes pedazos de insignificante estilo, tan acogidos por los estudiantes que cambian de página y sólo encuentran dos o tres líneas de texto encima de ellos, son los que hacen a un artículo legal muy, muy culto. Ellos también muestran el sospechoso giro de la mente legal. La idea parece ser que no puede confiarse en que un hombre haga una declaración directa a menos que agarre a sus lectores de las narices y los lleve hasta la letra chica. Se presume

que todo escritor legal es un mentiroso hasta que prueba lo contrario con una multitud de notas al pie.

De cualquier manera, la nota al pie sólo alimenta un pensamiento fraccionado, una escritura inapropiada y una mala opinión.

Cualquier artículo que tenga que ser explicado o probado, llenándolo con pequeños números hasta que se vea como las líneas verticales y horizontales de un crucigrama, no tiene ningún sentido en ser escrito.

Excepciones a la tradición de la dignidad rechoncha y la falsa sabiduría de los textos de revistas jurídicas, son tan raras como hermosas. De vez en cuando un Thomas Reed Powell se escapa con una opinión judicial imaginaria que otorga un verdadero giro inesperado. De vez en cuando un Thurman Arnold olvida sus notas al pie como si dijera que si la gente no le cree o no le comprende es su problema y no el de él. Pero hasta semejantes leves rupturas de protocolo como éstas, son toleradas raramente y con cautela, y es probable que los hermanos más piadosos de los escritores las vean con un poco de recelo.

Por lo general, la camisa de fuerza del estilo de las revistas jurídicas ha acabado con lo que podría haber sido una literatura animada.

Ha mutilado incluso esas pocas piezas de escritos legales que realmente tienen algo que decir. Yo soy el último en suponer que una pieza sobre Derecho podría ser hecha para ser leída como una picante novela de sexo o como una novela policíaca, pero no puedo ver por qué tiene que parecerse a una mezcla de sermón del decimonoveno siglo y de tratado de matemática superior. Un hombre que escribe un artículo de revista jurídica debería ser capaz de ello para una audiencia ligeramente mayor que algunos de sus colegas –que le echan un ligero vistazo por cortesía– y que algunos de sus estudiantes –que lo trabajan duramente porque él se los ha asignado...–.

Harold Laski es aficionado a decir que en toda revolución los abogados son los primeros en ser liquidados. Esto puede sonar como si se hubiese rayado el disco, pero a mí me parece terriblemente relevante. La razón por la cual los abogados son conducidos a la línea de la guillotina o a la escuadrilla de fuego es que, mientras que se supone que el Derecho debe ser un dispositivo al servicio de la sociedad, una manera civilizada de hacer andar las ruedas sin demasiada fricción, es bastante difícil en-

contrar un grupo humano menos preocupado en servir a la sociedad y más preocupado en servirse a sí mismos que los abogados. La razón por la cual todo esto es relevante es que si un abogado puede razonablemente contar con que alguien lleve una antorcha o ilumine el camino correcto, lamentablemente será un colega quien escriba sobre Derecho.

Confieso que “servir a la sociedad” es una frase ligeramente comedida con una clase de catequesis pegada a ella. Hay maneras más seguras y largas de expresar la misma idea pero aún así comunicaría una noción vaga de lo que quiero decir. Quiero decir que el Derecho, como una institución, o como ciencia, o como un sinsentido de lujo, tiene una tarea que hacer en el mundo. Y esa tarea no es ni redactar escritos exitosos para clientes exitosos ni observar con ojos bien abiertos o resolver qué introdujeron los jueces de cortes de apelación cuando, por cualquier motivo, de manera obvia, de manera oscura, afirman o revocan decisiones de cortes inferiores.

Sin embargo, sería difícil de advertir, a partir de las cosas que son publicadas en las revistas jurídicas, que el Derecho y los abogados tienen en sus manos el trabajo de pasar en limpio (pero de ninguna manera explícitamente) argumentos legales y la construcción, la reconstrucción y el derribamiento esporádico de empresas de teorías fundadas en arena y en supuestos falsos. Sería difícil adivinarlo de la masa de artículos dedicados a tales preguntas dignas como “La regla contra la perpetuidad de Saskatchewan”, “Algunos usos nuevos del mecanismo del fideicomiso para evadir impuestos”, o “Una respuesta a la contestación al comentario sobre la crítica al restablecimiento del Derecho en los conflictos de leyes”.

Escritores de revistas jurídicas parecen estar al mismo nivel que nuestros más expertos egocéntricos. Cuando no están ocupados agregando o enmendando sus listas de casos y sus remotas líneas de lógica –de modo que un abogado practicante vivo se presente y agarre los casos y la lógica sin tanto permiso–, seguramente serán encontrados peleándose con gran seriedad por el significado o el contenido de algún principio oscuro que nueve, de diez jueces, no podrían reconocer si surgieran y se los pegaran en la cara.

La absorción centrípeta de los misterios caseros y la prestidigitación del Derecho podría ser una ocupación perfectamente inofensiva si no

## ADIÓS A LAS REVISTAS JURÍDICAS

FRED RODELL

consumiera tanto tiempo y energía que sería mejor gastada de otra manera. Y si, por cierto, no consumiera tanto espacio en las bibliotecas jurídicas. Parece que nunca se les ha ocurrido a los estudiosos caballeros, que estafan en las revistas jurídicas con el manipuleo de la negligencia contributiva, que ninguna vida ni ninguna ley puede ser reducida a cuatro paredes de un acogedor concepto. Parece que nunca se les ha ocurrido que ellos pueden estar estafando mientras Roma se incendia.

No deseo ser reiterativo, pero quizás es mejor que sea dicho de una sola vez, seria y sinceramente. Con el Derecho como la única alternativa obligatoria de solución de un gran número de problemas del mundo, me parece que la articulación del clan de abogados con sus escritos debiera ser deliberadamente más conciente de esos problemas; debiera reconocer que el uso del Derecho para alcanzar la solución es la única excusa para la existencia del Derecho, en vez de continuar alegremente haciendo un mundo de la nada...

Cuando deciden bajar las cartas a la mesa, no es sorprendente que las revistas jurídicas sean tan malas. Los artículos principales y las reseñas de los libros son, en su mayor parte, escritos por profesores y supuestos profesores de Derecho cuyo interés principal es la obtención de alguna publicación para que puedan agitarlo en las caras de sus clientes cuando piden un aumento, porque el modo aceptado de tener éxito en la enseñanza de Derecho es involucrándose constante y satisfactoriamente en publicaciones de una manera digna. Los estudiantes que escriben para las revistas jurídicas son incitados por el pensamiento consolador de que podrán estar tranquilos pues, cuando se gradúen, conseguirán trabajos a cambio de su esclavitud, y los superestudiantes que hacen las editoriales o el trabajo sucio son incitados aún más por la seguridad de que obtendrán incluso mejores trabajos.

Además, los únicos consumidores de revistas jurídicas por fuera del círculo académico son las asesorías jurídicas, que jamás las leen realmente, pero que las meten en un estante para futuras referencias. Las asesorías jurídicas consideran a las revistas jurídicas tanto como un plomero considera un pedazo de tubería de plomo. No están muy preocupados sobre lo literario o las posibilidades del servicio social del Derecho, pero se alegran de tener a alguien que les busque los casos y

que piense nuevos argumentos para que ellos los usen en sus asuntos, porque significa que obtienen algo de prácticamente nada.

De esta manera, todos conectados con la revista jurídica son como manteca en la tostada, en buen sentido obviamente, y todos ellos -profesores, estudiantes y abogados practicantes- están bastante satisfechos en continuar untándose su propio pan, y el ajeno. Es, más o menos, la foto de una pequeña familia y cualquiera que venga con la descabellada idea de dar un paso hacia fuera por un segundo y tomar aire fresco, es proclive a que le corten la cabeza. Es mucho más cálido, confortable y seguro adentro.

Y entonces, yo supongo que las revistas jurídicas correctamente continuarán produciendo cosas no aptas para leer, en temas sobre los que no vale la pena molestarse en escribir. Aun así, espero estar equivocado.

Quizás un día de estos, las revistas jurídicas, o alguna de ellas, se atrevan a jugársela por intereses superiores. Quizás se cansen de echar peniques, y de emperifollarse en frac como para sentir una sensación de importancia y orgullo mientras lanzan centavo tras centavo contra la misma vieja pared. Quizás lleguen a darse cuenta de que la lengua inglesa es más útil cuando es utilizada normal y naturalmente, que el Derecho no es más que un medio para un fin social, y que jamás debiera, por todas las escuelas de Derecho y estudios jurídicos del mundo, ser tratado como un fin en sí mismo. En fin, quizás un día de estos las revistas jurídicas lo entiendan. Mientras tanto, diré que son cualquier verdura.



Estudios e  
investigaciones



## La formación jurídica en procesos de integración regional: el caso de la Escuela de Derecho del Mercosur

GONZALO ÁLVAREZ\*

Los procesos de integración regional intentan ubicar a la formación jurídica frente a nuevos desafíos. Las escuelas de Derecho tienen que cumplir nuevos roles, tanto en la formación de grado cuanto en la de posgrado y en las actividades de extensión y capacitación continua. Nos encontramos frente a la necesidad de incorporar nuevos contenidos curriculares tendentes a incluir la dimensión del Derecho de la integración en la formación jurídica de nuestros estudiantes.

Respecto a los estudios de grado en Derecho, esto se da a través de una doble estrategia que supone tanto la incorporación de asignaturas específicas cuyo contenido central es el Derecho de la integración cuanto por otra parte, la incorporación transversal de contenidos pertinentes en el resto de las asignaturas que componen el plan de estudios. Respecto a los estudios de posgrado, es necesaria la elaboración de ofertas de programas de actualización, carreras de especialización y maestrías en Derecho de la integración regional que posibiliten el reciclado de los profesionales que ya se encuentran en el ejercicio de la profesión.<sup>1</sup>

\* Abogado (UBA). Secretario académico de la Facultad de Derecho de la UBA.

<sup>1</sup> En tal sentido, la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires incorporó en una reciente actualización curricular una asignatura en el plan de estudios de la carrera de Abogacía denominada "Derecho de la Integración" y se incorporaron contenidos específicos del Mercosur en los contenidos mínimos de la mayor parte de las asignaturas del plan. En cuanto al posgrado, la oferta de cursos y carreras es variada, comprendiendo tanto cursos breves independientes hasta una Maestría en Procesos de Integración Regional con énfasis en el Mercosur, de dependencia compartida por varias Facultades de la Universidad.

## LA FORMACIÓN JURÍDICA EN PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL: EL CASO DE LA ESCUELA DE DERECHO DEL MERCOSUR

GONZALO ÁLVAREZ

El rol de las facultades de Derecho en la difusión del conocimiento del Derecho de la integración es clave. Para que éste sea invocado por las partes en los procesos judiciales y utilizado por los jueces al dictar sentencia es indispensable su conocimiento por parte de todos los actores de la justicia. En tal sentido, las acciones de difusión del Derecho de la integración entre abogados, fiscales y jueces, es otra de las funciones esenciales que nuestras facultades deben prestar a la sociedad.<sup>2</sup>

### EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA EN EL MERCADO COMÚN

Los procesos de integración regional pueden alcanzar diversos niveles de profundidad desde una perspectiva económica. Podemos identificar distintos grados de integración, que van desde la constitución de una zona de preferencia económica hasta la más compleja unión económica, transitando por diversos niveles intermedios. El Mercado Común implica la eliminación de los aranceles intrazona, la adopción de una política comercial común a través de la determinación de un arancel externo común, y la libre circulación de los factores de la producción: bienes, capital, trabajo y servicios.

El Mercosur, como proceso de integración regional que pretende constituirse en un Mercado Común, tiene dentro de su agenda la elaboración de los mecanismos idóneos para posibilitar la libre circulación de los servicios profesionales, y entre ellos, el de la abogacía.

### EL MERCOSUR EDUCATIVO

A pocos meses de firmado el Tratado de Asunción (26 de marzo de 1991) mediante el cual se creó el Mercado Común del Sur (Mercosur), se constituyó formalmente el denominado Sector Educativo del Mercosur (SEM), o Mercosur Educativo. El 17 de diciembre de 1991, en la ciudad

<sup>2</sup> La Comunidad Europea a través de la denominada *Acción Robert Schumann* financió acciones de capacitación de jueces, fiscales y abogados, para garantizar la invocación del Derecho Comunitario en los estrados nacionales. Sobre la aplicación del Derecho del Mercosur en los tribunales nacionales de los Estados miembro, puede verse el 2º Informe sobre la aplicación del Derecho del Mercosur por los tribunales nacionales (2004) de la Secretaría del Mercosur: [en línea] <<http://200.40.51.219/msweb/principal/contenido.asp>>.

de Brasilia, el Consejo del Mercado Común, máximo órgano de conducción política del proceso de integración regional, adoptó la Decisión 7/91, mediante la cual se estableció una Reunión Especializada de Ministros de Educación de los Estados parte del Mercosur, que tiene como finalidad proponer medidas para la coordinación de las políticas educativas de éstos.

Cabe destacar el corto período entre la constitución misma del Mercosur y la fecha de creación de un área institucionalizada con competencias concretas en temas educativos. Por ejemplo, en el caso europeo, las acciones de coordinación de políticas educativas comenzaron a partir de los encuentros de los ministros de educación de los países de la Comunidad Económica Europea en la década de los 70, casi dos décadas después de la firma de los tratados constitutivos.

Los objetivos y el plan de actividades que desarrolla el SEM deben ser aprobados por el Consejo del Mercado Común y se expresan en documentos de planificación plurianual denominados inicialmente "Planes Trienales" y, a partir de 2001, "Planes Quinquenales". Para esta fecha se produjeron también cambios en la estructura del SEM, el que quedó compuesto por los siguientes órganos de trabajo: la Reunión de Ministros (RME); el Consejo Coordinador Regional (CCR); las Comisiones Regionales Coordinadoras de Educación Básica y Media No Técnica, de Educación Técnica, de Educación Superior (CRC-EB; CRC-ET; CRC-ES); los Grupos de Gestión de Proyectos (GGP), y el Sistema de Información y Comunicación (SIC).

Podemos señalar como objetivos del Mercosur Educativo definidos en estos documentos: la formación de una conciencia ciudadana favorable al proceso de integración, la capacitación de recursos humanos para la contribución al desarrollo, la armonización de los sistemas educativos nacionales y el impulso a una educación de calidad para todos. La armonización de los sistemas educativos nacionales es uno de los objetivos que, desde el inicio del Mercosur Educativo, se impulsó con más vigor. En el año 1994 se suscribió el Protocolo de Integración Educativa y Reconocimiento de Certificados, Títulos y Estudios de Nivel Primario y Medio No Técnico y en 1995 fue el turno de la educación técnica, y se firmó el Protocolo de Integración Educativa, Reválida de Diplomas, Certificados, Títulos y Reconocimiento de Estudios de Nivel Medio Técni-

LA FORMACIÓN JURÍDICA EN PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL: EL CASO DE LA ESCUELA DE DERECHO DEL MERCOSUR

GONZALO ÁLVAREZ

co. Estos protocolos adicionales al Tratado de Asunción establecen tablas de equivalencias entre los diferentes sistemas educativos y crean una Comisión Técnica encargada de realizar el seguimiento de la implementación de los acuerdos.<sup>3</sup>

En cuanto a la Educación Superior, si bien se suscribieron sendos protocolos de reconocimiento de estudios para la prosecución de estudios de posgrado (1995) y para el ejercicio de actividades académicas (1997), las acciones tendentes a articular el reconocimiento de estudios y títulos, tanto para la educación superior no universitaria, cuanto para la educación universitaria, no siguió el mismo ritmo de avance.<sup>4</sup>

En materia de acreditación de estudios y títulos de nivel superior no universitario no se han suscripto acuerdos específicos.

En el área de la educación superior universitaria se recorrió originalmente un camino similar al de los restantes niveles de los sistemas educativos, tendente a articular los diferentes sistemas nacionales mediante el establecimiento de un protocolo de reconocimiento de estudios y títulos de nivel superior, mediante la elaboración de tablas de equivalencia. Se inició esta tarea con las carreras de abogacía y contador público, y luego se agregó ingeniería. Pero por su complejidad y por el cambio de paradigma en los contextos nacionales vinculados con el impulso de mecanismos de evaluación y acreditación de los estudios universitarios que se verificó en la década de los noventa en la región, se descartó este camino, dando lugar a nuevas estrategias tendentes a posibilitar la articulación de los sistemas.<sup>5</sup>

Los ministros de educación decidieron, en noviembre de 1996, orientar los esfuerzos hacia el impulso de un mecanismo de promoción de la acreditación de las carreras de grado y en 1997 crearon el Grupo de Trabajo de Especialistas en Evaluación y Acreditación Universitaria para elaborar un mecanismo de acreditación de carreras que facilitara el reconocimiento de títulos de grado. Como conclusión de estas iniciativas, en junio de 1998, en la reunión ordinaria de la RME, los ministros de educación de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, más Bolivia y Chile,

<sup>3</sup> Mercosur/CMC/DEC nro. 4/94 y Mercosur/CMC/DEC nro. 7/95.

<sup>4</sup> Mercosur/CMC/DEC nro. 8/96 y Mercosur/CMC/DEC nro. 4/99 y Mercosur/CMC/DEC nro. 5/99.

<sup>5</sup> FERNÁNDEZ LAMARRA, Norberto, "La evaluación de la calidad y su acreditación en la educación superior en América Latina y en el Mercosur", s/d.

firman el Memorando de Entendimiento para la implementación de un Mecanismo Experimental, para la Acreditación de Carreras de Grado, para el Reconocimiento de Títulos en los países del Mercosur, Chile y Bolivia (MEXA).

## EL RECONOCIMIENTO DE ESTUDIOS UNIVERSITARIOS EN EL MERCOSUR: EL MEXA

El MEXA se propuso acreditar programas educativos. Los ministros resolvieron inicialmente comenzar con tres disciplinas en una primera convocatoria voluntaria, que incluiría, según el cronograma inicialmente acordado, la acreditación de carreras de Agronomía en el segundo semestre de 2002, las carreras de Ingeniería en el primer semestre de 2003 y las carreras de Medicina en el segundo semestre de ese mismo año. El procedimiento establecido incluye diversas etapas. La primera importa la elaboración de un informe institucional, el que es seguido por un proceso de autoevaluación que debe llevar adelante la comunidad académica. Luego de ésta, se pasa a la etapa de la evaluación externa a cargo de pares evaluadores, los que deben ser no menos de tres y contar con al menos dos que sean de nacionalidad diferente a la del país de la institución evaluada. Los pares tienen que ser expertos en gestión académica, no necesariamente ligados con la disciplina, o expertos del medio profesional no necesariamente vinculados con el sector académico.

El proceso es conducido en cada uno de los países por su agencia nacional de acreditación o por organismos constituidos ad hoc, que deben ser instituciones de derecho público y "pluripersonales". A cada agencia nacional le corresponde evaluar a las instituciones universitarias del país respectivo. Se crea, además, la Red de Agencias Nacionales de Acreditación. El proceso comprende el análisis de la carrera en su totalidad, incluyendo los programas, el cuerpo docente, la biblioteca, la infraestructura, los laboratorios, entre otros aspectos. El resultado final es un dictamen que concede o deniega la acreditación, emitido por la agencia nacional de evaluación respectiva que intervino en la evaluación de la institución y la denegatoria de la acreditación puede ser impugnada por la institución con fundamento en el manifiesto incumplimiento de los

criterios, procedimientos y parámetros establecidos. El órgano competente para entender en la impugnación es la RME.

En cuanto a los estándares sobre los cuales se emiten los juicios de valor, su elaboración está a cargo de Grupos de Especialistas para cada una de las disciplinas, convocados por los ministerios de educación y designados por la RME. Si el procedimiento de acreditación de una carrera concluye satisfactoriamente (con la acreditación de ésta), la resolución respectiva se comunica a la RME y se publica en el Sistema de Información y Comunicación del Mercosur Educativo, su órgano de soporte informático y de difusión, que administra un sitio web.<sup>6</sup> El plazo de vigencia de la primer acreditación no puede exceder los cinco años.

Esta acreditación implica el reconocimiento, por parte de cada Estado, de los títulos de grado universitario otorgados por las carreras acreditadas, sin perjuicio de que tal reconocimiento no incluye, de por sí, derecho al ejercicio profesional, implicando un reconocimiento de naturaleza académica. Sin perjuicio del cronograma inicialmente acordado que señaláramos anteriormente, y que de haberse cumplido ya debería haber implicado la acreditación de las carreras de Agronomía, Ingeniería y Medicina que se hubieran presentado a esta convocatoria voluntaria, lo cierto es que el avance ha sido significativamente más lento al planificado. Se dio curso y se concluyó con los procedimientos de acreditación de las carreras de agronomía.<sup>7</sup>

Es importante señalar que el MEXA adolece de un importante problema de naturaleza jurídica. Como hemos mencionado, el MEXA es un acuerdo suscripto por los ministros de educación de los Estados parte del Mercosur y de Chile y Bolivia, en el marco de la Reunión de Ministros de Educación del Mercosur, de la que participan también en forma regular los ministros de educación de Chile y Bolivia. Lo cierto es que cuando este sector fue creado en el año 1991 mediante la sanción de la Decisión N° 7/91 del Consejo del Mercado Común, se estableció que su propósito era el de "proponer" al Consejo del Mercado Común, máximo órgano de decisión política del proceso de integración regional, aquellas medidas que contri-

<sup>6</sup> Sitio web del Sistema de Información y Comunicación (SIC) del Mercosur Educativo: [en línea] <<http://www.sic.inep.gov.br/>>.

<sup>7</sup> [En línea] <<http://www.coneau.edu.ar/index.php?item=45&apps=16&id=590&act=ver>>.

buyeran a coordinar las políticas educativas de los Estados parte. Ni en esa oportunidad, ni luego de la revisión de la estructura institucional del Mercosur llevada adelante mediante la firma del Protocolo de Ouro Preto, se modificaron las competencias de la REM, lo cual marca claramente sus competencias “propositivas” y consultivas, mas no resolutivas. En tal sentido, el Memorando que aprueba el MEXA, suscripto por los ministros de educación, carece de suficiente jerarquía jurídica para impulsar procesos de acreditación de carreras de grado en el Mercosur con carácter obligatorio y vinculante. Por ello se ha caracterizado a las convocatorias como “voluntarias”, lo que indudablemente no podría haber sido dispuesto de otro modo, al menos en el marco de las normas jurídicas del Mercosur.

Por otra parte, y como señaláramos más arriba, es importante mencionar que el alcance que se le otorga a la acreditación es exclusivamente académico. No implica el reconocimiento de títulos con fines de habilitación profesional. Éste es un tema clave en el marco de un proceso de integración regional que pretende, como es el caso del Mercosur, constituirse en un Mercado Común, con libre circulación de los factores de la producción. Las discusiones en el Mercosur tendentes a lograr la libre circulación de los servicios profesionales se han dado no en el ámbito del Mercosur Educativo, sino en el ámbito del Grupo Mercado Común.

A esta altura queda claro que este mecanismo, que se asienta en el control de los aspectos vinculados a la calidad en la formación de profesionales, resulta insuficiente para disciplinas universitarias que cuentan con un alto grado de contenido nacional, y donde la acreditación de la calidad en la formación no es suficiente para asegurar el dominio de aquellas competencias profesionales necesarias para el ejercicio profesional en el mercado ampliado. Tal es el caso de la abogacía, cuya habilitación para el ejercicio en cualquiera de los países del Mercosur supone no tan sólo garantizar altos estándares de calidad en la formación de grado, sino también asegurar un profundo conocimiento de los sistemas jurídicos nacionales donde se pretende ejercer la profesión.

En este contexto, las Facultades de Derecho de las universidades públicas de la región, nucleadas en la Asociación de Universidades del Grupo Montevideo, emprendieron la tarea de construir medios idóneos para asegurar la pertinencia en la formación profesional que posibilite el ejercicio profesional en el mercado ampliado.

## LAS FACULTADES DE DERECHO FRENTE A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES: EL CASO DE LA ESCUELA DE DERECHO DEL MERCOSUR

En el año 2002, al realizarse el V encuentro de Facultades de Derecho de las universidades integrantes de la Asociación de Universidades del Grupo Montevideo, a propuesta del Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Dr. Atilio Alterini, se aprobó la conformación de una Escuela de Derecho del Mercosur, a través de la cual las Facultades de Derecho de universidades públicas del Mercosur y de los países asociados, integrantes de dicha asociación, se propusieron dar respuesta a las nuevas demandas que a la profesión jurídica le impone la integración regional.

El primer objetivo en la agenda de trabajo de las facultades fue la creación de una carrera de especialización en los Derechos de los Estados partes, la que posibilitará a los graduados de esta carrera, dominar las competencias necesarias para el ejercicio profesional en los países del Mercosur. Para una etapa posterior quedó la elaboración de trayectos formativos en el Derecho de los Estados parte del Mercosur incorporados a las carreras de grado, con la posibilidad de extender certificaciones adicionales al título de grado que acrediten las competencias para el ejercicio profesional en la región.

Vale aclarar que la competencia legal para otorgar reválidas de títulos universitarios, habilitantes para el ejercicio de una profesión, está en cabeza de las universidades públicas en la Argentina, en el Uruguay y en el Paraguay. En el caso de Brasil, las universidades federales tienen competencia para otorgar reválidas “académicas” de los títulos de grado. Los graduados en universidades extranjeras deben someterse al examen de estado administrado por la Orden de Abogados de Brasil, en las mismas condiciones que los graduados de las universidades brasileñas.

## LA CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHOS DEL MERCOSUR

Durante los años siguientes a 2002 se constituyó un equipo de trabajo, básicamente integrado por representantes del área de posgrado de cada una de las facultades, el que tuvo a su cargo la responsabilidad de llevar

adelante las negociaciones y acuerdos para ser periódicamente presentados para la consideración y aprobación de los Decanos.

En la VIII Reunión de Facultades de Derecho de universidades integrantes de AUGM realizada en la ciudad de Florianópolis, República Federativa de Brasil, en el mes de diciembre de 2005, se aprobó el convenio marco y sus anexos (plan de estudios y reglamento) y en la X Reunión, realizada en la ciudad de La Plata, República Argentina, se concluyeron las tareas, y fue aprobada la presentación institucional de la Carrera de Posgrado en Derechos de los Estados Partes del Mercosur y los contenidos mínimos educativos de las asignaturas que componen el plan de estudios.

La carrera emitirá el título de Especialista en Derechos del Mercosur. En el diploma se indicará que la Carrera depende de la Facultad y la Universidad donde se haya cursado, en los términos del Convenio celebrado por los señores Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades integrantes de la Asociación de Universidades del Grupo Montevideo.

Al fundamentar la carrera las autoridades pusieron de manifiesto, entre otros argumentos que

en el siglo XX comenzaron a desenvolverse procesos de integración que se apoyan en el desenvolvimiento económico y cultural en general y en la participación democrática y el respeto a los derechos humanos. Entre estos procesos, en cuyo espacio cabe destacar la formación de la Unión Europea, ocupa un lugar destacado para los intereses de nuestra región el Mercado Común del Sur, que se desea ver transformado en una Unión del Sur. Los procesos de integración requieren, según los casos, la libre circulación de los elementos de la producción, o la libre circulación de personas, bienes, capitales y servicios. En cualquier supuesto, es necesaria la circulación en el ejercicio de las profesiones incluyendo, pese a sus características especiales por las particularidades que incorpora (v. gr. de la agronomía, la ingeniería y la medicina) el ejercicio de la abogacía.

Luego, la presentación de la carrera sostiene respecto a la cuestión del reconocimiento de títulos en términos históricos que

ya en el nivel internacional tradicional, previo a la integración, nuestra región tiene importantes antecedentes de interés en el reconocimiento

## LA FORMACIÓN JURÍDICA EN PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL: EL CASO DE LA ESCUELA DE DERECHO DEL MERCOSUR

GONZALO ÁLVAREZ

de títulos profesionales. En tal sentido, cabe reseñar, por ejemplo, la habilitación automática prevista en el Tratado de Ejercicio de Profesiones Liberales de Montevideo de 1888-89 y el reconocimiento por razonable equivalencia establecido en el Tratado homónimo de 1939-40, cuerpos convencionales que son Derecho positivo en varios de los países de la zona. También pueden tenerse en cuenta diversos tratados bilaterales que favorecen las soluciones al respecto.<sup>8</sup>

Los objetivos principales de la carrera son: a) Formar graduados para la comprensión de los aspectos teóricos y prácticos incluidos en la integración; b) formar agentes para la formulación y el asesoramiento en la integración; c) formar investigadores capaces de referir su tarea, con un nivel elevado de autonomía en la integración; d) contribuir, a través de las investigaciones paralelas, al acrecentamiento y acumulación de los conocimientos sobre integración.

Como objetivos derivados se pretende: a) Ampliar las perspectivas y elevar el nivel del ejercicio de la abogacía en todas sus manifestaciones; b) incrementar la presencia y la cooperación de las universidades en los ámbitos de la integración; c) dar mejores cauces al desenvolvimiento de la vida institucional de la integración; d) promover la comparación, la armonización, la uniformación, la unificación de los derechos y la cooperación procesal, según lo requiera el trámite de la integración; e) permitir que el Mercosur desarrolle su juridicidad atendiendo de la mejor manera posible a sus particularidades, para que participe de los modos más satisfactorios en la constitución de una universalidad superadora de la mera globalización.

La carrera cuenta con una carga horaria total de 720 hs entre cursos y pasantía. Prevé cursos de Bases culturales de cada país, Principios constitucionales, Principios administrativos y tributarios, Principios penales, Principios de Derecho Privado, Principios de Derecho Social, Principios de Derecho Procesal, Principios de Derecho Internacional Público y Privado, Bases culturales de la integración, Teoría de la integración, Derecho de la integración y Talleres de Derecho Público, de Derecho Privado, de Derecho social y de integración. Para finalizar la especialización los es-

<sup>8</sup> Carrera de Posgrado en Derechos de los Estados Parte del Mercosur, Presentación Institucional, punto 2, a).

tudiantes deben llevar a cabo una pasantía en estudios profesionales, empresas, organismos internacionales o reparticiones públicas para fomentar la movilidad regional de los cursantes.

La especialización podrá cursarse en cada uno de los países y estará a cargo de prestigiosos académicos y profesionales del Derecho. En condiciones de reciprocidad se pretende otorgar la reválida de los títulos de grado de abogado o equivalente.



## **Formar docentes reflexivos**

### **Una experiencia en la Facultad de Derecho de la UBA\***

REBECA ANIJOVICH, GRACIELA CAPPELLETTI,  
SILVIA MORA y MARÍA JOSÉ SABELLI\*\*

#### INTRODUCCIÓN

Este trabajo se propone presentar aspectos centrales de la conceptualización de la docencia como práctica reflexiva y se constituye como marco para los propósitos de las asignaturas Observación y Práctica de la enseñanza y Residencia Docente del Profesorado en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la UBA.

#### 1. LA PRÁCTICA REFLEXIVA: UNA BREVE HISTORIA

En las últimas décadas, las expresiones “profesional reflexivo”, “el profesor como investigador”, se han convertido en lemas característicos a favor de la reforma y mejoras de la enseñanza y la formación del profesorado en todo el mundo.

Estas expresiones suponen una valoración de la práctica docente, en tanto espacio de producción de saberes y el reconocimiento a los profesores como profesionales que tienen teorías y experiencias que pueden contribuir a la constitución de una base sistematizada de conocimientos sobre la enseñanza.

\* Presentado originalmente en el Congreso de Sociología Jurídica que se realizó durante el año 2006 en la ciudad de La Plata.

\*\* Integrantes de las cátedras Observación y Práctica de la enseñanza y Residencia Docente en el Profesorado de Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Estos conceptos desarrollados alrededor de la idea de un profesional reflexivo, consideran al docente como quien debe desempeñar un rol activo en la formulación de sus objetivos y estrategias de enseñanza, en contraposición al profesor que administra y ejecuta propuestas técnicas diseñadas desde el exterior de las aulas. Éste es uno de los ejes fundamentales en los que se inscribe la propuesta de formación que realizamos en las cátedras del Profesorado. Con el propósito de favorecer la reflexión para comprender en profundidad las prácticas habituales de enseñanza, ponemos el acento en reconstruir y analizar junto con los alumnos la clase desarrollada, para tratar de entender las decisiones que se toman al momento de planificarla y lo que ocurrió durante su desarrollo.

Promover docentes reflexivos, significa también reconocer que la producción del conocimiento respecto a lo que constituye una enseñanza adecuada, no es propiedad exclusiva de los centros universitarios y de investigación y desarrollo, sino también del análisis y la aceptación de la riqueza que encierran las buenas prácticas de enseñanza.

Un iniciador de este movimiento fue John Dewey (1933) quien estableció una importante distinción entre la acción humana reflexiva y la rutinaria. Gran parte de lo que Dewey planteó a comienzos del siglo pasado sobre esta cuestión, estaba dirigida a los docentes y sigue vigente en el siglo XXI. Dewey definía la “acción reflexiva” como la acción que supone una consideración activa, persistente y cuidadosa de toda creencia o práctica, a la luz de los fundamentos que la sostienen y de las consecuencias a las que conduce.

Stenhouse, en la década del 60, a partir de su participación en la reforma educativa inglesa, ha sido quien acuñó la idea del profesor como investigador con el fin de promover un desarrollo efectivo del currículum. Él señala cuatro características esenciales en estos educadores, a los que denomina “profesionales amplios” (Stenhouse, 1985, p. 196):

1. El compromiso de poner sistemáticamente en cuestión la enseñanza que ellos mismos imparten.
2. El compromiso y la destreza para estudiar el propio modo de enseñar.
3. El interés por cuestionar y comprobar la teoría en la práctica.

4. Una disposición para permitir que otros profesores observen la propia labor –directamente o a partir por ejemplo de diferentes recursos audiovisuales– y discutir con ellos con confianza, sinceridad y honradez.

Stenhouse afirma que no puede producirse desarrollo del currículum sin desarrollo del profesor, lo que significa desarrollo de sus capacidades reflexivas. Es necesaria entonces, la adopción de los profesores de una “actitud investigadora”, a la que define (Stenhouse, 1985, p. 209) como “una disposición para examinar con sentido crítico y sistemáticamente la propia actividad práctica”. Distingue además teoría y práctica y sostiene

...en esta situación [se refiere a la actitud investigadora], el profesor se preocupa por comprender mejor su propia aula. En consecuencia, no se enfrenta con los problemas a que da lugar generalizar más allá de la propia experiencia. Dentro de este contexto, la teoría es simplemente una estructuración sistemática de la comprensión de su propia labor.

Para ello insiste en que en este género de investigación, los profesores deben comunicar sus trabajos, con el fin de desarrollar conceptos y lenguaje teórico. Es en este punto donde reconoce una contribución importante por parte de los investigadores profesionales.

## 2. LA FORMACIÓN PARA LA PRÁCTICA REFLEXIVA

Constituye un desafío diseñar propuestas que incorporen la formación en la práctica brindando la posibilidad de potenciar la capacidad de los estudiantes (futuros profesionales, o profesionales) para la reflexión en la acción y sobre la acción.

La recuperación y utilización de lo aprendido en situaciones de actuación resulta crítico en el caso de la formación de los docentes, lo cual acarrea la tensión entre la teoría y la práctica que se presenta repetidamente en los debates acerca de dicha formación. Una de las tendencias es poner un mayor énfasis en la práctica como parte de la formación, pero así como los profesionales no pueden renunciar a la intervención, tampoco pueden soslayar el aporte de un conjunto de disciplinas que sinteticen el conocimiento sobre el objeto de su actuación. Schön (1997) plantea que el desafío en la enseñanza de una práctica profesional consiste en considerar que los estudiantes deberán aprender hechos y operaciones relevantes, pero tam-

bién, las formas de indagación que sirven a los prácticos competentes para razonar acerca del camino a seguir en situaciones problemáticas, a la hora de clarificar las conexiones entre el conocimiento general y los casos particulares, y entonces, evaluar las alternativas posibles y tomar decisiones creativas y adecuadas para ese contexto. Los estudiantes tienen que aprender un tipo de reflexión en la acción que va más allá de reglas preexistentes y no sólo a través del perfeccionamiento de nuevas formas de razonamiento, sino también, mediante la construcción, análisis y comprobación de nuevas categorías de conocimiento, estrategias de acción y maneras de formular y encarar los problemas de la enseñanza.

Schön expresa que se aprende a reflexionar en la acción aprendiendo primero a reconocer y aplicar reglas, hechos y operaciones estándar, luego a razonar sobre los casos problemáticos a partir de reglas generales propias de la profesión y sólo luego se llegan a desarrollar y comprobar nuevas formas de conocimiento y acción allí donde fracasan las categorías y las formas familiares de pensar.

En la enseñanza es necesario poner énfasis en las zonas indeterminadas de la práctica, es decir en aquello no previsto, no anticipado que surge de las interacciones que se producen al interior de una clase entre el docente y los estudiantes y en las conversaciones reflexivas con los participantes de cada situación. El autor propone el *prácticum* reflexivo como dispositivo que permite aprender haciendo y el diálogo entre el tutor y el estudiante sobre la mutua reflexión en la acción.

Un *prácticum* es una situación pensada y dispuesta para la tarea de aprender una práctica. En un contexto que se aproxima al mundo de la práctica, los estudiantes aprenden haciendo, aunque su hacer a menudo se quede corto en relación con el trabajo propio del mundo real. Aprender haciéndose cargo de proyectos que simulan y simplifican la práctica, o llevar a cabo, relativamente libre de las presiones, las distracciones y los riesgos que se dan en el mundo real al que, no obstante, el *prácticum* hace referencia. Se sitúa en una posición intermedia entre el mundo de la práctica, el mundo de la vida ordinaria, y el mundo esotérico de la Universidad (Schön, 1997: 45-46).

Atendiendo al proceso de formación de los docentes, es pertinente referirse a aquellos saberes que son necesarios. Lee Shulman (1987)

identifica una serie de conocimientos que los profesores deben tener para ejercer su tarea:

- Conocimiento del contenido;
- conocimiento didáctico general, aludiendo a principios y estrategias generales de manejo y organización de la clase que trascienden el ámbito de la asignatura;
- conocimiento del currículo, enfatizando en el dominio de los materiales y los programas;
- conocimiento didáctico del contenido: una relación entre la materia y su enseñanza;
- conocimiento de los alumnos y de sus características; quiénes son, sus estilos de aprendizaje, sus entornos sociales, emocionales;
- conocimiento de los contextos educativos, que abarcan desde el funcionamiento del grupo o de la clase, la gestión y financiación de los distritos escolares, hasta el carácter de las comunidades y culturas;
- conocimiento de los objetivos, las finalidades y los valores educativos, y de sus fundamentos filosóficos e históricos.

La práctica reflexiva tiene como objeto principal poner en diálogo distintos saberes. Tal como venimos mencionando, saberes proporcionados por las disciplinas, y saberes devenidos del conocimiento de las propias prácticas. Desde esta perspectiva, en el caso de los docentes y sus prácticas en el aula, esto cobra un matiz interesante, en el que profundizaremos el análisis.

### 3. ¿QUÉ SON LAS PRÁCTICAS REFLEXIVAS? ACERCA DE LAS TEORÍAS DE LA ACCIÓN: TEORÍAS EN USO Y TEORÍAS ADOPTADAS

Argyris y Schön (1974) utilizan la idea de mapas mentales para referirse a los supuestos y paradigmas que guían las acciones, esto se refiere a la manera en que las personas planean, aplican y revisan sus propias acciones. Según los autores, estos mapas regulan las acciones más que las teorías de las que dicen disponer explícitamente. Es más, pocas personas conocen los mapas o las teorías que habitualmente utilizan (Argyris, 1999). La conceptualización de teoría de la acción fue desarrollada por Chris Argyris a partir de indagar las relaciones entre individuos y organizacio-

nes. La teoría de la acción es primero una teoría: "...su principal atributo son las propiedades de las teorías compartidas, y los criterios principales con los que se aplica (como generalidad, sencillez y centralidad) son criterios aplicables a todas las teorías..." (Argyris y Schön, 1974: 4).

Argyris y Schön sugieren que existen dos teorías de la acción involucradas, y que ambas se implican. La distinción que puede hacerse entre ambas teorías es que una de ellas está implícita en lo que hacemos, y la otra es aquella que se pone en juego al hablar de nuestras acciones a otros: puede conceptualizarse y verbalizarse. Aquellas que están implícitas en lo que hacemos, se denominan "teorías en uso". Estas teorías gobiernan nuestras conductas y tienden a ser estructuras tácitas. Su relación con la acción es como "...la relación de la gramática en uso con el discurso; esas teorías contienen las suposiciones sobre sí mismas, sobre los otros y sobre el entorno, y estas suposiciones constituyen un microcosmos de la ciencia en la vida cotidiana..." (Argyris y Schön, 1974: 30).

Al explicar mediante la palabra qué es lo que resulta conveniente hacer en determinada situación o lo que pensamos que debería hacerse, nos estamos refiriendo a las llamadas "teorías adoptadas" (*espoused theory*). Cuando se le pregunta a alguien por qué actuó así en esa situación, la respuesta que da generalmente es su "teoría adoptada de la acción" para esa situación. Ésta es la teoría a la que él obedece y a la que, cuando se le requiere, comunica a otros. Sin embargo, la teoría que gobierna efectivamente sus acciones es la "teoría en uso".

Hacer esta distinción nos permite formular la pregunta: ¿puede existir congruencia entre ambas teorías? Según Argyris (1980) pareciera que puede no ser así. Por ejemplo, un estudiante se acerca al docente y pregunta por la baja calificación obtenida en el examen, el docente le contesta que sus respuestas eran incompletas, poco precisas y que se evidencia que no ha estudiado suficientemente; ésta es su "teoría adoptada". Su "teoría en uso" es que considera que ese alumno es poco estudioso, su aspecto es desprolijo y no le resulta de su agrado. La clave de la reflexión es revelar la teoría en uso y explorar la naturaleza del prejuicio. Muchas perspectivas de la supervisión, o del análisis de las instituciones y organizaciones, que hacen foco en los pensamientos del profesional, sus sentimientos y sus acciones, se preocupan por zanjar la brecha entre la teoría adoptada y la teoría en uso. Esta brecha no debería ser considerada

algo a evitar. Permite develar la presencia de una dificultad. Y, al mismo tiempo, delimita un espacio dinámico para la reflexión y para el diálogo.

Cuando un docente se propone dar una clase, lo hace poniendo en juego determinadas teorías de la acción. "Sus" propias teorías de la acción. Y, tal como lo plantean Argyris y Schön, en sus prácticas docentes se ponen en juego teorías en uso y teorías adoptadas. Como ejemplo de esto pueden mencionarse aquellas oportunidades en las que, al analizar una clase dada, el docente a cargo –a veces sin registro objetivo de ello– toma decisiones contrarias a aquellas que defiende explícitamente (al sancionar a un alumno, al poner en evidencia una dificultad, al destacar a un alumno por entre los demás, etc.).

En relación con esto, es preciso considerar que a lo largo de la vida, y a partir de su propia trayectoria como alumnos, se van construyendo una serie de ideas acerca de la tarea de enseñar. Estas representaciones a la hora de actuar como docentes se ponen en juego en las decisiones que toman en su quehacer cotidiano y atraviesan las distintas prácticas. En este saber pedagógico están comprometidas racionalidades y representaciones que guían y le dan sentido a la práctica.

La práctica reflexiva en el oficio de enseñar conlleva una gran capacidad para reflexionar en la acción y sobre la acción. No se trata de una reflexión episódica, sino de una postura del profesional docente: crear los lugares para el análisis de la práctica.

Si tal como refieren Argyris y Schön, en toda situación se ponen en juego teorías en uso, y se explicitan las teorías adoptadas, que no siempre son coincidentes, queda abierto el espacio de la reflexión.

#### 4. ALGUNOS DISPOSITIVOS DE REFLEXIÓN SOBRE LA PRÁCTICA QUE SE UTILIZAN EN EL MARCO DE LAS ASIGNATURAS OBSERVACIÓN Y PRÁCTICA DE LA ENSEÑANZA Y RESIDENCIA DOCENTE DEL PROFESORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UBA

##### A) LAS MICROCLASES

Las microclases son un espacio privilegiado para el desarrollo de la reflexión sobre la práctica. Esta reflexión en la acción supone el desarrollo

de la habilidad para el aprendizaje permanente de los profesionales y la resolución de problemas inherentes a la práctica profesional.

Las microclases generan un espacio que, a modo de laboratorio o simulador, permiten poner en acto una propuesta de enseñanza sin las demandas y presiones de la realidad. En estas situaciones controladas surgirán decisiones basadas en preconceitos y concepciones implícitas, así como también creencias explícitas generadas a partir del trabajo con la teoría. El análisis de esas decisiones y sus fundamentos constituye, a nuestro criterio, una fuente importante de aprendizaje para los alumnos con y sin experiencia en la docencia.

Las críticas que han recibido las microclases se basan en su fundamentación positivista, la creación de contextos artificiales de enseñanza claramente diferentes a los naturales, la posibilidad de que el profesor se centre en su propia imagen olvidando la metodología a desarrollar y a los alumnos, la concepción exclusivamente técnica de la enseñanza, la necesidad de dominar técnicas de observación y análisis de la enseñanza, y otras (Cabero Almenara, 1998).

Diversos autores, Allen y Ryan (1978) entre otros, plantean las siguientes características de las microclases:

- Simplifican la complejidad del proceso de enseñanza en el aula, al reducir las dimensiones de los elementos intervinientes: número de alumnos, alcance de los contenidos y duración de la clase.
- Suponen una superación constante de los modelos internalizados y nuevas posibilidades de acción a través del análisis crítico previo y a posteriori de la acción misma.
- Implican una gran participación de los estudiantes en donde predomina la observación y la experiencia directa.

Pero es distanciándose del conductismo como las microclases pueden plantearse de otra manera. En la asignatura Observación y Práctica de la enseñanza se trabaja a partir de las siguientes alternativas de trabajo: en un primer momento de enseñanza preactiva se analizan y consensúan diferentes aspectos con los alumnos tales como: distribución de temas, objetivos, formas de trabajo, secuencias de tareas, características de la microplanificación, análisis de posibles cursos de acción, sus consecuencias y sus fundamentos teóricos y prácticos. De este modo se favorece

la reflexión mediante el planteamiento de problemas, preguntas, orientaciones, ofreciendo en tiempos adecuados la información pertinente, lo que permite que el alumno seleccione estrategias de acción para su experiencia de microenseñanza. En un segundo momento de enseñanza interactiva el alumno practicante desarrolla su actividad frente a sus compañeros y a los docentes. Por último, en un tercer momento de enseñanza posactiva, los alumnos practicantes realizan un análisis crítico acerca de los aspectos significativos de su desempeño en interacción con sus compañeros y docentes.

#### **B) LOS PORTAFOLIOS**

Los portafolios son *colecciones* de trabajos producidos por los alumnos, pero no azarosas, sino que la selección de cada trabajo tiene una fundamentación específica, ha sido pensada y meditada para su inclusión con el objetivo de dar cuenta del proceso de su aprendizaje. Otra característica del portafolios es que los alumnos deben tener la oportunidad de reflexionar, revisar y comentar los trabajos que han sido incluidos en el portafolios.

Los portafolios pueden asumir muchas formas diferentes y usarse con muchos propósitos como para diagnosticar, documentar o “mostrar” el proceso de trabajo y los avances de los alumnos.

El primer beneficio del uso del portafolios se deduce principalmente de la tarea de crearlos y de usarlos –por parte de los alumnos– de manera comprometida con su propio aprendizaje a través de la reflexión sobre cada uno de los trabajos seleccionados.

En una clase donde se utiliza el portafolios como herramienta de evaluación todos los elementos del proceso educativo están estrechamente entrelazados: se consideran los objetivos curriculares tanto como las estrategias de enseñanza y la evaluación, facilitando a los estudiantes que puedan desarrollar y demostrar su comprensión de los conocimientos, así como sus competencias cognitivas para revisar, reformular y realizar el trabajo metacognitivo respectivo.

En el caso de las asignaturas mencionadas, los portafolios que elaboran los estudiantes corresponden al “portafolios reflexivo”. La consigna propuesta por la cátedra de Observación y Práctica acerca de la selección

de evidencias de progreso, pone en juego la elaboración de criterios propios que indiquen: ¿qué aprendieron?, ¿qué evidencias tienen de ello?, ¿cómo pueden mostrarlo? El proceso reflexivo de los futuros docentes se torna evidente. La elaboración de este portafolios no resulta una tarea individual. Es fundamental el intercambio que se realiza con sus pares para la elaboración y selección de evidencias. Esto facilita la explicitación de aquellas ideas que se ponen en juego para la selección de los trabajos, y conlleva la discusión propia de la pertinencia de lo que se elige. Más allá de la elaboración del portafolio final (que constituye un trabajo individual), todo el proceso por medio del cual se elabora puede enmarcarse en aquello que se define como trabajo cooperativo.

### **C) LAS AUTOBIOGRAFÍAS**

Distintas investigaciones ponen en evidencia que escribir y contar historias profesionales y personales al unísono constituye una herramienta poderosa en la formación de profesores.

Las autobiografías son narrativas que realiza una persona por motivaciones e iniciativas que le son propias, y en las que el investigador no controla, según pautas o cuestionarios previos, ni el contenido ni la forma de recuperación en la memoria de los distintos hechos que se relatan. El sujeto trata de recobrar aspectos de su vida pasada para su reconstrucción, explicación e interpretación.

Las autobiografías proponen recuperar las experiencias del docente en formación como alumno, y analizar los modelos y enfoques que han adoptado sus propios docentes, con el propósito de explorar y comprender su propia formación e identidad profesional.

### **D) EL DIARIO**

El diario de formación en primera instancia es personal pero puede luego convertirse en un documento público que permite intercambiar miradas sobre una situación, chequear percepciones, confrontar ideas, reflexionar en un espacio compartido. Los científicos sociales definen a los diarios como documentos personales que permiten registrar el flujo de acontecimientos cotidianos públicos y privados, en forma contemporánea desde la perspectiva subjetiva del “que escribe”.

En el ámbito pedagógico puede referirse a la siguiente definición:

El diario es un instrumento metodológico cuya utilización periódica permite reflejar el punto de vista del autor sobre los procesos más significativos en los que está inmerso. Es una guía para la reflexión sobre la práctica, favoreciendo la toma de conciencia del profesor sobre su proceso de evolución y sobre sus modelos de referencia. Favorece también el establecimiento de conexiones significativas entre conocimiento práctico y conocimiento disciplinar, lo que permite una toma de decisiones más fundamentada. A través del diario se pueden realizar focalizaciones sucesivas en la problemática que se aborda sin perder las referencias del contexto. Por último, propicia también el desarrollo de los niveles descriptivo, analítico-explicativos y valorativos del proceso de investigación y reflexión del profesor (Porlán, 1991).

¿Cuál es el sentido de escribir un diario de formación? Desde este lugar podemos referir que la construcción de un diario de formación, en el caso de los profesores, puede ayudar a interpretar los acontecimientos externos e internos que aparecen “mezclados” en la situación pluridimensional de la clase, permitiéndole al autor del diario dotarlos de sentido, volver a mirarlos, reinterpretarlos, explicarlos y prefigurar sus próximas acciones y decisiones. En la medida en que el diario se convierte en un registro narrativo de la propia práctica pasada y permite un compromiso activo y conciente con la práctica futura, va contribuyendo a la construcción dinámica de la identidad profesional.

#### **E) LOS ATENEOS**

En la asignatura Residencia Docente se proponen instancias de trabajo que adoptan distintos formatos: talleres, grupos de tutoría y reuniones generales de intercambio. Estas instancias de trabajo refieren al abordaje de temas y problemas, en un tiempo, un espacio y una organización de la clase que supera el modelo clásico.

¿Qué se espera de los participantes del ateneo?

- Que sistematicen las propias experiencias con actitud investigativa y consideren sus aspectos más problemáticos.
- Que revisen las prácticas cotidianas, considerando las teorías en uso y las teorías adoptadas.

- Que trasciendan la anécdota y produzcan análisis a partir de categorías teóricas.
- Que formulen interrogantes genuinos.
- Que identifiquen los procesos que directa o indirectamente se vinculan con su intervención.
- Que intercambien opiniones y perspectivas de trabajo sobre el problema propuesto para la reflexión conjunta con sus pares.
- Que superen sus prácticas en sus aspectos más problemáticos o implementen algún tipo de innovación (en las estrategias de enseñanza, en el uso de materiales y recursos, en las propuestas de participación de sus alumnos).

Este tipo de modalidad de trabajo requiere que los docentes de las asignaturas mencionadas realicen tareas cooperativas, producidas por una situación de trabajo común. Y considerando no solamente las relaciones entre los docentes, sino también entre docentes y alumnos, los marcos regulativos logran mayor flexibilidad en la organización de las relaciones sociales. Esto va de acuerdo con una horizontalidad de relaciones que se organizan en torno a tareas comunes: el intercambio de saberes y la construcción del conocimiento didáctico.

Todos estos dispositivos favorecen la reflexión sobre las propias prácticas porque suponen:

- Revisar y confrontar con uno mismo a través de la escritura y de los aportes recibidos en los intercambios, como en el caso de los diarios y las autobiografías, las situaciones cotidianas de la tarea docente.
- Recoger evidencias de enseñanza a través de los portafolios y las microclases, y comunicar nuestras experiencias a otros.
- Profundizar y comprender la propia tarea a partir de observar el trabajo de los colegas, tal es lo que ocurre con las microclases y los ateneos.
- Una retroalimentación entre pares y de los docentes hacia los practicantes.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

¿Es posible reflexionar acerca de las decisiones tomadas al seleccionar un contenido para una clase, o el motivo de la elección de una estrategia

de enseñanza, o de una propuesta de trabajo para los alumnos? Creemos que sí, aunque tal como menciona Perrenoud, la postura y las prácticas reflexivas lamentablemente no están en el núcleo de la identidad y de la formación docente. Este paradigma reflexivo permite desplegar el poder de los docentes sobre su trabajo y sobre la organización escolar (*empowering*), alejados de una concepción burocrática de la enseñanza, relacionado directamente con una práctica de enseñanza responsable.

En ambas asignaturas se trabaja tomando como objeto de conocimiento la propia situación de enseñanza que se les propone a los cursantes. La situación de enseñanza se temporaliza en dos tiempos, el tiempo de la propuesta de clase y el tiempo de su reconstrucción, momento de distanciamiento de lo vivido para ser reflexionado, discutido. Este planteo supone:

- El distanciamiento de desarrollos que reducen la práctica como el espacio “de lo real”, considerando la práctica desde otro lugar que el mero “dar clase”.
- Considerar a la observación como un instrumento fundamental a la hora de apelar a la reconstrucción de la clase.
- Una reflexión sobre la acción, es decir, el análisis que a posteriori se realiza sobre las características y procesos de una acción (en este caso, compartida).

Tomar a la situación de enseñanza recientemente transcurrida como objeto de conocimiento implica una reconstrucción teórica de lo vivido. Se analizan las múltiples variables intervinientes, las restricciones que esa situación tuvo, cómo se la había pensado y cómo se llevó adelante en esa situación concreta, y se proponen otras alternativas posibles a las propuestas. El propósito es poner en el centro del análisis las decisiones didácticas que tomamos y el pensamiento que subyace a estas elecciones, tomando a la clase en sí misma como un caso de enseñanza que está abierto a la discusión y reflexión. En síntesis, se “transparentan las situaciones de clase”, colaborando con la construcción de procesos reflexivos sobre la enseñanza.

La corriente que desarrolla las ideas del docente como profesional reflexivo y como investigador de sus propias acciones, reconoce que ningún cambio educativo es posible si no se cuenta con profesores en diálogo

e interacción entre sus prácticas y las teorías, como tomar conciencia acerca de los sistemas de creencias que van produciendo a partir de ellas. Una de las claves básicas del desarrollo efectivo de cualquier diseño curricular está en un docente activo y comprometido con las acciones de transformación.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALLEN, D. y K. RYAN, *Microenseñanza. Una nueva técnica para la formación y el perfeccionamiento docente*, El Ateneo, Buenos Aires, 1978.
- ANIJOVICH, R. y S. MORA, *El docente reflexivo: clave para la innovación*, Jornadas Pedagógicas, Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2004.
- ARGYRIS, C., *Conocimiento para la acción*, Barcelona, Granica, 1999.
- ARGYRIS y SCHÖN, *Theory in Practice*, San Francisco, Jossey-Bass, 1974.
- BAIN, J. et al., "Developing Reflection on Practice through journal writing: impacts of variations in the focus and level of feedback", en *Teachers and Teaching: theory and practice*, vol. 8, nro. 2, 2002.
- BERNSTEIN, B., "Clasificación y enmarcamiento del conocimiento educativo", en *Revista Colombiana de Educación*, 1985, pp. 45-71.
- CAMILLONI, Alicia, "Reflexiones para la construcción de una didáctica para la educación superior". Primeras Jornadas Trasandinas sobre planeamiento, gestión y evaluación universitaria, Universidad Católica de Valparaíso, Mimeo, 1995.
- CABERO ALMENARA, J., "Usos de las tecnologías de la información y la comunicación en el perfeccionamiento del profesor universitario", en *Agenda Académica*, vol. 5, 1, 1998, pp. 143-158.
- CANO, Elena, *El portafolios del profesorado universitario*, Barcelona, Octaedro, 2005.
- CAPPELLETTI y otros, "La formación de profesores universitarios en la universidad Maimónides", en *Revista Pensamiento Educativo*, vol. 35, Facultad de Educación, Universidad Católica de Chile, 2004.
- CLANDININ, J. y F. CONNELLY, "Stories of Experience and Narrative Inquiry", en *Educational Researcher*, vol. 19, nro. 5, 1990, pp. 2.
- CHAIKLIN, S. y J. LAVE, *Estudiar las prácticas*, Buenos Aires, Amorrortu, 2001.
- DEWEY, J., "Cómo pensamos", en *Cognición y desarrollo humano*, Paidós, Barcelona, 1989.
- ELLIOT, J., *El cambio educativo desde la investigación-acción*, Madrid, Morata, 2000.

- GOTLIEF, E., *Material de Cátedra*, inédito, 2007.
- GREGORIO, M., *Microenseñanza*, Zaragoza, Edelvives, 1979.
- LISTON, D. y K. M. ZEICHNER, *La formación del profesorado y las condiciones sociales de la enseñanza*, Madrid, Morata, 1993.
- MCEWAN, H. y K. EGAN, *La narrativa en la enseñanza, el aprendizaje y la investigación*, Buenos Aires, Amorrortu, 1998.
- PERKINS, D., *La escuela inteligente*, Barcelona, Gedisa, 1992.
- PERRENOUD, P., *Diez nuevas competencias para enseñar*, Barcelona, Graó, 2004.  
– *Desarrollar la práctica reflexiva en el oficio de enseñar*, Barcelona, Graó, 2004.
- PLUMMER, K., *Los documentos personales*, Madrid, Siglo XXI, 1989.
- PORLÁN, R. y J. MARTÍN, *El diario del profesor*, Sevilla, Diada, 1991.
- SCHÖN, D., *El profesional reflexivo*, Barcelona, Paidós, 1998.  
– *La formación de profesionales reflexivos*, Barcelona, Paidós/MEC, 1997.
- SMITH, M., *Chris Argyris: theories of action, double loop learning, and organizacional learning*, 2001, disponible en URL [en línea] <<http://org/thinkers/argyris.htm>> [consulta: 15 de octubre de 2004].
- SHULMAN, L., “Conocimiento y enseñanza: fundamentos de la nueva reforma”, en *Harvard Educational Review*, 57 (1), 1987, pp. 1-22.
- SOUTO, M., “Repensando la formación: cuestionamiento y elaboraciones”, en *Actas Pedagógicas de la Universidad de Palermo*, nro. 1, Buenos Aires, 2006.
- STENHOUSE, L., *Investigación y desarrollo del currículum*, Madrid, Morata, 1985.
- WITTRICK, *La investigación de la enseñanza*, Barcelona, Paidós, vol. II, 1989.



## **A formação do jurista e o compromisso com a construção da cidadania**

ANGÉLICA L. CARLINI\*

### **1. INTRODUÇÃO**

O ano de 2006 tem sido um marco na história da violência e dos conflitos sociais na sociedade brasileira e em especial, no estado de São Paulo. Os índices de violência cresceram de forma concreta e, o primeiro semestre do ano foi marcado por ações do crime organizado que resultaram na morte de cerca de 130 pessoas, entre policiais, cidadãos comuns e suspeitos de serem criminosos.

Embora o crime organizado já tivesse provocado rebeliões sincronizadas em vários estabelecimentos penais em outros momentos da história recente, a sociedade brasileira ainda não tinha vivido um estágio próximo de guerra civil, com ações articuladas em vários pontos das cidades, tanto na capital como no interior, acontecendo de forma simultânea e com grande violência.

Policiais foram assassinados em bares e restaurantes durante suas folgas, outros em locais de serviço como bases da polícia. Civis foram assassinados por estarem acompanhando policiais, bombeiros foram alvejados com tiros quando se encontravam em seus postos de trabalho desarmados e sem coletes à prova de balas. Os ataques praticados no mês de julho tiveram como alvo principal os agentes penitenciários que, supostamente, segundo informações que teriam sido divulgadas por representantes de facção criminosa, teriam maltratado os presos do sistema carcerário. Os agentes penitenciários foram mortos quando estavam em

\* Abogada. Docente y asistente de dirección de la Facultad de Derecho de la PUC de Campinas. Coordinadora adjunta del programa de Maestría en Derecho de la Universidad Paulista, UNP. Máster en Historia Contemporánea y doctoranda en Educación. Investigadora en el área de Derecho y Ciudadanía.

suas casas, no caminho para o trabalho ou de volta deste, nos momentos de folga, enfim, foram atingidos por pessoas que conheciam seus hábitos particulares, seus endereços, suas rotinas.

Além disso, em muitas cidades do estado de São Paulo, mesmo nas de pequeno e médio porte, ônibus foram queimados em momentos diversos do dia, principalmente no período noturno. Os veículos eram abordados por criminosos que mandavam os passageiros descerem e ateavam fogo. Em alguns casos, o pânico dos passageiros para sair do veículo acabou provocando ferimentos, inclusive graves queimaduras.

Diante de um quadro de tanta violência a sociedade brasileira se encolheu e se refugiou apavorada em suas casas, deixando em maio de 2006 um quadro inimaginável na maior metrópole da América Latina: as ruas desertas em plena segunda-feira no final de tarde, com a maioria das pessoas decidindo largar o trabalho e os compromissos no meio do período para voltar para casa. A ameaça de que os ônibus seriam retirados de circulação, associado ao temor de novos ataques no final da tarde, fizeram as empresas dispensarem mais cedo seus funcionários e as escolas e universidades suspenderem as aulas.

A sociedade civil brasileira constatou, atônita, que não dispunha de recursos para reagir e, em função disso, era melhor ir para casa local teoricamente protegido. Se essa proteção ocorreu efetivamente nos bairros de classe média e alta das cidades do interior e da capital, não se pode dizer o mesmo nos bairros da periferia, onde suspeitos de pertencerem ou de colaborarem com uma determinada organização criminosa foram presos e mortos de forma sistemática, muitas vezes sem que a suspeita fosse efetivamente comprovada.

De um lado, alguns políticos e o alto comando da polícia defendiam que os policiais estressados e abalados emocionalmente pela violência e covardia dos ataques poderiam até ter cometido excessos, mas que esse não tinha sido o objetivo da ação policial. Por outro lado, algumas vezes de grupos organizados de direitos humanos protestaram contra a prática de perseguição a pobres e negros, usual na periferia dos grandes centros urbanos e mais fortemente praticada em períodos de crise social.

Nesse quadro de tensão e medo, tendo por pano de fundo um tecido social totalmente esgarçado, a sociedade civil brasileira constatou a pro-

fundidade de sua desagregação e, como conseqüência, a incapacidade de reagir de forma conjunta, seja para propor ações a serem praticadas pelo poder público, seja para ela própria sociedade praticar ações afirmativas contra a violência, as organizações criminosas e o quadro de desigualdade social que caracteriza o país.

Paradoxalmente, o Brasil conta na atualidade com um grande número de escolas de ensino de direito, espalhadas em todo o território mas fortemente concentradas no estado de São Paulo, palco dos acontecimentos de violência de maio e julho de 2006.

O paradoxo vem do fato de que um número expressivo de escolas de ensino de direito poderia ter contribuído para que a cidadania fosse uma realidade e, em conseqüência, fosse exercida de maneira mais concreta pela sociedade civil. Em outras palavras, a existência de um grande número de alunos cursando direito poderia ter colaborado para uma melhor organização da sociedade civil, para uma discussão mais profunda das causas e conseqüências da violência e, para uma resposta rápida e eficiente das organizações sociais.

Não foi isso, contudo, o que se constatou durante e após os ataques. Ao contrário, a sociedade civil brasileira mostrou-se frágil, inconsistente em organização e incapaz de debater com clareza os acontecimentos na busca de soluções práticas. Ao contrário, perplexa e se sentindo impotente para qualquer ação, parte da sociedade se manifestou com desejo de vingança, pregando o extermínio de suspeitos e um tratamento agressivo contra presos, o que pode contribuir para agravar ainda mais o fosso que divide a sociedade brasileira.

A reflexão que este trabalho propõe iniciar é sobre um ensino de direito que está disseminado em todo o território nacional mas que, no entanto, não tem cumprido de forma satisfatória o papel de pensar a organização da sociedade e, nem o papel de propor mudanças nessa organização. As razões históricas e ideológicas que sustentam a implantação e o desenvolvimento dos cursos de direito serão analisadas em uma perspectiva crítica, tendo por pano de fundo o estado atual da sociedade brasileira e as ações que precisam ser adotadas para a construção de uma sociedade mais solidária e mais justa, conforme consta expressamente do texto constitucional.

## 2. A TRAJETÓRIA HISTÓRICA DOS CURSOS DE DIREITO NO BRASIL

Os cursos jurídicos foram criados no Brasil em 1827, em Olinda e em São Paulo. Foram criados com o objetivo de produzir mão-de-obra especializada para contribuir com a gestão do Estado Nacional que havia se formado a partir da independência, ocorrida em 1822.

Para que o recém-formado Estado Nacional funcionasse era necessário criar um quadro de burocratas que organizasse e movimentasse a máquina estatal. A formação de bacharéis em direito contribuiu para o projeto de construção e consolidação do Estado Nacional e de sua ideologia.

Para a elite econômica e política do país a implantação dos cursos jurídicos foi bem recebida, porque com ela era possível fornecer educação superior a seus filhos sem que fosse preciso enviá-los para Coimbra, em Portugal. Do mesmo modo, para essa mesma elite econômica e política brasileira, a formação de filhos bacharéis em direito garantia a ocupação do espaço público e, com isso, a continuidade do poder político e econômico.

O surgimento dos cursos de direito no Brasil cumpriu, portanto, um papel pragmático, como forma de garantir a integração e consolidação do território, do povo e do governo a partir do projeto traçado pelas lideranças econômicas e políticas da época. Não foram criados para formar uma elite cultural empenhada em pensar os problemas e desafios da nova nação e, construí-la a partir de suas reflexões. Ao contrário, os propósitos idealistas de implantação de ensino de direito para construção de uma sociedade livre, soberana e justa passaram ao largo do projeto político daquele momento histórico.

No período imperial os cursos jurídicos se caracterizaram por uma forte presença estatal, inclusive na fixação do currículo que era determinado pela lei que os implantou. Esse currículo possuía nove disciplinas e o curso tinha duração de cinco anos. O poder central da época determinava, ainda, os recursos a serem empregados, a forma de nomeação de professores, os métodos que poderiam ser utilizados em sala de aula e, quais os livros que deveriam ser adotados. Os professores que escrevessem livros doutrinários de direito, só poderiam publicá-los se tivessem a prévia aprovação da Assembléia Geral.

Ainda durante o Império, os cursos jurídicos enfrentaram várias dificuldades, sobretudo no aspecto de contratação de docentes. Eles eram recrutados entre profissionais de área jurídica, dando início à tradição de que quem sabe fazer sabe ensinar. Essa tradição se mantém viva em grande parte dos cursos de direito até hoje, porque é expressivo o número de professores que são também advogados, juizes, promotores, delegados, procuradores, defensores públicos, entre outras carreiras jurídicas.

A Proclamação da República, em 1889, modificou os quadros políticos, permitiu a ascensão econômica e política de novas classes sociais e, foi marcada por forte influência do positivismo. Esse fato também modificou o ensino do direito no país, sendo determinante para que entre outros aspectos, a cátedra de Direito Eclesiástico fosse retirada em razão da desvinculação do Estado com a Igreja e, fossem criadas cátedras de Filosofia e História do Direito, e de Legislação Comparada de Direito Privado.

A modificação mais relevante, no entanto, foi a criação de cursos e faculdades livres que funcionariam sob a supervisão do governo e, com as mesmas garantias que tinham as faculdades federais, inclusive o direito de conferir grau acadêmico após os exames exigidos no estatuto.

Datam desse período o surgimento de cursos jurídicos na Bahia e dois no Rio de Janeiro, em 1891; em Minas Gerais, em 1892; no Rio Grande do Sul, em 1900; no Pará, em 1902; no Ceará, em 1903; no Amazonas, em 1909; no Paraná, em 1912; no Maranhão, em 1918; e, outro curso no Rio de Janeiro, em 1910.

A partir da implantação do sistema republicano os cursos jurídicos passam a contar com a presença mais significativa de alunos de classe média, que por não serem filhos da elite econômico-financeira, quase sempre trabalhavam em uma parte do dia além de estudar. Essa inovação contribui para a formação de uma outra mentalidade nos cursos jurídicos, igualmente pragmática e voltada para a profissionalização.

Em 1931, a Reforma Francisco Campos procurou dar aos cursos jurídicos um caráter eminentemente profissionalizante. Dividiu os cursos jurídicos em dois: bacharelado e o doutorado. No primeiro, seria contemplada a formação para a parte prática do direito e, no segundo, a formação dos futuros professores e pesquisadores que se dedicariam aos estudos de maior complexidade.

A pesquisa histórica sobre os cursos de direito no Brasil dá conta de que esse sistema jamais foi colocado em prática, permanecendo os cursos de direito com a vocação de formar bacharéis, ou seja, mais focado em uma formação profissionalizante.

Em 1962 foi implantado o Parecer 215, aprovado pelo Conselho Federal de Educação, que modificou mais uma vez o currículo dos cursos jurídicos no Brasil. Foi implantado um currículo mínimo, com 14 (catorze) matérias: Introdução à Ciência do Direito, Direito Civil, Direito Comercial, Direito Judiciário (com Prática Forense), Direito Internacional Privado, Direito Constitucional (incluindo noções de Teoria Geral do Estado), Direito Internacional Público, Direito Administrativo, Direito do Trabalho, Direito Penal, Medicina Legal, Direito Judiciário Penal (com Prática Forense), Direito Financeiro e Finanças, e Economia Política.

A enumeração das disciplinas do conteúdo curricular mínimo adotado pelo Governo Federal dá a dimensão de quanto o curso pretendia a formação de “técnicos” ou “práticos” de direito. O curso continuava tendo a duração de cinco anos e, a metodologia de aula continuava sendo a conferência importada do modelo adotado na Universidade de Coimbra.

Em 1972 e 1996 foram tentadas novas reformas pelo Ministério da Educação e, pelo Conselho Nacional de Educação.

A proposta de 1996, representada pela Portaria 1886, não se limitou a propor mudanças no currículo dos cursos de direito, tendo introduzido a obrigatoriedade de apresentação de trabalho de conclusão de curso (monografia) para os alunos do último ano. Também estabeleceu a necessidade de realização de horas-atividade durante o curso, buscando com isso incentivar o aluno a participar de atividades fora da faculdade, objetivando a complementação da formação do aluno.

Em 29 de setembro de 2004, a Resolução do Conselho Nacional de Educação por sua Câmara de Ensino Superior -CNE/CES- 9, instituiu novas diretrizes curriculares nacionais para os cursos de graduação em direito, além de adotar outras providências, conforme consta do preâmbulo.

O art. 3º da Resolução 9 determina que os cursos de graduação em direito devem assegurar no perfil do graduando sólida formação geral,

humanística, axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania.

O art. 4º estabelece que o curso de graduação em direito deverá possibilitar a formação profissional que revele, pelo menos, as habilidades e competências de:

- a) leitura, compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos e normativos, com a devida utilização de normas técnico-jurídicas;
- b) interpretação e aplicação do direito;
- c) pesquisa e utilização da legislação, da jurisprudência, da doutrina e de outras fontes do direito;
- d) adequada atuação técnico-jurídica em diferentes instâncias, administrativas ou judiciais, com a devida utilização de processos, atos e procedimentos;
- e) correta utilização de terminologia jurídica ou da Ciência do Direito;
- f) utilização de raciocínio jurídico, de argumentação, de persuasão e de reflexão crítica;
- g) julgamento e tomada de decisões;
- h) domínio de tecnologia e métodos para permanente compreensão e aplicação do direito.

Para cumprir plenamente a formação de um profissional com essas habilidades e competências, a Resolução 9 organizou o currículo em três eixos:

- a) *Eixo de formação fundamental*, objetivando integrar o estudante no campo, estabelecendo as relações do direito com outras áreas do saber, abrangendo, entre outros, estudos que envolvam conteúdos essenciais sobre Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia;
- b) *Eixo de formação profissional*, abordando, além do enfoque dogmático, o conhecimento e a aplicação de conteúdos essenciais sobre

direito constitucional, direito administrativo, direito tributário, direito penal, direito civil, direito empresarial, direito do trabalho, direito internacional e direito processual;

- c) *Eixo de formação prática*, buscando associar a prática e aos conteúdos teóricos desenvolvidos nos outros eixos, consistindo no desenvolvimento de atividades de estágio curricular supervisionado, trabalho de conclusão de curso e atividades complementares.

Neste momento histórico os cursos de direito ainda discutem a forma de implementar totalmente a Resolução 09, porque têm até o início de 2007 para cumprir suas disposições de forma integral. A introdução de algumas disciplinas do eixo de formação fundamental que não eram contempladas nos currículos dos cursos de direito, como psicologia, antropologia e história, tem sido fonte das maiores preocupações por parte das escolas de direito.

O principal reclamo de professores e coordenadores de curso é sobre a dificuldade de implantar as disciplinas sugeridas para o eixo fundamental, em vista do fato de que o conteúdo programático das disciplinas do eixo profissional é muito extenso.

Por outro lado, se as disciplinas sugeridas para serem implantadas no eixo fundamental forem implantadas de forma transversal, ou seja, como conteúdo de outras disciplinas, poderão ser relegadas a plano secundário, o que as impedirá de cumprir a proposta de contribuir para a formação crítica dos alunos.

Da mesma forma, a introdução dessas temáticas como disciplinas autônomas, porém sem um corpo docente previamente preparado para essa tarefa e que as lecionem de forma dogmática e entediante, poderá fazer com que se tornem disciplinas sem nenhum interesse para os alunos e, conseqüentemente, sem contribuição mais efetiva para sua formação profissional.

O debate ainda está ocorrendo no Brasil neste momento. Muitas escolas de direito ainda não concluíram qual o modelo a ser implantado: a introdução de disciplinas específicas para contemplar história, antropologia e psicologia ou, a introdução de conteúdos dessas disciplinas em outras já existentes.

### 3. SITUACIÓN ATUAL DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL E ALGUMAS REFLEXÕES DECORRENTES

Na atualidade, expressiva parcela dos cursos de direito no Brasil têm sido alvo de críticas à qualidade do ensino que proporcionam e, ao perfil de profissional que formam.

Dados de 2002, disponíveis no portal do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira -INEP- apontam que o Brasil possuía 599 cursos de graduação presenciais em direito. Notícias publicadas na imprensa durante o ano de 2006, fazem referência a existência de cerca de 900 cursos de direito em todo o país. Essas mesmas notícias informam que países como os Estados Unidos da América do Norte possuem 200 escolas de direito.<sup>1</sup>

O número elevado de escolas coloca em discussão a qualidade dos docentes que nelas trabalham, sobretudo porque o número de professores mestre e doutores, ou seja, com prévia preparação para o exercício da carreira docente e da pesquisa não se mostra compatível com o número de cursos de direito.

O portal da Coordenadoria de Aperfeiçoamento do Pessoal do Ensino Superior -CAPES- informa que existem cinquenta e oito mestrados e dezessete doutorados em direito em todo o país, no total de setenta e cinco cursos de pós-graduação, número muito inferior ao de cursos de graduação em direito.

É possível constatar que os docentes dos cursos de direito são, principalmente, profissionais de carreiras jurídicas que dedicam parte de seu tempo para ministrar aulas e, nem sempre possuem formação para o exercício da docência. Conforme ocorreu na implantação dos cursos de direito no Brasil, se busca a experiência de quem sabe fazer imaginando com isso que quem sabe fazer sabe ensinar.

Uma das conseqüências desse perfil docente é que os professores de direito, em geral, buscam na sua experiência prática os elementos fundamentais a serem discutidos em sala de aula, o que nem sempre conduz a uma reflexão mais crítica, mais sistemática e, principalmente, transformadora.

<sup>1</sup> Revista eletrônica *Consultor Jurídico*, consultado em 8 de julho de 2006 [en línea] <[www.consultorjuridico.com.br](http://www.consultorjuridico.com.br)>.

Os cursos de direito são criticados por serem lócus de reprodução de idéias e transmissão de conhecimento acrítico, insuficiente para contribuir para a formação de profissionais de carreira jurídica que participem, efetivamente, da discussão de novos modelos de organização para a sociedade brasileira do século XXI, marcada por complexidade e paradoxos.

Outra crítica que se constrói sobre um ensino de direito calcado quase que exclusivamente na experiência dos profissionais das carreiras jurídicas, é referente à dimensão ética dessa transmissão de experiências, que transfere junto com o conhecimento práticas que nem sempre podem ser aceitas do ponto de vista ético mas que, na realidade, resultaram em êxito pessoal e financeiro para os profissionais que as vivenciaram.

A sociedade brasileira constata na atualidade que parte dos celulares e informações que chegam aos prisioneiros, principalmente àqueles ligados a facções criminosas organizadas, são levadas por parentes e amigos, mas também por advogados e advogadas que por força da lei gozam da possibilidade de ingressarem no sistema prisional em horários variados e, terem acesso ao preso de forma privada.

Notícias veiculadas por órgãos de imprensa, nos últimos meses e em todo o país, dão conta de informar que advogados e advogadas de criminosos ligados ao tráfico de drogas visitam sistematicamente seus clientes, inúmeras vezes por semana, e podem estar levando e trazendo informações sobre ações criminosas que devem ser praticadas fora dos presídios, por cúmplices que se encontram em liberdade. A imprensa informa, ainda, que as facções criminosas estariam sustentando alunos em faculdades de direito para que eles depois de formados, trabalhem no interesse dessas organizações e de seus membros e familiares.

Em outro ângulo do mesmo problema, a sociedade brasileira toma ciência de que parte da lavagem de dinheiro praticada no país, com conseqüências nefastas para a economia e para a organização social, é perpetrada por advogados e advogadas que organizam esquemas de montagem de empresas para práticas ilegais, principalmente com o objetivo de enviar dinheiro para os chamados paraísos fiscais. Operações financeiras ilegais são praticadas em todo o país, protegidas por uma com-

plexa rede de empresas e investimentos aparentemente legais, engendrados por profissionais de direito oriundos de cursos de direito brasileiros.

Se esse não é um privilégio da sociedade brasileira mas um fenômeno que ocorre em todo o mundo, é inegável que aqui ele tem ocorrido com maior frequência, suscitando uma discussão que apenas se inicia mas que é fundamental, ou seja, pensar a forma como tem ocorrido a formação dos profissionais da área de direito, pensar as dimensões éticas, sociais e políticas que devem ser tratadas nos cursos de direito e as formas como devem ser tratadas.

Mas, além de acusados de formar profissionais sem contribuição crítica e ética, os cursos de direito no Brasil também são criticados por formar profissionais sem condições técnicas de ocupar postos de advocacia, magistratura, promotoria de justiça e outras carreiras jurídicas, em razão do grande número de reprovações dos exames e concursos de acesso a essas carreiras.

O exame para ingresso de bacharéis nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil de maio de 2006, no Estado de São Paulo, reprovou 90,21% dos candidatos. Do total de inscritos para realizar o exame, 20.975 candidatos, somente 2.053 foram aprovados e, portanto, considerados aptos para o exercício da advocacia.<sup>2</sup>

Os concursos para ingresso na magistratura e no ministério públicas, carreiras das mais prestigiadas no universo do direito, também têm tido índices altos de reprovação, embora não sejam divulgados com a mesma intensidade com que a imprensa trata o exame para ingresso na Ordem dos Advogados do Brasil. A falta de interesse na divulgação por parte da imprensa, decorre do fato de que o número de candidatos que realiza concursos para magistratura e ministério público é um número muito menor do que aqueles que prestam o exame da OAB, porque os concursos já são conhecidos por seu alto grau de dificuldade o que já afasta de plano grande parte dos bacharéis em direito.

Se não formam adequadamente para o ingresso nas carreiras jurídicas conforme os números apontam, os cursos de direito no país também não têm formado bacharéis que pensem o direito em uma perspectiva transfor-

<sup>2</sup> *Consultor Jurídico*, consultado em 8 de julho de 2006 [en línea] <[www.consultorjuridico.com.br](http://www.consultorjuridico.com.br)>.

madora. Em um país cuja sociedade se construiu com base em diferenças sociais tão acentuadas, com exclusões dos mais variados tipos, com uma distribuição de renda injusta e uma carga tributária elevada, com um grande número de desempregados e com a economia informal sustentando parte expressiva da população, é importante a formação de cidadãos preparados para enfrentar o debate social e a busca por soluções.

Em um país em que parte dos votos ainda é obtida no sistema “de cabresto”, em troca de pares de sapato, dentaduras, cestas básicas, churrascos e festas, bacharéis de direito bem formados seriam uma contribuição bastante eficaz para impedir a manipulação dos votos, para neutralizar o efeito da propaganda política, pois seriam capazes de orientar a população, esclarecer as razões da escolha e, combater as práticas vedadas pela legislação eleitoral.

Bacharéis bem formados contribuiriam, também, para fiscalizar com maior rigor as práticas dos poderes executivos, legislativos e judiciários da União e dos Estados e, do executivo e legislativo do Município, cobrando na Justiça os desvios de verba, o locupletamento ilícito, os desmandos administrativos que incham as dívidas municipais, estaduais e federais e, acarretam ainda menores recursos para as obras de infraestrutura e para a agenda da saúde, educação e segurança públicas.

Bacharéis em direito formados de maneira crítica e consciente da importância da construção da cidadania em todos os níveis, trabalhariam na sustentação jurídica dos movimentos sociais, das organizações não-governamentais e de todas as associações e fundações constituídas para reivindicar e amparar direitos, provocando uma interessante reviravolta na organização social e política do estado brasileiro, no qual os bacharéis sempre existiram para proteger a elite econômica e política.

A matriz do pensamento crítico a que nos referimos como necessário na formação dos estudantes de direito está na teoria crítica, mas precisamente naquilo que Marcos Nobre sintetizou:

Ao fixar a separação entre conhecer e agir, entre teoria e prática, segundo um método estabelecido a partir de parâmetros da ciência natural moderna, a teoria tradicional expulsa de seu campo de reflexão as condicionantes históricas do seu próprio método. Se todo conhecimento produzido é, entretanto, historicamente determinado (mutável no tempo,

portanto), não é possível ignorar essas condicionantes senão ao preço de permanecer na superfície dos fenômenos, sem ser capaz, portanto, de conhecer por inteiro suas reais conexões na realidade social. Em outras palavras, na concepção tradicional de teoria, o método é transformado em uma instância atemporal, de maneira a tentar eliminar o cerne histórico que lhe é, entretanto, constitutivo (2004, p. 39).

Essa proposta de um ensino de direito crítico, contribuiria, também, para que vivência democrática fosse mais participativa e não tão indireta como acontece no modelo da sociedade brasileira, em que a participação política do cidadão começa e termina na escolha do candidato e no voto.

A expressão cidadania é utilizada aqui com o sentido de exercício pleno de direito e deveres do indivíduo na sociedade e não apenas o exercício de direitos políticos, como o de votar e ser votado. Essa dimensão que se esgota no exercício do voto não dá a amplitude da construção da cidadania e, ao mesmo tempo, tem se mostrado ineficaz para a construção da sociedade mais justa e solidária propugnada pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

A sociedade brasileira, em razão de sua trajetória histórica e do quadro social contemporâneo, exige dos cidadãos uma participação muito mais ativa e direta que não pode se resumir apenas ao exercício da escolha livre de membros do executivo e do parlamento. A violência social, o desgaste dos modelos de saúde e educação públicas, o sistema de campanhas eleitorais dominado por interesses econômicos, a classe política legislativa e executiva tão desgastadas perante a opinião pública, o poder judiciário moroso e desacreditado, são aspectos que formam um cenário no qual o cidadão é convocado a participar mais diretamente, para que a situação possa ser revertida, para que novas opções sociais possam ser implementadas.

Nesse sentido, Bittar:

Em verdade, a real identidade da palavra cidadania, com o acento que se quer conferir ao termo, reflete exatamente essas preocupações, significando, portanto, algo mais que simplesmente direitos e deveres políticos, e ganhando a dimensão de sentido segundo a qual é possível identificar nas questões ligadas à cidadania as preocupações em torno do acesso

às condições dignas de vida. Nessa perspectiva conceitual, o que se quer ver é que não é possível pensar em um povo capaz de exercer a sua cidadania de modo integral (no sentido político-jurídico) sem que ela (no conceito aqui assumido) esteja plenamente alcançada e realizada em suas instâncias mais elementares de formação e implementação de estruturas garantidoras de bens, serviços, direitos, instituições e instrumentos de garantia da existência, da vida e da dignidade (2004, p. 18).

O grande número de escolas de direito em todo o Brasil poderia, portanto, não ser um mal em si mesmo desde que estivesse contribuindo de forma eficaz para formar bacharéis com maior engajamento social e político, com uma construção mais sólida das idéias de cidadania e das possibilidades de discussão de novos modelos, o que obriga a deslocar a reflexão para outras variáveis: alunos, professores, método de ensino-aprendizagem e mercado de trabalho.

Os alunos dos cursos de direito, na atualidade, se encontram divididos entre os de escolas públicas de direito, que são quase sempre parte da elite econômica, política e cultural; e, os alunos da maior parte das instituições privadas que são egressos das escolas públicas de ensino fundamental e médio. Estes, quase sempre mal preparados para um curso universitário têm como principal objetivo ser um profissional generalista, que tenha várias possibilidades de exercício da profissão, quer na iniciativa privada, quer no poder público.

Nas escolas privadas os alunos, normalmente, trabalham para manter a faculdade e não podem responder ao incentivo de realizar pesquisas fora do horário das aulas ou, de participar de núcleos ou grupos de estudo, freqüentar mais assiduamente a biblioteca, conhecer outras instituições, enfim, realizar tarefas complementares à sua formação acadêmica.

Tanto nas escolas públicas como nas do ensino privado, os professores de direito são quase sempre profissionais que exercem a magistratura, a advocacia, a promotoria de justiça, delegacia, procuradoria, entre outras profissões jurídicas. O exercício da docência é sua segunda atividade, e em razão disso, não dispõem de tempo necessário para preparar aulas, provas, pesquisas e atividades a serem desenvolvidas pelos alunos e com os alunos.

Optam por exercer a docência da forma como lhes foi ensinado em sua época de graduação, ou seja, aula-conferência em que prepondera o estudo das leis, dos códigos, das portarias e medidas provisórias em vigor.

Analisando o tema, João Baptista Villela:

Constitui, destarte, uma visão inteiramente falsa do ensino jurídico fazê-lo consistir basicamente num aprendizado das leis em vigor. É o comportamento que já se caracterizou como *exegetismo*: ao invés de dar ao aluno o instrumental conceitual que lhe permita intervir ativamente na construção de uma sociedade melhor, limita-se a fornecer-lhe uma notícia de soluções normativas garantidas para um contexto histórico, que provavelmente não será o de amanhã, isto é, o do período em que atuarão profissionalmente os estudantes de hoje (1979, p. 127).

Vilella faz, ainda, três críticas ao ensino de direito: o judicialismo, o praxismo e o diletantismo.

Para ele, o ensino jurídico insiste em formar juristas como técnicos em solução de conflitos de interesse, e nessa medida, o direito é um mero mecanismo de solução de conflitos judiciais. Essa visão empobrece a ciência do direito, que na concepção do autor tem muito mais a finalidade de realizar justiça do que solucionar conflitos de interesse.

O praxismo se caracteriza por implementar no ensino de direito uma verdadeira obsessão por saber fazer, sem a preocupação em questionar o por que de uma determinada forma. Em nosso entender esse praxismo exacerbado, justifica em alguma medida o grande interesse que os alunos de direito têm pelas disciplinas de processo (civil, penal, do trabalho), e pelos estudos de prática processual. Em princípio, parece que se a faculdade ensinar a fazer é suficiente e, que todos os casos práticos que a vida profissional vai propor, estarão automaticamente inseridos nos estudos feitos do como fazer.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior também critica esse tecnicismo, ao afirmar:

(...) a formação do bacharel é entendida como uma acumulação progressiva de informações, limitando-se o aprendizado a uma reprodução de teorias que parecem desvinculadas da prática (embora não o sejam), ao

lado de esquemas prontos de especialidade duvidosa, que vão repercutir na imagem atual do profissional como um técnico a serviço de técnicos (1979, p. 70).

Por fim, Vilella condena o diletantismo dos cursos de direito, apontando para a facilidade de aprovação e para o baixo nível cultural dos egressos do ensino jurídico. Para ele, existe quase que um acordo entre professores e alunos, de tal modo que ambos são pouco exigentes em relação uns aos outros.

Artur Stamford da Silva afirma:

De alguma forma se instituiu como senso comum no ensino do direito a referência à expressão *pacto da mediocridade* correspondente a: os professores fingem ensinar e os alunos fingem aprender (2004, p. 23).

Embora pesada, a crítica não é desprovida de fundamento, porque o grande número de reprovações nos exames da Ordem dos Advogados do Brasil, conforme já mencionado, indica que existe algum descompasso entre a facilidade de ser aprovado nos anos de bacharelado em direito e a dificuldade em obter a autorização para o exercício da advocacia.

O problema sinaliza que é preciso rever a metodologia de ensino-aprendizagem utilizada nas salas de aula, inclusive para permitir uma outra relação entre professores, alunos e o objeto de estudo: a ciência do direito.

Joaquim Arruda Falcão tem uma visão peculiar a respeito do assunto. Afirma Falcão que o tão criticado ensino jurídico brasileiro não está errado. Ao contrário, ele está totalmente adequado para o Brasil. Para ele “(o ensino jurídico) Atende às necessidades básicas dominantes na sociedade. Se cada sociedade tem o direito que merece e produz, o mesmo se aplica ao seu ensino” (1984, p. 39).

Para Falcão (1984, p. 40) a maior dificuldade existente para modificar o ensino jurídico no Brasil reside no método adotado. Primeiramente, o método dominante estava vinculado à revelação dogmática, desconhecendo a observação empírica, em razão da marcada influência do jusnaturalismo que envolve o direito como dever-ser idealizado. Em um segundo

momento, o ensino jurídico é fortemente influenciado pelo positivismo, e a preocupação passa a ser o fato existente, o direito positivado pelo Estado.

Sobre a influência do positivismo no direito, escreve Bittar:

A cristalização das fronteiras territoriais, o crescimento econômico produzido pela Revolução Industrial, a mecanização elementar dos ambientes de trabalho fabril, o desenvolvimento de técnicas e mecanismos anteriormente desconhecidos, as descobertas científicas e o aumento do prestígio racional dos saberes científicos, a expansão das consciências positivista e evolucionista do mundo, a estabilização das aglomerações urbanas, a definição do poderio de classes burguesas emergentes, o progressismo invadindo as mentalidades populares, a definição exata das fronteiras entre direitos humanos e os deveres de Estado, a burocratização da estrutura estatal etc., são fenômenos que se somam para criar as condições necessárias para a formatação da concepção de Estado de direito e, portanto, do assentamento da idéia de legalidade. O positivismo jurídico somente viria a dar crédito e a consolidar essas expectativas na formação de um conjunto de ideologias, pensamentos e práticas burocráticas capazes de sustentar o Estado de direito (2005, p. 78).

É possível concluir que esse estado do ensino jurídico não é aleatório. Ao contrário, serviu e ainda serve aos interesses dos setores econômica e politicamente dominantes na sociedade brasileira, para os quais importa muito pouco a criação de uma classe de juristas que reflita sobre o conteúdo das normas jurídicas, que identifique o direito para além da legislação positivada, e que atue a partir dessas premissas.

A lei é a ordem e conhece-la é o tanto quanto basta para a formação do jurista, em uma concepção que ainda marca de forma acrítica o ensino do direito na maior parte das escolas do país.

O estudo crítico e criador é viável porém indesejável, porque a estrutura da sociedade brasileira ainda é conservadora, estratificada em classes sociais e, principalmente, marcada pela dificuldade de ascensão social. Além disso, o mercado deseja hoje profissionais que construam suas trajetórias em clima marcado por forte competição, por acentuado individualismo e que, impregnados por essa competição e individualismo, sejam capazes de realizar o que for preciso, mas nem sempre o que é justo.

O ensino de direito da forma como se encontra organizado hoje, se identifica com a sociedade em que vivemos e, pensar uma nova estrutura para esse ensino remete, imediatamente, à necessidade urgente de pensar um novo modelo para a sociedade brasileira.

Inúmeras sugestões podem ser formuladas para contribuir para a reflexão sobre a mudança do ensino de direito no Brasil, mas entre todas três merecem análise neste trabalho: relação ensino-aprendizagem; formação de professores; e, o currículo dos cursos de direito.

A relação ensino-aprendizagem nos cursos jurídicos precisa ser tornar mais atual, abandonando quase definitivamente a conferência assistida pelos alunos, para transformar a sala de aula em verdadeira “oficina de trabalho”, ou em um permanente “fórum de debates”, onde os alunos tenham participação ativa e constante.

Na atualidade, estudos de educação indicam que isso pode ser conseguido através do estudo de problemas, ou do estudo de caso, que são propostas diferentes mas que sinalizam para a mesma estratégia: a participação do aluno como foco central da relação ensino-aprendizagem.

O estudo de problemas, paradigma já bastante conhecido das ciências médicas, tem a vantagem de permitir que os alunos estudem problemas e não casos já solucionados, ampliando as perspectivas de pesquisa e de levantamento de hipóteses iniciais para a solução dos problemas. Requer, por parte do aluno, tempo de estudo e pesquisa individual e, confrontação do resultado do seu trabalho com os outros alunos, membros de um mesmo grupo de estudo. Da mesma forma, o estudo através de casos implica em pesquisa individual e atividade em grupo, desenvolvendo no aprendiz as habilidades e competências de sistematização de dados, reflexão, diálogo, elaboração e sustentação de argumentos, entre outras.

De todo modo, a relação ensino-aprendizagem não pode mais ocorrer somente a partir de aulas-conferência, em que o professor entrega ao aluno um conhecimento pronto e acabado sem motivar a reflexão sobre o conteúdo e sem incentivar a participação do aluno no seu processo de aprendizagem. Com estudo de problemas ou de casos, a tarefa do professor será de mediador entre as formas que o aluno vai escolher

para construir seu conhecimento, e o conhecimento efetivamente construído por ele e pelo grupo.

Além disso, os problemas e casos devem ser pesquisados na realidade, no dia a dia, permitindo que os alunos tenham o cotidiano como principal foco de estudo, pesquisa e reflexão de propostas de intervenção transformadora.

Para adoção dessa nova relação de ensino-aprendizagem, será preciso que os professores de direito estejam mais bem preparados. Isso significa, em princípio, que para ser professor de direito não basta ser bem sucedido no exercício de uma profissão jurídica, mas também será preciso comprovar a habilitação em didática e metodologia do ensino superior, concluídas em cursos de especialização e/ou mestrado.

Ainda que se possa discutir que os cursos de didática e metodologia do ensino superior, sozinhos não serão suficientes para conseguir uma mudança da forma de agir dos professores do ensino de direito, é inegável que sem eles essa mudança se tornará ainda mais difícil de ser feita.

A formação específica para ministrar aulas de direito é essencial para despir o professor da toga ou da beca, fazendo-o compreender que para além da prática que vivencia existe uma reflexão necessária e diuturna que deve ser feita sobre cada instituto jurídico e, não simplesmente a transmissão de conteúdos programáticos sem que o aluno tenha tempo de pensar, criticar e analisar a essência dos institutos jurídicos e dos textos de lei.

Por fim, para construir uma nova relação ensino-aprendizagem e um novo perfil para os professores de direito, é preciso pensar na formatação de um novo currículo. Antes disso, um novo currículo será apenas e tão somente mais uma tentativa insincera de melhorar o ensino jurídico no Brasil, acreditando que a modificação de disciplinas e conteúdos seja suficiente por si só, para formar profissionais mais bem preparados do ponto de vista político e social.

Uma nova proposta de currículo de direito deve estar em consonância com o projeto político-pedagógico da instituição e esse, por sua vez, deve ter sido escrito a partir do debate e da reflexão de todos os agentes atuantes em uma comunidade acadêmica: professores, alunos, administradores e funcionários.

Um novo currículo de direito deve ser assumido como compromisso por todos, professores, alunos, administradores e funcionários. Deve contemplar os aspectos profissionalizantes e as fundamentais, mas pode, por exemplo, funcionar com unidades temáticas e não necessariamente com o estudo direcionado por leis e códigos.

Assim, o estudo de família, por exemplo, não precisaria ser construído no âmbito apenas do direito civil, onde está alocado na atualidade em quase todos os cursos de direito do país. Poderia, sim, ser estudado em caráter multidisciplinar em uma unidade temática que contemplasse o estudo com aspectos do direito civil, penal, processual, da infância e juventude, da sociologia, da antropologia, da psicologia, da constituição federal entre outros. O mesmo se pode dizer a respeito da violência urbana, que não precisa ser estudado apenas pelo direito penal, mas pode ser analisado à luz da contribuição de múltiplas áreas do conhecimento em ciências sociais aplicadas.

A esse respeito, Carlini sustenta:

O estudo por unidades temáticas ou eixos temáticos poderia dar conta de diminuir a forte influência positivista que ainda prepondera na maior parte dos estudos de direito no Brasil, que focam a lei sempre como fio condutor dos estudos, dividindo os temas a serem estudados em quantidade de artigos, como comumente acontece nos estudos de direito penal e de direito civil.

Além disso, a construção de uma unidade temática obrigaria os alunos e professores a construir suas reflexões para além dos textos de lei, privilegiando o estudo de princípios gerais do direito, de casos e problemas, criando condições para uma análise crítica do direito e de seu papel na sociedade (2006, p. 15).

Aparentemente, essas idéias poderão ser combatidas como utópicas, de difícil ou impossível execução, como reflexão meramente acadêmica e desprovida de caráter prático.

Mas certamente não estão muito longe da contribuição de Luis Alberto Warat para quem:

Não se aprende repetindo, talvez sonhando (...) O ensino carnalizado é aquele que se aprende sem que ninguém ensine. Ele começa pelo pro-

fessor anarquista e desemboca no professor marginal, que é aquele que violenta as instituições para não violentar a vida. O ensino tradicional não deixa de ser um doentio sistema de rotulação. Através dele, as pessoas ficam padronizadas em nome de uma realidade que se busca reduzir pela classificação. O aluno-padrão é aquele que não escuta as moções do desejo e se deixa consumir pela ordem e seus efeitos de poder. O aprendizado carnalizado, entretanto, é um espaço de brinquedos, como parte de um tempo concedido para a afetividade, para o desejo. O desejo é a erotização da razão. Jogos simbólicos que roubaram para o prazer e o tempo que a Escola monopoliza para transformar o saber dos que recém iniciam a vida em convencionais e letárgicos registros profissionais (1985, p. 49).

Nesse momento histórico da sociedade brasileira, é desejável que a lição de Warat inspire nossas reflexões e nosso debate, para não correremos o risco de repetirmos os desacertos do passado apenas para referendarmos uma suposta tradição do ensino de direito no país.

Precisamos ser capazes de construir novos caminhos para o ensino de direito, não apenas para os alunos mas para toda a sociedade brasileira do século XXI, que espera muito mais dos juristas do que eles efetivamente fizeram até este momento histórico.

#### 4. CONCLUSÃO

Ao estudar a história do ensino jurídico no Brasil podemos constatar que ele esteve atrelado ao poder político e econômico dominantes e, voltado para a formação de profissionais que ao ocuparem cargos e funções na burocracia estatal mantiveram a ordem social e política sem nenhuma modificação substancial, perpetuando o poder dominante.

Esse quadro tem sido combatido de maneira episódica e não muito eficaz, porque quando ocorrem modificações nos cursos de direito elas quase sempre se referem a mudanças de disciplinas e conteúdos curriculares, sem se atentar para a necessidade de formar professores especificamente para esses cursos e, para a necessidade de incentivar esses professores a construir uma relação ensino-aprendizagem dinâmica, em que o aluno seja o foco principal, e portanto, lhe permita aprender a aprender de forma contínua e crítica, inclusive após a conclusão de sua graduação.

A mudança de currículo não tem o poder de aproximar o ensino de direito da realidade, permitindo que os alunos analisem e reflitam sobre a interpretação dos textos de lei, dos princípios e dos costumes, à vista de uma realidade complexa como a que atualmente a sociedade brasileira vivencia.

Streck enfatiza:

Ocorre, sim, uma ficcionalização do mundo jurídico, como se a realidade social pudesse ser procustianamente aprisionada/ moldada/explicada através de verbetes e exemplos com pretensões universalizantes. Alguns exemplos beiram o folclórico, como na explicação do “estado de necessidade” constante no art. 24 do Código Penal, não sendo incomum encontrar professores (ainda hoje) usando o exemplo do naufrago em auto-mar, em que duas pessoas (Caio e Tício, personagens comuns na cultura dos manuais) “sobem em uma tábua”, e na disputa por ela, um deles é morto (em estado de necessidade, uma vez que a tábua suportava apenas o peso de um deles...!) Cabe, pois, a pergunta: por que o professor (ou o manual), para explicar a excludente do estado de necessidade, não usa um exemplo do tipo: *menino pobre entra no Supermercado Carrefour e subtrai um pacote de bolacha a mando de sua mãe, que não tem o que comer em casa*. Mas isso seria exigir demais da dogmática tradicional. *Afinal de contas, exemplos deste tipo aproximariam perigosamente a ciência jurídica da realidade social* (2004, p. 85).

Os manuais de direito têm muitos outros exemplos dessa mesma natureza e, são adotados continuamente nos cursos de direito em todo o Brasil, contribuindo de forma decisiva para que o ensino de direito discuta aspectos legais fora do âmbito da realidade em que deverão ser aplicados, produzindo um direito descolado da realidade e, conseqüentemente, um profissional do direito incapaz de compreender as razões dos problemas do cotidiano.

Se não pode compreender as causas, as raízes sociais e históricas dos problemas sociais e, via de conseqüência não pode resolver esses problemas de forma justa, o profissional do direito também não está capacitado, via de regra, para agir de modo transformador na sociedade, propondo novas formas de agir e novas formas de organização social.

Fruto de um ensino de direito meramente reprodutor de textos e normas jurídicas e das interpretações repetidas sem uma reflexão mais próxima da realidade, o profissional formado no Brasil, atualmente, quase sempre carece de uma visão mais ampla das possibilidades de que dispõe para intervir na realidade, modificando-a para construir uma sociedade mais solidária e mais justa.

De outro lado, o mercado deseja um profissional dócil, subserviente, não-crítico e não-transformador, que tenha competência funcional e seja rápido para encontrar as respostas para os problemas imediatos, sem se envolver na compreensão mais profunda desses problemas. Em troca, o mercado dá a esses profissionais a utopia de que terão dinheiro e poder, ascensão social e reconhecimento, o que hoje se sabe é meramente ilusório, em vista do grande número de profissionais disponíveis e o conseqüente achatamento dos valores de remuneração por causa da grande oferta.

O mercado seduz com a possibilidade de propiciar realização pessoal e financeira, numa ótica solitária e privatista, individualizante e contrária por completo à necessidade que a sociedade brasileira tem, na atualidade, de profissionais do direito ousados, criativos, que possam com sua ação contribuir para a reflexão da organização social e modificá-la para melhor. Que possam compreender a aplicação da lei para além da lógica positivista e, em conseqüência, que apresentem alternativas que permitam maior credibilidade do judiciário e de seus agentes.

Os ideais constitucionalistas de 88, construídos na esteira do final de um longo período de exceção e ausência de democracia, só serão mais amplamente implantados na sociedade brasileira se a construção da cidadania deixar de ser um item apenas da agenda das políticas públicas e se transformar em um item de toda a sociedade. Formar cidadãos que participem efetivamente do espaço social e nele interfiram, debatendo e propondo mudanças capazes de reequilibrar a sociedade brasileira, formar cidadãos que pautem suas ações profissionais pelo caráter público e realização da justiça e não apenas na lógica do mercado, é tarefa que precisa ser exercida também pelos segmentos privados, em especial, pelas escolas de todos os níveis.

Os problemas de má-distribuição de renda, de carga tributária excessiva, de violência, de administração pública contaminada por corrupção, só terão um encaminhamento de solução se os cidadãos brasileiros intervierem e, se encontrarem no judiciário um aliado célere, sério, que proporcione respostas efetivas e rápidas.

Os cursos de direito se concebidos com uma proposta transformadora e criativa, certamente poderão viabilizar a formação de profissionais capazes de trabalhar no cotidiano com uma dimensão pública mais presente, menos apartada da exclusiva prioridade de satisfação econômica e, com certeza, mais reconhecida pela própria sociedade.

Da forma como estão organizados na atualidade, com estrutura curricular e docente sem criatividade e descoladas da realidade, os cursos de direito tendem a continuar formando profissionais despreparados para dar conta da complexidade social e, cuja visibilidade continuará sendo negativa tanto quanto a visibilidade da própria justiça.

Uma sociedade que não confia em seus advogados, juizes, promotores e, conseqüentemente, não tem razão para confiar na justiça, é uma sociedade que deixa espaço para o surgimento de organizações criminosas e do chamado “poder paralelo”.

Falhou o sistema prisional, falhou o judiciário mas antes disso, falhou a formação dos juristas brasileiros. Essa falha que nasce nos cursos de direito precisa ser objeto de estudo e reflexão mais sistematizada e constante, que possa produzir as mudanças necessárias e urgentes que a sociedade brasileira reclama.

O ensino de direito pode ser um importante instrumento de construção de cidadania em toda a sociedade brasileira contemporânea, desde que a dimensão a ser dada a esse ensino seja para além da exclusiva formação do profissional e, passe a contemplar aspectos essenciais que precisam ser discutidos por toda a sociedade brasileira neste século. É preciso discutir o que deve aprender e como deve aprender o estudante de direito, para que ele compreenda não apenas os aspectos técnicos de sua formação profissional, mas compreenda principalmente o compromisso que possui de utilizar esse conhecimento para a valorização da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, para a construção de uma sociedade mais solidária e mais justa.

## REFERENCIAS

- APPLE, Michael, *Ideologia e Currículo*, São Paulo, Brasiliense, 1982.
- *Política Cultural e Educação*, São Paulo, Cortez, 2000.
  - *Escolas Democráticas*, São Paulo, Cortez, 2001.
- BASTOS, Aurélio Wander, *O Ensino Jurídico no Brasil*, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2000.
- BITTAR, Eduardo C. B., *Direito e Ensino Jurídico*, São Paulo, Atlas, 2001.
- *Ética, Educação, Cidadania e Direitos Humanos*, São Paulo, Manole, 2004.
  - *Direito e Pós-Modernidade*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005.
- BOLSON, Simone Hegele, “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Relações de Consumo e o Dano Moral ao Consumidor”, em *Revista de Direito do Consumidor* 46/265-291, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.
- BORDENAVE, Juan Díaz y Adair Martins PEREIRA, *Estratégias de Ensino-Aprendizagem*, Petrópolis, Vozes, 2002.
- CARLINI, Angélica L., *Currículo em Direito: Mudanças e Percepções*, Trabalho apresentado no IV Encontro Anual da Associação Brasileira de Ensino de Direito, ABEDi, Salvador, abril de 2006.
- CORTIANO Jr., Eroulrths, *O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas. Uma análise do ensino do direito de propriedade*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- COSTA, Marisa Vorraber (organizadora), *O Currículo nos Limiares do Contemporâneo*, Rio de Janeiro, DP&A, 2001.
- CUNHA, Luiz Antonio, *A Universidade Temporã*, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1986.
- CUNHA, Marcus Vinicius, *John Dewey: uma filosofia para educadores em sala de aula*, Petrópolis, Vozes, 2002.
- CURY, Vera de Arruda Roza, *Introdução à Formação Jurídica no Brasil*, Campinas, Edicamp, 2002.
- DANTAS, San Tiago, *Palavras de um Professor*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001.
- DOLL Jr., Willian E., *Currículo: Uma Perspectiva Pós-Moderna*, Porto Alegre, Artes Médicas, 1997.
- FALCÃO, Joaquim Arruda, “A Crise da Universidade e a Crise do Ensino Jurídico”, em *Os Advogados: o Ensino Jurídico e o Mercado de Trabalho*, Recife, Fundação Joaquim Nabuco, Massangana, 1984.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio, “O Ensino Jurídico”, em *Encontros da UnB, Ensino Jurídico*, Brasília, UnB, 1979.

- FREIRE, Paulo, *Pedagogia do Oprimido*, Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1987.  
– *Pedagogia da Autonomia*, Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1996.
- GIANOTTI, José Arthur, “Contra a Demagogia”, em *Revista Veja*, Nº 885, São Paulo, Editora Abril, 21 de agosto de 1985.
- GIROUX, Henry, *Teoria Crítica e Resistência em Educação*, Petrópolis, Vozes, 1986.  
– *Os Professores como Intelectuais*, Porto Alegre, Artmed, 1997.
- HOUAISS, Antonio, *Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2001.
- KELSEN, Hans, *A Teoria Pura do Direito*, Coimbra, Armênio Armado, 1976.
- MACHADO, Antonio Alberto, *Ensino Jurídico e Mudança Social*, Franca, UNESP-FHDSS, 2005.
- MARTINS-COSTA, Judith (organizadora), *A Reconstrução do Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
- MASETTO, Marcos Tarciso, *Competência Pedagógica do Professor Universitário*, São Paulo, Sumus, 2003.
- MORIN, Edgar, *Os Sete Saberes Necessários para a Educação do Futuro*, São Paulo, Cortez, 2000.
- NOBRE, Marcos, *A Teoria Crítica*, R. de Janeiro, Jorge Zahar, 2004.
- POZO, Juan Ignacio, *Aprendizes e Mestres. A Nova Cultura da Aprendizagem*, P. Alegre, Artmed, 2002.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei, *Ensino Jurídico: Saber e Poder*, São Paulo, 1988.  
– *Novo Currículo Mínimo dos Cursos Jurídicos*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995.  
– *Ensino Jurídico para que(m)?*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2000.  
– *Pensando o Ensino do Direito no Século XXI*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2005.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei y Eliane Botelho JUNQUEIRA, *Ensino do Direito no Brasil*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2002.
- SACRISTÁN, J. Gimeno, *O Currículo: Uma Reflexão Prática*, Porto Alegre, Artmed, 2000.
- SANTOS, André Luiz Lopes, *Ensino Jurídico: Uma Abordagem Político-Educacional*, Campinas, Edicamp, 2002.
- SILVA, Arthur Stamford da, *Anuário ABEDi Relação Professor/Aluno. Projeto Pedagógico como Indício de Superação do Pacto da Mediocridade*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2004, pp. 23-42.

- STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.
- TEODORO Jr., José, “As Ciências Humanas”, in LEMOS, Filho Arnaldo, *et alii*, *Sociologia Geral e do Direito*, Campinas, Alínea, 2004.
- THULER, Mônica Gather, “O Desenvolvimento Profissional dos Professores: Novos Paradigmas, Novas Práticas”, in *As Competências para Ensinar no Século XXI. A Formação dos Professores e o Desafio da Avaliação*, Porto Alegre, Artmed, 2002.
- VENÂNCIO FILHO, Alberto, *Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 Anos de Ensino Jurídico no Brasil*, São Paulo, Perspectivas, 1982.
- VENTURA, Deisy, *Ensinar Direito*, Barueri, SP, Manole, 2004.
- VILELLA, João Batista, “Os Cursos pós-graduados em Direito e a Superação da Idade Exegética”, in *Encontros da UnB. Ensino Jurídico*, Brasília, UnB, 1979.
- WARAT, Luis Alberto, “A Ciência Jurídica e Seus Dois Maridos”, in *Territórios Desconhecidos*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2004, pp. 61-186.
- ZABALZA, Miguel A., *O Ensino Universitário seu Cenário e seus Protagonistas*, Porto Alegre, Artmed, 2004.
- ZITSCHER, Harriet Christiane, *Metodologia do Ensino Jurídico com Casos. Teoria e Prática*, Belo Horizonte, Del Rey, 1999.



## La programación. Aportes para la enseñanza del Derecho

GUILLERMO RUIZ y MARTA TENUTTO\*

La enseñanza del Derecho constituye un campo sumamente rico para la conceptualización de la vasta experiencia existente así como también de la sistematización de los datos empíricos que diversas investigaciones han realizado a lo largo de las últimas décadas. Como disciplina, el Derecho en sí mismo constituye un desafío para la enseñanza para evitar el dogmatismo y la repetición y promover el razonamiento y la capacidad de argumentación, entre otras habilidades necesarias para la formación profesional de los abogados. Esto es importante ya sea que se desempeñen como representantes de clientes, como jueces o funcionarios auxiliares de un tribunal, como funcionarios de la administración pública, como mediadores, negociadores, árbitros de conflictos; como asesores, consultores de organismos gubernamentales o no gubernamentales, empresas, sindicatos o como docentes e investigadores.

Los diagnósticos realizados por la Facultad de Derecho de la UBA han detectado diversos problemas en la enseñanza de la disciplina, tales como los que se enumeran a continuación:<sup>1</sup>

- la escasa integración entre la formación teórica y la formación práctica en las diferentes asignaturas de los distintos ciclos de formación;

\* Guillermo Ruiz, Doctor en Educación (UBA), Master of Arts in Education (UCLA-USA), Licenciado y Profesor en Ciencias de la Educación (UBA). Coordinador del Programa de Supervisión y Evaluación de la Gestión Docente de la Facultad de Derecho.

Marta Tenutto, Magister y Especialista en Educación (Universidad de San Andrés), Especialista en Psicología Educativa (Colegio de Psicólogos, Provincia de Buenos Aires), Licenciada en Psicología (UBA). Profesora y Licenciada en Ciencias de la Educación (UM). Profesora y capacitadora en diversas universidades del país.

<sup>1</sup> Véase Resolución (CS) nro. 3798/04.

- la escasa utilización de estrategias didácticas que fomenten una participación activa de los estudiantes y un trabajo de programación y coordinación de las actividades de enseñanza por parte de los profesores, tales como talleres de jurisprudencia, *moot courts*, clínicas, ejercicios, entre otras posibilidades;
- la falta de aprovechamiento e integración de las pasantías como parte de la práctica profesional;
- la falta de incorporación de nuevas tecnologías educativas al servicio de la enseñanza y del aprendizaje;
- la dificultad para integrar los conocimientos propios del plan de estudios;
- las dificultades para la integración de los contenidos de las asignaturas ante la inexistencia de instancias integrales de evaluación;
- el lugar subsidiario que ocupa la investigación científica dentro del plan de estudios;
- la necesidad de fomentar la formación general del estudiante de Derecho y aumentar su vinculación con otras disciplinas dentro de las ciencias sociales y humanidades;
- el nivel de actualización de las asignaturas obligatorias de las orientaciones del Ciclo Profesional Orientado y la pertinencia y actualidad de las referidas orientaciones;
- la desigualdad en términos de asignaturas obligatorias entre las diferentes orientaciones del Ciclo Profesional Orientado del plan de estudios;
- la actualización de la oferta de cursos para la incorporación de áreas novedosas del Derecho y del estudio de situaciones coyunturales de la realidad social contemporánea en el Ciclo Profesional Orientado;
- la inexistencia de una propuesta de formación docente para la enseñanza del Derecho en la escuela media y en el nivel superior universitario y no universitario del sistema educativo nacional.

Consecuente, la Facultad ha modificado el plan de estudios de la carrera de abogacía en el año 2004, como parte de un proceso integral

de actualización curricular que adoptó como criterios generales, entre otros, los siguientes:

- la promoción de la formación integral para la autonomía, la versatilidad y el desarrollo de un espíritu crítico;
- el desarrollo de una ética académica, coherencia, rigurosidad en la formación y la enseñanza, solidaridad y responsabilidad social;
- el contexto actual de cambios sociales y sus implicancias en términos de las demandas efectuadas a la profesión jurídica en función de surgimiento de nuevos campos disciplinares, nuevos problemas científicos, nuevas formas organizativas del mundo del trabajo y la resignificación de habilidades y competencias profesionales de los egresados de la carrera de abogacía;
- las modificaciones en el mercado de trabajo, que implican nuevas formas de empleo, algunas coyunturales y otras estructurales con incidencias para el caso de la abogacía.

Entre los objetivos que se fijaron para dicha actualización curricular se mencionan:

- mejorar la formación profesional, mediante una efectiva articulación entre la docencia, la práctica profesional, la investigación y la extensión;
- revisar y actualizar el diseño curricular de la carrera de abogacía, para fortalecer su estructura de ciclos de formación a efectos de alcanzar una mayor adecuación a las necesidades contemporáneas de la sociedad y de los propios alumnos así como la articulación con los demás niveles del sistema educativo formal;
- profundizar la formación desde el punto de vista de investigación científica en el campo del Derecho;
- revisar la articulación con la formación de posgrado y con el doctorado.

Son muy exigentes los objetivos que se proponen para la carrera de abogacía de acuerdo con esta actualización curricular. Entre ellos se menciona que:

(1) Los graduados deben comprender sus responsabilidades políticas, jurídicas, sociales y éticas referidas a su actuación como operadores que

deben posibilitar a la ciudadanía el acceso a la justicia, a un modo de resolución de los conflictos en un Estado democrático de Derecho.

(2) Se debe promover desde la formación:

- (a) la comprensión de la teoría, de la filosofía y de las diversas áreas del Derecho y sus instituciones;
- (b) las técnicas de: análisis jurídico; de resolución de problemas, de negociación y resolución de conflictos; de comunicación oral y escrita; de interpretación y argumentación; de investigación social, como así también otras habilidades fundamentales que son necesarias para trabajar eficazmente en la profesión jurídica;
- (c) la comprensión y el análisis crítico de los principios básicos del Derecho Público y Privado;
- (d) la adquisición de conocimientos y habilidades propias del campo de las ciencias sociales, como marco integrador de la formación para el ejercicio de las diversas prácticas implicadas en la profesión.

(3) Los graduados deben comprender que la abogacía es una profesión que implica:

- (a) obligaciones referidas a la traducción de demandas sociales colectivas o individuales en reclamos jurídicos;
- (b) la inclusión de sectores excluidos del acceso a la justicia a través de la prestación de servicios jurídicos gratuitos; ya sea a través de la información, la promoción o la defensa de sus derechos.

(4) Se debe promover la generación y la comunicación de conocimientos socialmente significativos en el ámbito disciplinar e interdisciplinar y fomentarse también la formación continua para la comprensión de adelantos científicos futuros, en un ambiente de libertad, justicia e igualdad de oportunidades entre todos los habitantes.

Todas estas definiciones curriculares del nuevo plan de estudios de la carrera de abogacía suponen modificaciones sustantivas en las formas en que se enseña el Derecho en la Universidad de Buenos Aires. Una de las herramientas quizás más básicas para comenzar el cambio, promovido en la norma que aprueba la reforma curricular, está dado por

las maneras en que los docentes organizan su trabajo didáctico. A continuación se desarrollan algunos conceptos propios de la didáctica y que hacen referencia a la programación de la enseñanza. Su sistematización puede constituir un aporte para la modificación gradual de las formas de enseñanza que prevalecen en la Facultad de Derecho, además de resultar funcionales a los propósitos de la reforma.

### LAS FUNCIONES DE LA PROGRAMACIÓN

Una de las primeras acciones a las que se enfrenta el profesor en su tarea de enseñar es la de elaborar un programa. El término “programa” proviene del griego (*programma*) a través del latín. Los antiguos griegos usaban esta palabra para referirse a las actividades planeadas y prescritas que servían como guía durante funciones organizadas. *Programma* deriva del verbo *prografo*. *Pro* significa “antes” y *grafo* “escribir”.

Al elaborar un programa el profesor se encuentra tensionado desde diversos ángulos. Por un lado, se encuentran las normas institucionales que prescriben cómo debe procederse en ese espacio institucional. Estas normas están fortalecidas, en numerosas ocasiones, por las tradiciones que circulan en forma oral. Pero, además, el profesor en su intento de dar respuesta a estas prescripciones recurre, a veces sin saberlo, a sus marcos de referencia desde los cuales explicita su manera de ver el mundo. De este modo, anticipa ciertas acciones de un proceso aunque sin lograr con ello cubrir todo lo posible. Quedarán “espacios de indeterminación” (Schön, 1992), situaciones que demandarán por parte del docente la toma de decisiones cuando éstas aparezcan. De ahí que la “programación” es pensada como una hipótesis de trabajo en la que se explicitan ciertas condiciones en las que se va a desarrollar la tarea.

La programación articula tres funciones del proceso de enseñanza (Camilloni, 2004):

- una función de regulación y orientación de la acción: traza un curso de acción y define una estrategia que permite reducir la incertidumbre y dar un marco visible a la tarea;
- una función de justificación, análisis y legitimación de la acción: permite otorgar racionalidad a la tarea y dar cuenta de los principios que orientan las decisiones;

- una función de representación y comunicación: plasma y hace públicas las intenciones y decisiones pedagógicas en un plan, esquema o proyecto, que puede presentar grados de formalización variable.

## PRINCIPALES ENFOQUES ACERCA DE LA PROGRAMACIÓN

Existen diferentes modos de conceptualizar el proceso de programación, sus alcances y su valor para la enseñanza. La manera idiosincrásica en que cada docente arma su programa está guiada por las perspectivas desde las cuales concibe a la enseñanza y al aprendizaje y por las modalidades desde las cuales piensa la programación. Estas concepciones son las marcas, las huellas que cada profesor deja en el programa y que le permite abrir un abanico limitado –o no– de posibilidades de acción a la hora de tomar decisiones.

En la década del 80 Donald Schön recuperó la distinción aportada por Jürgen Habermas entre racionalidad técnica y racionalidad práctica.<sup>2</sup> La racionalidad técnica se encuentra orientada hacia el control o dominio de la realidad y su preocupación está vinculada al establecimiento de fines-medios. En tanto la racionalidad práctica tiene relación con los valores, con la propuesta de ampliar la comprensión de las relaciones entre las personas. La adopción de uno u otro tipo de racionalidad, generalmente, no son conscientes. De ahí la importancia del trabajo de reflexión en y sobre la acción que propone Schön.

Aquellos profesores que optan por la primera modalidad (como lo denominan Feldman y Palamidessi) conciben a la enseñanza como una intervención de carácter sistemático y técnico, donde la preocupación central está determinada por la búsqueda de los medios más apropiados para alcanzar con eficacia el cumplimiento de los fines previstos. En este marco, el programa resulta una herramienta central para garantizar los resultados esperados a través del seguimiento de una serie predefinida de pasos, secuenciados en forma lineal, donde la evaluación constituye el paso final del proceso.

Quienes se inclinan por la segunda modalidad, llamada práctica o procesual, toman en cuenta los aportes dados por la racionalidad técnica

<sup>2</sup> La racionalidad alude a modos históricos de entender la realidad que circulan a través de la comunicación.

pero reconocen la importancia de los aspectos subjetivos e intersubjetivos, estéticos y heurísticos. Diversas investigaciones han trabajado sobre la necesidad de analizar lo que hacen los profesores cuando se enfrentan a problemas complejos de la vida en el aula, como por ejemplo: *El profesor como investigador en el aula* (Stenhouse), *La enseñanza como arte y el profesor como artista* (Eisner), *La enseñanza como una profesión de diseño* (Yinger), *El profesor como profesional clínico* (Clark y Griffin), *La enseñanza como proceso de planificación y toma de decisiones* (Paterson), *El profesor como práctico reflexivo* (Schön).

## UNA APROXIMACIÓN A LOS COMPONENTES DE LA PROGRAMACIÓN

En tanto la modalidad práctica recupera los aportes dados por la modalidad técnica resulta pertinente, a la hora de elaborar un programa, tener presente cuáles son los componentes que aportan información acerca de qué se hará en el aula, especialmente se considera que el programa es un documento que enuncia ciertas intenciones y que debe explicitar, en la medida posible, qué se va a hacer en ese espacio de enseñanza y de aprendizaje.

El programa se halla atravesado por un acto de comunicación donde profesores y estudiantes establecen cierto contrato.<sup>3</sup> Recordemos que es el programa donde se expresan las principales decisiones de un docente o equipo docente en relación con la enseñanza de un conjunto de contenidos específicos.

A continuación se presentan los componentes sugeridos de un programa.

### 1. FUNDAMENTOS Y PROPÓSITOS

En este apartado el docente o equipo docente expresan los principios y propósitos que orientan su propuesta educativa así como el enfoque adoptado para el desarrollo de una asignatura. Puede incluirse el objeto de estudio específico y de su enseñanza, el sentido de la inclu-

<sup>3</sup> La formulación de un contrato no significa que todo se somete a discusión, sino que tanto el equipo docente como los estudiantes tienen claro cuáles son las "reglas de juego" de esa situación de enseñanza y de aprendizaje.

sión de la asignatura en el plan, las características de la disciplina, la perspectiva teórica adoptada, las relaciones de esta asignatura con otras dentro del plan, en función del régimen de correlatividades, entre otros.

Estos fundamentos o principios compartidos dan forma a los propósitos que el equipo docente persigue con el dictado de cada asignatura. Los propósitos expresan las intenciones que el equipo docente procura concretar con el desarrollo del curso.

En un nivel general, los propósitos que son enunciados presentan los rasgos centrales de la propuesta formativa que el proyecto sostiene. Por ejemplo:

*Propiciar una creciente toma de conciencia de... o*

*Generar experiencias de trabajo en grupo.*

Para redactar propósitos, otros verbos que pueden resultar de utilidad son: “transmitir”, “proveer”, “facilitar”, “incentivar”.

Es decir, se trata de aquellos que enuncian acciones que dan cuenta de qué va a realizar el docente y, en este sentido, resultan útiles para evaluar en qué medida el docente o el equipo docente ha logrado lo que se había propuesto. Los propósitos, entonces, permiten evaluar al docente.

## 2. OBJETIVOS

Los objetivos expresan los logros que se espera que los estudiantes adquieran luego de haber transitado por un espacio formativo.

Los objetivos expresan adquisiciones posibles por parte de los alumnos y se resumen en expresiones como:

*se espera que los alumnos logren..., o los alumnos serán capaces de...*

Los verbos hacen mención a procesos que poseen diversos grado de complejidad, de ahí la importancia que se le otorga a la elección de estos verbos. Por ejemplo, existe una diferencia entre conocer o comprender algo y valorarlo. Otros verbos que pueden resultar de utilidad son: identificar, relacionar, tomar consciencia.

Para formularlos resulta necesario, en primer lugar, reflexionar acerca de qué se espera que los estudiantes logren y luego seleccionar lo más significativo. Para su elaboración, es conveniente tener en cuenta ciertos

criterios tales como: claridad, pertinencia, coherencia con los objetivos y el perfil enunciados en el plan de estudios, amplitud y viabilidad.

Existen diferentes modos de pensar la enseñanza que se hace visible en los modos de enunciar los objetivos. Aquellos profesores que se hallan sostenidos en la racionalidad técnica optan por enunciar objetivos en términos de procesos finalizados (resultados a lograr). Los otros incluyen, también, procesos abiertos (organizados en torno a objetivos experienciales o expresivos).

Dos exponentes del primer modo de concebir a la enseñanza fueron Ralph Tyler (en la década del 30) e Hilda Taba, quienes hicieron importantes aportes al tema. Ralph Tyler afirmaba que los objetivos debían cumplir diversas funciones:<sup>4</sup>

- servir para comunicar la propia idea educativa a los demás;
- responder a la idea de clarificar un proceso, “iluminarlo”, haciendo explícito el tipo de resultados a los que se pretende llegar y el tipo de situaciones formativas que se pretende crear;
- ser útiles para seleccionar experiencias de aprendizaje y guiar la enseñanza;
- ser una ayuda para desarrollar con mayor calidad y eficacia el proceso educativo.

En esta misma línea de pensamiento Hilda Taba (1962) afirmaba

que la función principal del conjunto más específico de objetivos consiste en guiar la toma de decisiones en el currículum, en cuanto a qué incluir, qué destacar, qué contenido seleccionar y sobre qué experiencia de aprendizaje se debe insistir (...) Puesto que la educación no sólo consiste en dominar contenidos, los objetivos sirven también para poner en claro los tipos de potencialidades mentales o de otra índole que precisan ser desarrollados. La definición de tales potencialidades determina cómo es seleccionada y manejada en el aula la enseñanza (Taba, 1962: 198).

En estas posturas teóricas el eje central de la programación está puesto en la formulación exhaustiva de los objetivos términos de actuaciones

<sup>4</sup> Ralph Tyler creó la metodología para construir pruebas objetivas de rendimiento e ideó el primer método para evaluar programas educativos. Coordinó con su discípula Hilda Taba el estudio curricular realizado en EUA denominado *El estudio de los ocho años (1933-1941)*.

o comportamientos observables de los estudiantes.<sup>5</sup> Consideran que los objetivos deben enunciarse de un modo claro y servir de marco de referencia para organizar el proceso. Una de las críticas a esta propuesta por Eliot Eisner es que el principal problema se halla en la concepción atomística del desarrollo de los sujetos.

La otra propuesta, sostenida en procesos abiertos, con una racionalidad procesual, permite la emergencia de metas indefinidas, holísticas y globales, como son los aprendizajes artísticos, humanísticos, de investigación, y otros. Al respecto Miguel Zabalza sostiene que: “La eficacia de un proceso abierto radica en la diversidad y riqueza de los procedimientos seguidos, de las interacciones logradas, de la expansividad de las experiencias vividas y de la implicación personal del alumno en ellas” (1991: 107).

“Un objetivo expresivo proporciona al profesor y al estudiante una invitación para explorar diversas cuestiones. Permite plantear una situación, una tarea o un problema con el que se procura ampliar la experiencia vital y cognitiva de los sujetos” (1992).

Un ejemplo de objetivo expresivo es: “comentar y valorar una película”.

En síntesis: los propósitos y los objetivos son dos modos de definir intenciones. Los objetivos se enuncian en términos de lo que los alumnos van a lograr y los propósitos de lo que va a realizar el profesor.

### 3. CONTENIDOS

En el sentido amplio del término, el contenido de la enseñanza puede ser definido como “todo aquello que se enseña”. Es necesario partir de qué es lo que se considera contenido de la enseñanza ya que será aquello que va a ser enseñado en forma sistemática. Dado que las clasificaciones son arbitrarias, las diversas posturas teóricas sostienen diversas taxonomías de contenidos. De ahí la necesidad de tenerlas presentes a la hora de planificar. Se habla de contenidos conceptuales, procedimentales y actitudinales, de conceptos, destrezas y habilidades, por ejemplo. Antes

<sup>5</sup> Este tipo de propuestas, sostenidas en una concepción conductista del proceso de aprendizaje ha recibido diversas críticas. Para ampliar este tema se puede consultar STENHOUSE, L., *Investigación y desarrollo del currículum*, Madrid, Morata, 1984.

de decidir qué clasificación usar es necesario tener en cuenta qué marco teórico la sostiene, para así tomar decisiones fundadas.

El proceso de configuración del contenido escolar es realizado por el profesor en las instancias de selección y estructuración del contenido de acuerdo a determinados criterios de organización y secuencia. Ello supone, entonces, decisiones referidas a:

#### A) *LA SELECCIÓN DEL CONTENIDO*

Si bien existe un currículum prescripto, los profesores en sus programaciones definen qué enseñar, en qué orden y con qué nivel de profundidad.

Bourdieu y Gros enunciaron algunos principios de reflexión sobre los contenidos de la enseñanza:<sup>6</sup>

1. Los programas deben estar sujetos a una revisión periódica con miras a introducir en ellos los saberes exigidos por los progresos de la ciencia y los cambios de la sociedad (principalmente aquellos de la unificación europea), toda adición deberá ser compensada por supresiones.
2. La educación debe privilegiar todas las enseñanzas pertinentes para ofrecer modos de pensamiento dotados de una validez y una aplicación generales, en relación con aquellas enseñanzas que proponen los saberes susceptibles de ser aprehendidos de manera igualmente eficaz (y a veces más agradable) por otras vías.
3. Abiertos, flexibles, revisables, los programas son un marco y no un grillete: deben ser cada vez menos obligatorios en la medida en que se asciende en la jerarquía de las categorías de enseñanza; su elaboración y su organización práctica tienen que apelar a la colaboración de los maestros. Deben ser progresivos (articulación vertical) y coherentes (ar-

<sup>6</sup> A fines del año 1988 fue creada por el Ministro de Educación Nacional una Comisión de reflexión sobre los contenidos de la enseñanza. Presidida por Pierre Bourdieu y François Gros e integrada por Pierre Baqué, Pierre Bergé, René Blanchet, Jacques Bouveresse, Jean-Claude Chevallier, Hubert Condamines, Didier DaCunha Castelle, Jacques Derrida, Philippe Joutard, Edmond Malinvaud y François Mathey recibió el encargo de proceder a una revisión de los saberes enseñados, velando por reforzar la coherencia y la unidad de estos saberes. Durante la primera fase del trabajo, los miembros de la comisión se fijaron la tarea de formular los principios que debían regir los saberes enseñados.

ticulación horizontal) tanto dentro de una misma especialidad cuanto en el nivel del conjunto del saber enseñado (en el nivel de cada clase).

4. El examen crítico de los contenidos actualmente exigidos, debe conciliar siempre dos variables: su exigibilidad y su posibilidad de transmisión. Por un lado, el dominio de un saber o de un modo de pensamiento es más o menos indispensable, por razones científicas o sociales, en un nivel determinado (en esta o aquella clase); por otro, su transmisión es más o menos difícil en tal o cual nivel del curso, tomando en cuenta las capacidades de asimilación de los alumnos y la formación de los profesores implicados.

5. Ante la preocupación por mejorar el rendimiento de la transmisión del saber, diversificando las formas de comunicación pedagógica y ateniéndose a la cantidad de conocimientos realmente asimilados, más que a la cantidad de conocimientos propuestos teóricamente, hay que distinguir, tanto entre las especialidades entre sí, como en el seno de cada una de ellas, aquello que es obligatorio, opcional o facultativo e introducir, al lado de los cursos, otras formas de enseñanza, trabajos dirigidos y enseñanzas colectivas, que agrupen a los profesores de dos o más especialidades, y puedan tomar la forma de investigaciones o de observaciones de campo.

6. La preocupación por reforzar la coherencia de las enseñanzas debería conducir a favorecer a aquellas ofrecidas en común por profesores de diferentes especialidades y a repensar las divisiones en “disciplinas”, sometiendo a examen ciertos agrupamientos heredados de la historia y poniendo en práctica, siempre en forma progresiva, ciertos acercamientos impuestos por la evolución de la ciencia.

7. La búsqueda de la coherencia debería reforzarse con una búsqueda del equilibrio y de la integración entre las diferentes especialidades y, en consecuencia, entre las diferentes formas de excelencia. Sería importante, en lo particular, conciliar el universalismo inherente al pensamiento científico y el relativismo que enseñan las ciencias históricas, atentas a la pluralidad de formas de vida y tradiciones culturales (Bourdieu y Gros, 1990).

## **B) LA SECUENCIA DEL CONTENIDO**

Para poder determinar en qué orden se van a trabajar los contenidos es necesario reflexionar acerca del criterio que va a regir esta decisión. La determinación de un principio de secuencia es una decisión compleja

que resulta tanto de criterios vinculados a la estructura lógica del conocimiento como de las ideas relativas acerca del proceso por el cual el alumno aprende o accede a un tipo de conocimiento en particular (criterio psicológico).

Según diferentes autores, se pueden identificar tres tipos de secuencias posibles para organizar los contenidos: lineal, concéntrica y espiralada:

- Lineal: consiste en la presentación guiada por un orden de sucesión en el tiempo. Cada unidad constituye un fragmento, una porción nueva de conocimientos disciplinarios para los alumnos. Se trabaja paso a paso.
- Concéntrica: se hace una presentación general de la materia en un primer período, sus aspectos más importantes y conceptos fundamentales. Luego se retorna hacia el mismo contenido pero en este caso se profundiza el abordaje.
- Espiralada: en un primer período se hace una presentación general a la que se vuelve en períodos posteriores pero con contenidos nuevos. Se vuelve sobre lo mismo para ver problemas diferentes, lo que enriquece la base disciplinar y conceptos fundamentales presentados al inicio que se van profundizando progresivamente.

#### **c) LA ORGANIZACIÓN DEL CONTENIDO**

Hace referencia al problema de la determinación de formas de relación horizontal. Usualmente, cuando se trabaja en niveles de programación con alcance temporal mayor, en los cuales es necesario definir formas de agrupamiento de los contenidos (por ejemplo: los ejes o unidades temáticas en un plan o programa anual).

#### **4. ESTRATEGIAS DE ENSEÑANZA**

Las decisiones que asume el profesor, como ya lo expresamos, se hallan vinculadas con el modo en que concibe a la enseñanza y al aprendizaje. Esos marcos dan forma al contenido a trabajar, en tanto el modo de abordarlo también lo configura.

El profesor anticipa el contexto general de trabajo y procura definir momentos, instancias de enseñanza y de evaluación. Es en ese momento cuando prevé qué estrategias pondrá en juego para la enseñanza.

“Estrategia de enseñanza parece aludir más a la planificación de la enseñanza y del aprendizaje sobre la base de principios y conceder más importancia al juicio del profesor. Implica el desarrollo y puesta en práctica de una línea de conducta” (Stenhouse, 1984: 54).

Existen diversas clasificaciones de las estrategias docentes. Optaremos por una clasificación en la que se diferencian estrategias directas (basadas en la enseñanza por parte del docente) de estrategias indirectas (o centradas en el descubrimiento). Stenhouse las define del siguiente modo:

La enseñanza basada en la instrucción implica que la tarea a realizar consiste en que el profesor transmita a sus alumnos conocimientos o destrezas que él domina. En la enseñanza basada en el descubrimiento, el profesor introduce a sus alumnos en situaciones seleccionadas o diseñadas de modo que presentan en forma implícita u oculta principios de conocimiento que desea enseñarles (Stenhouse, 1984: 70).

Cada uno de estos abordajes supone un modo particular de definir la intervención docente, estructurar el trabajo del alumno y organizar el ambiente de la clase. La instrucción directa implica un mayor grado de estructuración de la clase, donde se presentan tareas bien organizadas que son explicadas a los alumnos. Permite un trabajo ordenado, facilita y economiza el tiempo pero no le suministra al docente demasiada información sobre cómo está aprendiendo el estudiante (aunque esto depende también de qué estrategia se use). La enseñanza indirecta, en cambio, enfatiza el papel del descubrimiento en el aprendizaje, propicia la búsqueda de significados.

Las estrategias articulan una serie de actividades que el docente propone a los estudiantes para que éstos desarrollen, de forma individual o grupal. Desde una modalidad racional existe una relación causal en el proceso de enseñanza y aprendizaje, es decir siempre que alguien enseña (y si lo ha planificado adecuadamente) el estudiante debe aprender. Pero desde una modalidad procesual la relación entre estos componentes no es directa ni

unívoca y no siempre que alguien enseña el otro aprende. De ahí la importancia de la consideración de las actividades que realizarán los estudiantes para aprender en tanto "...instrumentos para crear situaciones y abordar contenidos que permitan al alumno vivir experiencias necesarias para su propia transformación" (Díaz Bordenave y Martins Pereira, 1985: 124).<sup>7</sup>

Desde el punto de vista de quien enseña, las actividades representan la unidad central de organización de la clase que delimita segmentos temporales en la clase y define espacios de transición entre uno y otro. Una actividad puede ser descripta en términos del espacio físico en el que ocurre, su duración, el tipo y número de participantes, los recursos y materiales empleados, el tipo de comportamiento esperado de los participantes y el contenido principal de ese segmento.

## 5. RECURSOS

Los recursos de enseñanza son variados y cubren una amplia gama de materiales de distintos grados de abstracción (textos, objetos, videos, equipamientos de laboratorio, entre otros). Es necesario prever los recursos en una programación ya que su disponibilidad está sujeta a variables de orden institucional.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

Resulta necesario especificar la bibliografía obligatoria y optativa desde la que se abordarán los contenidos de las distintas unidades o núcleos. De ese modo el estudiante puede contar con la oportunidad de profundizar aquel contenido que sea de su interés. Además de los clásicos que abordan el tema, la bibliografía debe estar actualizada, este dato da cuenta de la actualización de los contenidos.

## 7. EVALUACIÓN

La evaluación constituye un proceso por el cual se releva información variada sobre los procesos de enseñanza y de aprendizaje así como de sus resultados. Esta información es interpretada en función de una serie de criterios que permiten al docente construir un juicio de valor y orientar

<sup>7</sup> Citado en CAMILLONI y LEVINAS, op. cit.

sus elecciones pedagógicas vinculadas con el tipo de estrategia adoptada, con la calificación y promoción de los alumnos, entre otras.

Además de responder a la exigencia de la calificación y promoción de los estudiantes, la evaluación constituye una forma de regulación interna de los procesos de enseñanza y de aprendizaje. En este sentido, en el momento del diseño será necesario efectuar previsiones sobre el modo de obtener y juzgar información referida tanto a la marcha del proceso como a sus resultados que resulten consistentes con la propuesta de enseñanza planteada. De este modo, en lugar de constituir un momento externo de los procesos de enseñanza y de aprendizaje en la representación de los estudiantes y profesores, la evaluación se integra al conjunto de tareas previstas en función de propósitos específicos.

En lo que hace a la evaluación también es necesario tener presente desde dónde se piensa a la enseñanza y al aprendizaje ya que desde una racionalidad técnica, y al concebirse el contenido como un todo a trabajar parte por parte, la evaluación es una instancia que sigue la misma concepción fragmentada y de este modo, es probable que las evaluaciones sean pensadas como una suma de evaluaciones parciales. En tanto si se piensa que en la enseñanza se parte de situaciones con sentido como problemas, se realizarán evaluaciones que den cuenta del proceso y de sus cortes en el camino a fin de reajustar aquello que es necesario ajustar.

Existen diversas clasificaciones que aluden a los instrumentos de evaluación. Podemos tomar la de: pruebas objetivas<sup>8</sup> y subjetivas. Dado que cada instrumento fue pensado desde un determinado marco de referencia y diseñado con un objetivo explícito es necesario analizar la pertinencia de aquello que se desea implementar para los fines que se persigue. Por ejemplo: las pruebas objetivas relevan datos, no es posible extraer otra información de ellas.<sup>9</sup> La inclusión de un plan de eva-

<sup>8</sup> Las pruebas objetivas lo son sólo en el momento de la corrección ya que en el momento de construir los ítems cada profesor decide qué va a incluir y cómo lo va a preguntar.

<sup>9</sup> Las pruebas objetivas no relevan problemas y en el caso de que se presente una situación, se trata de un ejercicio y no de un problema ya que admite una sola respuesta posible (y no diversas alternativas de resolución como requiere un problema).

luación resulta pertinente cuando se concibe a la evaluación como un componente de la enseñanza.

### ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo de este trabajo hemos desarrollado algunos de los componentes de la programación didáctica así como algunos de los diferentes enfoques teóricos sobre ella. Nuestra intención es la de haber brindado, a través de estas elucidaciones, instrumentos útiles para el trabajo de los equipos docentes que posibiliten transformaciones graduales y mejoramientos en las prácticas de enseñanza que prevalecen en la enseñanza del Derecho en la UBA.

Entendemos que la programación debe ser concebida en estrecha conexión con el saber disciplinar y a éste hay que pensarlo, a la vez, para que pueda ser enseñado. Se debe tender a la interacción de los estudiantes con este saber y con sus docentes. Cuando eso ocurre estamos en el plano de la "formación" propiamente dicha, es decir, en el de las actividades que tienen por finalidad que una persona pueda adquirir conocimientos necesarios para poder desempeñarse en una función o en un empleo. Qué mejor propósito que éste en el marco de una universidad pública que se propone formar abogados en su sentido integral para la autonomía, la versatilidad y el desarrollo de un espíritu crítico.

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BLOOM, B., *Taxonomía de los objetivos en educación*, Buenos Aires, El Ateneo, 1973.
- BOURDIEU, P. y F. GROS, "Principios para una reflexión sobre los contenidos de la enseñanza", en *Revista de Educación*, nro. 292, 1990, pp. 417-425.
- BOURDIEU, P. y F. GROS, *Los contenidos de la enseñanza*, Documento de trabajo, México, DF, s/e, 1988.
- CAMILLONI, A., *La planificación y la programación de la enseñanza*, La Plata, Dirección de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires, 2004.
- CAMILLONI, A. y M. LEVINAS, *Pensar, descubrir y aprender*, Buenos Aires, Aique, 1995.

## LA PROGRAMACIÓN. APORTES PARA LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

GUILLERMO RUIZ – MARTA TENUTTO

CAPPELLETTI, G., M. J. SABELLI y M. TENUTTO, *La programación de la enseñanza*, Material de cátedra, Universidad Maimónides, Profesorado Universitario, Mimeo, 2002.

COLS, E., *Los contenidos en la enseñanza*, Buenos Aires, OPFYL, 2001.

DÍAZ BORDENAVE, J. y A. MARTINS PEREIRA, *Estratégias de Ensino-aprendizagem*, Petrópolis, Voces, 1985.

FELDMAN, D. y M. PALAMIDESSI, *Programación de la enseñanza en la universidad. Problemas y enfoques*, San Miguel: Universidad Nacional de General Sarmiento, 2001.

GIMENO SACRISTÁN, J., *Teoría de la enseñanza y desarrollo del currículum*, Salamanca, Anaya, 1985.

MEIRIEU, P., *La escuela: modo de empleo*, Barcelona, Octaedro, 1997.

STENHOUSE, L., *Investigación y desarrollo del currículum*, Madrid, Morata, 1984.

ZABALZA, M. A., *Los objetivos del proceso. Diseño y desarrollo curricular*, Madrid, Nancea, 1991.

Actualidad  
universitaria



## Filosofía de la evaluación de la universidad.

### Notas sobre metodología cualitativa en la investigación jurídico-educativa\*

ELVIO GALATI\*\*

#### INTRODUCCIÓN

Este trabajo presenta un esbozo de investigación que tiene por objetivo conocer los criterios de evaluación de la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (CONEAU). El investigador enfrenta la realidad mediante la búsqueda de soluciones a problemas, recortándola de una manera determinada y aproximándose a ella con ideas previas que luego van a interactuar con otras en un futuro desarrollo de la planificación; esas ideas serán expuestas aquí.

La pertinencia del presente trabajo está dada por el hecho de que es una propuesta de investigación con una metodología escogida, es decir, con un conjunto de estrategias ordenadas sistemáticamente y encaminadas a develar uno de los puntos clave del proceso evaluador universitario. En la medida en que podamos conocer cuáles son los criterios de valor con los que los organismos externos "miden" la calidad de una universidad, podremos acordar o no con ellos, y ejercer nuestro

\* Trabajo escrito sobre la base de la monografía correspondiente a la evaluación del seminario-taller "La acreditación y la evaluación institucional", desarrollada a instancias del Centro de Estudios Interdisciplinarios y la Secretaría General de la Universidad Nacional de Rosario, en octubre y noviembre de 2004.

\*\* Abogado. Profesor Superior en Ciencias Jurídicas. Becario doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Investigador del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Jefe de Trabajos Prácticos de "Filosofía del Derecho" en la Facultad de Derecho de la UNR.

derecho a ser autónomos. Los criterios de evaluación se relacionan pues, con la autonomía de las universidades.

Creo que éstas al igual que las provincias argentinas, son autónomas. Esto implica que no son soberanas, es decir, que tienen un límite a su actuación. Y éste está dado por el hecho de pertenecer a un país que tiene características especiales que lo diferencian de otros: población con sus necesidades, mercado con sus influencias, territorio con sus límites, razas, diversas microculturas, nuestra historia, etcétera. El problema estará dado por armonizar los intereses del país en el que la Universidad está inmersa y las necesidades de respeto a la autodeterminación de ésta.

Del análisis de los criterios de evaluación de los distintos componentes a evaluar –docencia, investigación, extensión, y gestión– podremos ver el grado de injerencia de los organismos externos y ensayar una opinión “científica” sobre el tema. Intentaremos una evaluación de la evaluación con una especial referencia desde la ciencia jurídica.

Como dije al principio, el presente trabajo es un esbozo de investigación, con lo que me limitaré a delinear algunas ideas para una futura investigación propiamente dicha del funcionamiento concreto de la evaluación de nuestra Universidad. Más allá de cada proceso evaluador, la “utilidad” de este trabajo está dada por su valor a largo plazo y la concordancia con uno de mis objetivos, que es el de propiciar a la evaluación como un proceso continuo, es decir, ínsito a la condición universitaria.

Dice Pedro Krotsch: “Parece interesar más el momento de la formulación e implementación de una política que la capacidad para generar un sistema de innovación sustentable en el tiempo”.<sup>1</sup> Y tal vez esto se deba a una causa más profunda que tenga que ver con el modelo de Universidad que pretendemos:

(...) debido a la débil capacidad de producción de conocimiento, [sic] la poca diversidad y especialización disciplinaria de nuestras universidades, así como su fuerte impronta profesionalista, la universidad argentina y latinoamericana tiene un estilo de cambio básicamente exógeno, pues éste es fundamentalmente producto de la presión externa, ya sea

<sup>1</sup> KROTSCH, Carlos Pedro, *Educación superior y reformas comparadas*, Bernal, Universidad Nacional de Quilmes, 2001, p. 16.

de la demanda por expansión matricular o de las políticas de reforma que provienen del Estado.<sup>2</sup>

El hacer de la práctica evaluativa un proceso continuo e ínsito a la vida universitaria implica también poder obtener resultados de la evaluación, más allá de la acreditación o evaluación institucionales mismas. La idea es tomar a estas instancias como momentos de aprendizaje, como nos plantea toda concienzuda evaluación, a fin de superar debilidades y saber aprovechar fortalezas. Dice al respecto Alexander Astin:<sup>3</sup>

(...) un valor fundamental de la evaluación consiste en la posibilidad de que a través de ella una institución se entienda realmente a sí misma, conozca sus fortalezas y sus debilidades, sus limitaciones y potencialidades. Mediante tal conocimiento la institución está más cerca de lograr el éxito que otra que carece de dicho autoconocimiento.

La intensa participación del ente evaluado en el proceso evaluador es la clave de dicho éxito; tornando más democrático el procedimiento.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> KROTSCH, Carlos Pedro, *Educación superior...* cit., p. 17.

<sup>3</sup> "La evaluación en la renovación y reforma institucional", en *Pensamiento Universitario*, p. 32, citado por MÁRQUEZ, Ángel y Mónica MARQUINA, *Evaluación, acreditación, reconocimiento de títulos y habilitación. Enfoque comparado*, [en línea] <[http://www.sgeneral.unr.edu.ar/archivos/\\_40/Evaluac.doc](http://www.sgeneral.unr.edu.ar/archivos/_40/Evaluac.doc)> (consulta: 18 de marzo de 2005). En el mismo sentido: "(...) entendemos a la evaluación como una actividad continua, incorporada a todos los momentos del proceso educativo -institucional o de aprendizaje-, que nos facilita los datos necesarios para valorar ese proceso y, en consecuencia, ajustar la actuación en lo que sea preciso". Ministerio de Educación y Ciencia del Reino de España, Centro Nacional de Información y Comunicación Educativa, [en línea] <<http://www.cnice.mecd.es/educacion/organizacion/curso/1-9-5.htm>> (consulta: 30 de enero de 2003).

<sup>4</sup> "El reparto autónomo [producto del acuerdo de los interesados] es ónticamente superior al reparto autoritario [lleva a cabo una adjudicación de perjuicio o beneficio sin consultar al destinatario] por la sencilla razón de que puede haber y hay grupos que viven sólo a través de repartos autónomos, mientras que no es posible ni imaginable que un grupo se desarrolle exclusivamente en pos de repartos autoritarios". GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 69. "(...) los interesados en un reparto, si se ponen de acuerdo sobre él, siempre actúan justamente como repartidores; con lo cual todavía no se ha probado que el reparto sea justo en su totalidad. Los repartidores autoritarios, al contrario, siempre cometen una injusticia: la de invadir la esfera de libertad de los beneficiarios gravados; con lo cual todavía no se ha probado que el reparto sea injusto en su totalidad". GOLDSCHMIDT, Werner, op. cit., p. 70.

“La evaluación de carácter crítico exige una mayor participación de todos los elementos que intervienen en el proceso de evaluación (...)”.<sup>5</sup> Debe cuidarse que la tendencia a la “(...) coordinación de gobierno centralizada [no ahogue] la capacidad de respuesta, la innovación, la diversidad y la iniciativa (...)”.<sup>6</sup>

Desde el punto de vista metodológico, nuestro objetivo es desarrollar un “diseño de investigación” vinculado con la evaluación universitaria. Empleamos en este caso, la terminología de Juan Samaja, que define al diseño como:

(...) la parte del proceso que el sujeto de investigación pretende planificar de manera consciente. Supone una actividad destinada a establecer el mayor grado de coherencia posible entre el producto que se quiere obtener, con las actividades que se deberán realizar, y los fines que se espera alcanzar.<sup>7</sup>

Expondremos las distintas categorías que normalmente caracterizan a una investigación con referencia a un tema de fondo integrado, en este caso, por la educación y el derecho. Haciendo aplicación de un paradigma epistemológico multidimensional<sup>8</sup> y “comprensivista”<sup>9</sup> nuestra metodología de trabajo científico será eminentemente la cualitativa.<sup>10</sup>

<sup>5</sup> SANTOS GUERRA, Miguel Ángel, *Evaluar es comprender*, Buenos Aires, Magisterio del Río de la Plata, 1998, p. 28.

<sup>6</sup> KROTSCH, Carlos Pedro, *Educación superior...* cit., p. 186.

<sup>7</sup> SAMAJA, Juan, *Proceso, diseño y proyecto en investigación científica*, Buenos Aires, JVE, 2004, p. 48. El proceso sería una noción abarcativa de las acciones propias de la investigación científica, cuyo producto final es el conocimiento científico; y el proyecto es el documento que las instituciones administrativas vinculadas con la ciencia exigen a los fines de gestionar la investigación científica.

<sup>8</sup> Puede verse en este sentido a MORIN, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, trad. de Marcelo Pakman, Barcelona, Gedisa, 1995; *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, [en línea] <<http://www.complejidad.org/27-sabesp.pdf>> [consulta: 27 de junio de 2003], entre otros.

<sup>9</sup> Ver a GALATI, Elvio, “Comentarios al libro ‘Filosofía de las ciencias humanas y sociales’”, de J. M. Mardones y N. Ursúa. “Reflexiones sobre Epistemología y Derecho”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, nro. 27, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas (FIJ), 2003.

<sup>10</sup> En tal sentido puede verse a PREISSELE GOETZ, Judith y Margaret D. LECOMPTE, “Ethnographic research and the problem of data reduction”, en *Anthropology and Education*

## 1. PRECISIÓN DE ALGUNOS CONCEPTOS VINCULADOS CON EL CONTROL A LA UNIVERSIDAD

### 1.1. LA UNIVERSIDAD

La Universidad es una institución que tiene como misión educar. Pero se diferencia del resto porque reúne en sí los objetivos de docencia, investigación y extensión en armónica relación, al punto de no considerarse como tareas, diferenciadas y secuenciadas, sino como momentos de “lo” universitario.<sup>11</sup> Dice al respecto Pedro Krotsch: “Entre las notas que mejor caracterizan a la Universidad está la expansión disciplinaria, la investigación y la libertad, así como la autonomía de la que ha sido beneficiaria (...)”.<sup>12</sup> Expresa Ciuro Caldani que la: “Universidad es cultura superior, o sea proyección a los valores en el más alto nivel que desarrolla una sociedad. Para que se produzca esa cultura superior es necesario apoyarse en la investigación, la docencia y la formación profesional (...)”.<sup>13</sup>

Esta institución universitaria, ha sido en alguna medida cuestionada o reclamada por el Estado argentino a partir de la década de los 90 y tiene “(...) como telón de fondo, la crisis del Estado de bienestar, la presión de la crisis fiscal y los requerimientos de la mayor competitividad”.<sup>14</sup> “(...) habrá que ver en qué medida la relación Estado, Universidad y sociedad pueden constituirse en un verdadero sistema de innovación,

*Quartedy*, 1961; SALTALAMACCHIA, Homero, *Del proyecto al análisis: aportes para una investigación cualitativa*, [en línea] <<http://saltalamacchia.com.ar/libroaportealainv.htm>> [consulta: 11 de junio de 2005]; GLASSER, Barney G. y Anselm L. STRAUSS, *The discovery of grounded theory. Strategies for qualitative research*, New York, Aldine, 1967 (trad. en revisión); TAYLOR, S. J. y R. BOGDAN, *Introducción a los métodos cualitativos de investigación. La búsqueda de significados*, Buenos Aires, Paidós, 1986; entre otros.

<sup>11</sup> “Como se ha comprendido desde la remota antigüedad, la justicia tiene mucho que ver con la ‘armonía’ de las facultades del alma, que posee un evidente despliegue de sabiduría (...)”. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Doctorado, Universidad y Derecho”, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, nro. 7, Rosario, FIJ, 1986, p. 105.

<sup>12</sup> KROTSCH, Carlos Pedro, *Educación superior y reformas comparadas*, Bernal, Universidad Nacional de Quilmes, 2001, p. 7. “La universidad es el nivel de educación que más se piensa a sí mismo”. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Doctorado, Universidad y Derecho* cit., p. 103.

<sup>13</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Doctorado, Universidad y Derecho*, ibídem.

<sup>14</sup> KROTSCH, Carlos Pedro, *Educación superior y reformas comparadas*, op. cit., p. 149.

que vincule formación, producción de conocimiento científico y demanda social por conocimiento nuevo".<sup>15</sup>

Rescatando la importancia que los factores económicos tienen en el desarrollo de la vida social, en última instancia, como decía Marx,<sup>16</sup> es que Krotsch destaca el contexto histórico del nacimiento de la evaluación universitaria:

La crisis del petróleo que se había generalizado en las grandes economías nacionales evidenciaba los efectos de una profunda crisis de crecimiento general (...) sumado a los altos índices de desempleo y situaciones fiscales deficientes, [se] comenzó a impulsar una serie de reformas en las relaciones del Estado y la sociedad y entre la educación y la economía. Una consecuencia política directa de esta fase de crisis fue la llegada al poder en varios países desarrollados (EUA, Gran Bretaña, Alemania, entre otros) de gobiernos conservadores fuertemente ligados con los intereses de los sectores económicos privados más influyentes (...) Esto significó (...) un fuerte descenso en el financiamiento estatal de la educación superior, que, considerando el aumento paralelo de la cantidad de estudiantes, llegó a ser dramático.<sup>17</sup>

No es casual en este sentido que el proceso de creación y puesta en marcha de la acreditación y evaluación de las universidades haya sido desarrollado en la época de: la "reforma del Estado"; las privatizaciones de los servicios públicos; la apuesta a la moneda estadounidense; la apertura indiscriminada a los mercados externos cuyas economías tienen un desarrollo mayor como para competir con mejores ventajas con nuestros productos, lo que llevó a un alto nivel de desempleo por optimización de servicios y bienes; aumento de ganancias de empresas extranjeras, y

<sup>15</sup> KROTSCH, Carlos Pedro, *Educación superior...* cit., p. 188.

<sup>16</sup> "Aunque Marx no niega que entre conciencia y sociedad hay influencias recíprocas, en última instancia no es la conciencia de los hombres la que determina su ser sino su ser social lo que determina su conciencia. Para estar dentro del planteo de Marx no basta con reconocer la importancia del factor económico en la evolución histórica -importancia que ya había reconocido por ejemplo Aristóteles- sino que hay que sostener que en última instancia la economía determina a la historia." CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho. Historia Jusfilosófica de la Jusfilosofía*, t. III-I, Rosario, FIJ, 1994, p. 143.

<sup>17</sup> KROTSCH, Carlos Pedro, op. cit., p. 99.

de la quiebra (liquidación por incapacidad de afrontar las deudas) de las empresas nacionales. Esto es lo que, en palabras de Alfonsín, se llamó “neoconservadurismo”, que intentó plasmarse normativamente en la Constitución Nacional. Decía el dictamen del 15 de abril de 1992 de una comisión de juristas justicialistas para el estudio de la reforma constitucional:

Está instalada la decisión política de la reforma del Estado. Leyes de la Nación disponen la descentralización, la privatización, la concesión, la desregulación y la reconversión del sector público [que en los hechos se traducían en despidos]. El gobierno, consecuentemente, está produciendo esas modificaciones en la estructura estatal. Es imperioso (...) darle estabilidad constitucional a los principios y objetivos de la reforma del Estado para garantizar la irreversibilidad del camino ya recorrido (...) <sup>18</sup> [Se trata de] (...) artículos vinculados a las concepciones económicas del neoconservadurismo en boga (...). <sup>19</sup>

En el año 2001, con aportes de conducción, y aportes espontáneos de la sociedad, el país se manifestó en ocasión de una terrible crisis económica, que evidenció el quiebre de la base productiva nacional, producto del neoconservadurismo denunciado. A lo cual hay que sumar los “auspicios” de los organismos de crédito internacionales, que contribuyeron a la mencionada crisis por sus políticas de alabanza a los “equilibrios fiscales” y desentendimiento de los desequilibrios sociales,<sup>20</sup>

<sup>18</sup> ALFONSÍN, Raúl, *Democracia y consenso. A propósito de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Corregidor, 1996, p. 296.

<sup>19</sup> ALFONSÍN, Raúl, op. cit., p. 300. En el mismo sentido se expresa Krotsch: “Los noventa se inician luego de una década en la que el producto por habitante había caído respecto del inicio de la década anterior, se habían comenzado a aplicar las políticas de ajuste fiscal mientras se abrían las economías al exterior con el objeto de hacerlas más competitivas, en el marco de una creciente globalización de los mercados, y se había iniciado también una primera generación de reformas orientadas a hacer menos pesado y más eficiente al Estado”. KROTSCH, Carlos Pedro, op. cit., p. 150. En este sentido puede entenderse a la Gran Bretaña de los conservadores (Margaret Thatcher): “Gran impulso de la evaluación externa, como política de intervención estatal en las universidades y como estrategia para crear una base homogénea concreta y medible sobre la cual instaurar un seudomercado de competencia para el financiamiento”. KROTSCH, Carlos Pedro, op. cit., p. 110.

<sup>20</sup> “La deuda externa es marco de *transferencias de riquezas* en las que se comparan cantidades de dinero a pagar, con beneficios al menos aparentemente superficiales

al sostener el desmedido acrecentamiento de las ganancias de las empresas y del endeudamiento nacional.<sup>21</sup>

Las causas de la evaluación universitaria nos llevan a relacionarlas con el concepto de evaluación, ya que éste parte de unos valores a fin de aprobar o desaprobar un hecho, proceso o entidad. De allí nuestra inquietud por los valores que emplea CONEAU.

## 1.2. LA ACREDITACIÓN

La acreditación es el proceso por el cual se da la aprobación a una carrera como tal.

El presente proceso, en sus marcos generales, está previsto en el art. 43 de la Ley de Educación Superior 24.521:

Cuando se trate de títulos correspondientes a profesiones reguladas por el Estado, cuyo ejercicio pudiera comprometer el interés público poniendo en riesgo de modo directo la salud, la seguridad, los derechos, los bienes o la formación de los habitantes, se requerirá que se respe-

para los inversores, y perjuicios profundos para los deudores. No es sin motivo que la deuda externa suele ser incluida dentro del concepto de 'deuda social'. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Aportes metodológicos trialistas para la consideración de la deuda pública externa, con especial referencia a la Argentina*, comunicación presentada a las XVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social del año 2003, digitalizado, por atención del autor. El resaltado no me pertenece.

<sup>21</sup> Con respecto a esta última, cabe rescatar algunas consideraciones de Ciuro Caldani, quien, con una visión integrativista-trialista nos dice: "La conducción es optar entre diversas posibilidades y desde este punto de vista se advierte que los deudores de la deuda pública externa, en casos como el argentino, han carecido y carecen de gran parte de su capacidad de conducción (...) La deuda externa contribuye a la formación de una *planificación mundial* que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto, realizando el valor previsibilidad". *Aportes metodológicos trialistas para la consideración de la deuda pública externa...* cit. Un cambio importante parece estar dándose en la presidencia de Néstor Kirchner, al haberse cancelado totalmente la deuda con el Fondo Monetario Internacional y logrado una renegociación con quitas respecto de otros acreedores.

Es extremadamente interesante y esclarecedora una nota periodística que dice que un comité de expertos contratado por el FMI afirmó que el organismo multilateral de crédito manipuló información para eludir su responsabilidad en el estallido económico de la Argentina de fines de 2001. KANENGUISER, Martín, *Acusan al FMI de haber eludido su responsabilidad en la crisis argentina*, en diario *La Nación*, sección Economía y Negocios, 16 de junio de 2006.

ten, además de la carga horaria a la que hace referencia el artículo anterior, los siguientes requisitos:

a) Los planes de estudio deberán tener en cuenta los contenidos curriculares básicos y los criterios sobre intensidad de la formación práctica que establezca el Ministerio de Cultura y Educación, en acuerdo con el Consejo de Universidades;

b) las carreras respectivas deberán ser acreditadas periódicamente por la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria o por entidades privadas constituidas con ese fin debidamente reconocidas.

El Ministerio de Cultura y Educación determinara con criterio restrictivo, en acuerdo con el Consejo de Universidades, la nómina de tales títulos, así como las actividades profesionales reservadas exclusivamente para ellos.

La propia CONEAU ha reglamentado el proceso acreditador. En un primer momento, los propios actores realizan un diagnóstico de la situación académica de la carrera en sus aspectos de docencia, investigación, extensión y gestión, y su relación con la capacidad de educar; su relación con los estándares planteados por CONEAU, y la programación de un eventual plan de mejoramiento, ante eventuales déficits encontrados y con compromisos específicos. Luego un comité de pares evaluadores realiza una evaluación de la carrera en función de la autoevaluación, los hallazgos realizados y la viabilidad de los planes de mejoramiento. Para finalizar con el dictamen de la CONEAU, a instancias de la recomendación del comité de pares.

Se trata de un proceso que otorga validez pública a los títulos universitarios, en tanto se garantiza que lo nombrado en el diploma habilita al desarrollo de las incumbencias correspondientes.

### 1.3. LA EVALUACIÓN

Es una derivación de "evaluar", que a la sazón significa "(...) valorar, lo que lleva en sí, emitir un juicio de valor acorde a marcos axiológicos, tendiente a la acción".<sup>22</sup> Más allá del alcance que tiene el concepto

<sup>22</sup> PALOU DE MATÉ, María del Carmen, "La evaluación de las prácticas docentes y la autoevaluación", en *La evaluación de los aprendizajes en el debate didáctico contemporáneo*, Buenos Aires, Paidós, 2000, p. 98.

de evaluación en el presente trabajo, ligada a la certificación, es interesante destacar la idea que la inspira: "La evaluación constituye una práctica imprescindible en toda actividad planificada, ya que es la fase que ofrece información continua sobre el grado de cumplimiento de los objetivos intermedios y, en última instancia, de los resultados que se alcanzan".<sup>23</sup>

La evaluación institucional consta de dos etapas: la autoevaluación que es una evaluación interna, y la evaluación propiamente dicha que es una evaluación externa, es decir, realizada por alguien distinto al ente evaluado. Con respecto al primer momento, la evaluación comienza con un acuerdo entre la institución universitaria y CONEAU, sobre la base del respeto a los estatutos universitarios o en lenguaje curricular, al "proyecto institucional".

Hay que advertir que no siempre las universidades cuentan con un proyecto institucional escrito y documentado y, en todo caso, es parte del proceso de evaluación institucional, tratar de reconstruirlo y reconocerlo a partir de la expresión de los fines, de las misiones y los objetivos y de las prácticas que se observan en la institución.<sup>24</sup>

Esta situación se relaciona con el "currículum oculto".

Esta expresión fue utilizada (...) para referirse al conjunto de aprendizajes no previstos, que de forma asistemática y no intencional tiene lugar en el medio escolar. Son aquellos componentes, dimensiones o contenidos sobre los que no recae habitualmente la atención del educador, transmisión de valores, prácticas implícitas de convivencia, etcétera, códigos con un valor normativo esencial en el funcionamiento de la Escuela.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Ministerio de Educación y Ciencia del Reino de España, Centro Nacional de Información y Comunicación Educativa, [en línea] <<http://www.cnice.mecd.es/educacion/organizacion/curso/1-9-5.htm>> [consulta: 30 de enero de 2003].

<sup>24</sup> *Lineamientos para la evaluación institucional*, aprobado por resolución 094/97 de CONEAU, [en línea] <<http://www.coneau.edu.ar/evexte/docbaevext/docbaevext.html>> [consulta: 20 de julio de 2000].

<sup>25</sup> TRAVERSO, Carmen, Luis CASTRO PAREDES y otros, "Apuntes para la elaboración del proyecto curricular institucional", en *Serie de documentos "Transformación Educativa basada en la Escuela"*, Documento 4, Ministerio de Educación de la Provincia de Santa Fe, p. 31.

Su importancia, en algunos casos, es tal que llega a contradecir el currículum explícito, como el caso de la gratuidad de la enseñanza universitaria, que en los hechos no se

Dice el art. 44 de la Ley de Educación Superior: "(...) Las autoevaluaciones se complementarán con evaluaciones externas, que se harán como mínimo cada seis años, en el marco de los objetivos definidos por cada institución (...)" Aquí se encuentra una de las claves del respeto a la autonomía universitaria. La autoevaluación hace las veces de una evaluación diagnóstica en donde la propia institución educativa expone las acciones académicas desarrolladas en su seno.<sup>26</sup> Y con la evaluación externa se valoran los procesos y resultados y se recomiendan cursos de acción,<sup>27</sup> mediante la detección de fortalezas y debilidades y el planteamiento de un plan de mejora. En esta última instancia participan los "pares evaluadores"; se los denomina así porque son académicos universitarios, pares, quienes desarrollan esta etapa de la evaluación. CONEAU redacta el proyecto de informe final, que es puesto a consideración del rector de que se trate a fin de que efectúe los comentarios del caso. Si los hay, CONEAU puede decidir la incorporación de los mismos en el informe final.

Es interesante destacar los efectos de un resultado negativo de la evaluación institucional, ya que el informe con las recomendaciones, en función de la Ley de Educación Superior, es "público" (art. 44 *in fine*).

#### 1.4. LA CALIDAD

El concepto de calidad será también central a la hora de la evaluación de las universidades. Para ello, pueden ser útiles las palabras de Orozco Silva, caracterizándola como:

(...) aquello que reviste cierta excelencia reconocida socialmente (...) aquello que llena los estándares mínimos definidos previamente (...) aquellas posiciones para las cuales la calidad alude a situaciones en las que las cosas se hacen bien, con cero defectos (...) en otros casos, a la capacidad

da completamente, al tener que asistir los alumnos de grado de la Facultad de Derecho a la cooperadora para gestionar trámites internos como carnet de biblioteca, compra de programas de materias, trámites en la sección alumnado como la adquisición de la libreta universitaria, compra de tarjetas magnéticas para el expendio de fotocopias en la biblioteca a precios superiores a los del mercado, etc. Y en el ámbito del posgrado, la gratuidad directamente no existe; como sí ocurre, por ejemplo, en la República de Francia.

<sup>26</sup> *Lineamientos para la evaluación institucional*, op. cit.

<sup>27</sup> *Lineamientos para la evaluación institucional*, op. cit.

de alcanzar los objetivos propuestos por parte de una institución (...) la capacidad para generar conocimiento estructural en la organización (...).<sup>28</sup>

Dándose a entender que estamos frente a un concepto contingente, variable; en cierta medida arbitrario. Y también multidimensional:

Para (...) los estudiantes y sus familias (...) el problema de la calidad se vincula con la pérdida de prestigio profesional y de la garantía de un trabajo altamente remunerado (...) Para los académicos y científicos, grupo que generalmente componen los docentes que han tenido oportunidad de conocer universidades del extranjero, la calidad de la educación se asocia con las posibilidades de la investigación (...) [Para las] empresas (...) los egresados universitarios no tienen la competencia esperada.<sup>29</sup>

De manera que la idea es que cada institución universitaria precise sus propios estándares de calidad en función de los marcos brindados por la institución evaluadora.<sup>30</sup> Lo cual no impide desechar aquellos estándares que no sean compatibles con la historia de la Universidad de que se trate.

## 2. LA CONEAU Y LAS UNIVERSIDADES. ACERCA DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

Con respecto al organismo cuya creación motiva el presente estudio brindaremos una noción sobre sus principales funciones.

En la Argentina, la política de evaluación está a cargo de la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (CONEAU) creada por

<sup>28</sup> OROZCO SILVA, Luis Enrique, *La calidad de la universidad. Más allá de toda ambigüedad*, [en línea] <<http://derecho.udea.edu.co/descargas/artdoc/calidaduniversidad.pdf>> [consulta: 20 de diciembre de 2004].

<sup>29</sup> SCHWARTZMAN, Simón, *La calidad de la Educación Superior en América Latina*, trabajo preparado para el Seminario sobre Calidad, Eficiencia y Equidad de la Educación Superior colombiana, Bogotá, 1989. Citado por MARQUEZ, Ángel y Mónica MARQUINA, *Evaluación, acreditación, reconocimiento de títulos y habilitación. Enfoque comparado*, [en línea] <[http://www.sgeneral.unr.edu.ar/archivos/\\_40/Evaluac.doc](http://www.sgeneral.unr.edu.ar/archivos/_40/Evaluac.doc)> [consulta: 18 de marzo de 2005].

<sup>30</sup> Puede verse la *Guía de variables desagregadas en dimensiones e indicadores para la evaluación externa de las instituciones universitarias*, elaborada por CONEAU y publicada en su página de internet.

la ley 24.521 de Educación Superior cuyas funciones básicas son las de autorizar nuevas instituciones, acreditar programas de grado y posgrado así como implementar a nivel del sistema la autoevaluación institucional.<sup>31</sup>

“Todo el modelo parte del supuesto de que la acción transformadora e innovadora debe ser conducida desde el exterior pues las instituciones son incapaces de autorreformarse (...)”.<sup>32</sup> “(...) este mecanismo de regulación de la calidad se posiciona *a posteriori* de las prácticas; se propone mediar la relación entre el público y la Universidad, sustituyendo a la tradicional confianza”.<sup>33</sup> Aunque una buena evaluación comienza por una buena planificación, a fin de detectar las fortalezas conseguidas y las debilidades a mejorar. Decía la ministra de Educación Susana Decibe al poner en marcha el sistema:

Estamos aquí reunidos (...) para dejar constituida y echar a andar la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria, organismo descentralizado previsto en la Ley de Educación Superior, que tiene como principal función contribuir, a través de la evaluación institucional y de la acreditación de carreras, a mejorar la calidad de todo lo que se hace y se ofrece en las instituciones universitarias, y a *garantizar la fe pública que la sociedad deposita en ellas*.<sup>34</sup>

Quiero averiguar qué valores utilizó o priorizó la CONEAU en la evaluación de las universidades rosarinas hasta la actualidad. No será abordado el estudio de las pautas y valores que utiliza la CONEAU para la acreditación de carreras universitarias, de grado y posgrado; aunque sí se hará una breve referencia comparativa con la autoevaluación (aspecto interno de la evaluación) en cuestión.

Debe cuidarse que:

(...) la eficiencia, el desempeño y la eficacia llevan a que no se tenga en cuenta la importancia que en un sistema universitario tienen aspectos

<sup>31</sup> KROTSCH, Carlos, *Educación superior y reformas comparadas* cit., p. 29.

<sup>32</sup> KROTSCH, Carlos, op. cit., p. 176.

<sup>33</sup> KROTSCH, Carlos, op. cit., p. 179.

<sup>34</sup> Acta de ceremonia de constitución de la CONEAU, agosto de 1996. *Lineamientos para la evaluación institucional*, aprobado por resolución 094/97 de CONEAU, [en línea] <<http://www.coneau.edu.ar/evexte/docbaevext/docbaevext.html>> [consulta: 20 de julio de 2000]. El resaltado nos pertenece.

sustantivos como la diversidad y densidad disciplinaria y finalmente es ésta la que debería –a través de una constante renovación y crecimiento– impulsar la transformación de las estructuras académicas e institucionales [Burton Clark (...)]”.<sup>35</sup>

En igual sentido la propia CONEAU menciona que “(...) la evaluación institucional debe servir para interpretar, cambiar y mejorar y no para normativizar, prescribir, y mucho menos como una ‘actividad punitiva’”.<sup>36</sup>

Un indicador que no debe olvidarse, y que rememora la lógica del mercado que no debe primar únicamente es el artículo 58 de la Ley de Educación Superior:

Corresponde al Estado nacional asegurar el aporte financiero para el sostenimiento de las instituciones universitarias nacionales que garantice su normal funcionamiento, desarrollo y cumplimiento de sus fines. Para la distribución de ese aporte entre las mismas se tendrán especialmente en cuenta indicadores de eficiencia y equidad. En ningún caso podrá disminuirse el aporte del Tesoro Nacional como contrapartida de la generación de recursos complementarios por parte de las instituciones universitarias nacionales.

No se habla de distribuir aportes en función de criterios de calidad de la enseñanza-aprendizaje. La eficiencia hace aparecer a las universidades como empresas, y éstas tienen fines muy distintos a aquéllas. Una buena gestión financiera, que nadie en su sano juicio puede no querer, no implica que todo el entramado de la Universidad, incluidos sus programas de estudio, deban guiarse por esta lógica.

Una de las importantes preguntas que clamará respuesta será el grado de respeto del organismo estatal a las propias prioridades fijadas por la Universidad en su informe de autoevaluación. Esto permitirá ver el grado de intervención del organismo y con ello el de sus valores.<sup>37</sup> Una de las

<sup>35</sup> KROTSCH, Carlos, op. cit., p. 180.

<sup>36</sup> *Lineamientos para la evaluación institucional* cit.

<sup>37</sup> “Políticas como las de evaluación de las instituciones [...] fueron y constituyen aún elementos de conflicto que se acrecientan en la Argentina debido en gran medida a la fuerte autonomía, si la comparamos con los sistemas de la región, de sus universidades”. KROTSCH, Carlos, op. cit., p. 36.

ventajas de la teoría trialista del mundo jurídico es resaltar la diferencia entre la adjudicación de beneficios (potencia) o perjuicios (impotencia) por hombres determinados o determinables (reparto) y la captación que realizan las normas de ellos; que pueden no coincidir, a pesar de lo cual estamos hablando de Derecho en ambos casos. También la teoría del funcionamiento de las normas pone en evidencia la tensión que se desenvuelve entre el redactor de la norma y el encargado de su funcionamiento a través de la interpretación, la aplicación.<sup>38</sup>

La Universidad es el bastión en donde luchan el saber y el poder con miras al progreso de un pueblo:

(...) al fin, con el saber pueden alcanzarse repartos de potencias más justas [salud, utilidad, etc.]. Se requiere, así, el saber que debe brindar la institución universitaria, convertida de este modo en una pieza del régimen de justicia (...) el país en su conjunto necesita el saber-poder para superar el atraso que lo separa del primer mundo<sup>39</sup>

Por lo que debe ponerse especial cuidado en el respeto a las precisiones, determinaciones de los estándares por las universidades. El régimen político, con sus cuadros burocráticos, despliega sus influencias que hacen dirigirse al país en un rumbo determinado, con la política sanitaria, artística, económica, educativa, jurídica, etcétera; por lo que *debe permanecer especialmente "protegido" el ámbito de la crítica, que estaría representado por las universidades*. Así como el derecho es el conjunto de los repartos de potencia e impotencia, captados por las normas, y valorados aquéllos y éstas, por la justicia, lo mismo debe entenderse de la evaluación universitaria; dejando que la universidad sea el ámbito de la crítica de los repartos que se dan en los distintos ámbitos de la política

<sup>38</sup> Acerca de la teoría trialista puede verse a GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1987; *La ciencia de la justicia (dikelología)*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1986; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Derecho y política*, Buenos Aires, Depalma, 1976; *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, Rosario, FIJ, 1982/4; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica*, Rosario, FIJ, 2000.

<sup>39</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "El 'saber-poder' y el drama de la universidad argentina", en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, nro. 15, Rosario, FIJ, 1992, p. 46.

ya mencionados. Sin una crítica independiente, puede haber una voz menos, y menos opciones para elegir y evitar desgracias.

“La Universidad argentina fue, dentro del contexto latinoamericano, anticipadamente moderna y el movimiento de la Reforma de 1918 le dio una temprana conciencia de sí misma y de la necesidad de autonomía respecto de los poderes del Estado (...)”.<sup>40</sup> De allí que el recuerdo del origen de la Universidad sea tal vez la clave en la resolución del problema de la evaluación:

Afianzada históricamente en el siglo XIX, la universidad se constituyó a lo largo de la primera mitad del siglo XX como una institución con una lógica y una estructura de poder propia, con una fuerte independencia con respecto a las regulaciones del Estado, propias de los sistemas de educación básica.<sup>41</sup>

Y una aplicación de la importancia del desarrollo de la universidad y su autonomía están dadas por su producto de investigación por excelencia: el doctorado, que:

(...) posee (...) gran importancia para el conjunto de la sociedad. En él culmina la universidad, que es el más elevado nivel de cultura de un pueblo. Sin universidad y sin doctorado verdaderos, esa cultura no puede considerarse plenamente desarrollada y no es posible recorrer caminos de (...) autodeterminación (...).<sup>42</sup>

La causa del problema girará en torno al grado de autonomía a acordar a las universidades; lo que, en otras palabras, puede entenderse como su grado de vinculación con el resto de la sociedad de la cual forma parte. Dicho problema se encuentra en relación con el papel que juega el conocimiento, la “ciencia” en la búsqueda del mejoramiento de las condiciones del hombre. En última instancia, como dice Krotsch, está en juego el concepto de Universidad: “Lo que caracteriza a esta institución es el cambio local, fragmentado, disperso y opaco en su base disciplinaria, es decir, en el trabajo de enseñanza y de investigación, que tiene lugar

<sup>40</sup> KROTSCH, Carlos, op. cit., p. 167.

<sup>41</sup> KROTSCH, Carlos, op. cit., p. 95.

<sup>42</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Doctorado, Universidad y Derecho* cit., p. 105.

en la denominada base operativa de la institución”.<sup>43</sup> Podemos aventurar entonces, junto con Krotsch, en última instancia, “una disputa de poder respecto del manejo de los ‘hilos’ del conocimiento”:

La percepción de la pérdida de control sobre el trabajo propio y la dependencia de remotas decisiones sobre las prioridades, ha disminuido aún más el sentimiento de comunidad científica regulada puramente por normas y principios compartidos. Contra ese descontento y contra los intentos de conservar cuanto sea posible del antiguo control académico sobre el conocimiento, los ejecutivos de las empresas y los líderes políticos van a jugar demasiado fácilmente de representantes del progreso y el interés general. Al final nos encontramos frente a un nuevo equilibrio en un sistema en el cual las prioridades generales son determinadas en los niveles corporativos y los científicos se ven limitados a defender intereses locales conflictivos.<sup>44</sup>

## 2.1. FINALIDAD DE LA EVALUACIÓN

Tal vez el estudio extremadamente focalizado del presente tema por parte de los autores, hace que no se enfoque debidamente el contexto del problema y sus alternativas de solución. Se está frente a escasez de recursos y aumento significativo de la cantidad de estudiantes; por lo que hay que administrar bien los recursos. Quizás ése haya sido el objetivo principal de la implementación de la CONEAU. Si es así, no debe dejar de verse que la financiación universitaria es sólo una parte del presupuesto de gastos de la Nación, y que hay otras partidas destinadas a otros fines o servicios, lo cual se suma a la consideración del poder de manejo de la jurística-tributaria que tiene el gobierno federal. En este sentido, no debe caerse en la evaluación como la seleccionadora de los “más aptos” para la vida universitaria.<sup>45</sup> Lo cual se relaciona con la concepción de la evaluación que se tenga:

<sup>43</sup> KROTSCH, Carlos, op. cit., p. 15.

<sup>44</sup> MUSTO, Renato, “Ciencia y democracia”, en *Universidad y empresa*, ed. al cuidado de Emilio Tenti, Miño y Dávila/CIEPP, Buenos Aires, 1993, p. 33, citado por KROTSCH, Pedro, op. cit., p. 40.

<sup>45</sup> “(...) están en expansión los estudios sobre el rendimiento educativo de los países a partir del uso de evaluaciones estandarizadas comunes y mediante distintos dispositivos de medición comparativa de los resultados productivos de los sistemas (...) de la mano de estos estudios, cada vez más determinantes son los informes de los

La evaluación tiene una dimensión sociológica ya que se convierte en la criba que selecciona a los estudiantes y permite o impide su avance en las siguientes etapas del sistema. Cuando no existe igualdad de oportunidades, una pretendida evaluación justa y objetiva lo que hace es perpetuar y acentuar las diferencias.<sup>46</sup>

Caben aquí entonces, las consideraciones acerca de la pretendida igualdad formal que pregonaba el liberalismo frente a la efectiva realización de condiciones igualitarias que muchas veces impide materialmente la realidad:

La igualdad formal que declaraban las constituciones contrastó con enormes diferencias sociales entre la alta burguesía y el proletariado. Si bien había desaparecido la antigua aristocracia feudal, una nueva nobleza –la del dinero– operó con igual o mayor opulencia que los viejos señores feudales (Se está haciendo referencia a la crisis de los ideales de la Revolución Francesa). Las desigualdades económicas determinaron (...) las políticas, ya que el ejercicio y la eficacia de los derechos cívicos y de las libertades enunciadas por la constitución eran bien distintos entre quienes disponían de los medios culturales y económicos para practicarlos, y quienes carecían de ellos.<sup>47</sup>

El liberalismo fue el impulsor de la igualdad formal; la cual, contrastada con la realidad económica, lleva a “la ley de la selva” maquillada. La

organismos internaciones (Banco Mundial, Unicef, BID, etc.) sobre los distintos países del tercer mundo, como parte constitutiva de sus políticas de intervención. De esta forma, las modalidades más ligadas al campo académico pierden terreno en manos de perspectivas que asumen la comparación desde modelos ligados con la lógica económica de lo cuantitativo y con la imposición de políticas o recetas comunes que desconocen los contextos y los rasgos culturales de las realidades estudiadas”. KROTSCH, Carlos Pedro, op. cit., p. 23.

<sup>46</sup> SANTOS GUERRA, Miguel Ángel, *Evaluar es comprender*, Buenos Aires, Magisterio del Río de la Plata, 1998, p. 14.

<sup>47</sup> SAGÜÉS, Néstor, *Elementos de Derecho Constitucional*, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, t. 1, p. 13. En el mismo sentido dice el autor: “El [asalariado] podía practicar algunos de ellos [se refiere a los derechos consagrados en las constituciones], pero no todos; difícilmente, por ejemplo, era posible un efectivo goce del derecho a aprender, de publicar las ideas, de viajar, de ser propietario o de mantener su privacidad, entre quienes, por su condición de analfabetos, de obreros con jornadas laborales de doce o más horas, con sueldos misérrimos, o de habitantes de (...) inquilinatos hacinados, carecían del tiempo, del dinero o de la cultura suficientes para acceder a ellos”, op. cit., p. 12.

norma no debe convertirse en ocultamiento de la realidad.<sup>48</sup> Es interesante observar en este sentido el origen de los mecanismos de evaluación:

En la construcción de la agenda de reformas educativas y de la ES [educación superior], ha tenido una activa participación los organismos internacionales fundamentalmente [sic] como el Banco Mundial (...) este informe [Lesson of Experience de 1994] señala que será necesario alcanzar en los países en desarrollo [léase países pobres] metas más altas de eficiencia, calidad y equidad. Para la consecución de estos objetivos existe una estrategia (...) promover la diferenciación de instituciones, incluido el desarrollo de instituciones privadas. Proveer incentivos en orden de que las instituciones públicas diversifiquen las fuentes de financiamiento, incluyendo aranceles al mismo tiempo que ligando el financiamiento estatal al desempeño (...) Introducir políticas explícitamente orientadas al logro de la equidad.<sup>49</sup>

Todo lo cual hace aparecer a la lógica del mercado en el ámbito universitario. Debe tratar de no caerse en que, por seguir los designios del “dios mercado”, éste dicte los planes de estudio, califique a los docentes, determine las cualidades para el ingreso a las universidades, etcétera “(...) los sectores universitario y no universitario (...) son ahora convocados a suscribir, orientar su desempeño y ser juzgados por objetivos y criterios que en esencia están preocupados por la producción de habilidades y destrezas empleables en el corto plazo”.<sup>50</sup> El saber es mucho más amplio que una categoría económica, y con más razón en el área de las humanidades, de las ciencias sociales, entre las que se ubica el derecho. Pareciera que la “variable de ajuste” siempre fuera la educación. Con motivo de la guerra en Irak y las necesidades de financiación de los contingentes de tropas estadounidenses, el presidente George Bush (h) ha tenido que recortar el presupuesto, optando por detraer fondos del área educativa.<sup>51</sup>

<sup>48</sup> “Si no se perfora el velo normativo para reconocer la realidad social, la normatividad puede ser un ocultamiento de esa realidad”. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en *Investigación y Docencia*, nro. 32, Rosario, FIJ, 1999, p. 43.

<sup>49</sup> KROTSCH, Carlos Pedro, op. cit., p. 156.

<sup>50</sup> NEAVE, Guy, “Significación actual del vocacionalismo”, en *Pensamiento universitario*, nro. 2, Buenos Aires, p. 61; citado por KROTSCH, Carlos, op. cit., p. 157.

<sup>51</sup> “El presidente George W. Bush presentó el lunes un presupuesto de 2,57 billones de dólares que impulsaría el gasto militar y de seguridad interna pero incluye drásticos

Esto tiene que ver en última instancia con la concepción que tengamos de la consideración del hombre y de la pedagogía universitaria, que muchas veces aplicada al alumno, puede ahora trasladarse a las instituciones universitarias. Cabe preguntarse si “la finalidad esencial de la pedagogía es proporcionar medios a los grupos sociales oprimidos para que tomen conciencia de su situación y facilitarles los instrumentos para encontrar métodos de transformación de la realidad”.<sup>52</sup> En el ámbito del derecho, Ciuro Caldani ha introducido un debate similar a la hora de hablar de las adjudicaciones de beneficios y perjuicios y de su justicia. Aquí se problematiza lo que el creador del trialismo da por descontado, que es su opción por el predominio de la libertad. Dice Goldschmidt a la hora de hablar del supremo principio de justicia, que consiste en “(...) que se asegura a cada cual la libertad necesaria para que se transforme de un individuo en persona (...) el principio no contempla los criterios con miras a los cuales la personalización ha de llevarse a efecto. En este orden de ideas, religiones, filosofías y cosmovisiones despliegan sus influencias específicas”.<sup>53</sup> En estricto sentido, estos elementos recién nombrados despliegan sus influencias en todos los ámbitos, incluso en el contenido del propio principio supremo de justicia. Ciuro Caldani, al hablar de la justicia de los beneficiarios, se plantea dos criterios “distributivos”: el de los méritos y el de los merecimientos: lo cual se traduce en adjudicar por la necesidad o por el cumplimiento de las reglas.<sup>54</sup>

recortes en varios programas gubernamentales. El plan presentado al Congreso contiene reducciones de gastos en programas como subsidios agrícolas, atención médica a los pobres y a los veteranos de guerra, protección del ambiente y mejoramiento de la educación”. “Aplica Bush recortes al presupuesto”, [en línea] <<http://www.terra.com.mx/general/historico/formatos/formato15.asp?articuloId=153414&paginaId=1>> (consulta: 22 de marzo de 2005). En el mismo sentido: “Los gastos discrecionales incluyen programas tales como los de educación, agricultura y transporte. Según los medios estadounidenses, el cuchillo fiscal también podría alcanzar los subsidios a la empresa ferroviaria Amtrak”. “Bush presentará un nuevo presupuesto con recortes en varios sectores”, [en línea] <<http://iblnews.es/noticias/02/123938.html>> [consulta: 22 de marzo de 2005].

<sup>52</sup> SANTOS GUERRA, Miguel Ángel, *Evaluar es comprender* cit., p. 14.

<sup>53</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, op. cit., p. 399.

<sup>54</sup> “La evolución del trialismo ha permitido reconocer en los beneficiarios merecimientos originados en la naturaleza, y méritos, basados en el propio comportamiento. Asimismo se diferencian los títulos de necesidad y de calidad”. Véase *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Rosario, FIJ, 2000, p. 86.

Además, el conocimiento puede ser “mejor” si es enriquecido desde diferentes puntos de vistas y aportes. No “(...) únicamente el mérito y la conducta deben decidir el lugar el alumno (...)”.<sup>55</sup>

Creo que la idea que debe primar, por una visión humanista de la problemática, es la compensación de posibilidades a fin de llegar a una igualdad real de oportunidades entre las universidades. Incluso, éste es el espíritu, la intención de los constituyentes reformadores de 1994. Es interesante en ese sentido rescatar consideraciones de un fallo clave que trata la temática:

Se deja atrás el viejo concepto de igualdad formal y se avanza hacia una *igualdad real*, hacia una igualdad de oportunidades (ver Jiménez, E. P., *Los derechos humanos de la Tercera Generación*, Buenos Aires, 1997, pp. 75/6) (...) La Constitución Nacional, a partir de la reforma de 1994, introdujo claramente estos conceptos a partir de nuevas normas que inducen a la discriminación inversa y a la adopción de *medidas positivas*. El art. 37, apartado segundo, consagra que “La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral” (...) En el inc. 19 del art. 75, en el apartado tercero, se dispone que el Congreso debe sancionar leyes que consoliden “...la igualdad real de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna...” (...) En el mismo sentido, el inc. 23 de dicho artículo faculta al Poder Legislativo a “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el *pleno goce y ejercicio de los derechos* reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.<sup>56</sup>

En similar sentido dice Carlos Krotsch: “(...) es preciso partir de una concepción del objeto que privilegie los aspectos no manifiestos, aquellos de los que justamente el organigrama y los documentos no dan cuen-

<sup>55</sup> *Mutatis mutandis*, de la “universidad”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, 1ª ed., Buenos Aires, Siglo XXI, 2005, p. 187.

<sup>56</sup> “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo SA s/ Amparo”, del 16 de diciembre de 2002. Fallo de la sala H de la Cámara Nacional en lo Civil. En suplemento *LexisNexis*, 18 de junio de 2003, p. 69, J. A. 2003-II-77.

ta, pues estos aspectos –a diferencia de la empresa– son los que predominan en instituciones de este tipo”.<sup>57</sup>

## **2.2. AUTONOMÍA Y NO SOBERANÍA UNIVERSITARIA. LA INVESTIGACIÓN ES DE LA UNIVERSIDAD**

No debe soslayarse la autonomía que en materia investigativa tiene que tener la universidad, como motor de avance de la ciencia. Tal vez éste sea el resultado de la “negociación” entre la dicotomía autonomía sí, CONEAU no, y viceversa. Puede propenderse a una influencia de CONEAU en el currículum del grado, y dejando a salvo el mayor predominio de la influencia universitaria en el ámbito investigativo. Aclarándose también que pueda influirse en el currículum del grado por parte de las distintas actividades vinculadas a la investigación,<sup>58</sup> de ahí que la calidad del grado esté unida a la calidad y cantidad de investigadores que posea una unidad académica y su relación con las actividades de grado. Por ejemplo, profesores con dedicación exclusiva que sean investigadores, profesores que divulguen sus publicaciones en el currículum (programa) de su materia, etcétera.

Tampoco debe olvidarse que las universidades, como las provincias, son autónomas y no soberanas, lo que implica un marco de contenidos comunes definidos por los propios actores en conjunto: autoridades universitarias bajo la guía de la autoridad política universitaria, tal como lo prescribe la Ley de Educación Superior.<sup>59</sup>

Como la condición de soberano está ligada a la de poder supremo, vale decir, de aquel que no admite superior sobre sí (...) las provincias, sometidas al control federal (por vía de intervención, según el art. 6º, Const. Nacional, o mediante la Corte Suprema, según los arts. 117 y 127), no se pueden rotular como soberanas, o independientes, y menos con poder absoluto. En cambio, sí son autónomas, en tanto cuentan con poder

<sup>57</sup> KROTSCH, Carlos, op. cit., p. 181. El resaltado nos pertenece.

<sup>58</sup> Ya que la universidad implica la existencia de “(...) instituciones vinculadas a la producción [institutos, centros, programas, etc.] y de espacios de consagración y circulación de saberes y conocimientos [revistas, periódicos, eventos, etc.]”. KROTSCH, Carlos, op. cit., p. 15.

<sup>59</sup> Véase el artículo 43 de la Ley de Educación Superior.

de legislar, autoadministrarse y dictar justicia; elegir a sus autoridades y celebrar tratados entre sí, etcétera.<sup>60</sup>

Lo cual se relaciona también, en cuanto a la delimitación de las facultades provinciales, con el art. 5º de la Constitución federal:

Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

Un buen ejemplo de articulación entre la autonomía y las exigencias de “rendición de cuentas” de las universidades a la CONEAU puede estar dada por la relativa discrecionalidad en la elaboración del plan de mejoramiento por parte de las universidades en los procesos de acreditación de carreras, en donde se permite que cada unidad académica organice el modo en que solucionará el déficit detectado.

### **2.3. LA IMPORTANCIA DE HACER UN “HÁBITO” DE LA EVALUACIÓN**

Remitimos aquí a buena parte de la “Introducción” del presente trabajo. En este sentido, cabe realizar un parangón entre la evaluación referida a productos externos, que se relacionarían con la motivación extrínseca, y la evaluación referida a criterios, que se relacionaría con una motivación intrínseca.

(...) motivación intrínseca [es] la que surge de factores como los intereses o la curiosidad, es decir, de la tendencia natural a buscar y superar desafíos cuando se trata de intereses personales y de ejercer las capacidades (...) no necesitamos incentivos ni castigos porque la actividad es en sí misma el reforzador.<sup>61</sup>

<sup>60</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, t. 2, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 3.

<sup>61</sup> WOOLFOLK, Anita E., *Psicología Educativa*, México, Prentice Hall Hispanoamericana, México, 1999, p. 374.

Por el contrario, la motivación extrínseca es la que nos mueve a hacer “(...) algo para obtener una calificación, evitar un castigo, complacer al maestro o por alguna otra razón que tiene poco que ver con la tarea (...) no nos interesa la actividad, sino lo que representa para nosotros (...)”.<sup>62</sup> Ambas motivaciones estarían referidas a la predisposición a la evaluación y a saber aprovechar su fin o proceso, más allá de los resultados:

el uso de las formas clásicas de evaluación –referidas a normas, centradas en el producto y de carácter público– potencia la orientación a las metas relativas a la búsqueda de buenas calificaciones en el caso de los alumnos con altas tasas de acierto (...) facilita la orientación a metas relacionadas con la autoestima ya sea por buscar el lucimiento (...) [o] por evitar valoraciones negativas (...) por el contrario, realizar la evaluación referida a criterios, centrada en el proceso y con carácter privado<sup>63</sup> facilita el desarrollo de las metas referidas al aprender y disfrutar y, aunque en menor medida, a las metas que tienen que ver con la percepción de la autonomía.<sup>64</sup>

Hacer de la evaluación un proceso permanente sólo puede ir de la mano de estas dos formas de motivación. Una puramente externa, nos haría caer en el mero cumplimiento, en la mera esperanza de una buena calificación, sin reflexionar sobre el papel de la Universidad que queremos y la que podemos. Tampoco cabe desmerecer un “empujoncito” hacia el diagnóstico y reflexión sobre el funcionamiento de la Universidad, ya que todo el que tiene poder, decía Montesquieu, tiende a abusar de él: “(...) entiende que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de ir hasta donde encuentra límites”,<sup>65</sup> y CONEAU, es un límite, o, al menos, un interlocutor.

Lo mismo en cuanto a la forma de seguimiento de los graduados, que son otro componente a formar parte de la evaluación y que dan

<sup>62</sup> WOOLFOLK, Anita E., *ibídem*.

<sup>63</sup> Como dijimos, es interesante destacar los efectos de un resultado negativo de la evaluación institucional, ya que el informe con las recomendaciones, en función de la Ley de Educación Superior, es “público” (art. 44 *in fine*).

<sup>64</sup> ALONSO, Jesús, e Ignacio MONTERO, *Orientación motivacional y estrategias motivadoras en el aprendizaje escolar*, cap. 10, en *Desarrollo psicológico y educación*, 2ª ed., compilación de César Coll, Jesús Palacios y Alvaro Marchesi, Alianza, Madrid, 2001, p. 281.

<sup>65</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Lecciones de Historia...* cit., t. II, 1993, p. 172.

cuenta del estado de una institución universitaria. El sistema de evaluación que encarna CONEAU plantea el seguimiento de los profesionales, pero la autonomía universitaria permitirá cumplir este criterio amplio en función de especificidades que aquélla permite desplegar.

### 3. FUENTES DEL PROBLEMA A INVESTIGAR

La justificación del presente diseño desde el punto de vista del recorrido académico del investigador tiene que ver con el surgimiento en Rosario de sendos procesos de evaluación de las universidades. Lo cual se relaciona con el nacimiento mismo de la evaluación universitaria a partir de la sanción de la Ley de Educación Superior que prevé esta figura y su organismo aplicador: la CONEAU.

Desde 1994 formo parte de la Universidad Nacional de Rosario, por lo que su espíritu me atraviesa, al menos inconscientemente desde esa fecha; y mi amor a su existencia y fines recorre mis deseos e inquietudes, entre los cuales surge el de comprender el funcionamiento de este mecanismo de evaluación, que tiene que ver con la articulación entre el Estado o la sociedad en la que está inserta la universidad y ella misma. También se trata de un problema entre la validez del conocimiento popular y el conocimiento científico, aristocrático. Tal vez, se cumpla lo que dijera Gotfried Leibniz, en tanto en una unidad, la Universidad, pueda comprenderse el funcionamiento del “todo”, el ser, el ser argentino.

He podido acercarme científica, teórica y bibliográficamente al tema de la evaluación universitaria al elegir el tema de examen de la materia “Política y legislación educativa” del Profesorado Superior en Ciencias Jurídicas que hice en la Pontificia Universidad Católica Argentina, más precisamente en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario. Soy Abogado y Profesor en Ciencias Jurídicas, por lo que no fue casual que me interesara tanto el mecanismo jurídico y educativo que atraviesa al proceso evaluador.

Me motivó mucho más a estudiar el tema el hecho de que en el año 2003 comenzara el proceso evaluador de la Universidad Católica Argentina, que pasó cerca de mí al presenciar muchos de los detalles externos. Lo cual coincidió con el cursado de la materia “Política y legislación educativa”, y con “Evaluación institucional y del aprendizaje”, las cuales

me dieron la legitimación educativa que le faltaba a mi título de grado ("Abogado") para abordar el tema. Para engalanar mi motivación, la Universidad Nacional de Rosario también comenzó su proceso de evaluación en el año 2004 con la autoevaluación, que precede a la evaluación de CONEAU (externa).

En efecto, la evaluación universitaria es un tema eminentemente jurídico y educativo. Educativo en tanto la evaluación es un componente del proceso educativo, de la planificación curricular, ya que a la educación la guía una idea de hombre y un valor, en definitiva una modificación que queremos ver en un alumno o una institución educativa, como en el caso de este diseño. Y es un tema jurídico, en tanto existe una dimensión social que atraviesa la Universidad, elementos que la perjudican y la benefician, hay normas que tratan el mecanismo evaluador, con su historia y funcionamiento, y valores que permiten criticar a esas conductas humanas y normas, y que apuntan al respeto del alumno y su ámbito de desarrollo personal, en el caso del acto educativo, y de protección a la autonomía universitaria, como en el caso del objeto del presente diseño.<sup>66</sup>

#### 4. RELEVANCIA SOCIAL DE LA INVESTIGACIÓN

Los cambios que se han operado en el ámbito mundial en los últimos tiempos (décadas) han influido en nuestro país. Precisamente uno de ellos es el llamado proceso de globalización/marginación. Junto con él aparentemente se han resaltado valores que antaño se creían "controlados" por los que consideramos los valores superiores. La utilidad que exalta la llamada posmodernidad ha influido notablemente en nuestros comportamientos individuales y colectivos.<sup>67</sup> Y la Universidad, como institución, no ha escapado a ello. Éste es el contexto en el que se desarrollará la investigación. Resalta en este sentido Pedro Krotsch:

(...) la revolución tecnológica, la emergencia de una así llamada sociedad del conocimiento, coincide con políticas orientadas a estimular la auto-

<sup>66</sup> Pueden verse aquí, las bases de un futuro "Derecho Universitario", como rama del Mundo Jurídico.

<sup>67</sup> Puede verse en tal sentido a CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Comprensión de la globalización desde la filosofía jurídica", en *Investigación y Docencia*, nro. 27, Rosario, FIJ, 1996, pp. 9-16.

gestión, la descentralización (...) la evaluación y el rendimiento de cuentas, orientados a garantizar la fe pública en la educación y en el mercado (...) el Estado (...) [más] que prestador de servicios pareciera proponerse (...) garantizar la calidad de los servicios como una de sus tareas fundamentales.<sup>68</sup>

Sócrates nos enseñó la importancia de la pregunta como motor de la Filosofía y tal vez a aplicarla a los ámbitos de la vida en los que nos desenvolvamos. En nuestro caso, la pregunta girará en torno a aquello que funda lo más hondo de nuestras decisiones: los criterios de valor; en un tema de vital importancia para nuestro intento de refundar o fundar<sup>69</sup> nuestro país: la educación. En otras palabras, investigar sobre valores y educación no son temas menores y su tratamiento se justifica también con nuestra acción. Hemos sido acostumbrados a escuchar que con la “educación” se solucionarían nuestros problemas; y esto es en parte cierto, pero también debe verse lo que está detrás de los educadores y de quienes deciden políticamente en materia de educación. Con la idea de desentrañar esos hilos ocultos se hace este diseño y se hará nuestra investigación.

Nuestra idea previa es que el proceso evaluador de las universidades, plasmado en la Ley de Educación Superior, tuvo un propósito marcadamente utilitarista, eficientista, estadístico y “seleccionador”,<sup>70</sup> a la vez que presionador. No es casual que la teoría de la “selección natural”, desarrollada por Darwin, tomara cuerpo en Inglaterra, valiéndose de los aportes de la economía “natural” de la fisiocracia, y de la “selección” doméstica de los campesinos ingleses. Resaltando Juan Samaja la vinculación entre la economía capitalista y la singular teoría de la evolución del hombre:

(...) para quienes adhieran a la concepción que considera determinante la herencia, la escuela debe cumplir sólo una función seleccionadora de los “naturalmente más aptos”. En cambio para quienes adhieren a las

<sup>68</sup> KROTSCH, Carlos, *Educación superior y reformas comparadas*, Bernal, Universidad Nacional de Quilmes, 2001, p. 12.

<sup>69</sup> A gusto del lector; de lo que sí estamos seguros es de no estar conformes con la “realidad” actual de exclusión social y deterioro cultural de gran parte de nuestra población; lo cual reclama una reflexión y acción en tal sentido.

<sup>70</sup> Puede verse en tal sentido a KROTSCH, Carlos, op. cit.

concepciones que reconocen el peso del medio en la constitución del sujeto, la escuela deberá promover el desarrollo y crecimiento de los sujetos que concurren a ella.<sup>71</sup>

Intuimos una vinculación entre este sistema y el económico del capitalismo. Y no es casual que sea producto de la historia de la evaluación de las universidades, tal como se la aplicó en el Reino Unido. En este sentido, dice Krotsch que:

(...) cada vez más, como producto de las rápidas modificaciones del entorno social, económico y tecnológico, parece requerirse de la universidad que pueda combinar los cambios devenidos de la complejización de los espacios disciplinarios con los del cambio de una organización que pretende *adaptarse* al entorno.<sup>72</sup>

Si éste fue el fin, lo develaremos; si ha cambiado también lo haremos, pero nuestra intención es descubrir o mostrar nuestra visión sobre el tema, y generar el debate para no ser meros espectadores o aplicadores de mecanismos que nos son ajenos, extraños.

Tampoco podemos negar que ha existido una tendencia de las universidades a permanecer como “islas”, rodeadas del sistema educativo en general, y de la sociedad. La idea de la evaluación debe ser vista no como un “control” externo, sino como la posibilidad de una “articulación” entre niveles educativos y entre “niveles del conocimiento”: el popular de la sociedad, campo de aplicación y de generación, y el científico: campo de generación y también de aplicación. El saber no tiene un sitio fijo en el cual se encuentre desde siempre.

La evaluación es el campo en el que pueden develarse nuestras fortalezas y, muy especialmente, nuestras debilidades, a fin de mejorar en tal sentido.

## 5. ANTECEDENTES

El tema de investigación fue abordado, entre otros, por Carlos Pedro Krotsch en una exposición muy reflexiva y exhaustiva. La conclusión de

<sup>71</sup> SANJURJO, Liliana, y María Teresita VERA, *Aprendizaje significativo y enseñanza en los niveles medio y superior*, Rosario, HomoSapiens, 2001, p. 39.

<sup>72</sup> KROTSCH, Carlos, op. cit., p. 17. La cursiva me pertenece.

este investigador puede ser encontrada también en otros trabajos de menor extensión y profundidad.<sup>73</sup> De manera que será necesario fundamentar por qué, pese al tratamiento de un tema, el investigador insiste en la necesidad de abordarlo.<sup>74</sup> En mi caso, creo que las circunstancias socio-políticas y socio-económicas que rodearon el dictado de la Ley de Educación Superior no son las mismas; lo cual hace plantear el problema de si los actuales operadores, sumados a las actuales circunstancias del carácter apuntado, permitirán la llegada a lo que Krotsch plantea como un avance del neoliberalismo y la evaluación.

También se justifica nuestro tratamiento desde el punto de vista etnográfico, ya que creemos que no es posible generalizar los resultados obtenidos de una investigación a contextos distintos.<sup>75</sup>

La presente no es una tesis doctoral, y aunque lo fuera no podemos justificar la originalidad hasta tanto culmine nuestro trabajo y podamos observar si hemos encontrado denominadores comunes en lo estudiado que nos indiquen los criterios de valor detectados en las evaluaciones de las universidades rosarinas, vistas desde la perspectiva de las Facultades de Derecho.

Dividiremos la bibliografía sobre el tema en "general", mencionando con este término a la bibliografía educativa relacionada con la evaluación, y a la bibliografía jurídica y filosófica relacionada con los valores. Y hablaremos de bibliografía "específica" cuando se haga referencia a la evaluación universitaria.

<sup>73</sup> Puede verse por ejemplo a: LITWIN, Edith, "La evaluación de programas y proyectos: un viejo tema en un debate nuevo", en AA. VV., *Universidad y evaluación. Estado del debate*, edición al cuidado de Adriana Puiggrós, y Carlos Pedro Krotsch, Buenos Aires, Aique, 1997.

<sup>74</sup> "(...) el conocimiento expuesto en la literatura existente y el atesorado por los informantes calificados permitirá al investigador estar seguro, dentro de ciertos límites, de que no está repitiendo una investigación ya hecha, o, (...) le permitirá fundamentar por qué, a pesar de que este tema ya había sido investigado, él insiste en la necesidad de hacer nuevamente esa investigación". SALTALAMACCHIA, Homero R., *El proyecto de investigación: su estructura y redacción*, Kryteria, Puerto Rico, p. 13.

<sup>75</sup> "Una etnografía es una descripción o reconstrucción analítica de escenarios y grupos culturales intactos (...)". PREISSE GOETZ, Judith y Margaret D. LECOMPTE, "Ethnographic research and the problem of data reduction" en *Anthropology and Education Quarterly*, Arizona, 1961, p. 35.

## 6. MARCO CONCEPTUAL, O MARCOS/REFERENTES TEÓRICOS

### 6.1. REFERENTES TEÓRICO-FILOSÓFICOS

Este diseño no fue engendrado en el vacío, sino que estoy escribiendo estas líneas gracias al nacimiento de las lenguas romances, que a su vez fueron permitidas por el nacimiento de la escritura; lo que significó la circulación de las ideas producto de la imprenta. Soy hijo de la racionalidad moderna que cree en el hombre libre y que puede desarrollar sus ideas producto de la razón,<sup>76</sup> y también de la importancia dada a los factores económicos por Karl Marx y sus discípulos para el desarrollo del ser; y a la vez de la necesidad de contar en nuestro análisis al elemento poder que visualizaran Friedrich Nietzsche, Michel Foucault y Antonio Gramsci. También Edgar Morin es un impulsor de sentido desde su pensamiento complejo. Es el efecto de la historia, de la precomprensión modelizante en términos de Juan Samaja.<sup>77</sup>

Lo curioso de los procesos de evaluación, y ello se manifiesta también en la Argentina, es que raramente se fundan en una comprensión de la lógica que preside la estructuración y reproducción del poder en estas instituciones o de los particulares modos que asume la toma de decisiones en contextos en que el poder se debe en gran medida a otras fuentes, que no son las de la administración burocrática (...)<sup>78</sup>

### 6.2. REFERENTES TEÓRICO-EDUCATIVOS

A continuación expondré mis “puntos de apoyo”.<sup>79</sup> Más específicamente, si el tema es educativo, mis ideas sobre la educación provienen de un ámbito crítico y personalista, entre otros: de la perspectiva que impactó fuertemente en mí con la lectura de Miguel Ángel Santos Guerra, Paulo Freire, la Escuela Activa con Karl Rogers y la experiencia local

<sup>76</sup> Consciente, como diría Edgar Morin. Véase a *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, [en línea] <<http://www.complejidad.org/27-7sabesp.pdf>> [consulta: 25 de octubre de 2003].

<sup>77</sup> SAMAJA, Juan, *Semiótica de la ciencia. Los métodos; las inferencias y los datos a la luz de la semiótica como lógica ampliada*, digitalizado, en prensa (por atención del autor).

<sup>78</sup> KROTSCH, Carlos, op. cit., p. 181.

<sup>79</sup> GLASSER, Barney G. y Anselm L. STRAUSS, *The discovery of grounded theory. Strategies for qualitative research*.

rosarina de las hermanas Cossetini; relacionando todo con la idea de que si hay algo que no se compadece con nuestros ideales y que sufre, vale la pena cambiarlo: postulados filosóficos de la Escuela Crítica de la Sociedad, que naciera en Frankfurt, en Alemania, producto de la crítica a la racionalidad moderna y sus devastadores resultados: Auschwitz, Hiroshima, Nagasaki, Irak, etcétera. Sin embargo, también creo que la crítica no debe vanagloriarse de ella misma, sino que está obligada a mostrar un camino alternativo.<sup>80</sup>

Creo convencidamente que si el alumno es el eje del proceso de aprendizaje, él debe ser guiado y mejorado en sus conocimientos, si no son iguales a los de los demás. Puede hacerse un paralelismo y reemplazar el sujeto alumno por la Universidad. Dice Santos Guerra.<sup>81</sup>

(...) si se entiende la sociedad como un lugar en el que los que puedan llegar a lo más alto, lleguen a cualquier precio y por cualquier medio frente a los que han de quedarse abajo, la evaluación será un sistema de selección (...) y de discriminación. Si (...) la sociedad es la cultura de la solidaridad y de la igualdad, la evaluación que se practica en la escuela tratará de ayudar a quienes no tienen medios convirtiéndose en un sistema nivelador y no alimentador de desigualdades.<sup>82</sup>

El alumno debe guiar nuestra enseñanza, según lo entendieran Karl Rogers, Ana María Do Vale, etc.; partiendo de sus saberes, los cuales son construidos y no dados, como lo entiende el constructivismo lógico de David Ausubel, y el social de Lev Vygotsky. También aquí puede hacerse el reemplazo del alumno por la Universidad.

### 6.3. REFERENTES TEÓRICO-JURÍDICOS

El ámbito jurídico, a lo largo de su historia, ha recorrido caminos de simplificación de su objeto de estudio al considerarlo sólo normas: leyes,

<sup>80</sup> Con respecto al interesantísimo debate entre Ferdinand Lasalle y Karl Marx, sobre la actitud a adoptar ante los intentos de modificación a los problemas sociales del siglo XIX: el acompañamiento (Lasalle) o la revolución (Marx), puede verse de este último, la obra *Crítica al programa de Gotha*, 1875.

<sup>81</sup> Sin olvidar a Paulo Freire.

<sup>82</sup> SANTOS GUERRA, Miguel Ángel, *Evaluar es comprender*, Buenos Aires, Magisterio del Río de la Plata, 1998, p. 50.

decretos, sentencias; en suma, lo que podemos ver en el Boletín Oficial, con posturas depuradoras como la de Hans Kelsen,<sup>83</sup> quien no consideraba a la sociología (jurídica) como parte del análisis del Derecho, ya que derivaba dicho estudio a las ciencias de la naturaleza, y consideraba a la justicia como un tema en donde predominaban las opiniones personales variables, y analizables sí por la política. Éste fue un intento, hijo de la modernidad, del empirismo y del contemporáneo logicismo o “giro lingüístico” en ciencias.

Pero nuestro contacto con la realidad nos muestra que las normas tienen un proceso que las genera y que fluye debajo de ellas, a la vez que son elaboradas generando beneficios y/o perjuicios; que tienen un camino de participación y audiencia de los interesados, o no; que gozan o no de aceptación en la sociedad, etcétera; y que sus soluciones pudieron existir de entre otras varias alternativas. Mientras que, todo esto que se da en el campo del “ser”, de lo que es, puede no coincidir con el ámbito del “deber ser”, del valor, más precisamente de la justicia: la especial exigencia que hace del Derecho una disciplina autónoma.<sup>84</sup>

Nuestra historia muestra innumerables casos de hechos o leyes injustas, desde la esclavitud, cuya abolición comienza con la Asamblea del año XIII que estatuyó la “libertad de vientres”, los decretos rosistas de censura a la libertad de expresión, la validación de la acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al primer golpe institucional (norma jurídica individual), las reformas constitucionales espurias en su procedimiento (1949 y 1957), las actas del Proceso de Reorganización Nacional, las disposiciones sobre incautación de fondos depositados en los bancos (1991 y 2001), las reformas “Blumberg” a los códigos del ámbito penal (2004), los decretos de reducción de sueldos a trabajadores pasivos y empleados públicos federales (fines de la década de los 90 y principios del siglo), y no olvidamos la ampliación del número de miembros de la citada Corte (1991); por mencionar solamente acontecimientos jurídicos

<sup>83</sup> Que no en vano desarrolló su pensamiento en Viena; ciudad que luego tomaría el nombre para designar al “Círculo”, donde desarrollarían su pensamiento epistemólogos verificacionistas y falsacionistas, bajo el abrigo del positivismo o empirismo lógico.

<sup>84</sup> Puede verse en este sentido a CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La autonomía del mundo jurídico y de sus ramas”, en *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, t. II, Rosario, FIJ, 1984.

de orden local. Todo lo cual exige el tratamiento del valor, de la justicia en el mundo del Derecho, y de los criterios en virtud de los cuales declaramos o producimos lagunas “dikelógicas”.

Ésta es la visión tridimensional, integradora, que construyera Werner Goldschmidt mediante la teoría trialista del mundo jurídico; y que actualmente sigue evolucionando con los aportes de Miguel Ángel Ciuro Caldani. Visión del objeto del Derecho que nos servirá de base para analizar en el fenómeno jurídico-educativo evaluador despliegues sociológicos, normológicos y axiológicos.

De acuerdo a la metodología cualitativa que me propongo desarrollar, puede ocurrir que dichas teorías no logren captar, comprender, la problemática estudiada; por lo que nada me impedirá crear, si no teorías, sí categorías de análisis nuevas, para reforzar aquéllas. Salvo que la incompatibilidad sea tan grave, que me vea en la obligación de sentar las bases de una teoría o programa nuevos.

## 7. OBJETIVOS DEL DISEÑO

Como objetivos inmediatos queremos transparentar el proceso de evaluación universitaria, y, en la medida en que debelemos quiénes se benefician y perjudican, qué valores están inmersos, quiénes participan, quiénes no participan, qué pautas se utilizan, qué efectos tiene la evaluación, qué se evalúa, etc., podremos democratizar el conocimiento. En tanto haya más voces que critiquen a la Universidad, más podrá mejorar a fin de incluir a todos aquellos que sientan ganas de cumplir en ella su proyecto vital.

Como objetivos mediatos, apuntamos a preguntarnos y reflexionar, respecto del papel de la Universidad en el mundo. Creemos que es el ámbito por excelencia de generación del conocimiento, que es el que puede permitir a los pueblos su mejoramiento y el de sus habitantes. Trataremos de investigar si esto es posible en función de los valores perseguidos por la CONEAU.

## 8. ASPECTOS DEL OBJETO DE ESTUDIO

Desde el punto de vista temporal nuestro estudio abarcará lo realizado desde la puesta en marcha del proceso de evaluación de la PUCA, y hasta la

actualidad, constituida por el proceso de evaluación de la UNR, que está en marcha; habiendo culminado la visita de los pares evaluadores al año 2005.

Desde el punto de vista espacial, el ámbito territorial de estudio se circunscribirá a la ciudad de Rosario.

Desde el punto de vista personal, se abordarán las Universidades rosarinas privadas Católica Argentina y Abierta Interamericana. Con respecto a esta última, sólo a través de la documentación.<sup>85</sup> Y la Universidad pública será la rosarina (UNR). Siempre con especial referencia a las facultades de Derecho.

## 9. DIMENSIÓN EPISTEMOLÓGICA. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

Utilizaré como marco teórico-jurídico a la teoría trialista del mundo jurídico, exponente en el Derecho de la complejidad de nuestros tiempos.

Con respecto a la educación, seguiremos el comprensivismo,<sup>86</sup> la metodología cualitativa, sin hipótesis prejuzgadas: “[...] se consigue una descripción más exacta si no se da por supuesto ningún aspecto de la escena social”.<sup>87-88</sup>

<sup>85</sup> Ya que nos es más difícil el acceso a documentos y pormenores de esta institución, por no formar parte de ella. Puede ser suficiente, a los efectos de la comparación entre una Universidad pública y otra privada, el material con que contamos de la UAI.

<sup>86</sup> “La etnografía admite (...) las experiencias subjetivas tanto del investigador como de los participantes, ofreciendo así una profundidad en la comprensión de la que carecen a menudo otros enfoques. Esta práctica facilita un control más consciente de los sesgos del observador y de la reactividad de los participantes. Los etnógrafos registran sus supuestos iniciales y sus reacciones subjetivas e informan (...) a sus lectores de sus preconcepciones y posconcepciones”. PREISSE GOETZ, Judith y Margaret D. LECOMPTE, op. cit., pp. 34 y 35. Puede verse al respecto los puntos 3, 4 y 6 del presente trabajo.

El investigador social tiene que comprender el significado de los datos del comportamiento o conducta social que observa y registra si quiere tratarlos como hechos sociales. Alcanza este género de comprensión mediante la descripción (interpretación) de los datos en términos de conceptos y reglas que determinan la “realidad social”. Sin la comprensión de las reglas de juego no hay comprensión del comportamiento en sociedad. MARDONES, J. M., y N. URSÚA, *Filosofía de las ciencias humanas y sociales. Materiales para una fundamentación científica*, México D. F., Coyoacán, 1999, ps. 147 y ss.

<sup>87</sup> PREISSE GOETZ y LECOMPTE, “Ethnographic research and the problem of data reduction” cit., p. 35.

<sup>88</sup> “La investigación etnográfica (...) [pretende] construir descripciones de fenómenos globales en sus diversos contextos y determinar, a partir de ellas, las complejas

[...] Los investigadores deductivos pretenden encontrar datos que corroboren una teoría, mientras que los investigadores inductivos intentan descubrir una teoría que explique sus datos. La investigación [...] inductiva empieza con la recogida de datos, mediante observación empírica o mediciones de alguna clase, y a continuación construye a partir de las relaciones descubiertas, sus categorías y proposiciones teóricas.<sup>89-90</sup>

Se tratará de hacer un abordaje filosófico, jurídico y educativo del tema; ya que sólo desde la integración y relación de distintos saberes es posible la aproximación al conocimiento. Sin descuidar el tratamiento introductorio y contextual histórico de la temática, ya que gracias a la historia nos evaluamos a través de una mirada alejada de los arrebatos de las discusiones.

Es interesantísima la relación que puede verse entre el problema planteado en el siguiente diseño que pregunta acerca de valores, y el método que señalan Arnal y otros al decir que la corriente crítica y su consiguiente patrón de investigación apuntan a “desvelar creencias, valores y supuestos que subyacen en la práctica educativa”.<sup>91</sup> Dice Alfred Schütz que el mundo social es siempre para el hombre un mundo con sentido estructurado significativamente.<sup>92</sup>

Asimismo resaltaré mi postura valorativa al final del camino, ya que toda investigación debería implicar una propuesta de cambio. Dice Marx en “La ideología alemana” que el hombre, a diferencia de los animales se crea a sí mismo continuamente;<sup>93</sup> culminando con una autorreflexión de la propia práctica, a la manera de un “autosocioanálisis”, en palabras de Pierre Bourdieu; una reflexión acerca de la manera en que se hace investigación.<sup>94</sup> Realizaremos nuestra propia autoevaluación epistemoló-

conexiones de causas y consecuencias que afectan al comportamiento y las creencias en relación con dichos fenómenos”, ídem, p. 29.

<sup>89</sup> Ídem, p. 30.

<sup>90</sup> “El etnógrafo, aunque entre sus fines últimos esté el descubrimiento de relaciones causales, evita normalmente asumir constructos o relaciones *a priori*”. Ídem, p. 33.

<sup>91</sup> ARNAL, Justo; Delio DEL RINCÓN y Antonio LATORRE, *Investigación educativa. Fundamentos y metodologías*, Buenos Aires, Labor, p. 36.

<sup>92</sup> MARDONES y URSÚA, op. cit., p. 169.

<sup>93</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco, *Introducción a Karl Marx, Manuscritos: economía y filosofía*, Barcelona, Altaya, 1993, p. 169.

<sup>94</sup> Puede verse en tal sentido a GUTIÉRREZ, Alicia, *Pierre Bourdieu. Las prácticas sociales*, Misiones, Universitaria, 1995.

gica, haciendo referencia a la medida en que se cumplieron las pautas investigativas, cómo lo fueron y qué cambios suscitaron en nosotros y el medio. Este último aspecto apunta a la intervención en la realidad, como lo plantean Marx e Ian Hacking.<sup>95</sup>

## 10. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

Trataré de seguir los pasos del llamado muestreo teórico, que es un:

(...) proceso de recolección de datos para generar una teoría por medio de la cual el analista a la vez recoge, codifica y analiza su información y decide qué datos escoger inmediatamente después y dónde encontrarlos, a fin de desarrollar su teoría tal como ésta va surgiendo.<sup>96</sup>

Los propios Glasser y Strauss también llaman la atención acerca de la interrelación que existe entre los pasos que analizamos *infra*,<sup>97</sup> de manera de no generar compartimentos estancos: "La investigación orientada a descubrir teoría (...) requiere que los tres procedimientos se realicen simultáneamente en el grado más completo posible porque (...) ésta es la operación subyacente cuando se genera teoría".<sup>98</sup>

Taylor y Bogdan llaman a este proceso que me propongo "observación participante", en la que la investigación involucra la interacción social entre el investigador y los informantes, recogiendo los datos de modo sistemático y no intrusivo.<sup>99</sup> Es interesante en este sentido resaltar una experiencia personal: al haber tomado conocimiento de la autoevaluación de la UNR, le manifesté mi interés al Vicedecano, quien es coordinador de la comisión de acreditación y evaluación de mi unidad académica y me permitió acercar propuestas, estando ya conformada la citada comi-

<sup>95</sup> *The Social Construction of what?*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, p. 177, citado por DATRI y CÓRDOBA, *El otoño de la epistemología. Imposturas epistemológicas* (en prensa), Neuquén, Ediciones "Marina Vilte" de CTERA, 2003, p. 77. MARDONES, J. M., y N. URSÚA, op. cit., p. 177.

<sup>96</sup> GLASSER, Barney G. y Anselm L. STRAUSS, *The discovery of grounded theory. Strategies for qualitative research*.

<sup>97</sup> Véanse los puntos 10.1 a 10.3.

<sup>98</sup> GLASSER, Barney G. y Anselm L. STRAUSS, op. cit.

<sup>99</sup> TAYLOR, S. J. y R. BOGDAN, *Introducción a los métodos cualitativos de investigación. La búsqueda de significados*, Buenos Aires, Paidós, 1986, p. 31.

sión. En esa oportunidad, sólo pude acceder a los documentos de la autoevaluación a través de mi profesor titular. Luego, fui propuesto para integrar un seminario-taller sobre la acreditación y la evaluación institucional, tendiente a formar equipos capacitados para dichos temas. Con lo que la investigación será más fructífera al estar involucrado en la temática a investigar.<sup>100</sup> De hecho, he planeado una serie de entrevistas, observaciones y documentos a recolectar, que se dan gracias a mi participación<sup>101</sup> en la escena evaluativa de la UNR.

En este sentido “los investigadores también se [sic] abrevan en su experiencia directa con escenarios, informantes y documentos, para llegar al sentido de los fenómenos partiendo de los datos”.<sup>102</sup>

### 10.1. RECOLECCIÓN

La encuesta sería un crimen metodológico, ya que implicaría que el sujeto se adapte a mi esquema de investigación, y en alguna medida estaría predeterminando el resultado de la investigación, siendo que la entrevista en profundidad me permitirá captar problemas, preguntas, aspectos del objeto de estudio, que podrían ser importantes, pero que lo “recortado” de las preguntas de una encuesta no me permitiría observar. Se apunta a una entrevista no estructurada, es decir, aquella en la que “(...) el plan de la entrevista se produce previamente y se va rectificando o aplicando en forma flexible durante las entrevistas”.<sup>103</sup> Siguiendo a lo resaltado por Saltalamacchia, pienso que es mejor un plan abierto debido a que es posible: a) Poder captar lo imprevisto; b) dar

<sup>100</sup> Sin dejar de destacar la parcialidad que podría implicar esta situación. Aunque de otra forma, me sería difícil acceder al material de trabajo importante para mi investigación.

<sup>101</sup> La implicación supone participar en la vida social y compartir las actividades fundamentales que realizan las personas que forman parte de una comunidad o de una institución. “(...) requiere un cierto aprendizaje que permita al investigador desempeñar el doble rol de observador y participante. No obstante, el esfuerzo invertido está suficientemente compensado con la calidad de la información que se obtiene con este procedimiento”. RODRÍGUEZ GÓMEZ, Gregorio, Javier GIL FLORES y Eduardo GARCÍA GIMÉNEZ, *Metodología de la investigación cualitativa*, Málaga, Aljibe, 1996, p. 165.

<sup>102</sup> TAYLOR, S. J. y, R. BOGDAN, op. cit., p. 159.

<sup>103</sup> SALTALAMACCHIA, Homero R., *El proyecto de investigación: su estructura y redacción* cit., p. 30.

margen a lo no conocido; c) dar participación al investigado, si es a comprenderlo a lo que se apunta; d) dar mayor autenticidad en las respuestas de aquél, y e) permitir una mayor profundización en la investigación. Trataré de hacer lo que se denomina “una selección de casos utilizando rasgos de grupos, situaciones, personas, definidos teóricamente como adecuados a los propósitos del estudio (muestreo intencional) (...)”.<sup>104</sup>

Como una primera aproximación podré dar los siguientes disparadores de una entrevista, mediante estas preguntas: ¿qué es la docencia?, ¿qué es la investigación?, ¿qué es la extensión?, ¿qué es el conocimiento?, ¿qué es una profesión universitaria?, ¿qué es la evaluación?, ¿qué es la Universidad? Para de esta manera, poder extraer futuros elementos de cuestionamiento a otros actores.<sup>105</sup> Pudiendo profundizar en tanto los protagonistas mencionen sus valoraciones sobre dichas expectativas.<sup>106</sup> Apunto a seleccionar a aquellas personas que cumplan roles claves en los distintos aspectos de la evaluación, y que no necesariamente coincidan con mi visión. Para ello, nada me impedirá entrevistar a profesores de distintas cátedras,<sup>107</sup> aunque siempre en la medida de lo posible.

En cuanto al objeto de mi investigación, la tarea se verá facilitada por la relativa<sup>108</sup> “objetividad” de ciertos datos, dada por su manifestación escrita (documentación); como los informes de autoevaluación, donde las universidades exponen sus criterios de evaluación, y los tra-

<sup>104</sup> SAUTU, Ruth, *Todo es teoría. Objetivos y métodos de investigación*, Buenos Aires, Lumiere, 2003, p. 20.

<sup>105</sup> “Hasta que no entramos en el campo, no sabemos qué preguntas hacer ni cómo hacerlas. En otras palabras, la imagen preconcebida que tenemos de la gente que intentamos estudiar puede ser ingenua, engañosa o completamente falsa”. TAYLOR, S. J. y R. BOGDAN, *Introducción a los métodos cualitativos de investigación. La búsqueda de significados*, Buenos Aires, Paidós, 1986, p. 32.

<sup>106</sup> “Inicialmente, los investigadores de campo formulan preguntas como para permitir que la gente hable sobre lo que tiene en mente y lo que la preocupa sin forzarla a responder a los intereses, preocupaciones o preconcepciones de los observadores”. TAYLOR, S. J. y R. BOGDAN, op. cit., p. 69.

<sup>107</sup> Los llamados “casos negativos” de la inducción analítica, que son los que refutan la hipótesis. Véase a TAYLOR, S. J. y R. BOGDAN, op. cit., p. 156.

<sup>108</sup> “(...) estos documentos deben ser examinados no como datos ‘objetivos’, sino para que ayuden a comprender los procesos organizacionales y las perspectivas de las personas que los han escrito y que los emplean, y también para alertar al investigador respecto de líneas fructíferas de indagación”. TAYLOR, S. J. y R. BOGDAN, op. cit., p. 92.

bajos de circulación “interna” sobre criterios de calidad que expone CONEAU. A este fin también tendremos en cuenta el informe de los pares evaluadores de la UAI del año 2003.<sup>109</sup>

Quedará la tarea de agrupamiento de los datos, a fin de compararlos, comprenderlos, y, por qué no, generalizarlos, elaborando enunciados causales. Es aquí donde pueden complementarse los aportes de la metodología cualitativa y la cuantitativa.

En el caso de la evaluación universitaria, con la ayuda de la historia, que nos permite ver las condiciones sociales en las que se originó, podemos concluir en que un simple análisis cuantitativo,<sup>110</sup> como el promedio de retención de estudiantes de las universidades, el promedio de egreso de sus estudiantes en función de los que ingresan, el promedio de duración de la carrera, nada nos dice acerca de quiénes ingresan, por qué ingresan, con qué grado de motivación ingresan, en qué condiciones estudian, etcétera. Ya que no es lo mismo un estudiante que trabaja que uno que no lo hace,<sup>111</sup> en orden al tiempo que necesita para egresar, y tampoco se muestran las razones por las cuales no se aprueban los exámenes de ingreso.

En Argentina el sistema universitario crece cuantitativamente, ya que ha aumentado el número de universidades, pero debemos conocer quiénes están en condiciones de ingresar y los tipos de trabas que la propia Universidad pone, a la vez que encontrar mecanismos que también develen la forma de enseñanza-aprendizaje; los fines que persiguen las universidades al estudiar el perfil del graduado que proponen; las con-

<sup>109</sup> Y que figura en la página de internet de la CONEAU.

<sup>110</sup> Y tomando como ejemplo al estudiantado.

<sup>111</sup> “(...) importa tener en cuenta que la lentitud en los estudios no implica necesariamente deficiente formación y puede corresponder a alumnos que, por diversas *condiciones vitales*, son marginales del marco “central” universitario, del marco social más próximo a la universidad, incluso a los grupos sociales dominantes. Los alumnos que ponen a los docentes en el grave riesgo de caer en la rutina no son los que estudian profundamente con su propio ritmo, sino los que reiteran exámenes carentes de nivel adecuado. Una visión humanista de la Universidad nos lleva a recomendar que su alto nivel se dé a cada uno en el ritmo que le sea adecuado”. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Programa de las cátedras “A” y “E” de “Introducción al Derecho”*. *Fundamentación*, digitalizado, por atención del autor.

diciones en las cuales influye la burocracia universitaria en la toma de decisiones, y la relación de la investigación con la docencia y la extensión.

La metodología cualitativa no trata mayormente de concentrar mismas unidades a fin de generalizar, sino de tomar casos significativos y de compararlos. No “direcciona” su investigación arbitrariamente mediante hipótesis, sino que apunta a la diferencia, a la diversidad en la comunidad. Además, puede ocurrir que no necesitemos tomar muchas unidades de análisis a los fines del ulterior agrupamiento, sino que encontremos en la entrevista a personas que, habiendo pasado por el proceso de evaluación, nos resulten tan importantes, que ameriten una profundización de su relato; lo que no es permitido por un modelo cuantitativo de investigación. Y puede darse que en otra entrevista encontremos una opinión completamente contraria que amerite también su profundización. Y en este caso no hay valores<sup>112</sup> de variables<sup>113</sup> como “bueno”, “malo”, etcétera. Ya que los propios entrevistados nos darán las variables y valores.

Difícilmente nos planteemos la implementación del diseño a la manera de la investigación cuantitativa. Pero sí aplicaremos pautas cualitativas a otras investigaciones cuantitativas que incorporemos a nuestra investigación. Por ejemplo, si nos enfrentamos a documentos elaborados que muestren indicadores cuantitativos, como un informe de evaluación de una Universidad, le preguntaremos por causas, razones, alternativas, investigadores participantes, calidad de los entrevistados, etcétera.

Ya tenemos en mente a personas que están a favor de la evaluación, que pertenecen a ambas universidades, que sólo pertenecen a una, y a aquellos que están en contra.

<sup>112</sup> “Los valores son la variedad de estados posibles que ofrecen las variables”. SAMAJA, Juan, *El proceso de la ciencia. Una breve introducción a la investigación científica*, Buenos Aires, Dirección de Investigaciones de la Facultad de Arquitectura, Diseño y Urbanismo de la UBA, 1993, p. 41.

<sup>113</sup> Las variables son aquellos atributos, relaciones o contextos que vamos a seleccionar como relevantes para describir nuestras unidades de análisis (...) toda variable es un criterio de clasificación que se emplea para clasificar las unidades de análisis (...) [Una clasificación] es una forma “de describir toda una gama de situaciones”. SAMAJA, Juan, *El proceso de la ciencia... cit.*, p. 40.

El final de la recolección de datos estará dado por la llamada saturación teórica, que significa:

(...) que no se hallará ninguna información adicional por medio de la cual el (...) [investigador] pueda desarrollar propiedades de la categoría. Al ver instancias similares una y otra vez el investigador adquiere confianza empírica de que una categoría está saturada.<sup>114</sup>

Otra importante técnica sería la observación. Ya que puede obtenerse información de la simple contemplación de conductas de los actores.<sup>115</sup> Y una de las formas de comunicación es el lenguaje no verbal, sino gestual. Este método nos servirá si nos es posible acceder a clases de algunos docentes, jornadas académicas como congresos, conferencias, en donde podamos acceder a la investigación, a la contemplación de alumnos, profesores, administrativos, investigadores, cuando interactúan en la Universidad.

El cotejo entre la documentación escrita, las entrevistas en profundidad, y la mera observación, permitirán validar la confiabilidad de los datos, y por ende, la validez de las conclusiones. Es lo que se llama triangulación:

(...) la combinación en un estudio único de distintos métodos o fuentes de datos (...) la triangulación suele ser concebida como un modo de protegerse de las tendencias del investigador y de confrontar y someter a control recíproco relatos de diferentes informantes.<sup>116</sup>

## 10.2. CLASIFICACIÓN

En una segunda etapa sobreviene el agrupamiento de los datos recabados a fin de clasificarlos. Es el llamado “procesamiento de los datos”, en donde se sintetizan y ordenan los mismos, a fin de interpretarlos luego.<sup>117</sup>

<sup>114</sup> GLASSER, Barney G. y Anselm L. STRAUSS, op. cit.

<sup>115</sup> “La investigación cualitativa puede realizarse no sólo preguntando a las personas implicadas en cualquier hecho o fenómeno social, sino también observando (...) La observación permite obtener información sobre un fenómeno o acontecimiento tal y como éste se produce”. RODRÍGUEZ GÓMEZ, Gregorio, Javier GIL FLORES, y Eduardo GARCÍA GIMÉNEZ, *Metodología de la investigación cualitativa*, Málaga, Aljibe, 1996, p. 149.

<sup>116</sup> TAYLOR, S. J. y R. BOGDAN, op. cit., p. 92.

<sup>117</sup> SALTALAMACCHIA, Homero R., op. cit., p. 36.

Puede ayudar “buscar palabras y frases del propio vocabulario de los informantes que capten el sentido de lo que ellos dicen o hacen”.<sup>118</sup>

En todo ese proceso, además de codificar, el investigador debe ir anotando las preguntas o las intuiciones y certezas que vaya adquiriendo durante el trabajo, de manera que éstas no se pierdan y enriquezcan el trabajo posterior. En todo el trabajo se va produciendo un constante trabajo de integración (...) el analista hará permanentes conjeturas sobre las posibles relaciones existentes entre los códigos que se han ido desarrollando y sobre las posibles distinciones que se puedan establecer (...).<sup>119</sup>

### 10.3. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

Sin perjuicio de que “la recolección y el análisis de los datos van de la mano”,<sup>120</sup> he aquí donde se tratará de encontrar un sentido de lo recabado. Se apuntará a una unificación de lo disperso; lo cual no significa que se lo logre, ya que podemos llegar a la conclusión de que simplemente el proceso de evaluación sólo sirve para mantener una fuente de trabajo de los empleados de CONEAU, por ejemplo. Se tratarán de ver los significados y contornos del material explorado.<sup>121</sup>

Una estrategia interesante es la comparación de los datos recabados, en función de las clasificaciones efectuadas. “Los etnógrafos (...) aspiran a la comparabilidad y traducibilidad de los descubrimientos, en lugar de pretender la transferencia directa de los resultados a grupos no investigados”.<sup>122</sup>

Compararemos los resultados obtenidos de todas las estrategias de investigación de ambas universidades; tarea que se hará constantemente; de ahí la denominación del método como comparativo-constante, ya que:

(...) la crítica se debe beneficiar de una constante comparación entre los resultados logrados en el análisis y las categorías previamente existen-

<sup>118</sup> TAYLOR, S. J. y R. BOGDAN, op. cit., p. 163.

<sup>119</sup> SALTALAMACCHIA, Homero R., op. cit., p. 39.

<sup>120</sup> TAYLOR, S. J. y R. BOGDAN, op. cit., p. 158.

<sup>121</sup> SALTALAMACCHIA, Homero R., *El proyecto de investigación: su estructura y redacción* cit., p. 37.

<sup>122</sup> PREISSE GOETZ, Judith y Margaret D. LECOMPTE, op. cit, p. 34.

tes pero también con los resultados logrados en nuevas entrevistas. Ese trabajo permite que en cada momento se alcance un nuevo estadio en la indagación que hace posible el ir afinando el trabajo previamente hecho.<sup>123</sup>

En este sentido, la pertenencia pública y privada de las universidades puede ser un buen criterio de diferenciación a los fines de la comparación. La importancia del llamado método comparativo está dada porque:

(...) gente diferente en distintas posiciones puede ofrecer como “hechos” información muy diferente sobre el mismo tema, y aquella información varía considerablemente al hablar con diferentes personas. Además, la información misma puede estar cambiando continuamente a medida que el grupo cambia, y diferentes documentos sobre el mismo tema pueden ser bastante contradictorios.<sup>124</sup>

## 11. ENSAYO INVESTIGATIVO CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO

En el marco de la mejora de la enseñanza, el aprendizaje, y la investigación es que creo válida la evaluación. Los criterios de calidad que debería aceptar la CONEAU, serían en mayor medida cualitativos, y no cuantitativos. El único límite de la Universidad debe ser el del espíritu científico dice Carlos Krotsch, y no los que impone la lógica del mercado. Y para mejorar aquél debe “autoevaluarse” la Universidad.

A continuación expongo las propuestas que considero adecuadas a este marco de pensamiento. Se toman como base las categorías que expone la Ley de Educación Superior sobre los principalísimos ítems a evaluar: docencia, investigación, extensión y gestión<sup>125</sup> y un trabajo de circulación interna sobre criterios de calidad de la CONEAU, que puede consultarse en su página web: [en línea] <[www.coneau.gov.ar](http://www.coneau.gov.ar)>.

<sup>123</sup> SALTALAMACCHIA, Homero R., *El proyecto de investigación: su estructura y redacción* cit., p. 38.

<sup>124</sup> GLASSER, Barney G. y Anselm L. STRAUSS, op. cit.

<sup>125</sup> Este aspecto sólo para el caso de las universidades públicas, y a fin de no atentar contra la libertad de empresa.

### 11.1. *DOCENCIA*

En cuanto a la relación entre las carreras dictadas y los propósitos de la institución se habla de una relación que debe existir entre los objetivos que pretende alcanzar la institución, sus fines, y los perfiles de profesionales que pretende lograr a través de las carreras que establece. Lo cual da cuenta de un proyecto educativo institucional, con todas las ventajas que la planificación implica. Es importante en este sentido revisar la existencia de un proyecto educativo institucional en el ámbito de la Universidad y proyectos académicos en cada Facultad.

La flexibilidad del currículo atiende a la necesaria profesionalidad del papel del docente, si se concibe al currículo como un proceso de investigación en la acción, y como el diseño de una planificación sujeta a las particularidades del alumnado. Lo cual da cuenta de la apertura hacia los interlocutores de los docentes, que son los alumnos. Si tomamos a ellos como eje del proceso de enseñanza-aprendizaje, sus inquietudes y necesidades deben hacernos rediseñar nuestra planificación. A la vez que internaliza la posibilidad de la actualización de los contenidos disciplinares.

La exigencia de la revisión de los programas da cuenta de la existencia de una actualización, una adaptación a las exigencias cotidianas. Dinamismo que es consecuencia de un no estancamiento en pos del mantenimiento del acto de pensar. Esto no debe hacernos olvidar a aquello que no cambia tan rápidamente, que permanece en un tiempo/espacio, y que son los valores. Su funcionamiento depende de la jerarquía que establezcamos; pero para ello es necesario el proceso de autoevaluación, para clarificar nuestros anhelos y deseos sobre lo que debe ser la función de la Universidad.

La docencia sin la investigación es equivalente a la muerte de la docencia misma, que debe tratar de mejorarse continuamente, en la actualización de los contenidos y en la forma de enseñanza. Todo lo cual se relaciona con nuestra adecuación a las necesidades e intereses de nuestros alumnos. La idea es desarrollar una permanente revisión de la práctica docente, generando una actitud reflexiva, crítica y transformadora de dicha práctica. Por medio de la investigación el profesor puede cons-

truir modelos alternativos para comprender el propio trabajo y el trabajo de los alumnos. Ya Goldschmidt lo entendía de esta forma:

(...) se ha creado una "ideología" de acuerdo a la cual la capacidad de enseñar y la de investigar se hallan en razón inversa: Quien investiga, es totalmente incapaz de comunicar lo que sabe; quienes jamás han llevado a cabo la más mínima investigación, han recibido un don divino especial de ejercer la docencia. Para los positivistas no hay diferencia fundamental entre colegios primarios y secundarios, por un lado, y universidades, por el otro. En todo establecimiento educacional se transmiten conocimientos de profesor a alumno, pero los positivistas olvidan que los conocimientos a fin de poder ser transmitidos, han de haberse elaborado en alguna parte.<sup>126</sup>

...Las universidades son centros de investigación, y los profesores universitarios no se limitan a transmitir conocimientos sino que se esfuerzan en contagiar a los discípulos espíritu y técnicas de la investigación (...) El progreso de la humanidad y de cada país depende hoy en día en gran parte del avance de la investigación. He aquí la razón por la cual un error sobre la misión de la Universidad puede resultar fatal.<sup>127</sup>

Gimeno Sacristán concibe al docente como productor de conocimientos y no como mero consumidor y transmisor dedicado a la implementación de conocimientos producido en otros espacios.<sup>128</sup>

La mayoría de las estrategias manejan la concepción de que el proceso correcto en la práctica del *currículum* es elaborar primero un *currículum* y luego pretender una aplicación exacta del *currículum* original, logrando todo lo que éste se propuso (...) Para Stenhouse, el *currículum* no debe proponerse tener éxito, sino promover el desarrollo del profesor (...) [para] que pueda enfrentarse con nuevos problemas. Su idea de *currículum* como problemático es equivalente a definirlo como hipotético, esto es, que obliga al profesor a explorar estrategias para resolver los

<sup>126</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 105.

<sup>127</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, op. cit., p. 106.

<sup>128</sup> Siempre dentro de un marco de contenidos mínimos. TRAVERSO, Carmen, Luis CASTRO PAREDES, y otros, *Apuntes para la elaboración del proyecto curricular institucional en Serie de documentos "Transformación Educativa basada en la Escuela"*, Documento 4, Ministerio de Educación de la Provincia de Santa Fe, p. 40.

problemas que le plantea, en vez de (...) defenderse de las imposiciones o a devaluar las pretensiones.<sup>129</sup>

Se trata de lo que Stenhouse llama investigación en la acción. Y es lo que plantea Francisco García Pérez en "Modelo didáctico de investigación en la escuela".<sup>130</sup> "Tal forma de concebir el papel del profesor en el desarrollo del *currículum* requiere (...) la flexibilidad en la forma de llevar a cabo un proyecto y (reconocer) la capacidad de experimentación de los profesores".<sup>131</sup>

La existencia de las "clases prácticas" por asignatura es una forma de resaltar la importancia de los procesos complejos en los alumnos.

No se parte de un concepto de sujeto de aprendizaje pasivo, receptivo, capacitado innatamente con diversas aptitudes, o con mayor o menor inteligencia. Subyace a dichas prácticas evaluativas, una concepción de aprendizaje receptivo, que pone énfasis en el desarrollo de la memoria mecánica; de manera que la tarea de la evaluación sería recabar los datos acumulados. Éste es el modelo de aprendizaje bancario descrito por Paulo Freire.<sup>132</sup>

Debe requerirse que el alumno aplique la información contenida en la bibliografía a un contexto real para una aplicación práctica: los llamados contenidos procedimentales; a la vez que elaboraciones personales sobre la base de la reflexión y la crítica. Lo cual denota la realización de actividades mentales que requieren un previo manejo de los conocimientos y la realización de estrategias cognitivas cuya utilización le servirá para aplicar a otros contextos de conocimiento y que son la llave para seguir aprendiendo a aprender.<sup>133</sup> "Sin perjuicio de los cauces for-

<sup>129</sup> CONTRERAS DOMINGO, José, *Enseñanza, currículum y profesorado. Introducción crítica a la didáctica*, Málaga, Akal, 1995, p. 220.

<sup>130</sup> En *Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales*, nro. 207, Barcelona, 2000, [en línea] <<http://www.ub.es/geocrit/b3w-207.htm>> [consulta: 30 de noviembre de 2002].

<sup>131</sup> CONTRERAS DOMINGO, José, op. cit., p. 221.

<sup>132</sup> SANJURJO, Lilibiana y María Teresita VERA, *Aprendizaje significativo y enseñanza en los niveles medio y superior*, Rosario, HomoSapiens, 1994, p. 31.

<sup>133</sup> El socrático "saber que no se sabe" es tomado como el punto de partida constantemente renovado del pensamiento filosófico y científico e incluso de la actitud ante la vida. La *capacidad crítica y constructiva* será permanentemente promovida. Al fin, es relevante el "saber-saber". CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Programa de las cátedras "A" y "E" de "Introducción al Derecho"*. *Fundamentación* cit. Los resaltados no nos pertenecen.

males, la *evaluación* se orientará a un desarrollo permanente y se dirigirá a apreciar aptitudes y no sólo conocimientos, la maduración para *saber saber*, más que el saber establecido".<sup>134</sup> El manejo de la información aplicándola a la resolución de problemas y su relación con otros contextos de aplicación son dos operaciones que revelan comprensión; porque es en la aplicación de la información donde puede observarse el entendimiento, en el proceso dinámico de manipulación del conocimiento...

En este sentido, en nuestra Facultad de Derecho, es una pena que no sean obligatorias las asistencias a clases prácticas y que no se regularicen todas las materias sobre la base de actividades prácticas.<sup>135</sup> Tampoco se aprovecha el caudal de Jefes de Trabajos Prácticos con que cuenta nuestra institución, que muchas veces cumplen funciones relacionadas con las clases teóricas, en vez de hacer honor a su denominación.

En cuanto a la referencia a los métodos de enseñanza y aprendizaje y la evaluación de los alumnos, aquí se resalta la necesidad de la profesionalidad docente. La docencia, como cualquier otra disciplina, es una profesión con contenidos propios; y aquellos que se quieran dedicar a su ejercicio deben tener la habilitación correspondiente, así como el abogado debe cursar la carrera de abogacía, y el médico la de medicina, el docente debe cursar su carrera en cualquiera de las modalidades que brindan las ciencias de la educación: licenciaturas, posgrados, carreras de grado.

Nos dice Manuel Álvarez que vivimos en una época en la que diversos factores inciden en el proceso de enseñanza-aprendizaje: el punto de vista económico, el cambio sufrido en la familia, las nuevas tecnologías de la información, la cultura urbana (pp. 125-128); lo cual exige un conocimiento que va más allá de la profesión de base de quienes "de hecho" se "encargan" de la docencia sin la titulación correspondiente. El profesional necesita capacitación para ser un transmisor/constructor de los conocimientos, ser un organizador del aprendizaje, saber ser miembro de un equipo integrado en un proyecto de colaboración, y saber ser

<sup>134</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *ibidem*.

<sup>135</sup> Lo cual deberá ser revertido en un futuro sobre la base de la categórica afirmación de la Ley de Educación Superior: "Los planes de estudio deberán tener en cuenta los contenidos curriculares básicos y los criterios sobre intensidad de la *formación práctica* que establezca el Ministerio de Cultura y Educación, en acuerdo con el Consejo de Universidades" (art. 43). El resaltado es nuestro.

investigador; a la vez que es responsable de la socialización del alumno, de la orientación académica profesional, impulsor de un comportamiento deseado, e inductor de conductas proactivas ante conductas de riesgo (pp. 128-129).<sup>136</sup> Un docente debe ser claro en sus explicaciones, debe mostrar entusiasmo en su trabajo, motivar a sus alumnos, interaccionar con ellos, ser un excelente conferencista no basta, a la vez saber constituirse en la autoridad del curso (pp. 131-132). Lo cual requiere competencias como intelectual, como docente, como líder (pp. 132-133). Llevado al aula, se requiere: carisma, atención personal, estimulación intelectual, motivación por el logro, y tolerancia (pp. 135-136).<sup>137</sup>

Con respecto a las carreras a distancia, deben verse como una modalidad excepcional dentro del principio de la modalidad presencial. Por lo que se recomienda su no existencia en forma pura.

No es una incursión en la ciencia-ficción el prever para esta educación transmisora, a la que Paulo Freire propuso en feliz analogía denominar "bancaria", la adopción del cajero automático evaluador: el estudiante acudirá al centro receptor más próximo a su domicilio y con el "menú de opciones" en pantalla digitará en el teclado la respuesta escogida debidamente codificada; al cabo de unos instantes la máquina devolverá el resultado del examen, el que al mismo tiempo quedará automáticamente registrado por línea en la cuenta corriente de sus créditos de estudio.

La educación individuada que de hecho se imparte actualmente en la mayor parte de los centros de enseñanza presencial y de pleno derecho en los programas a distancia prescinde –porque no le asigna valor– de la expresión del estudiante; es consciente o inconscientemente inhibidora de la expresión. La enseñanza homogeneizada no requiere prácticamente que el estudiante hable y exprese un pensamiento propio, oralmente ni por escrito. Tampoco tiene con quién hacerlo: se halla durante todo –o casi todo– el proceso recluso en soledad.

Aun cuando el sistema consienta excepcionalmente en incluir la redacción de textos monográficos por parte del estudiante y no sólo el rellenado de tests codificados, ¿qué estímulo representa para éste el escribirlos para un único –y por añadidura remoto y desconocido– destinatario y

<sup>136</sup> *El liderazgo educativo y la profesionalización docente*, Buenos Aires, Consudec, 1999.

<sup>137</sup> ÁLVAREZ, Manuel, *El liderazgo educativo y la profesionalización docente* cit.

recibirlos al cabo de algún tiempo con una nota de calificación o a lo más con un escueto comentario?<sup>138</sup>

Preciso es puntualizar que, en varias ocasiones, la situación no es hoy sustancialmente diferente en la modalidad presencial prevaleciente, en la cual el alumno tiene pocas oportunidades de expresarse oralmente ante docentes meramente expositores, o que, en el peor de los casos, exponen y no permiten la expresión por escrito del estudiante más que en el examen final. Muy difícilmente se desarrollará así su gusto y su pasión por expresarse.

Las consecuencias para la formación de las personas de una modalidad de enseñanza que al centrarse casi exclusivamente en esta “comunicación del receptor consigo mismo” excluye el ejercicio de la autoexpresión como componente esencial de ese proceso. Sin expresión no hay educación (...) La capacidad expresiva significa un dominio del tema y de la materia discursiva. Y se manifiesta a través de la claridad, coherencia, seguridad. Una educación que no pasa por la rica y constante expresión de sus interlocutores sigue empantanada en los viejos moldes de la respuesta esperada de los objetivos sin sentido (Prieto Castillo-Gutiérrez, 1991).

Para Vygotsky:

El desarrollo del pensamiento está determinado por el lenguaje (...) El desarrollo de la lógica es una función directa del lenguaje socializado (...) El crecimiento intelectual depende del dominio de los mediadores sociales del pensamiento, esto es, del dominio de las palabras: el lenguaje es la herramienta lingüística del pensamiento. Las categorías de estructuración del pensamiento “no proceden de una lógica mental interior sino de las exigencias del discurso y del intercambio” mediante los cuales el ser humano se apropia de los signos culturalmente elaborados –palabras– que le hacen posible a la vez comunicarse y representar los objetos, esto es, pensar. Así, sólo por el lenguaje y su ejercicio se accede a la facultad de abstracción que denominamos pensamiento. La palabra, símbolo mediador representativo, unidad de la abstracción y de la con-

<sup>138</sup> KAPLÚN, Mario, *Del educando oyente al educando hablante. Perspectivas de la comunicación educativa en tiempos de eclipse*, [en línea] <<http://www.felafacs.org/dialogos/pdf37/2Kaplun.pdf>> [consulta: 21 de febrero de 2002].

ceptualización, es una generalización que “como tal pertenece tanto al dominio del lenguaje como del pensamiento, es tanto pensamiento como habla”. De este modo el lenguaje, cuya función primaria es la comunicación y se adquiere en el intercambio social, entra en una indisoluble relación con la capacidad de generalización que se halla en la base de la actividad pensante (Vygotsky<sup>139</sup>, 1934).<sup>140</sup>

Es importante considerar la implantación de las *tutorías* en el ámbito de la Universidad. De esta manera puede orientarse al alumno para que determine un perfil de graduado, realizar un seguimiento de conjunto de los aprendizajes de los estudiantes para detectar necesidades especiales: clases compensatorias, con el fin de ofrecer respuestas oportunas y acudir a la búsqueda de apoyos específicos, y promover la utilización de técnicas de estudio efectivas que permitan optimizar el proceso de enseñanza-aprendizaje.

Con respecto a la “inserción laboral del graduado”,<sup>141</sup> es un ítem que se relaciona con el grado de consecución de los objetivos de la Universidad, en la medida en que conlleva en su seno a estudiantes comprometidos vocacionalmente. La vocación por el trabajo elegido se relaciona con la inserción laboral, en tanto tiene más posibilidades de éxito laboral quien tiene mayor vocación. También es importante que

<sup>139</sup> Frente a teóricos como Vygotsky para los que el lenguaje internalizado es lo que constituye el pensamiento, para Piaget el pensamiento es una actividad mental simbólica que puede operar con palabras pero también con imágenes y otros tipos de representaciones mentales. El pensamiento se deriva de la acción porque la primera forma de pensamiento es la acción internalizada. FAIRSTEIN, Gabriela, “La Teoría de Piaget y la Educación. Medio Siglo de Debates y Aplicaciones”, en *Pedagogías del siglo XX para el siglo XXI*, edición al cuidado de J. Trilla, 2001, [en línea] <<http://www.riocarretero.net>> [consulta: 29 de octubre de 2002].

<sup>140</sup> KAPLÚN, Mario, op. cit. Acerca de Vygotsky puede verse también, Ivic, Iván, “Lev Semionovich Vygotsky”, en *Perspectivas: revista trimestral de educación comparada*, Unesco, Oficina Internacional de Educación, París, vol. XXIV, nros. 3-4, 1994, pp. 773-799, [en línea] <<http://www.ibe.unesco.org/International/Publications/Thinkers/ThinkersPdf/vygotskys.PD>> [consulta: 26 de octubre de 2002].

<sup>141</sup> Preferimos con Miguel Ángel Ciuro Caldani, el término graduado, y no egresado, ya que el primero “(...) se mantiene (...) integrado (...) en el vivir universitario y en especial en el proceso de educación permanente evitando la ‘expulsión’ cultural que suele producirse al final de las Carreras. Los niveles educativos ‘primario’ y ‘secundario’ transfieren la continuación del proceso educativo, la Universidad como nivel superior ha de hacerlo continuado”. *Doctorado, Universidad y Derecho* cit., p. 104.

puedan brindarse al estudiante las incumbencias de su futuro título en orden a “informar” a la motivación.

Para estos fines es importante establecer una “instancia de confrontación vocacional”,<sup>142</sup> pero no con la intención de restringir el acceso de futuros estudiantes (visión económico-utilitaria), sino para lograr que formen parte de la Universidad aquellos que realmente tengan vocación por los estudios de alto nivel. Para tener estudiantes motivados y responsables de su misión, debe organizarse un ciclo a dictarse en el último año del nivel educativo inmediato anterior al universitario, donde se muestren las incumbencias del título profesional de que se trate, el o los perfiles del graduado, los objetivos de la institución en función de las metas propuestas y una sucinta exposición de los contenidos de las materias de la carrera; a la manera de un preingreso.<sup>143</sup> Estas instancias se encuentran relacionadas con la motivación intrínseca de los estudiantes, que es mejor “filtro” que un examen eliminatorio que genera motivación extrínseca,<sup>144</sup> y por ende, superficial, en la medida en que pueden tenerse en una carrera alumnos cumplidores, que por el mero hecho de superar el examen ingresen a la carrera equivocada, ya que se miden conocimientos, en vez de orientar en la vocación. “Los exámenes son antieducativos porque reemplazan la motivación intrínseca de aprender para la vida, por la motivación para aprender al corto plazo con el único objetivo de aprobar los exámenes”.<sup>145</sup> Al fin, se haga lo que se haga, el problema vocacional aflorará tarde o temprano; aunque el estudiante habrá perdido valioso tiempo en una carrera que no era “su” carrera.

<sup>142</sup> Sólo tomamos de su homónimo en la carrera de “Medicina” de la UNR el nombre, mas no su plan, implementación y eventuales críticas. Creemos en un espacio en donde se pueda informar a los fines de desarrollar la vocación. Se tratará de “llamar” a los alumnos hacia el derecho mostrando sus contenidos.

<sup>143</sup> Luego, para aquellos decididos, se pasará a una etapa siguiente en donde serán informados sobre los contenidos de la carrera propiamente dicha, de la Universidad y de herramientas de estudio mediante un “Curso introductorio”. La ventaja de la instancia de confrontación vocacional está dada por el hecho de no perder el año si se juntaran la instancia vocacional con la instancia de introducción a la carrera de que se trate a comienzos del año y una vez finalizada la enseñanza media.

<sup>144</sup> Para una conceptualización de las motivaciones véase el pto. 3.3.

<sup>145</sup> PALOU DE MATÉ, María del Carmen, *La evaluación de las prácticas docentes y la autoevaluación* cit., p. 101.

Algunos indicadores y variables analizadas sólo toman en cuenta al alumno como consumidor que debe estar bien informado sobre distintos aspectos cuantitativos. Pero esta "lógica del mercado" no da espacio para el análisis de la "lógica del aprendizaje", que mira a la existencia de procesos cognitivos en los alumnos, y a la calidad de éstos, si es que se realizan; a la vez que se necesita del análisis de todas las variables que hagan a un proceso constructivista de los conocimientos. No he visto indicadores que expresen el criterio calidad del aprendizaje en este sentido.

No se exige el análisis de las calidades de operaciones mentales que utilizan los alumnos a la hora de manejar el conocimiento. No llega a ser suficiente el ítem "Métodos de enseñanza y aprendizaje. Adecuación a contenidos. Asesoramiento pedagógico", frente a la gran cantidad de ítems que hacen referencia a aspectos cuantitativos en la evaluación universitaria.

No se observa fomentar la interdisciplina en la formación de los profesores, ni la promoción de equipos formados por distintos profesionales con la coordinación de un profesor-investigador de marcada trayectoria.

Con respecto al cuerpo docente, debe aumentarse la dedicación y fomentar la "instalación" de profesores en la Universidad, es decir, sustituir el nombramiento de profesores por horas cátedra por profesores nombrados por tiempo completo en un establecimiento; incluyendo dentro del tiempo completo las tareas de: dictado de clases, apoyo estudiantil, perfeccionamiento docente, tutorías, etcétera.<sup>146</sup> De esta forma, el docente se siente parte de una institución educativa que lo apoya y lo contiene, la siente suya y la dedicación intelectual y emocional van a redundar en un mejor desarrollo del proceso de enseñanza-aprendizaje y en el mejor cumplimiento de los fines de la Universidad. En modo alguno esto implica una relación de exclusividad con una institución educativa determinada.

En cuanto a la calificación académica de los docentes, debería cumplirse con la directiva de la Ley de Educación Superior en su art. 37: Las instituciones universitarias garantizarán el perfeccionamiento de sus docentes, que deberá articularse con los requerimientos de la carrera académica. Dicho perfeccionamiento no se limitará a la capacitación en

<sup>146</sup> Esto se conoce en la Historia educativa argentina como "Proyecto 13", del año 1966.

el área científica o profesional específica y en los aspectos pedagógicos, sino que incluirá también el desarrollo de una adecuada formación interdisciplinaria. Esto implica competencia disciplinar, que se logra con el título de grado, competencia docente, que se logra con la titulación/capacitación pedagógica, y formación de posgrado, que se logra con el título de la maestría, o doctorado.<sup>147</sup> La formación de posgrado es la que precisamente favorece el desarrollo de la investigación, como uno de los fines de la Universidad, y que favorecerá un profesional como tal, es decir, independiente, crítico, en suma, pensante.

También debe propenderse a desarrollar concursos docentes. Ya que la transparencia en la competencia significará que los mejores docentes sean los que formen parte de la Universidad. Guarda relación con este aspecto la evaluación del Profesorado a través de observaciones de clases por el Departamento Pedagógico de cada Facultad, mediante encuestas a los alumnos sobre el desempeño docente, y la autoevaluación de los docentes. Sería bueno que los docentes mismos lleven registro de las eventuales reformas a los programas de las materias que puedan hacerse al respecto.

Un lugar intermedio entre la docencia y la investigación y que puede servir como articulador de ambos campos es la disciplina. Dice Krotsch:<sup>148</sup> "La disciplina (...) es transinstitucional". No existe en los criterios de evaluación de la calidad universitaria la relación de los diversos institutos de investigación entre sí, que tengan en común a la misma materia.<sup>149</sup>

Las configuraciones universitarias de tipo profesionalista van a tender a ser más locales que aquellas que estén basadas en conjuntos disciplinarios más orientados a la investigación y, por tanto, a la expansión de los conocimientos, lo que se añade al principio de que el establecimiento fragmenta al sistema y las disciplinas lo entrelazan.<sup>150</sup>

<sup>147</sup> Creemos que la especialización está más dirigida al buen e intenso desarrollo de competencias profesionales específicas, relacionadas con la titulación habilitante. Por ello, pensamos que deberían ser impartidas más que por las universidades, por los colegios profesionales.

<sup>148</sup> "Educación superior y reformas comparadas", cit., p. 71.

<sup>149</sup> Ante rivalidades locales, puede comenzarse con una relación "regional", "provincial" o "interprovincial".

<sup>150</sup> KROTSCH, Carlos, *ibídem*.

Tampoco existe una variable sobre la relación entre las facultades de una misma Universidad a los fines de la interdisciplina. Y esto puede verse volcado en proyectos de investigación, y sobre todo de extensión. Siempre y cuando convengamos en la integración de los saberes que implica una Universidad, y no terminemos en una “confederación de facultades”:

Durante largo tiempo, como evidencia de causas epistemológicas y sociales muy hondas, las *facultades* han mantenido conflictos que han “tensionado” pero también enriquecido la vida universitaria. A veces las universidades son sólo relativas “confederaciones de facultades”. La estructura departamental puede contribuir a mejorar la situación, y procuramos su fortalecimiento, pero creemos que la división de las facultades se deriva de problemas de compartimentalización mental, hostil incluso a la *interdisciplinariedad* tan requerida por la actual situación, más que de cuestiones institucionales formales. La Universidad es un marco relevante para el desarrollo de la interdisciplinariedad dinámica imprescindible para atender al desafío de la complejidad de nuestro tiempo y los departamentos pueden contribuir a lograrla, pero una departamentalización que no surja de intereses universitarios comunes puede ser contraproducente.<sup>151</sup>

## 11.2. INVESTIGACIÓN

Cabe resaltar que:

La Universidad argentina marchó sobre la base del modelo napoleónico de fuerte orientación hacia las profesiones liberales y con importantes islotes orientados a la investigación (...) El sistema creció en términos del número de instituciones y matrícula pero no se desarrollaron procesos de innovación que actualizaran sus estructuras académicas así como tampoco la orientación de sus carreras, al mismo tiempo que la investigación tendió a ser localizada fuera de la Universidad.<sup>152</sup>

Dice Ortega y Gasset que la misión de la Universidad es la enseñanza de una profesión (grandes disciplinas; actividades prácticas como la

<sup>151</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Programa de las cátedras “A” y “E” de “Introducción al Derecho”*. *Fundamentación* cit.

<sup>152</sup> KROTSCH, Carlos, *op. cit.*, p. 35.

de médico, abogado, etc.) y la investigación (con la preparación de futuros investigadores). En la Universidad:

(...) se cultiva la ciencia misma, se investiga y se enseña a ello (...) [Pero] (...) ciencia no es cualquiera cosa. No es ciencia comprarse un microscopio o barrer un laboratorio; pero tampoco lo es explicar o aprender el contenido de una ciencia (...) ciencia es sólo investigación: plantearse problemas, trabajar en resolverlos y llegar a una solución. En cuanto se ha arribado a ésta, todo lo demás que con esta solución se haga ya no es ciencia. Por eso no es ciencia aprender una ciencia ni enseñarla, como no es usarla ni aplicarla.<sup>153</sup>

“La expansión del conocimiento constituye el elemento central del cambio”.<sup>154</sup>

En lo relativo a la mención de los “equipos de investigación”, es interesante resaltar la función del equipo. Sobre la base de Pichón Rivière, en el devenir del grupo,

(...) docentes y alumnos involucrados pueden ver/se en sus discursos, en sus prácticas, pueden descubrir aciertos y errores a partir de la mirada de los otros, de la confrontación de opiniones, que a veces provocan conflictos pero siempre la reflexión y un nuevo análisis de lo producido. Este aprendizaje creativo requiere también de una actitud crítica del sujeto, entendida ésta como la capacidad del mismo de disentir con lo que el otro expone manifestando su propio punto de vista para que el otro pueda redescubrirlo y reformularlo (...)

La finalidad del aprendizaje es producir modificaciones en los sujetos que le permitan acceder productivamente a su entorno. Pichón Rivière dice al respecto que el aprendizaje está sustentado en una dialéctica, a la que caracteriza como la apropiación instrumental de la realidad con el objeto de modificarla (...)

El proceso de enseñanza-aprendizaje en los talleres se presenta, entonces, como un aprender a aprender y un aprender a pensar dentro de un contexto social.<sup>155</sup>

<sup>153</sup> ORTEGA Y GASSET, José, *Misión de la Universidad*, <<http://ikasleak.lg.ehu.es/edros/temp/egia/ortega.html>> [consulta: 3 de marzo de 2002].

<sup>154</sup> KROTSCH, Carlos, op. cit., p. 88.

<sup>155</sup> SANGUINETI DE BRASESCO, Susana, “Talleres: ¿sólo una relación entre teoría y práctica?”, en *Revista Latina de Comunicación Social*, [en línea] <<http://www.lazarillo.com/latina>> [consulta: 29 de octubre de 2002].

Se menciona lo relativo a los proyectos de investigación, a su organización y financiamiento. Y el producto de ese proceso, que puede ser comercializado y divulgado. Pero no se menciona la intensidad del contacto del grado con los productos de la investigación, ni la articulación del área de la investigación con el resto de los componentes o sectores de la Universidad.

No se debe preferir el aumento de la matrícula a cualquier costo, ya que puede acarrear mayor dedicación a la enseñanza de los docentes y menor tiempo de dedicación a la investigación.

“Los programas fuera de la universidad no tienen espacios de encuentro con los de la misma orientación en las instituciones. Una condición para ello será avanzar en la autonomía de las prácticas académicas respecto del plano de lo político-partidario”.<sup>156</sup>

La “idea de la evaluación debe estar guiada”, no por meros criterios eficientistas ligados a la lógica del costo-beneficio, sino que debe apuntarse a la comprensión y mejora del proceso de enseñanza-aprendizaje, a la vez que fortalecer la misión investigadora de la Universidad, fomentando esta rama del saber entre sus integrantes.

No siempre lo útil desde el punto de vista económico es lo justo en el plano de la convivencia, ya que la utilidad es un valor al servicio del hombre.<sup>157</sup> De manera que el humanismo debe ser el valor que inspire estas políticas evaluadoras. Recuérdese el supremo principio de justicia goldschmidtiano cuyo contenido es el humanismo abstencionista, que consiste en dar a cada individuo el ámbito de libertad necesario para que pueda desarrollar su plan de vida en función de su cosmovisión.<sup>158</sup>

Debe tratar de no caerse en una:

(...) concepción utilitarista del aprendizaje, de modo que el rendimiento sea el único (...) de los indicadores del éxito (...) la comprobación (...)

<sup>156</sup> KROTSCH, Carlos, op. cit., p. 52.

<sup>157</sup> “El valor humanidad es la culminación del complejo de valores a nuestro alcance y todos los otros valores deben contribuir a su realización (...) entre los más relacionados con la humanidad está el amor”. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La ciencia del valor humanidad (‘Praxitología’)”, en *Investigación y Docencia*, nro. 25, Rosario, FIJ, 1995, p. 53.

<sup>158</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 339.

no se ocupa de los efectos secundarios, no se pregunta por las causas del fracaso educativo y no se plantea cuestiones relativas a la transformación de los procesos [Este modelo es simple] (...) La cuantificación libera de preguntas profundas ya que todo parece explicable.<sup>159</sup>

(...) Durante la última década se enfatizó el valor de la calidad, como un concepto que incorpora otros como el de competencia (...) La calidad está en general más ligada a aspectos de eficiencia interna y externa de las organizaciones, como las tasas de retención, el costo por alumno, la adecuación de las carreras al mercado, etc. Poco se valora la diversidad disciplinaria de un sistema y la capacidad expansiva de la misma.<sup>160</sup>

Puede sintetizarse en estas líneas la idea central de nuestro pensamiento:

...el triunfo de la rendición de cuentas implica el sometimiento por parte de las universidades a un régimen de eficientismo basado fundamentalmente en resultados y encuadrado en términos de productividad concreta (...) las dimensiones del conocimiento, del aprendizaje y la valoración ética del pensamiento científico no reconocen tales criterios de medición como prioritarios.<sup>161</sup>

Esperamos que no guíen sólo estos criterios de valor económicos a la evaluación.

Fomentar la investigación es huir de la adaptación: "Cuanto más bajo se sitúa un animal en la escala del desarrollo filogenético, tanto mayor es su adaptación a la naturaleza y la vigilancia que los mecanismos reflejos e instintivos ejercen sobre todas sus actividades".<sup>162</sup> Fomentar la investigación es también huir de la autoridad, de aquello que nos dice cómo debemos comportarnos, aunque muchas veces el castigo puede ser grave, llegando hasta la expulsión misma:

Le está prohibido al hombre comer del árbol del conocimiento del bien y del mal: pero obra contra la orden divina (...) Desde el punto de vista

<sup>159</sup> SANTOS GUERRA, Miguel Ángel, *Evaluar es comprender*, op. cit., pp. 18-20.

<sup>160</sup> KROTSCH, Carlos, op. cit., pp. 89-90.

<sup>161</sup> KROTSCH, Carlos, op. cit., p. 104. Las mayúsculas son nuestras.

<sup>162</sup> FROMM, Erich, *El miedo a la libertad*, 2ª ed., trad. de Gino Germani, Buenos Aires, Paidós, 2005, p. 49.

de la Iglesia, que representa a la autoridad, este hecho constituye fundamentalmente un pecado. Pero desde el punto de vista del hombre se trata del comienzo de la libertad humana.<sup>163</sup>

### 11.3. EXTENSIÓN

En lo que toca a la Facultad de Derecho de la UNR, sería bueno que el Consultorio Jurídico, una de las materias de la carrera que se supone como poseedora de contenidos procedimentales en gran medida, y que actualmente funciona en el Palacio de Tribunales, regrese a la Facultad, como una forma de recuperar ese aprendizaje-servicio importante que brinda a la sociedad la comunidad académica, a los fines de que aquélla asocie la Universidad a un lugar que también les pertenece y que es útil a sus problemas cotidianos.

Sería bueno organizar dicho servicio de consultoría por departamentos. Esto indirectamente favorecería el desarrollo de la investigación, que implica una actualización permanente; en tanto se presenta como una fuente inagotable de problemas.

Para el caso de la Facultad de Derecho, queda como importante tarea fortalecer el curso de secretariado jurídico, que se completaría con la formación para empleados judiciales en las épocas de concurso en los tribunales provinciales; el inglés jurídico y la informática jurídica.

Con respecto a la integración institucional, veo muy pobre este ítem en nuestra Universidad. La propia CONEAU menciona este déficit. "Es sabido que existe una tendencia en el sistema universitario a la desarticulación, donde las universidades se comportan como asociaciones de facultades".<sup>164</sup> Es muy escasa la articulación e integración entre facultades. Nuestra Universidad cuenta con un excelente cuerpo docente en "Ciencias de la Educación", que es una escuela de la Facultad de Humanidades y Artes, y a pesar de ello no existe convenio con dicha Facultad a los fines de la capacitación pedagógica de nuestros abogados. Lo cual me lleva a pensar acerca de otra razón más para bregar por la organización

<sup>163</sup> FROMM, Erich, *El miedo a la libertad*, op. cit., p. 51.

<sup>164</sup> *Lineamientos para la evaluación institucional*, aprobado por resolución 094/97 de CONEAU, [en línea] <http://www.coneau.edu.ar/evexte/docbaevext/docbaevext.html> [consulta: 20 de julio de 2000].

de la Universidad por Departamentos,<sup>165</sup> de manera que, por ejemplo, los especialistas en Economía sean quienes den en la Facultad de Derecho las materias vinculadas a aquella disciplina: “Economía Política”, “Fundamentos de la Contabilidad”; que los especialistas en Derecho sean quienes den las materias de contenido jurídico en la Facultad de Ciencias Económicas y Estadística: “Derecho Constitucional y Administrativo”, materias del área del Derecho Civil, Derecho Comercial, etcétera; que los especialistas en Filosofía se ocupen de la “Introducción a la Filosofía y las Ciencias Sociales”, y así, en función de cada disciplina. El saber no resiste los límites de la “Facultad”, tiende a expandirse y a relacionarse por su evidente complejidad.<sup>166</sup>

También puede preverse, si no el dictado completo por especialistas de otras carreras, su incorporación como docentes junto a otros de la carrera en cuestión. Por ejemplo, para el caso de “Finanzas y Derecho Financiero”, pueden participar conjuntamente en el desarrollo de esta materia docentes con especialidad en Economía y docentes del mundo del Derecho. En el caso de “Derecho Político”, pueden participar conjuntamente en el desarrollo de esta materia docentes con especialidad en Ciencia Política y docentes del mundo del Derecho. En el caso de “Derecho Internacional Público”, pueden participar conjuntamente en el desarrollo de esta materia docentes con especialidad en Relaciones Internacionales y docentes del mundo del Derecho. De manera de enriquecer la perspectiva a través de la interdisciplina para lograr en alguna medida el anhelo universal del saber a que aspira la institución homónima.

## 12. CONCLUSIÓN

Pueden cerrarse estas líneas con el pensamiento subyacente a la metodología cualitativa y a la epistemología comprensivista, diciendo que

<sup>165</sup> Sin dejar de observar la importancia que, para la democratización del saber, implica dejar de lado la medieval organización catedrática.

<sup>166</sup> “Es necesario desarrollar la aptitud natural de la inteligencia humana para ubicar todas sus informaciones en un contexto y en un conjunto. Es necesario enseñar los métodos que permiten aprehender las relaciones mutuas y las influencias recíprocas entre las partes y el todo en un mundo complejo”. MORIN, Edgar, *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, [en línea] <<http://www.complejidad.org/27-sabesp.pdf>> [consulta: 27 de junio de 2003].

a ellas las guía el supuesto de que el “ser” cambia, según lo entendía Heráclito, es decir, que no es estático; y ello es lo que posibilita el avance del conocimiento, a través de la tarea investigativa.

La eficiencia hace aparecer a las universidades como empresas, y tienen fines muy distintos a ellas. Una buena gestión financiera, que nadie en su sano juicio puede no querer, no implica que todo el entramado de la Universidad, incluidos sus programas de estudio, deban guiarse por esta lógica.

Es importante tener en cuenta unas palabras de Miguel A. Santos Guerra, especialista en evaluación institucional y del aprendizaje, *mutatis mutandis*. Si la Universidad tiene la misión de hacer una selección de los mejores, la evaluación consistirá en unas pruebas selectivas que permitan hacer clasificaciones. Si la finalidad de la tarea docente es meter en la cabeza algunas ideas y conceptos, la evaluación consistirá en examinar al estudiante para comprobar cuánto ha aprendido. Si la finalidad de la universidad es ayudar a equilibrar la desigualdad, la evaluación será un medio para saber cómo ayudar a quienes más lo necesitan. Si la pretensión del educador es que el alumno aprenda a pensar y a convivir, la evaluación tratará de dar respuesta a estas inquietudes.<sup>167</sup>

La Universidad es un ámbito independiente de crítica y de propuestas de soluciones alternativas; lo cual se logra con la producción de nuevos conocimientos. Para ello es indispensable el desarrollo del conocimiento establecido mediante la docencia y su superación mediante las nuevas fronteras que son abiertas por la investigación. En la medida en que sepamos respetar estos aspectos, podremos lograr la tan ansiada extensión con miras a un mejor país.

<sup>167</sup> SANTOS GUERRA, Miguel Ángel, *Evaluar es comprender*, Buenos Aires, Magisterio del Río de la Plata, 1998, contratapa.

## La evaluación de la enseñanza del Derecho

### Análisis comparativo de los resultados obtenidos en los operativos de evaluación correspondientes a los años 2004 y 2005

GUILLERMO RUIZ\*

#### 1. PRESENTACIÓN

En el marco del Programa de Supervisión y Evaluación de la Gestión Docente se aplicaron encuestas a docentes y estudiantes de la carrera de Abogacía durante los años 2004 y 2005. Este Programa está constituido por la aplicación de encuestas a estudiantes y docentes de todas las carreras de la Facultad de Derecho para obtener opiniones sobre distintos aspectos de la enseñanza, no sólo para describirlos sino también para brindar información de manera continua y desarrollar políticas académicas. Tal como se informó previamente,<sup>1</sup> la Facultad de Derecho aprobó por medio de la Resolución (CD) nro. 586/2002 la estrategia para el desarrollo del Programa de Supervisión y Evaluación de la Gestión Docente, en la que se adoptó la modalidad periódica y bianual de evaluación de la docencia en el caso de la carrera de Abogacía. Para su implementación, el Programa realizó diferentes operativos de aplicación de encuestas.<sup>2</sup> El instrumento utilizado consistió en una encuesta de tipo

\* Doctor en Educación (UBA); Master of Arts in Education (UCLA-EUA); Licenciado y Profesor en Ciencias de la Educación (UBA). Coordinador del Programa de Supervisión y Evaluación de la Gestión Docente de la Facultad de Derecho.

<sup>1</sup> Véase ÁLVAREZ, DEL RÍO Y RUIZ: "La enseñanza del Derecho según la evaluación de la docencia", en *Academia. Revista sobre la enseñanza del Derecho*, nro. 7, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006.

<sup>2</sup> Para la ejecución de cada uno de los operativos se han seleccionado las comisiones de las asignaturas de los Ciclos Profesional Común y Orientado incluidas en cada

autoadministrada, que fue entregada a docentes y alumnos por personal administrativo entrenado especialmente.

El presente trabajo completa lo publicado en esta revista en el año 2006 que incluía los resultados de la aplicación de las encuestas correspondientes al segundo cuatrimestre de 2003 y al primero de 2004. En esta oportunidad se presentan resultados obtenidos en un conjunto de preguntas seleccionadas, orientadas a indagar las características de los procesos de enseñanza desde la perspectiva de alumnos y docentes. De esta manera, se analizan comparativamente las respuestas que los estudiantes y los docentes dieron a las mismas preguntas durante los operativos de aplicación de encuestas realizados en octubre de 2004 y abril de 2005.

Este informe se estructura en diferentes apartados, en los cuales se presentan y evalúan, primero, los resultados obtenidos en los dos períodos de aplicación de encuestas aquí considerados. Para ello se han seleccionado 20 cuadros comparativos específicamente diseñados sobre la base de las respuestas obtenidas de los tres grupos de encuestados, a saber: a) Profesores titulares y asociados; b) profesores adjuntos y jefes de trabajos prácticos (JTP), y c) alumnos. De esta forma se mantiene la misma lógica de análisis utilizada en el informe anteriormente publicado.

Estos cuadros comparan las respuestas que estos tres grupos han presentado a las mismas preguntas efectuadas en los cuestionarios específicos. Sobre los valores absolutos de estos cuadros se han calculado los porcentajes (%) en dos sentidos posibles: sobre el total de las personas

una de las etapas de aplicación del Programa. Ello se realizó a través de un procedimiento de selección de casos, según un criterio sistemático de entrada a una tabla de números aleatorios. Cada operativo tuvo como duración una semana, en las cuales aplicadores especialmente capacitados se presentaron en las comisiones seleccionadas para entregar los cuestionarios a los estudiantes y a los docentes responsables de dichos cursos. En los cuestionarios se preguntó acerca de las actividades de enseñanza desarrolladas por los docentes así como también sobre distintos aspectos curriculares de las asignaturas cuyos docentes han sido seleccionados (contenidos, bibliografía, instancias de evaluación, entre otras). Por su parte, los Profesores Titulares y Asociados han respondido a un cuestionario con las mismas preguntas que los demás grupos de encuestados pero lo hicieron en el marco de entrevistas personalizadas efectuadas por la Coordinación del Programa.

que han sido encuestadas o bien sobre el total de las respuestas que estas personas han provisto, esto último en el caso de las respuestas a preguntas con múltiples categorías de respuestas no excluyentes.

Un último apartado contiene comentarios generales comparativos entre los dos grandes grupos de encuestados: docentes (profesores titulares, asociados, adjuntos y jefes de trabajos prácticos) por un lado, y estudiantes, por el otro. El informe se completa con dos anexos que contienen los cuadros correspondientes a cada uno de los períodos estudiados.

## 2. EVALUACIÓN COMPARATIVA CORRESPONDIENTE AL SEGUNDO CUATRIMESTRE DEL AÑO 2004

En este primer tramo, según se detalla en el Cuadro nro. 1a, del Anexo I, se encuestaron 10.885 estudiantes que cursaban asignaturas correspondientes a los dos ciclos de formación, Ciclo Profesional Común (CPC, 7.197 estudiantes) y Ciclo Profesional Orientado (CPO, 3.688 estudiantes). Los docentes de ambos ciclos, agrupados en dos categorías de Profesores Titulares/Asociados y Profesores Adjuntos/Jefe de Trabajos Prácticos, totalizaron 327 personas encuestadas.

Este período tuvo una menor cantidad de estudiantes encuestados, no así de docentes, en comparación con el primer cuatrimestre de 2005. El Cuadro nro. 1b indica la distribución de los grupos según el sexo y el ciclo de formación. La mayoría de los docentes son varones, en ambos ciclos y en todas las categorías, mientras que la mayoría de los estudiantes son mujeres, en ambos ciclos.

Por otra parte, el 66,1% de los alumnos corresponde al CPC y el 39,9% al CPO, mientras que el 67,2% de los Profesores Adjuntos y JTP corresponden al CPC y un 32,8% de ellos enseña en cursos del CPO, lo cual da cuenta también de la distribución de recursos relativos a la enseñanza entre ambos ciclos de formación (Cuadro nro. 1c). Vale aclarar que los Profesores Titulares corresponden en un 100% a asignaturas del CPC debido a la forma en que se seleccionaron los casos para la constitución de las muestras en cada uno de los operativos de evaluación.

### **1. PRESENTACIÓN DEL PROGRAMA Y REFERENTES (CUADROS NRO. 2A Y B, DE ANEXO I)**

La presentación del programa de la asignatura por parte del docente es afirmada por más del 95% de los Adjuntos y Jefes de Trabajos Prácticos y por el 100% de los Titulares; los alumnos mantienen proporciones de respuestas afirmativas más bajas, en el orden del 84% para el CPO y el 83% para el CPC. Esta proporción disminuye aún más en el caso del docente B, al 58,9%.

Los referentes en la presentación del programa se agrupan, en primer lugar, en proporciones que oscilan entre el 11 y el 22% para los tres grupos, respectivamente en el encuadre teórico, los contenidos, la bibliografía y el lugar de la asignatura; en segundo lugar el material de estudio de la asignatura es señalado por alumnos y docentes en porcentajes que oscilan entre el 14 y el 19%. En síntesis, con excepción de la orientación a que pertenecen las asignaturas del CPO, los restantes referentes en la presentación del programa de la asignatura son señalados en proporciones bastante similares, con las diferencias que se señalan, en los tres grupos.

### **2. PLANTEO INICIAL DE OBJETIVOS POR PARTE DEL DOCENTE, EN FUNCIÓN DEL PROGRAMA Y TIPO DE OBJETIVOS (CUADROS NRO. 3A Y B, DE ANEXO I)**

Con respecto al tipo de objetivos, la “generalidad” es señalada en mayor proporción por los alumnos del CPC (docente A, 46,3%; docente B, 55,4%). Por su parte, los estudiantes del CPO indican que son “específicos” en primer lugar (29,8%) y luego generales (26,7%). Los Profesores Titulares y los Adjuntos/JTP dicen que son “generales” en todos los casos de respuesta.

### **3. PLANTEO INICIAL DE LA PLANIFICACIÓN DEL DICTADO DE LA ASIGNATURA POR PARTE DEL DOCENTE (CUADROS NRO. 4A Y B, DE ANEXO I)**

Los docentes exhiben altas proporciones de respuestas afirmativas con respecto al planteo inicial de la planificación por parte del docente: 100% de los Titulares y 85,7% de los adjuntos de JTP concentran esa respuesta. La respuesta afirmativa por parte de los alumnos también es alta: 97,2% en el CPC y al 100% en el CPO.

**4. PLANTEO INICIAL DE LA METODOLOGÍA DE ENSEÑANZA POR PARTE DEL DOCENTE Y ADECUACIÓN DE DICHA METODOLOGÍA PARA EL DESARROLLO DE LOS CONTENIDOS (CUADROS NRO. 5A Y B, Y NRO. 6A Y B, DE ANEXO I)**

Los Profesores Titulares, los Adjuntos y los JTP respondieron afirmativamente sobre el planteo de la metodología, en porcentajes que alcanzan el 100% en el primer grupo y 95,2% en el segundo. Respecto a los alumnos se observa una diferencia mínima entre CPC y CPO ya que ambos alcanzan la totalidad de los que respondieron. Casi la totalidad de los que respondieron en los tres grupos de docentes consideran adecuadas las estrategias didácticas implementadas para el desarrollo de los contenidos de sus asignaturas.

**5. SATISFACCIÓN DE LAS EXPECTATIVAS DE FORMACIÓN DE LOS ESTUDIANTES (CUADROS NRO. 7A Y B, DE ANEXO I)**

En general, tanto en los docentes como en los alumnos, las respuestas sobre las expectativas de formación de los alumnos se concentran por debajo de un alto grado de satisfacción: el 50% de los Profesores Titulares, el 47,1% de los Adjuntos y JTP, el 42% de los alumnos del CPO y el 44% de los alumnos del CPC, respondieron que las expectativas de formación han sido satisfechas. Un alto grado de satisfacción fue señalada por el 22% de los alumnos y 35,2% de los alumnos del CPC y CPO respectivamente contra el 41,7% y el 40,1% de los profesores Titulares y de los adjuntos y JTP respectivamente.

**6. SATISFACCIÓN DE LAS EXPECTATIVAS DE APRENDIZAJE DE LOS ESTUDIANTES (CUADROS NRO. 8A Y B, DE ANEXO I)**

Como en el caso anterior la concentración de las respuestas en todos los grupos se encuentra por debajo de un alto grado de satisfacción: el 66,7% de los Profesores, el 47% de los Adjuntos y JTP, el 41% de los alumnos del CPO y el 42,7% de los alumnos del CPC, respondieron que las expectativas de formación han sido satisfechas. Sin embargo, aproximadamente un 20% de los alumnos dice tener un bajo grado de satisfacción sobre este aspecto (19,1% del CPO y 25,2% del CPC).

**7. EL PROGRAMA COMO HERRAMIENTA DE ESTUDIO –ESTUDIANTES– Y DE ORGANIZACIÓN DE LAS CLASES –DOCENTES– (CUADROS NRO. 9A Y B, DE ANEXO I)**

El programa de la asignatura es visualizado por los docentes como un instrumento para organizar las clases con altas proporciones de respuestas: 100% de los Titulares y 95,6% de Adjuntos de JTP respondieron en ese sentido. Los alumnos visualizaron el programa como herramienta de estudio en una proporción menor: 64,8%, mientras que el 35,2% de los alumnos respondió negativamente.

**8. CARACTERÍSTICAS DEL MÉTODO DE ENSEÑANZA SEGÚN LA PERCEPCIÓN DE ALUMNOS Y DOCENTES (CUADROS NRO. 10A Y B, DE ANEXO I)**

a) *Exposición que reitera el material de estudio sin interpretación*

En general las respuestas se concentran en las categorías “nunca” aunque con diferencias muy importantes entre los tres grupos encuestados: 88,9% de Titulares, 64,7% de los Adjuntos y JTP y 51,4% de los alumnos. En menor porcentaje le sigue la opción “algunas veces” (11,1% de Titulares, 20,2% de Adjuntos y JTP y 28% de alumnos). Es destacable que un 9% de los alumnos considera que “siempre” en la enseñanza se “reitera el material de estudio sin interpretación”.

b) *Exposición que reitera el contenido de las normas sin planteo de problema e interpretación*

Como en el caso anterior, las respuestas se concentran en las categorías “nunca” (89,5% de Titulares, 69,2% de Adjuntos y JTP y 52,7% de alumnos) y seguida por “algunas veces” (15,4% de Adjuntos y JTP y 24,6 de alumnos). Sobresale también aquí el 10,1% de los alumnos piensa que “siempre” en las clases “reitera el contenido de las normas sin planteo de problemas e interpretación”.

c) *Trabajo en grupos*

El trabajo en grupos es utilizado con baja frecuencia, de acuerdo con las respuestas de docentes y alumnos. Las categorías “nunca” (14,3% de Titulares, 54,5% de alumnos) y “algunas veces” (52,4% de Titulares, 55,8% de Adjuntos y JTP y 26,4% de alumnos) reúnen la mayor proporción de respuestas en todos los grupos.

d) *Clase magistral*

Alumnos y docentes exhiben distintas respuestas con respecto a este método. Mientras ninguno de los Titulares dice utilizarla, sólo el 43,2% de los alumnos considera que “nunca” se la utiliza. El 16,1% de los alumnos dice que “siempre” se realizan clases magistrales y el 61,9% de los Titulares y el 40,6% de los Adjuntos y JTP responde “algunas veces”.

e) *Simulación (debate, jurado)*

En general docentes y alumnos concentran su respuesta en las opciones “algunas veces” o “nunca” en proporciones que oscilan entre el 52,4% (“algunas veces” Titulares) y 74,2 % (“nunca” alumnos).

f) *Análisis de fallos jurídicos*

Las respuestas difieren en los grupos: los titulares exhiben la mayor proporción de respuestas que señalan este método como frecuente: el 31,8% de los Titulares lo señala como utilizado “la mayoría de las veces” y un 22,7% como “siempre”. Los Adjuntos y JTP concentran un 45,8% de las respuestas en “algunas veces”. El 50,2% de los alumnos dice que “nunca” se lo realiza.

g) *Análisis y resolución de casos*

Como en el caso anterior, los Profesores Titulares asignan una alta frecuencia a este método, el 38,1% de las respuestas lo señalan como utilizado “siempre” y un 19% como la “mayoría de las veces”. Al contrario los Adjuntos y JTP y alumnos, exhiben mayores proporciones en las categorías “algunas veces” (45,2% de los Adjuntos y JTP) o “nunca” (50,1% de los alumnos).

**9. MATERIAL DE ESTUDIO: CARACTERÍSTICAS Y UTILIDAD (CUADROS NRO. 11A Y B, DE ANEXO I)**

En este caso, se apuntó a evaluar la percepción que tienen docentes y estudiantes sobre el uso y la funcionalidad que tiene el material de estudio utilizado en las cátedras y cursos de la carrera. En términos generales se evidenciaría cierta coincidencia entre las respuestas de los docentes y estudiantes respecto a la utilidad del material de estudio para favorecer la enseñanza y los aprendizajes de los estudiantes. Sin embargo,

se pueden identificar diferencias respecto a las proporciones que las respuestas afirmativas tienen en ambos grupos de encuestados. Los Profesores Titulares en un 58,3% y los Adjuntos y JTP en un 58,8% piensan que “siempre” el material de estudios “permite identificar los contenidos planteados en el programa”, mientras que esta proporción desciende a un 40% aproximadamente en el caso de los estudiantes. Es más, un 20% aproximadamente de los estudiantes de ambos ciclos considera que ello ocurre “algunas veces” o no ocurre “nunca”.

Mayor es la diferencia respecto a si el material de estudio “permite visualizar los temas a tratar en las clases”. Aquí los Profesores Titulares sostienen que ello ocurre “siempre” en un 62,5% y los Adjuntos y JTP en un 59,2%. Los alumnos presentan opiniones afirmativas en menor proporción, más de 30 puntos por debajo de los Titulares y un 20% aproximadamente considera que ello no ocurre “nunca” o sólo “algunas veces”.

Otro aspecto interesante resulta el ítem sobre si los materiales de estudio “permiten la problematización de los contenidos planteados en el programa de la asignatura”. Aquí las proporciones afirmativas de “siempre” descienden en todos los grupos. Los Profesores Titulares lo afirman en este sentido en un 41,7% de las respuestas, los Adjuntos en un 40,2% y los alumnos en un 25,9%. Asimismo, vale destacar que más del 10,4% de los alumnos considera que ello no ocurre “nunca” y sólo “algunas veces” más de un 31%.

#### **10. MATERIAL DE ESTUDIO: DISPONIBILIDAD EN BIBLIOTECA (CUADROS NRO. 12A Y B, DE ANEXO I)**

La mayoría de los docentes, el 41,7% de los titulares y 37,6% de los Adjuntos y JTP, declararon que “la mayoría de las veces” el material de estudio está disponible en biblioteca. Las respuestas de los alumnos reúnen mayores proporciones otras de las categorías de respuesta: 34,8% “algunas veces” y 32,7% “nunca”.

#### **11. INSTRUMENTOS DE EVALUACIÓN UTILIZADOS (CUADROS NRO. 13A Y B, DE ANEXO I)**

En general, tanto alumnos cuanto docentes señalaron que los instrumentos de evaluación utilizados con mayor frecuencia (“siempre” o “la

mayoría de las veces”) consistieron en “exámenes escritos presenciales” (52,2% de titulares, 77,1% de adjuntos y JTP y 78,7% de alumnos).

## **12. INSTANCIAS DE EVALUACIÓN (CUADROS NRO. 14A Y B, DE ANEXO I)**

Tanto docentes cuanto alumnos declararon, en importantes proporciones, que las “preguntas conceptuales” son utilizadas con mucha frecuencia en las instancias de evaluación (“siempre”: 58,8% de adjuntos o JTP y 60,5% de alumnos; el 45,8% de titulares se concentra en “la mayoría de las veces”).

## **13. CARACTERIZACIÓN DE LAS INSTANCIAS DE EVALUACIÓN (CUADROS NRO. 15A Y B, DE ANEXO I)**

Tres características de las instancias de evaluación fueron reconocidas como frecuentes por docentes y alumnos:

- a) Las instancias de evaluación “tienen consignas claras”: más del 70% de los docentes y más del 60% de los alumnos en ambos ciclos asignaron a esta característica una alta frecuencia.
- b) El 58,9% de los Adjuntos y JTP declaró que estas instancias “siempre” “permiten sintetizar lo aprendido”. Los profesores titulares en un 66% se concentran en “la mayoría de las veces”. Los alumnos en ambos ciclos declararon “siempre” en un 34,6% de los casos pero también es destacable el 23,7% que dijeron que ello ocurre “algunas veces”.
- c) El 60,2% de Adjuntos y JTP declaró que “siempre” las instancias de evaluación “permitieron conocer el grado de aprendizaje logrado”. Los profesores titulares se concentraron en un 50% de los casos en “la mayoría de las veces”. Los alumnos bajaron sus proporciones en las categoría más positivas y aumentaron en las negativas (26,9% “la mayoría de las veces”).

## **14. DOCENTE ENCARGADO DE LA EVALUACIÓN (CUADROS NRO. 16A Y B, DE ANEXO I)**

Los docentes y los alumnos mayoritariamente declararon que el Profesor Adjunto evalúa, “siempre” o “la mayoría de las veces”: más del 40% de los Adjuntos y JTP y del 30% de los titulares y más del 54% de

cada grupo de alumnos. Vale destacar que el 16,4% de los alumnos y el 19,2% de los Adjuntos y JTP declaran que “siempre” evalúa “otro”.

**15. TIPO DE DIFICULTADES QUE TIENEN LOS ALUMNOS EN EL CURSADO DE LA ASIGNATURA (CUADROS NRO. 17A Y B, DE ANEXO I)**

El tipo de dificultad en el cursado señalado como frecuente (“algunas de las veces”), si bien por mayores proporciones de docentes que de alumnos son:

- a) La comprensión de las clases: 90% de Titulares, 64,8% de Adjuntos y JTP y 37,7% de alumnos.
- b) La lectura de la bibliografía: el 56,5% de titulares, 54,3% de los Adjuntos y JTP y 44% de los alumnos en cada grupo.

En la categoría “la mayoría de la veces” se ubica “estudiar para las instancias de evaluación” con un 45% y 34,1% de Adjuntos y JTP. Ante esta consigna los alumnos se concentran en “algunas veces” con un 44,3%.

**16. TIPO DE DIFICULTADES QUE PERCIBEN LOS ALUMNOS QUE TIENEN EN LAS CLASES (CUADROS NRO. 18A Y B, DE ANEXO I)**

Los profesores titulares consideran en un 83,3% que “algunas veces” hay dificultades en el seguimiento de las clases, mientras que el 59% de los Adjuntos y JTP considera lo mismo. Las respuestas de los estudiantes se distribuyen de forma un poco más homogénea entre las cuatro categorías de respuesta.

**17. COMPETENCIAS QUE LA ENSEÑANZA CONTRIBUYE A DESARROLLAR EN LOS ALUMNOS (CUADROS NRO 19A Y B, DE ANEXO I)**

Las competencias que el curso contribuye a desarrollar, con mayor frecuencia, de acuerdo con las respuestas que concentran porcentajes que oscilan entre más del 40% en el grupo de Adjuntos y JTP y más del 30% en el grupo de alumnos, son:

- a) Identificar problemas;
- b) proponer más de una solución;
- c) formular preguntas;
- d) interpretar hechos;
- e) analizar críticamente.

Hay competencias que sólo los alumnos dicen que no enseñan a desarrollar “nunca” en proporciones importantes:

- a) Redactar un dictamen o fallo (58,4%).
- b) Redactar textos argumentativos (46,8%).
- c) Interpretar textos (24,3%).
- d) Identificar problemas (14,2%).

### 18. *SATISFACCIÓN DE LOS ALUMNOS CON DISTINTOS ASPECTOS DEL CURSO (CUADROS NRO. 20A Y B, DE ANEXO I)*

En el grupo de alumnos las respuestas obtenidas en la categoría de “alto grado de satisfacción” con los distintos aspectos del curso oscilan entre el 40% y el 51% y se concentran en “control de asistencia y docentes a cargo del curso”.

### 3. *EVALUACIÓN COMPARATIVA CORRESPONDIENTE AL PRIMER CUATRIMESTRE DEL AÑO 2005*

En el primer cuatrimestre del año 2005 se encuestaron 13.904 estudiantes que cursaban asignaturas correspondientes a los dos ciclos de formación, CPC (9.746) y CPO (4.158), según se detalla en el Cuadro nro. 1a del Anexo II. Los docentes de ambos ciclos totalizaron 394 personas encuestadas, de las cuales 365 eran Profesores Adjuntos/Jefe de Trabajos Prácticos mientras que había 29 Profesores Titulares/Asociados.

En este cuatrimestre la distribución de encuestados según las variables “sexo y ciclo de formación” indicaba que había más mujeres estudiantes que fueron encuestadas (61,1%) pero más varones en ambos grupos de docentes: 89,7% de Profesores Titulares y Asociados y 57,8% de Profesores Adjuntos y JTP (véase Cuadro nro. 1b).

Respecto de la distribución de los recursos en función de los distintos ciclos de formación se evidencia, para esta muestra en particular, una mayor homogeneidad ya que un 72,3% de los Profesores Adjuntos y JTP corresponde al CPC y un 27,7% al CPO. Los alumnos de esta muestra se distribuyen de la siguiente forma: 70,1% en el CPC y 29,9% en el CPO (véase Cuadro nro. 1c).

**1. PRESENTACIÓN DEL PROGRAMA Y REFERENTES (CUADROS NRO. 2A Y B, DE ANEXO II)**

Según la mayoría de los docentes (19,7% de Profesores Titulares y 15% de Adjuntos y JTP) la presentación del programa se concentra la ubicación de la asignatura dentro del encuadre teórico de la asignatura o bien en la presentación de los contenidos de enseñanza. La mayoría de las respuestas de los estudiantes se ubican en coincidencia con sus docentes (16% y 18,4% en el caso del CPC y 12,2% y 15,7% en el del CPO).

**2. PLANTEO INICIAL DE OBJETIVOS POR PARTE DEL DOCENTE, EN FUNCIÓN DEL PROGRAMA Y TIPO DE OBJETIVOS (CUADROS NRO. 3A Y B, DE ANEXO II)**

En la presentación del programa de la asignatura por parte del docente se sostiene que los objetivos de éste son “generales” en un 42,9% de los estudiantes del CPC (docente A) y un 56,4% de los estudiantes del CPC (docente B). Por su parte los alumnos del CPO indican en un 31,7% que los objetivos son “específicos”.

**3. PLANTEO INICIAL DE LA PLANIFICACIÓN DEL DICTADO DE LA ASIGNATURA POR PARTE DEL DOCENTE (CUADROS NRO. 4A Y B, DE ANEXO II)**

Los docentes exhiben altas proporciones de respuestas afirmativas con respecto al planteo inicial de la planificación por parte del docente: 100% de los Titulares y 87,6% de los Adjuntos de JTP concentran esa respuesta. La respuesta afirmativa por parte de los alumnos alcanza al 100% en el CPC pero desciende al 2,5 % en el CPO.

**4. PLANTEO INICIAL DE LA METODOLOGÍA DE ENSEÑANZA POR PARTE DEL DOCENTE Y ADECUACIÓN DE DICHA METODOLOGÍA PARA EL DESARROLLO DE LOS CONTENIDOS (CUADROS NRO. 5A Y B Y NRO. 6A Y B, DE ANEXO II)**

Los Profesores Titulares y los Adjuntos y JTP respondieron afirmativamente sobre el planteo de la metodología, en porcentajes que alcanzan el 100% y el 95,3% respectivamente. En los estudiantes se observa un alto porcentaje en el CPC y uno muy bajo en el CPO (2%).

En lo referido a la adecuación o no de dicha metodología de enseñanza al desarrollo de los contenidos educativos de las asignaturas, los resul-

tados indicarían que las estrategias de enseñanza implementadas por los docentes parecen las más adecuadas. En casi todos los casos las cifras alcanzan al 100%.

**5. SATISFACCIÓN DE LAS EXPECTATIVAS DE FORMACIÓN DE LOS ESTUDIANTES (CUADROS NRO. 7A Y B, DE ANEXO II)**

En general, tanto en los docentes cuanto en los estudiantes, las respuestas sobre las “expectativas de formación de los alumnos” se concentran por debajo de un alto grado de satisfacción: el 28,6% de los Profesores Titulares, un 47,8% de los Adjuntos y JTP se ubica en esta posición así como otro tanto lo hace en el rango superior (“alto grado de satisfacción”); el 41,2% de los alumnos del CPC y el 44,5% de los alumnos del CPO, respondieron que las expectativas de formación han sido satisfechas. Un alto grado de satisfacción fue señalada por 43,9% de los alumnos del CPC y un 33,4% de los de CPC y 36,4% de los Profesores Titulares.

**6. SATISFACCIÓN DE LAS EXPECTATIVAS DE APRENDIZAJE DE LOS ESTUDIANTES (CUADROS NRO. 8A Y B, DE ANEXO II)**

Con resultados similares al caso anterior la concentración de las respuestas en casi todos los grupos se concentran por debajo de un alto grado de satisfacción, salvo en el caso de los Profesores Titulares quienes señalan en un 25% un “alto grado de satisfacción” respecto al cumplimiento de los expectativas de aprendizaje de sus alumnos, seguidos por el rango inmediatamente inferior de satisfacción en un 42,9% de las respuestas. Los demás grupos de encuestados se ubican en el segundo rango de satisfacción, como ya se señaló, con estos resultados: el 49,7% de los Profesores Adjuntos y JTP, el 40% de los alumnos del CPC y el 44,1% de los alumnos del CPO, respondieron que las expectativas de formación han sido satisfechas. Un alto grado de satisfacción fue señalada por el 21,4% de los alumnos del CPO y el 25,7% de los del CPC (28,5%) así como por el 32,4% de los Profesores Adjuntos y JTP.

**7. EL PROGRAMA COMO HERRAMIENTA DE ESTUDIO –ESTUDIANTES– Y DE ORGANIZACIÓN DE LAS CLASES –DOCENTES– (CUADROS NRO. 9A Y B, DE ANEXO II)**

El programa de la asignatura es visualizado por los docentes como un instrumento de trabajo para la planificación de sus clases con altas proporciones de respuestas: 88,9% de los Profesores Titulares y 95,2% de Adjuntos de JTP respondieron en ese sentido.

Los alumnos visualizaron el programa como herramienta de estudio en una proporción menor: 62% de los alumnos encuestados respondieron afirmativamente; mientras que un 38% no lo consideró de esta manera.

**8. CARACTERÍSTICAS DEL MÉTODO DE ENSEÑANZA SEGÚN LA PERCEPCIÓN DE ALUMNOS Y DOCENTES (CUADROS NRO. 10A Y B, DE ANEXO II)**

a) *Exposición que reitera el material de estudio sin interpretación*

En general las respuestas se concentran en las categorías “nunca” (85% de los Profesores Titulares, 70% de los Adjuntos y JTP; 53,9% de los alumnos del CPC y CPO respectivamente) y en menor porcentaje “algunas veces”, en este último caso con mayor proporción exhibida por los alumnos (26,4%).

b) *Exposición que reitera el contenido de las normas sin planteo de problemas ni interpretación*

Como en el caso anterior, las respuestas se concentran en las categorías “nunca” (89,5% de Profesores Titulares; 68,8% de Adjuntos y JTP; y 53,9% de alumnos), con valores muy similares al anterior ítem, y en menor porcentaje “algunas veces”. De todas maneras, las opiniones varían entre los tres grupos ya que “nunca” es señalado mayoritariamente por los profesores titulares y con treinta puntos menos por los estudiantes.

c) *Exposición dialogada o anecdótica*

En este caso la distribución de las respuestas no es tan homogénea entre los distintos grupos de encuestados. Mientras un 42,3% de los Profesores Titulares la destacan como utilizada “la mayoría de las veces”, un 41,3% de los Adjuntos y JTP consideran que es la “técnica” que “siempre” utilizan para enseñar. La situación de los alumnos del CPC indica lo siguiente: el 33,1% señala que esta

exposición ocurre “la mayoría de las veces” y el 29% dice que “siempre” ocurre y otro grupo equivalente sostiene que se la utiliza “algunas veces”.

d) *Trabajo en grupos*

El trabajo en grupos es utilizado con baja frecuencia, de acuerdo con las respuestas de docentes y alumnos. Las categorías “nunca” y “algunas veces” reúnen la mayor proporción de respuestas en todos los grupos: 45,5% de los Profesores Titulares y 47,5% de los Adjuntos y JTP lo utilizan “algunas veces”, mientras que el 51,8% de los alumnos dice que “nunca” se lo utiliza.

e) *Clase magistral*

Alumnos y docentes exhiben distintas respuestas con respecto a este método de enseñanza. Un 32% de los Profesores Titulares señala que se utiliza “la mayoría de las veces” mientras que un 25% dice que lo hace “algunas veces”. Los Adjuntos y JTP presentan porcentajes significativos en todas las categorías de respuestas: 41,8% “algunas veces”; 21,5% “algunas veces”; 18,9% “siempre” y 17,8% “nunca”.

El 44% de los alumnos señalan que “nunca” se utiliza. Por su parte, un 24,3% sostiene que se la usa “algunas veces” y un 16,8% “la mayoría de las veces”.

f) *Simulación (debate, formato de jurado)*

En general docentes concentran su respuesta en las opciones “algunas veces”: 52,2% de los Titulares y un 51,8% de los Adjuntos y JTP. Los alumnos dicen en su mayoría (73,2%) que “nunca” se la utiliza y sólo “algunas veces” en un 15,6% de los encuestados.

g) *Análisis de fallos jurídicos (por medio de la pregunta y la repregunta)*

Las respuestas difieren en los tres grupos aunque indicaría una tendencia clara a la baja frecuencia de utilización de esta metodología de enseñanza. Los Profesores Titulares exhiben la mayor proporción de respuestas que señalan este método como frecuente “la mayoría de las veces” (54,22%). Los Adjuntos y JTP concentran un 46,9% de las respuestas en “algunas veces”, seguida por “siempre” en un 27,9%. Las proporciones tendentes a la baja frecuencia de uso aumentan en el grupo de alumnos: 45,1% señalan que

“nunca” se utiliza la “pregunta y repregunta” para el análisis de fallos jurídicos y un 30% que sólo “algunas veces” ello ocurre.

h) *Análisis y resolución de casos*

Como en el caso anterior, se presentan disparidades entre los diferentes grupos de encuestados y categorías de respuestas. Los Profesores Titulares asignan una alta frecuencia a este método en un 50% (la mayoría de las veces) aunque un 20,8% de ellos señala que utilizan esta técnica “algunas veces”.

El 33,3% de los Adjuntos y JTP sostiene que la usan “algunas veces” y otro tanto dice que la utiliza “siempre”.

Los alumnos no coinciden con sus docentes: el 45,1% de los ellos dice que “nunca” se utiliza, seguidos por un 30% que sostiene que se usa “algunas veces”.

**9. MATERIAL DE ESTUDIO: CARACTERÍSTICAS Y UTILIDAD (CUADROS NRO. 11A Y B, DE ANEXO II)**

Al igual que en otros cuatrimestres en las respuestas a esta pregunta tienden a coincidir docentes y alumnos ya que las mayores frecuencias se encuentran en las respuestas afirmativas de “siempre” y “la mayoría de las veces”. Sin embargo, se distinguen menores valores en las proporciones de los estudiantes: sus porcentajes no son tan altos como en el caso de los grupos de docentes.

La más destacable se encuentra en el ítem respecto a si el material de estudio “permite la ‘problematización’ de los contenidos planteados en el programa de la asignatura”, en este sentido se observa una reducción de los valores de la categoría “siempre” (respecto de los otros ítems contenidos en esta pregunta) en el caso de los Profesores Titulares (60,7%) y Adjuntos y JTP (49,1%). En el caso de los estudiantes hay mayor homogeneidad en las respuestas: 31,6% opta por “algunas veces”; 33,3 % dice “la mayoría de las veces” y 25,7% “siempre”. Destacable es también que mientras que ningún grupo de docentes optó por la categoría “nunca”, sí lo hizo el 9,3% de los alumnos.

Respecto de la categoría relativa a si el material de estudio “permite visualizar los temas a tratar en las clases”, el 61,5% de los Profesores Titulares y el 50,1% de los Adjuntos y JTP sostiene que ello ocurre “siem-

pre". Esto marca una diferencia sustantiva con los estudiantes que optan por la categoría "siempre", 30 puntos por debajo de los titulares (39,4%). Aproximadamente un 20% de los estudiantes considera que ello ocurre sólo "algunas veces".

Otra diferencia de opiniones significativa se encuentra en respecto a si el material de estudio "fue complementario de las actividades de enseñanza desarrolladas en la clase". Aquí los Profesores Titulares sostienen que ello "siempre" es así en un 66,7% de las respuestas, casi 20 puntos por encima de los Profesores Adjuntos y JTP (48,7%).

Los alumnos se diferencian de ambos grupos de docentes: un 37,6% responde "siempre", un 36,3% dice "la mayoría de las veces" y un 20,6% opta por "algunas veces". Lo cual ofrece bastante disparidad entre el mismo grupo de encuestados.

Finalmente, se evidencian diferencias también respecto a si "se abordaron en las clases los temas tratados en la bibliografía de la asignatura". Mientras el 73,1% de los Titulares dicen que ello ocurre "siempre", los Adjuntos y JTP se ubican 20 puntos por debajo en esta misma categoría de respuesta (54,7%) y los alumnos casi 30 puntos por debajo (46,1%).

#### **10. MATERIAL DE ESTUDIO: DISPONIBILIDAD EN BIBLIOTECA (CUADROS NRO. 12A Y B, DE ANEXO II)**

Las respuestas de los tres grupos son bastante negativas en comparación con otros ítems. Los mayoría de los docentes sostienen que no hay disponibilidad apropiada del material de estudio en la biblioteca de la Facultad: el 57,1% de Profesores Titulares dice que el material está "algunas veces" y sólo un 32,1% que está "la mayoría de las veces". Los Adjuntos y JTP en su mayoría también dicen que el material de estudio se encuentra "algunas veces" en biblioteca (44%). Los Profesores Adjuntos y JTP que presentan una opinión más favorable llegan al 34,6% ("la mayoría de las veces"). Los alumnos por su parte también coinciden con los docentes pero con valores más altos en las opiniones más negativas: el 35,4% afirma que el material "nunca" está disponible y el 34,4% dice que está disponible "alguna veces".

### **11. INSTRUMENTOS DE EVALUACIÓN UTILIZADOS (CUADROS NRO. 13A Y B, DE ANEXO II)**

En general, tanto alumnos como docentes señalaron que los instrumentos de evaluación utilizados con mayor frecuencia (“siempre”) consistieron en: “exámenes escritos presenciales” (68,6% de los Profesores Adjuntos y JTP, 53,8% de los Profesores Titulares; 72,9% de los estudiantes) y “exámenes orales finales” (69,4% de los Profesores Adjuntos y JTP; 41,8% de los alumnos). En este último ítem la mayoría de los titulares se concentran en la categoría “la mayoría de las veces” (63,2%).

Vale destacar la frecuencia de “nunca” para “exámenes domiciliarios finales”, con porcentajes que superan el 95% en todos los grupos. También son altos los valores negativos (“nunca”) en todos los grupos respecto de “exámenes domiciliarios parciales”: 55,6% de Titulares, 67,5% de Adjuntos y JTP y 87,8% de alumnos.

### **12. INSTANCIAS DE EVALUACIÓN (CUADROS NRO. 14A Y B, DE ANEXO II)**

Tanto docentes cuanto alumnos declararon, en importantes proporciones, que las “preguntas conceptuales” son utilizadas con mucha frecuencia en las instancias de evaluación (“siempre”): 44,4% el caso de Profesores Titulares; 55,9% en Adjuntos y JTP; 50,1% de los alumnos.

En segundo lugar, para el caso de los dos grupos de docentes solamente, se ubican con porcentajes similares la “resolución de casos”, el “análisis de casos” y la “resolución de problemas”, que según los docentes se utiliza en un 28% y un 46% de los que respondieron.

Los alumnos por su parte presentan altos porcentajes en las categorías negativas de las respuestas de los otros ítems evaluados: “nunca” (51% para “resolución de problemas”; 44,4% para “análisis e interpretación de textos normativos”; 44,8% “resolución de casos” y 38,5% para “análisis de casos”).

### **13. CARACTERIZACIÓN DE LAS INSTANCIAS DE EVALUACIÓN (CUADROS NRO. 15A Y B, DE ANEXO II)**

Las características de las instancias de evaluación que fueron reconocidas como frecuentes por docentes y alumnos o al menos parecen destacarse son las siguientes:

- a) Las instancias de evaluación tienen “siempre” “consignas claras”: el 80% de los Profesores Titulares, el 78% de los Adjuntos y JTP y aproximadamente el 63,7% de los alumnos en ambos ciclos asignaron a esta característica una alta frecuencia.
- b) Según la mayoría de los docentes estas instancias de evaluación permiten “siempre” “sintetizar lo aprendido”: 49,1% de los Adjuntos y JTP y 37,4% de los estudiantes. La mayoría de los Titulares se concentra en “la mayoría de las veces” con un 48,1%.
- c) Si bien la mayoría de los dos grupos de docentes dice que “la mayoría de las veces” “permiten establecer vínculos con los contenidos de otras asignaturas” (40,7% titulares; 36,5% adjuntos y JTP), para los alumnos ello ocurre “algunas veces” (36,7%) o bien no ocurre “nunca” (20,9%).

#### **14. DOCENTE ENCARGADO DE LA EVALUACIÓN (CUADROS NRO. 16A Y B, DE ANEXO II)**

Los docentes y los alumnos mayoritariamente declararon que el Profesor Adjunto evalúa “siempre”: 60,7% según los Titulares, 85,9% según los Adjuntos y JTP y 56,7% según los estudiantes. Resulta destacable que un 41,4% de los Profesores Adjuntos y JTP, y un 28,4% de los alumnos dicen que el que evalúa “siempre” es el JTP. Por otro lado, un 13,9% de los adjuntos y JTP y un 16,1% de los alumnos identifican a “Otro” como el responsable de la evaluación “siempre”.

#### **15. TIPO DE DIFICULTADES QUE TIENEN LOS ALUMNOS EN EL CURSADO DE LA ASIGNATURA (CUADROS NRO. 17A Y B, DE ANEXO II)**

El tipo de dificultad en el cursado señalado como frecuente (“siempre” o “la mayoría de las veces”), si bien por mayores proporciones de docentes que de alumnos, son:

- a) Estudiar para las instancias de evaluación: el 46,2% de los Profesores Titulares opta por la categoría “la mayoría de las veces”, mientras el 14,5% de los alumnos del CPC y el 15% de los del CPO se ubicaron en la misma categoría de respuesta.
- b) Analizar críticamente fallos y legislación: el 34,8% de los Profesores Titulares y el 31,3% de los Adjuntos y JTP “la mayoría de las

veces”; mientras que los alumnos que sostienen esta misma opinión es del 12,2% de los alumnos.

**16. TIPO DE DIFICULTADES QUE TIENEN LOS ALUMNOS EN LAS CLASES (CUADROS NRO. 18A Y B, DE ANEXO II)**

En general, los docentes sostienen en porcentajes superiores al 60% que los alumnos presentan dificultades en “el seguimiento del dictado de sus clases” (64,3% de titulares y 58,9% de Adjuntos y JTP), en el “mantenimiento del ritmo de lectura para las clases” (60% de titulares) así como en el “estudio de la asignatura” (60% de titulares y 72% de Adjuntos y JTP).

Los porcentajes mayoritarios en las respuestas de los alumnos se ubican en categorías tales como: “dificultad en el estudio de la asignatura” (78,8%), “en la integración de los contenidos en función de las actividades desarrolladas en las clases” (73.1%) y en el “estudio para las instancias de evaluación” (40,7%).

**17. COMPETENCIAS QUE LA ENSEÑANZA CONTRIBUYE A DESARROLLAR EN LOS ALUMNOS (CUADROS NRO. 19A Y B, DE ANEXO II)**

Las competencias que el curso contribuye a desarrollar, con mayor frecuencia, de acuerdo con las respuestas que concentran mayores porcentajes, en el caso del grupo de Profesores Adjuntos y JTP, son las siguientes:

- a) Identificar problemas (49,6%).
- b) Formular preguntas (45,7%).
- c) Interpretar textos (42,5%).
- d) Proponer más de una solución (41,9%).

En el caso del grupo de alumnos se destacan los valores negativos en las siguientes competencias:

- a) Redactar textos argumentativos (que sobresale con un 44% para “nunca”).
- b) Formular preguntas (32,5%).
- c) Interpretar textos: leyes, fallos (31,9%).
- d) Identificar problemas (31,6%).

**18. SATISFACCIÓN DE LOS ALUMNOS CON DISTINTOS ASPECTOS DEL CURSO  
(CUADROS NRO. 20A Y B, DE ANEXO II)**

En el grupo de alumnos las respuestas obtenidas en la categoría de “alto grado de satisfacción” con los distintos aspectos del curso oscilan entre el 30% y el 50% y se concentran “control de asistencia” y “aspectos curriculares”.

**4. CONSIDERACIONES FINALES: LA COMPARACIÓN ENTRE LOS GRUPOS ENCUESTADOS**

En términos generales las distribuciones de las respuestas obtenidas en el grupo de docentes y en el grupo de estudiantes son bastantes similares en los períodos considerados. Las diferencias se observan entre los grupos mencionados en algunas preguntas; en particular pueden destacarse:

- 1) En el planteo inicial de objetivos por parte del docente: los docentes contestaron afirmativamente en niveles que oscilan alrededor del 60% de los casos; las respuestas afirmativas de los alumnos reúnen porcentajes menores con diferencias con respecto al grupo anterior en el orden del 20%.
- 2) En el planteo inicial de la planificación del dictado de la asignatura: los docentes contestaron afirmativamente en niveles que oscilan entre el 100% y el 80% de los casos; las respuestas afirmativas por parte de los alumnos se ubican en el orden del 50%.
- 3) Las estrategias de enseñanza conllevan opiniones encontradas entre los dos grupos de docentes y los estudiantes. Mientras los docentes sostienen (con mayores porcentajes los Profesores Titulares y Asociados que los Adjuntos y JTP) que “nunca” “reiteran el material de estudio sin interpretación o realizan exposiciones del contenido de las normas sin planteo de problemas ni interpretaciones”, los alumnos por su parte señalan que “algunas veces” o “la mayoría de las veces” se desarrollan estas estrategias en sus clases. Además destacan la ausencia de “trabajos en grupos”.
- 4) En la disponibilidad del material de estudio en biblioteca: los docentes exhiben mayores porcentajes que los alumnos al afirmar

la disponibilidad del material: en el orden del 40% entre los docentes y en el orden del 30% entre los alumnos.

- 5) En la caracterización de las instancias de evaluación en tanto “permiten sintetizar lo aprendido y conocer el grado de aprendizaje logrado”: los docentes señalaron estas características en porcentajes que oscilan alrededor del 75% en el año 2004 y alrededor del 60% en el año 2005; las respuestas de los alumnos se ubican en el orden del 40% en el año 2004 y en el orden del 30% en el año 2005.
- 6) En la “utilización del programa para organizar el trabajo del dictado de clases y como herramienta de estudio”: los docentes visualizaron el programa como elemento para organizar las clases en altas proporciones, en un orden mayor al 90%; los alumnos visualizaron el programa como herramienta de estudio en menores proporciones, en el orden del 50% y 60%.
- 7) En las dificultades en la cursada y en las clases: los docentes señalaron la existencia de dificultades en proporciones que duplican las observadas en los alumnos. Éstas se vinculan principalmente con el “estudio para las clases” o bien con el “estudio para las instancias de evaluación”.

Como puede observarse son varias las cuestiones que aparecen como problemáticas en virtud de esta evaluación de la docencia en la Facultad de Derecho. Cabría fortalecer las instancias de trabajo interno de los equipos docentes por ejemplo a través de las actividades que se podrían desarrollar desde los Departamentos. También se podrían instrumentar acciones directamente focalizadas en los Profesores Titulares o Asociados para que ellos a su vez se responsabilicen del ulterior trabajo interno de sus equipos de Profesores Adjuntos y Jefes de Trabajos Prácticos.

Este tipo de programas de autoevaluación presenta como principal atributo la provisión de información sistemática y periódica sobre un aspecto crítico de la vida universitaria: la enseñanza de grado. Si se adopta una concepción de evaluación orientada a la toma de decisiones sería esperable que a partir de estos datos se inicien acciones que permitan resolver las cuestiones problemáticas, ajustar las situaciones desfasadas o bien fortalecer las experiencias más pertinentes para enseñar Derecho.

Las acciones de capacitación docente continua quizás no resulten suficientes frente a la necesidad de revisar las formas en que se organiza la docencia interna de cada equipo de cátedra y dentro de cada departamento. Por ello se podría pensar en acciones paralelas de actualización pedagógica disciplinar pero que concentren sus esfuerzos en la forma en que los responsables de las asignaturas trabajan los contenidos educativos en condiciones de masividad de la enseñanza del Derecho. De esta forma, y en atención a las opiniones que han manifestado los estudiantes de los distintos ciclos de la carrera de Abogacía, se podría trabajar sobre las disonancias existentes en las concepciones que cada uno de los actores tiene acerca de la enseñanza del Derecho.



# Bibliográficas



## Reseña bibliográfica sobre *Las razones de la producción del Derecho: argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces\**

MARTÍN ALDAO\*\*

*Las razones de la producción del Derecho* es un libro tan fácil de leer y consultar como difícil de comentar. No es, definitivamente, uno de esos libros que se leen de un tirón; no tiene, tampoco, la monolítica estructura del manual; se trata, más bien, de una búsqueda –en diversos niveles, registros y perspectivas– de la compleja relación entre argumentación y Derecho. En este sentido, las condiciones en las que se produce el derecho (parte I), la producción propiamente dicha de las leyes (parte II) y la “producción” de los jueces (parte III), sirven de punto de partida a una serie de trabajos que, al margen de las pretensiones de totalidad, avanzan sobre las –casi tan diversas como poco cuestionadas– “racionalidades” del derecho.

En la primera sección del libro, dedicada a la argumentación constitucional, el artículo *Ley Fundamental y teoría del discurso*, propone, a través de la teoría del discurso, una posible solución a la vieja cuestión del carácter contramayoritario de los tribunales constitucionales y constituye, a la vez, una precisa introducción a la teoría del discurso. El trabajo del profesor E. Bulygin está dedicado a la cuestión de los límites dentro de los cuales se puede hablar de objetividad del derecho. El

\* CARDINAUX, Nancy, María Laura CLÉRICO y Aníbal D’AURIA (coords.), *Las razones de la producción del derecho: argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2006.

\*\* Investigador adscripto, Instituto de Investigaciones “A. L. Gioja”, Facultad de Derecho (UBA).

trabajo del profesor S. Paulson constituye una excelente guía para abordar la polémica Kelsen-Schmit relativa al “guardián de la Constitución”, tanto por el preciso análisis de la argumentación, como por la recopilación de antecedentes y contextualización del mismo. Por su parte, el trabajo de P. Höllander aborda el problema del status de la interpretación constitucional y sus implicaciones para la interpretación propiamente normativa.

La segunda sección se encuentra dedicada a la argumentación parlamentaria. Existe, es cierto, un evidente desajuste entre lo que esperamos de un Poder Legislativo (esto es, que reproduzca –en mayor o menor medida– y que resuelva los conflictos de intereses que atraviesan a la sociedad) y lo que creemos que realmente hace (desde el escepticismo extremo que niega la posibilidad de la argumentación en el seno del mismo, hasta la más moderada consideración de la misma como irrelevante). Se trata, por lo demás, de una cuestión fundamental para toda discusión acerca de los procesos de legitimación y funcionamiento del Estado como aparato de dominación social. A una adecuada formulación de este problema está dedicado el primer artículo de la segunda sección del libro. A partir de este marco general, el trabajo del profesor M. Becker apunta a solucionar las posibles derivaciones “anarquistas” –y por ende deslegitimantes del Estado de Derecho– a las que puede conducir una aplicación radical de la teoría habermasiana del discurso, a través de una concepción alternativa de la argumentación política que tenga en cuenta las peculiaridades de la realidad política contemporánea. Siguen los trabajos de los profesores D. Oliver Lalana y J. Sieckmann que intentan también abordar el problema de la cuestionada viabilidad de la aplicación de los estándares de racionalidad de la teoría del discurso a la argumentación parlamentaria, pero sin comprometer la exigencia de racionalidad política. El primero insiste sobre la importancia de la “publicidad crítica” de la actividad legislativa, esto es, no sólo de sus resultados, sino además, y fundamentalmente, de la totalidad del proceso a través del cual se gestan las normas; y refuerza de este modo el desgastado valor legitimatorio que el proceso demo-representativo de legislación mantiene en nuestros días. El segundo defiende, a través del análisis de un caso particular, la plausibilidad del desarrollo de una argumentación racional en el seno del Poder Legislativo, condición de posibilidad

de todo discurso que se proponga dar cuenta de la legitimidad de los modernos estados demo-representativos.

La última sección del libro se encuentra dedicada a la argumentación en la selección de jueces. Si el primer trabajo nos introducía en los conceptos fundamentales de la teoría del discurso, el artículo *Los discursos del Derecho* permite al lector contextualizarla en el marco de la filosofía contemporánea y avanza sobre el desajuste entre los presupuestos del Estado de Derecho y su efectivo funcionamiento. El trabajo de A. Tschentscher muestra, a través del análisis comparado, la influencia que la historia política de un determinado país puede ejercer en la definición de los mecanismos para la selección de jueces, a través de los diversos sentidos que cobra el concepto de autonomía del Poder Judicial para cada comunidad. El trabajo de G. Fondevila ofrece un amplio panorama de la influencia de los recientes cambios políticos y sociales en México, tanto en el Derecho como en las prácticas judiciales, a pesar de lo cual la argumentación sigue ocupando, en opinión del autor, un lugar marginal en la práctica judicial de ese país.

Lo mejor del libro, se encuentra, no obstante, al final. Si el extenso trabajo de las profesoras L. Clérico y N. Cardinaux se caracteriza por la modestia de su formulación (tan lejana de las teorías como de las normas y de las instituciones “fundamentales”), también lo hace por la fertilidad de sus resultados. A partir de una reconstrucción integral del efectivo funcionamiento del argumento de idoneidad en la selección de jueces inferiores en el Consejo de la Magistratura, el texto muestra, por un lado, las deficiencias de una perspectiva puramente normativista respecto del “argumento de idoneidad” para la selección de jueces y de qué modo el juego de los intereses corporativos aparece ya en la estructura del proceso de selección. Por otro lado, y retomando un tema que recorre todo el libro, verifican la ausencia “tácita” del “demos” en una institución que se propone específicamente como democrática.

Se trata, si se quiere, de dos libros: por un lado nos ofrece un panorama general de las racionalidades del derecho, a través de una colección de artículos que introducen al lector en cada una de las diversas maneras de plantear este problema. Especialmente valiosa resulta en este sentido la completa bibliografía que sigue a cada uno de los artículos y, sobre todo, la redacción de los mismos, en general llana sin ser por

## RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

MARTÍN ALDAO

eso superficial. Pero también, y en este caso considerándolo como un todo, podríamos decir que se trata de un libro sobre las ausencias, o mejor aún, los enmudecimientos “tácitos” de la razón en los diversos niveles de la producción del derecho; un texto que nos enfrenta, también, con la “autonomía” propiamente dicha; esto es, con un derecho que debe ser forzado a volver, constantemente, a las manos de aquellos que le damos la vida.

## Reseña bibliográfica sobre *Rousseau: su crítica social y su propuesta política (una lectura actual y libertaria)*\*

LETICIA J. VITA\*\*

El primero a quien habiendo cercado un terreno, se le ocurrió decir esto es mío, y encontró gente tan simple como para creerle fue el verdadero fundador de la sociedad civil.<sup>1</sup>

Es bastante común en las aulas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, leer y trabajar el *Contrato Social* de Rousseau. Pero también es cierto que muy pocas veces se ofrece un panorama más amplio y comprensivo de la totalidad de la obra de este autor tan caro a la teoría política moderna. Es por esto que *Rousseau: su crítica social y su propuesta política*, puede ofrecer una mirada novedosa, pero también muy completa, del trabajo de Rousseau para alumnos y especialistas.

Esta obra que reseño es fruto de varios años de estudio e investigación del profesor Aníbal D'Auria, siendo en parte producto de su tesis de licenciatura en filosofía y de la de su doctorado en Derecho Político. El autor ofrece en estas páginas una relectura fresca de la obra roussoniana, de gran contenido actual y matices libertarios. Su estilo nunca pierde la claridad necesaria para que tanto un estudiante como un experto en teoría política puedan acceder a la obra, siendo de fecunda utilidad las frecuentes alusiones a contextos históricos, al origen de los textos y las

\* D'AURIA, Aníbal A., *Rousseau: su crítica social y su propuesta política (una lectura actual y libertaria)*, La Ley, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, 2007.

\*\* Investigadora adscripta, Instituto de Investigaciones "A. L. Gioja", Facultad de Derecho, UBA, Becaria CONICET.

<sup>1</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Discurso sobre el origen y fundamento de la desigualdad entre los hombres*, Buenos Aires, Losada, 2005, p. 123.

## RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

LETICIA J. VITA

consideraciones que contextualizan cada escrito de Rousseau en relación con la totalidad de la obra del ginebrino.

El principal objetivo que busca este libro es el de mostrar la articulación recíproca de los conceptos y argumentos centrales de cuatro obras de Rousseau que encuadrarían en lo que D'Auria llama una teoría de la decadencia o crítica de la sociedad. Estas obras son: *Discurso sobre las ciencias y las artes*, *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, *Ensayo sobre el origen de las lenguas* y *Carta a D'Alembert*, y a ellas le dedica la primera parte de la obra. La hipótesis de lectura del autor es que la conexión entre esos cuatro textos señalados radicaría en: la crítica social como búsqueda de un auténtico conocimiento sobre el hombre al cual se subordinen todas las artes y las ciencias; ese conocimiento como un saber dificultado por el extravío del mismo hombre a partir de un cierto momento de su historia social y ese descarrío como una escandalosa inversión de los medios en fines.

La obra continua con un análisis de *Las Cartas Morales* (Cartas a Sofía) de Rousseau, entendiéndolas como un resumen de las tesis críticas del ginebrino y también como una articulación con su producción filosófica posterior.

Esta producción ulterior, principalmente el *Contrato Social*, es analizada en la última parte de la obra que reseñamos. La apuesta de D'Auria es la de brindar una nueva línea de lectura sobre la propuesta socio-política de Rousseau, mostrando los aspectos protolibertarios del Contrato Social. Este estudio incorpora no sólo una exposición sobre la ingeniería constitucional que emana de la obra de Rousseau, sino también la mención de las influencias que sobre el pensamiento del ginebrino tuvo el filósofo Spinoza. Asimismo se demarcan ciertas cuestiones terminológicas fundamentales para la Teoría Política como ser los distintos usos de la palabra *Estado* en el Contrato Social y se ofrece una sistematización muy didáctica acerca de la propuesta socio-política concreta que emana de esta obra. El libro termina con un apéndice que distingue entre dos modelos de teoría política divergentes: el de una *teoría política predominante* –representada básicamente por la tradición que se inicia con Bodin y Hobbes– y el de una *teoría política alternativa*, que surgiría de la propuesta roussoniana y sería continuada por el pensamiento libertario.

Por todo esto, es importante remarcar la utilidad de leer un libro como el que reseñamos tanto como una primera aproximación a la obra de Rousseau, como también para quienes buscan ampliar su conocimiento acerca de este pensador. Este libro resalta de manera coherente las conexiones existentes en toda la producción de Rousseau pero al mismo tiempo nos brinda una relectura novedosa de sus presupuestos. Lo sugerente de esta *lectura actual y libertaria* es justamente la reactualización del contenido de obras clásicas teniendo presente su contribución en el pensamiento filosófico contemporáneo.

“El abismo que separaba a Rousseau de su siglo aparecía con la mayor nitidez en su rechazo de la adoración acrítica de la sociedad”.<sup>2</sup>

¿Y por qué releer a Rousseau? La inversión escandalosa que permitió la sociedad descrita por el ginebrino, la del imperio de la técnica sobre la moral, de la razón calculadora sobre la razón práctica, el imperio de los medios vueltos fines, es una cuestión que sigue teniendo relevancia para la comprensión de nuestro mundo cada vez más desigual y exclusivo. Pensar la sociedad -y por ende la política- desde estas miradas, permite renovar los discursos que generalmente leemos, enseñamos e investigamos profesores e investigadores del derecho.

<sup>2</sup> WOLIN SHELDON, S., *Política y perspectiva*, Buenos Aires, Amorrortu, 2001, p. 396.



## Pautas para presentación de originales

*Academia* es una publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires orientada a difundir trabajos sobre teoría e investigación en la enseñanza de las ciencias jurídicas.

Sólo se recibirán para su publicación trabajos inéditos o con escasa difusión en América Latina o España, actualizados y que signifiquen aportes empíricos o teóricos de singular relevancia.

El envío de una colaboración para su publicación implica por parte de su autor, la autorización para su reproducción (salvo expresa renuncia), por cualquier medio, soporte y en el momento en el que se considere conveniente por la revista. Los originales entregados no serán devueltos.

La recepción de un trabajo no implica asumir un compromiso de publicación. El Consejo Editorial seleccionará los trabajos de acuerdo con criterios formales y de contenido.

### 1. ENTREGA DE ORIGINALES

- 1.1. Los trabajos se remitirán al Departamento de Publicaciones en los soportes que se mencionan a continuación:
  - Un archivo digital que contenga el texto completo en su versión definitiva, en diskette o CD. Los archivos deberán ser aptos para entorno Windows (formato Microsoft Word).
  - Una impresión en papel que corresponda exactamente a la versión del archivo digital. Deberá estar firmado por el autor junto a aclaración de la firma y fecha de entrega.
  - Todos los elementos complementarios que integran el documento (tablas, gráficos, cuadros, fotografías, etc.) serán entregados en el soporte y tipo de archivo que sea acordado oportunamente con el editor.
- 1.2. Los originales deberán observar las pautas de estilo contenidas en un documento denominado *hoja de estilo*, que deberá solicitarse al Departamento de Publicaciones.
- 1.3. Junto al artículo se entregarán dos resúmenes, uno en español y otro en inglés, destacando sobre el texto o en línea aparte las “palabras claves” que identifiquen los principales contenidos del artículo. Cada resumen debe tener una extensión máxima de 200 palabras.

- Junto con el título, el encabezado del manuscrito debe incluir el nombre/s del autor o los autores, los datos biográficos (no más de 5 líneas), las instituciones a las que pertenecen, correos electrónicos, números de teléfono y fax.
- 1.4. Las fuentes, las referencias bibliográficas y bibliografía deberán estar especificadas correctamente y acordes a la hoja de estilo (solicitar documento a nuestro Departamento de Publicaciones) y deben incluirse al final del manuscrito en orden alfabético.
    - 1.4.1. Las citas directas extensas, cuando superen (aprox.) los 330 caracteres, se escribirán en párrafo aparte, con tipografía de un tamaño dos puntos más pequeño que el del cuerpo y separadas por doble interlineado del mismo, sin comillas ni cursiva (en redonda). Las citas directas con menos de 330 caracteres irán en igual formato que el cuerpo entre comillas y en redonda.
    - 1.4.2. Las citas bibliográficas se harán dentro del texto e incluirán el apellido del autor, el nombre, nombre de artículo, parte, o libro, el lugar, la editorial, el año y el número de la/s páginas/s, por ejemplo:
      - GARGARELLA, Roberto, *El derecho a la protesta*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.
      - GARGARELLA, Roberto, “El valor especial de la expresión”, en *El derecho a la protesta*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pp. 23, 30.
    - 1.4.3. Si el artículo presentado es una traducción deberá indicarse una primera nota al pie con la siguiente estructura y completando los datos que faltan en el modelo: \*Publicado originalmente como ... <título en inglés> en ... <fuente de donde fue extraído el artículo original>. Traducción al español realizada por ... <nombre y apellido del/de la traductor/traductora, cargo o profesión, lugar donde estudia o trabaja>.
  - 1.5. Las tablas y figuras deben incluirse en las páginas del texto y estar numeradas consecutivamente (figura 1, cuadro 1, etc.), o bien, debe indicarse su ubicación dentro del texto entre antilambdas <>, por ejemplo: <Insertar aquí figura 1>. Deben estar acompañadas por la fuente y el título. Los archivos originales en Excel u otro programa de gráficos deberán enviarse adicionalmente en archivo digital.
  - 1.6. Las fotografías e imágenes deberán cumplir con los mismos requisitos antes mencionados y estar en una resolución superior o igual a 300 dpi. Cuando éstas no fueran obra del autor del artículo, se requiere que las mismas se envíen acompañadas por la autorización de reproducción del titular de los derechos de dichas imágenes.
  - 1.7. El autor debe indicar por medio de una nota al pie donde aparezca su nombre (debajo del título del artículo) lo siguiente (igual estructura y completar con los datos que faltan): \*\*<cargo o profesión del autor>. <Pueden incluirse agradecimientos del autor>.

## **2. PRESENTACIÓN DEL DISKETTE O CD**

- 2.1. Antes de entregar el diskette o CD se verificará que:
  - El diskette o CD funcione correctamente, o sea, que pueda accederse a su contenido;
  - no haya virus en los archivos (de lo contrario, no se aceptarán los archivos);
  - no se adjunten archivos que correspondan a otros materiales u obras.
- 2.2. El diskette o CD se entregará correctamente etiquetado (o escrito con marcador indeleble). La etiqueta no tendrá tachaduras, agregados u otras debajo de ella.
- 2.3. En la etiqueta (o superficie del CD) deben figurar los siguientes datos:
  - Nombre de la publicación,
  - nombre del documento,
  - nombre del autor,
  - fecha de finalización del documento.

## **3. CONFIGURACIÓN DE LA PÁGINA Y TIPEADO**

- 3.1. El texto debe configurarse de acuerdo con las siguientes características:
  - Tamaño de página: A4.
  - Márgenes: superior: 3 cm; inferior: 2,5 cm; derecho e izquierdo: 3 cm.
  - Fuente: Times New Roman 12.
  - Párrafo: interlineado 1,5. Sin sangrías, ni espacios adicionales antes o después de los párrafos. Sin justificar.
  - Páginas numeradas consecutivamente a partir del número 1.
  - En los títulos no se usarán mayúsculas ni otras variantes (por ejemplo, no debe escribirse “LA INFORMACIÓN Y SU TRATAMIENTO”, sino “La información y su tratamiento”).
  - Los títulos se numerarán de acuerdo al siguiente esquema:
    - I. Título principal
    - A. Subtítulo
    1. Subtítulo de segunda jerarquía

Para enviar los trabajos o solicitar la hoja de estilo, puede hacerlo a:

dpublica@derecho.uba.ar

Departamento de Publicaciones

Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires

Av. Figueroa Alcorta 2263

(C1425CKB) Buenos Aires

Argentina

Tel./fax: (54 11) 4809-5668

