

ISSN 1667-4154

Academia

Año 4 - número 7 - 2006

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

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
Julio César Rivera / Andrés Gil Domínguez

CLAUSTRO DE GRADUADOS

Consejeros Titulares

Carlos Mas Velez / Lilian Lapadula / Jorge Del Azar / Juan Curutchet

Consejeros Suplentes

Marcelo Bersano / Mónica Rico / Juan S. De Stéfano / Alberto Badaun

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

Consejeros Titulares

Oscar Jara López / Rodrigo Guevara / Celia Loperena / Paula Streger

Consejeros Suplentes

Hernán Arce / Fernanda Melchionda / Cintia Suárez Cuadro

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: Carlos A. Bedini

Subsecretario de Vinculación Ciudadana: David Escobar

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora: Mary Beloff

Secretario: Pablo Perel

ÍNDICE

Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho
Año 4, número 7, 2006, ISSN 1667-4154

Doctrina

- La visión jeffersoniana de la educación jurídica 9
Davison M. DOUGLAS
- Prometeo (des)encadenado: la enseñanza del Derecho en México 51
Imer B. FLORES
- La formación de los juristas en el nacionalsocialismo 83
Ralf FRASSEK
- Ciudadanía a través de la educación como objetivo europeo 103
Peter HÄBERLE
- Aportes para la postergada deconstrucción
de la enseñanza del Derecho de Familia 123
Marisa HERRERA y Verónica SPAVENTA
- La enseñanza del concepto de Derecho desde la
Filosofía del Derecho contemporánea 153
Ramón LARRAURI TORROELLA
- ¿Qué?, ¿Cómo? y ¿Para qué? Análisis y crítica al modelo
tradicional de enseñanza del Derecho en México 167
Alejandro MADRAZO LAJOUS

Clásicos

- El nuevo programa de Derecho Civil 251
Alfredo COLMO
- Las reformas en la Facultad de Derecho, método
de estudio y enseñanza del Derecho Civil 293
Eduardo PRAYONES

Estudios e investigación

- La enseñanza del Derecho según la evaluación de la
docencia. Informe comparativo de los resultados
obtenidos en los operativos de evaluación en los
años 2003 y 2004 en la Facultad de Derecho (UBA) 325
Gonzalo ÁLVAREZ, Marta DEL RÍO y Guillermo RUIZ

La enseñanza de “Teoría del Estado” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires	349
Mario Héctor RESNIK y María Alejandra PERÍCOLA	

Actualidad universitaria

Jornada de enseñanza del Derecho en Bahía Blanca	399
¿Por qué esforzarse por mejorar? Un comentario sobre la evaluación docente formal, sus efectos y alternativas	401
Hugo A. ACCIARRI	
Evaluación de la calidad docente	411
Pamela TOLOSA	
La práctica profesional en la sede del CAREF-CELS del Patrocinio Jurídico Gratuito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires	419
Sebastián SCIOSCIOLI	
Conocer a los alumnos	427
Fermín Pedro UBERTONE	
La cultura	429
Fermín Pedro UBERTONE	
Carrera de Especialización en Administración de Justicia	431

Bibliográficas

Reseña bibliográfica sobre <i>De cursos y de formaciones docentes. Historia de la carrera docente de la Facultad de Derecho de la UBA</i> , Nancy Cardinaux, Laura Clérico, Andrea Molinari y Guillermo Ruiz (coords.), Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, 2005	445
Javier SIMÓN	

Doctrina

La visión jeffersoniana de la educación jurídica*

DAVISON M. DOUGLAS**

En la actualidad, muchos norteamericanos critican el papel y carácter de los abogados en nuestra sociedad. En los últimos años han aparecido varios libros de importancia lamentando la actual condición de la profesión.¹ Si bien los abogados han gozado de posiciones prestigiosas a lo largo de la historia norteamericana y han estado desproporcionadamente representados entre los líderes políticos estadounidenses, muchos observadores contemporáneos sugieren que los abogados ya no ejercitan su posición de influencia y autoridad correctamente, persiguiendo muy comúnmente estrechos intereses propios a expensas de compromisos más amplios con la organización política norteamericana. Anthony Kronman, por ejemplo, en su importante libro de 1993, *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession*, describe el deterioro del ideal “abogado-estadista” en la profesión, resaltando cuán “empobrecidos han resultado los ideales de los abogados norteamericanos”.²

* Publicado originalmente en inglés como DOUGLAS, Davison M., “The Jeffersonian Vision of Legal Education”, en *Journal of legal Education*, vol. 51, N° 2, junio 2001. Los editores agradecen al autor y al editor el permiso para traducirlo y publicarlo en esta revista. Traducción al español realizada por María Alejandra Etchegorry, estudiante avanzada de Abogacía, Facultad de Derecho, UBA.

** Profesor de Derecho *Arthur B. Hanson* y director del *Institute of Bill of Rights Law* en la Universidad de William y Mary. Agradece a Dennis Callahan, Russell Pearce y Michael Stein por sus útiles comentarios sobre este ensayo y a Meredith Lugo y Matt Frey por su asistencia en la investigación.

¹ Véase, v. gr., GLENDON, Mary A., *A Nation Under Lawyers: How the Crisis in the Legal Profession Is Transforming American Society*, Nueva York, 1994; KRONMAN, Anthony T., *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession*, Massachusetts, Cambridge, 1993; Sol M. LINOWITZ & Martin MAYER, *The Betrayed Profession: Lawyering p.the End of the Twentieth Century*, Nueva York, 1994; RHODE, Deborah L., *In the Interests of Justice: Reforming the Legal Profession*, Nueva York, 2000.

² KRONMAN, *supra* nota 1, p. 5.

LA VISIÓN JEFFERSONIANA DE LA EDUCACIÓN JURÍDICA

DAVISON M. DOUGLAS

En el siglo XVIII Thomas Jefferson desarrolló una visión sofisticada del papel de los abogados y la educación en la preservación de la forma republicana de gobierno norteamericana. El creía que la nueva Nación necesitaba desesperadamente líderes virtuosos que pudieran colocar el interés público por encima de su propio interés privado. Una educación adecuada podía ayudar a desarrollar esta virtud necesaria, concluía Jefferson, particularmente entre los abogados, quienes por la naturaleza de su trabajo estaban en una buena posición para proporcionar a la nueva Nación dirección y liderazgo. Por ello, no simplemente exhortó a que se les enseñaran a los aspirantes a abogados los detalles de la doctrina legal y las sutilezas de la adecuada argumentación jurídica, sino también a que se les proporcionara un extenso conocimiento de teoría política, historia antigua y moderna, y filosofía moral.

Jefferson implementó su visión de la educación jurídica en la Universidad de William y Mary a principios de la década de 1780 a través del profesorado de George Wythe, iniciando así la tradición de formar abogados en el escenario universitario que fue adoptada por otras universidades durante las siguientes décadas. Si bien muchos académicos han sostenido que este primer experimento de educación jurídica en el ámbito universitario tuvo un éxito limitado,³ de hecho el experimento

³ Roscoe Pound, el decano de Harvard, fue bastante reacio a considerar estos primeros intentos de educación jurídica en el ámbito universitario en un artículo publicado en 1927, observando que estos primeros profesados "no intentaban ser de formación profesional en el derecho. Eran parte de la educación general de los caballeros, no parte de la educación profesional de los abogados. Eran clases para estudiantes universitarios en general y para toda la comunidad". "La Escuela de Derecho y la Tradición Profesional", en *Michigan Law Review*, 1926-7, vol. 24, p. 160. El comentario de Pound tiene mayor aplicación a los profesados de James Wilson en la Universidad de Filadelfia y James Kent en la Universidad de Columbia durante la década de 1790 que a George Wythe y St. George Tucker en la Universidad de William y Mary durante las décadas de 1780 y 1790. La valoración de Pound sobre la educación jurídica en William y Mary y de los otros colegios del siglo XVIII puede haber estado motivada por su deseo de consolidar la reivindicación de primacía en la educación jurídica de la Facultad de Derecho de Harvard. Pound afirmó que la Facultad de Derecho de Harvard, fundada en 1817, fue la "primera facultad de derecho universitaria del mundo angloparlante", una afirmación -dependiendo en la definición de "facultad de derecho" que se utilice- reñida con la educación jurídica ofrecida tanto en William y Mary como en Transilvania. POUND, *supra*, p. 161. Véase también WARREN, Charles, *A History of the American Bar*, Boston, 1911, p. 357 (ninguno de los primeros

de educación jurídica de Jefferson en William y Mary, aunque pequeño en escala, ayudó a formar a un extraordinario grupo de abogados que satisficieron la visión de liderazgo republicano de Jefferson.⁴ El juez de

profesorados de Derecho “pretendió proporcionar una educación completa o práctica a los estudiantes de Derecho”); STEVENS, Robert B., “Law Schools and Legal Education, 1879-1979: Lectures in Honor of 100 Years of Valparaiso Law School”, en *Valparaiso L. Rev.*, 1980, vol. 14, p. 189 (“Estos primeros experimentos en la educación jurídica no fueron profundos [y no fueron] un éxito”); COLTON, Amy M., “Eyes to the Future, Yet Remembering the Past: Reconciling Tradition with the Future of Legal Education”, en *U. Mich. J. L. Reform*, 1994, vol. 27, pp. 966-67 (las primeras enseñanzas de Derecho en William y Mary y en otras universidades no fueron “exitosas”).

No todos los juristas restaron importancia a estos primeros esfuerzos de educación jurídica en el ámbito universitario. Erwin Griswold escribió en 1974: “No cabe ninguna duda que Wythe y [St. George] Tucker [en William y Mary] estaban comprometidos en una empresa de educación jurídica importante, exitosa e influyente, y que sus esfuerzos pueden ser justamente considerados la primera facultad de derecho en Estados Unidos”. *Law and Lawyers in the United States*, Massachusetts, Cambridge, 1974, p. 39. Véase también CURRIE, Brainerd, “The Materials of Law Study”, en *J. Legal Educ.*, 1951, vol. 3, p. 331 (“El profesorado de William y Mary marcó el comienzo de la educación jurídica profesional en las universidades norteamericanas”); McMANIS, Charles R., “The History of First Century American Legal Education: A Revisionist Perspective”, en *Wash. U. L. Q.*, 1981, vol. 59, p. 617 (“los profesorado de William y Mary y de la Universidad de Transilvania (...) en general fueron bastantes exitosos y sobrevivieron a las más exitosas escuelas de derecho independientes”).

⁴ Los estudiantes de George Wythe en William y Mary asumieron una extraordinaria variedad de cargos ejecutivos, legislativos y judiciales, incluyendo el de Secretario de Estado (John Marshall); Procurador General de los Estados Unidos (John Breckinridge); Senador de los Estados Unidos (James Brown, Luisiana; John Brown, Kentucky; John Breckinridge, Kentucky; John Eppes, Virginia; William Branch Giles, Virginia; Wilson Cary Nicholas, Virginia; Littleton Waller Tazewell, Virginia; Buckner Thruston, Kentucky); Juez de la Suprema Corte (Marshall, presidente; Burshrod Washington, asociado); Gobernador de Virginia (William Branch Giles, Wilson Cary Nicholas y Littleton Waller Tazewell); y muchos miembros de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos. Además, 25 de los 43 jueces en la Corte de Apelaciones de Virginia antes de la Guerra Civil recibieron su educación jurídica en William y Mary. HUNTER, Thomas, “La Enseñanza de George Wythe,” en *La historia de la educación legal en los Estados Unidos: comentarios y fuentes primordiales*, Steve Sheppard, Pasadena, 1999, pp. 138, 151-53, 166 n. 141. James Monroe, el quinto Presidente de la Nación, también puede haber estudiado brevemente con Wythe en William y Mary, pero los documentos históricos no son claros al respecto. *Ibid.*, p. 150 (observando que la mayoría de los eruditos han concluido que Monroe realmente estudió con Wythe, pero que “no hay pruebas concluyentes en uno u otro sentido”). Paul D. Carrington correctamente observa que “puede considerarse que la importancia de la carrera

la Corte Suprema Joseph Story reconoció la influencia de la visión jeffersoniana de la educación jurídica a fines de la década de 1820: “muchos de nuestros más ilustres hombres de estado han sido abogados; pero han sido abogados liberalizados por la filosofía y una amplia interacción con la sabiduría de los tiempos antiguos y modernos”.⁵ Asimismo, William Hurst concluyó que su primera educación jurídica en el ámbito universitario “estuvo marcada por la amplitud de tratamiento que no apareció nuevamente en la educación jurídica formal hasta la década de 1920”.⁶

Este artículo explora la visión jeffersoniana de la educación jurídica. La parte I examina el método de formación de abogados en Norteamérica en la época colonial, observando que las universidades no proporcionaban instrucción a los aspirantes a abogados, mientras que cada uno de los otros métodos de formación jurídica –los *Inns of Court*⁷ en Londres, los aprendices y los autodidactas– acarrea sus propias deficiencias. La parte II considera la visión de Jefferson del papel de la educación en el sostenimiento de la forma republicana de gobierno. Jefferson consideraba que la educación era una pieza clave del constitucionalismo republicano que permitiría a la gente vivir “bajo la acción espontánea y no distorsionada de sus propios criterios”.⁸ También desarrollaría los líderes necesarios para sustentar este novedoso experimento de autogobierno.

La parte III describe la implementación de la visión de la educación jurídica de Jefferson primero en la Universidad de William y Mary y luego en otras universidades. Si bien muchos de los primeros experi-

docente de Wythe no tiene punto de comparación con la de ningún otro que lo haya sucedido en la enseñanza del derecho en las universidades norteamericanas”. “The Revolutionary Idea of University Legal Education”, en *William & Mary Law Review*, 1990, vol. 31, pp. 527, 538.

⁵ Citado en BARBER, Benjamin R., “Education and Democracy: Summary and Comment”, en *Thomas Jefferson and the Education of a Citizen*, Washington, ed. James Gilreath, 1999, pp. 134, 148 [de aquí en adelante *Jefferson and Education*].

⁶ HURST, James Willard, *The Growth of American Law: The Law Makers*, Boston, 1950, p. 258.

⁷ N. del T.: cada una de las cuatro sociedades jurídicas con derecho exclusivo a admitir personas como abogados en Inglaterra.

⁸ Citado en MAYER, David N., “Citizenship and Change in Jefferson’s Constitutional Thought,” en *Jefferson and Education*, *supra* nota 5, pp. 221, 237.

mentos de educación jurídica en el ámbito universitario no pueden ser considerados exitosos y la educación jurídica en el ámbito universitario no ganó terreno considerable sino hasta la segunda mitad del siglo XIX, el modelo de educación jurídica de Jefferson sí logró éxito en el siglo XVIII, primero en William y Mary y luego en la Universidad de Pensilvania.

La visión de Jefferson de la educación jurídica, sin embargo, estuvo cargada de ciertas tensiones desde el comienzo. Algunos estudiantes se opusieron a su fuerte énfasis en la teoría política y jurídica por oposición a las sutilezas de la argumentación civilista. En efecto, desde la década de 1780 hasta la década de 1820, las escuelas de Derecho independientes⁹ educaron más abogados que las universidades debido a su enfoque más práctico. Con el tiempo, la facultad de Derecho norteamericana más exitosa del siglo XIX - Harvard- combinó tanto el enfoque práctico de las escuelas de Derecho independientes con las preocupaciones teóricas y filosóficas más amplias de los primeros experimentos de instrucción jurídica en el ámbito universitario.

Muchos de los conflictos en la educación jurídica contemporánea -el determinar hasta qué punto las facultades de Derecho deberían enfatizar el adiestramiento de habilidades por oposición al estudio más teórico y la cuestión de si los abogados están suficientemente al servicio del interés público- tienen sus orígenes en el siglo XVIII. Las ideas de Jefferson sobre el papel de los abogados en la sociedad y el tipo de formación que los abogados deberían recibir tienen una sorprendente relevancia en las conversaciones actuales sobre abogados y educación jurídica. Mientras la profesión jurídica de la primera parte del siglo XXI lucha por enfrentar sus "ideales decadentes", sería bueno considerar la visión de Jefferson de formar abogados para que sean "ciudadanos públicos" al servicio del bien público más amplio y no simplemente preocupados por promover sus propios y estrechos intereses privados.

⁹ N. del T.: Escuelas de Derecho que se desarrollaron en Estados Unidos sin conexión con ninguna universidad. Estas escuelas eran autosuficientes y cualquier ingreso que excediera sus gastos beneficiaba a los propietarios de ellas, quienes normalmente eran los profesores de estas escuelas.

I. LA FORMACIÓN DE LOS ABOGADOS EN NORTEAMÉRICA EN LA ÉPOCA COLONIAL

Los abogados coloniales del siglo XVII tenían poco prestigio y en muchas colonias se les prohibía representar clientes por un precio. Si bien su posición fue mejorando a lo largo del siglo XVIII,¹⁰ la insatisfacción de los abogados siguió siendo algo frecuente. John Adams describió al típico abogado en 1758 como aquel que “fomenta más disputas que las que arregla, y se enriquece a expensas de otros más honestos y merecedores que él”.¹¹ Las necesidades de la generación revolucionaria, sin embargo, ayudarían a rediseñar el papel de los abogados en la sociedad norteamericana.

Durante la época colonial las oportunidades de formación jurídica eran bastante limitadas. Ninguna de las universidades coloniales ofrecía un curso formal de estudio del Derecho. Al evitar al Derecho como ámbito de estudio las universidades seguían el modelo inglés, conforme al cual la formación de los abogados correspondía a los *Inns of Court* y no a las universidades.¹² Lo que es más, la carencia de recursos inhibió los esfuerzos de las universidades para ofrecer estudios jurídicos. Un aspirante a abogado en Norteamérica en la época colonial tenía, por ende, tres métodos de formación jurídica: estudiar en los *Inns of Court* en Londres, estudiar por cuenta propia leyendo libros jurídicos o ser aprendiz de un abogado habilitado. Cada método tenía serias limitaciones.

Durante siglos los *Inns of Court* habían servido como el principal modo de educación jurídica de los abogados ingleses. Si bien algunos

¹⁰ La demanda de servicios jurídicos de los crecientes intereses comerciales de las colonias elevó la posición del abogado colonial y atrajo un creciente número de jóvenes a la profesión. MCMANIS, *supra* nota 3, p. 601.

¹¹ Citado en WARREN, *supra* nota 3, p. 79. Timothy Dwight describió la práctica del Derecho a la promoción de Yale de 1776 como “esa vileza, esa infernal bribonada, que multiplica juicios innecesarios, que retarda el funcionamiento de la justicia (...) que artificioosamente tergiversa el significado de la ley conforme a la postura que se defiende, que injustificadamente se aprovecha de las parcialidades, la ignorancia, los intereses y los prejuicios del jurado”. Citado en BLOOMFIELD, Maxwell, *American Lawyers in a Changing Society, 1776-1876*, Massachusetts, Cambridge, 1976, pp. 39-40.

¹² Oxford y Cambridge habían enseñado con anterioridad Derecho Canónico y Civil, pero hacia mediados del siglo XVIII estas clases habían cesado. HOLDSWORTH, William, *A History of English Law*, London, 1938, vol. 12, pp. 83-85.

colonos viajaban a Londres a los *Inns of Court* durante el siglo XVIII, tal opción no resultaba atractiva a muchos colonos debido a su costo.¹³ Por otra parte, los *Inns of Court* habían sufrido un serio deterioro en la calidad de su enseñanza jurídica hacia el siglo XVIII, habiendo “degenerado en poco más que clubes-comedores sin valor educativo”.¹⁴ La mayoría de los *Inns of Court* en el siglo XVIII sólo exigían que los estudiantes asistieran a un cierto número de cenas antes de ser admitidos como abogados.¹⁵ Las conferencias y los juicios simulados, que durante siglos habían sido característicos de los *Inns of Court*, en su mayor parte habían cesado. No es de sorprender que luego de 1729 se les exigiera a los abogados ingleses ser aprendices además de pertenecer a los *Inns of Court* para poder ejercer la profesión.¹⁶

Otros aspirantes a abogados en Norteamérica en la época colonial se formaban estudiando libros de Derecho por su cuenta. Sin embargo, el estudio por cuenta propia no era un medio satisfactorio de preparación para la práctica del Derecho. Los libros jurídicos eran bastante costosos; sólo los abogados más adinerados podían costearse una colección considerable.¹⁷ Las bibliotecas públicas eran desconocidas en Norteamérica en la época colonial, y las bibliotecas de las universidades contaban con pocos libros de Derecho.¹⁸ Los libros que exponían las leyes coloniales –un importante aspecto del Derecho norteamericano– eran extraordina-

¹³ Los *Inns of Court* eran particularmente populares entre los aspirantes a abogados de Carolina del Sur; en efecto, casi la mitad de los abogados norteamericanos educados en los *Inns of Court* entre 1760 y el final de la Revolución provenían de Carolina del Sur. WARREN, *supra* nota 3, p. 188.

¹⁴ MCKIRDY, Charles R., “The Lawyer as Apprentice: Legal Education in Eighteenth Century Massachusetts”, en *Journal of Legal Education*, 1976, vol. 28, p. 126. El historiador jurídico inglés William Holdsworth ha observado que en la segunda mitad del siglo XVII “toda enseñanza pública del Derecho inglés [en los *Inns of Court*] cesó durante casi un siglo y medio”. *A History of English Law*, Boston, 1924, vol. 6, p. 493.

¹⁵ JOHNSON, Herbert A., “Thomas Jefferson and Legal Education in Revolutionary America”, en *Jefferson and Education*, *supra* nota 5, p. 107; véase también HOLDSWORTH, *supra* nota 12, pp. 79.

¹⁶ MCKIRDY, *supra* nota 14, p. 127, n. 13.

¹⁷ El libro que más comúnmente se estudiaba en las colonias era el libro de Sir Edmund COKE, *Commentary on Sir Thomas Littleton's Tenures*, o *Coke on Littleton*, como era conocido. Luego de la Revolución los Comentarios de Blackstone reemplazarían el libro de Coke como el libro de Derecho más importante en Estados Unidos (*id.*, p. 131).

¹⁸ WARREN, *supra* nota 3, p. 164.

riamente difíciles de conseguir; pocos abogados tenían una colección completa.¹⁹ Thomas Jefferson, en una carta de 1769 en la que trazaba un plan de estudios para un aspirante a abogado, lamentaba la generalizada “falta de libros (...) ya que un abogado sin libros sería como un trabajador sin herramientas”.²⁰

Por otra parte, muchos de los libros de Derecho del siglo XVIII eran extraordinariamente difíciles de entender sin instrucción. Peter Van Schaack, quien luego abrió su propia escuela de Derecho independiente en Kinderhook, Nueva York, expresó respecto de sus propios esfuerzos para leer el Derecho: “¡Durante cuántas horas he buscado afanosamente, cuántos libros he estudiado detenidamente, para descubrir lo que habría sido evidente para mí con tres minutos de explicación de cualquier abogado aceptable! Es inútil poner un libro de Derecho en las manos de un muchacho sin explicarle las dificultades a medida que avanza”.²¹ Finalmente, los tratados de Derecho generalmente eran deficientes en proveer el necesario manejo técnico de la práctica forense que un aspirante a abogado necesitaría.

La mayoría de los abogados en el siglo XVIII recibía su formación jurídica siendo aprendiz de un abogado en ejercicio.²² En efecto, algunas colonias exigían esta medida para que un joven pudiera ser admitido como abogado. Nueva York, por ejemplo, estableció una legislación en 1767 en virtud de la cual se les exigía a los aspirantes a abogados que fueran aprendices de un abogado en ejercicio durante cinco años, o sólo

¹⁹ TUCKER, St. George, ed., *Blackstone's Commentaries: With Notes of Reference to the Constitution and Laws of the Federal Government of the United States; and of the Commonwealth of Virginia*, Nueva York, 1803, 1969, vol. 1, en iv [de aquí en adelante *Blackstone's Commentaries*]. Tucker lamentó que Virginia nunca hubiera hecho una compilación completa de sus leyes, antes o después de la Revolución, y que en cambio hubiera distribuido sus nuevas leyes en hojas sueltas (ibíd., en v).

²⁰ Carta de Thomas Jefferson a Thomas Turpin (5-2-1769), en *The Papers of Thomas Jefferson*, Princeton, ed. Julian P. Boyd, 1950, vol. 1, pp. 23-24 [de aquí en adelante *Jefferson Papers*].

²¹ Citado en BLOOMFIELD, *supra* nota 11, p. 25.

²² En muchas de las colonias hacia 1740 se estaba convirtiendo en norma para los abogados el formarse en las universidades y ser aprendices en estudios jurídicos. Mark Warren Bailey, “Early Legal Education in the United States: Natural Law Theory and Law as a Moral Science”, en *Journal of Legal Education*, 1998, vol. 48, p. 311, 312.

durante tres años si el aprendiz tenía un título universitario.²³ Este método seguiría siendo el principal medio de formación jurídica en Norteamérica hasta la segunda mitad del siglo XIX.²⁴

No obstante, al igual que el viaje a Londres y el estudio por cuenta propia, el método de aprendices para la formación jurídica tenía severas limitaciones. En teoría el aprendiz aprendía asistiendo a los tribunales, leyendo tratados jurídicos, transcribiendo contratos y otros documentos jurídicos e interactuando con su mentor.²⁵ En la práctica la mayoría de los abogados podían dedicarle poco tiempo a sus aprendices. Por el contrario, ocupaban el tiempo de sus aprendices con tareas menores que les restaban tiempo de estudio. Charles McKirdy, un historiador del sistema de aprendices del siglo XVIII, ha escrito en este sentido: “En una época en la que no existían los formularios impresos ni las máquinas de escribir, eran poco común que un empleado no tuviera que pasar buen parte de su tiempo inclinado sobre un escritorio copiando escritos y declaraciones”.²⁶ El aprendiz sí tenía acceso a los textos jurídicos de su mentor, pero las más de las veces el mentor dedicaba poco tiempo a explicar las sutilezas de estos textos. Y el sistema de aprendices no estaba exento de costos; la típica tarifa a ser pagada por el aprendiz o su familia era de \$ 100 o \$ 200, aunque a veces podía llegar a ser de \$ 500.²⁷

Las críticas al sistema de aprendices se propagaron. John Adams, quien había tenido una mala experiencia como aprendiz en Massachusetts, concluyó que el aspirante a abogado tendría mejor suerte leyendo libros de Derecho por cuenta propia que siendo aprendiz en la oficina de un abogado.²⁸ Jefferson, aunque su experiencia había sido mejor que

²³ *Ibid.*, p. 312. El período de cinco años se redujo a tres en 1778. HAMLIN, Paul M., *Legal Education in Colonial New York*, Nueva York, 1939, p. 120. Nueva Jersey exigía ser aprendiz durante cinco años y uno de créditos para un título universitario. BAILEY, *supra* nota 22, p. 312.

²⁴ A principios del siglo XIX la mayoría de los Estados exigía ser aprendiz, pero hacia 1860 muchos Estados habían abolido este requisito. STEVENS, Robert B., *Law School: Legal Education in America from the 1850s to the 1980s*, Chapel Hill, 1983, pp. 7-8.

²⁵ MCKIRDY, *supra* nota 14, p. 127.

²⁶ *Ibid.*, p. 128.

²⁷ WARREN, *supra* nota 3, p. 166; HURST, *supra* nota 6, p. 256.

²⁸ MCKIRDY, *supra* nota 14, pp. 133-35.

la de la mayoría, bajo la tutoría de George Wythe, criticó el sistema de aprendices porque aparta a los estudiantes de sus estudios jurídicos:

Siempre fui de la opinión que el poner a un joven a estudiar con un abogado era más un perjuicio que una ayuda. Somos muy propensos, al trasladarles nuestras tareas, a quitarles tiempo que deberían dedicar a sus estudios. La única ayuda que un joven requiere es que se le indique qué libros leer y en qué orden leerlos.²⁹

Algunos han sostenido que mientras el sistema de aprendices efectivamente exponía a los aspirantes a abogados a los rudimentos de la doctrina jurídica y a los aspectos técnicos de la argumentación civil,³⁰ ofrecía insuficiente exposición a los más amplios principios subyacentes del Derecho. Los principales juristas ingleses esgrimieron argumentos similares, instando a los aspirantes a abogados a comprender las cuestiones filosóficas más amplias además de las sutilezas de la adecuada argumentación jurídica.³¹

²⁹ Carta de Thomas Jefferson a Thomas Turpin (5-2-1769), en *Jefferson Papers*, vol. 1, *supra* nota 20, pp. 23-24. Véase también carta de Thomas Jefferson a John Garland Jefferson (junio 11, 1790), en *Jefferson Papers*, vol. 16, *supra* nota 20, p. 480 (“Es una práctica general el estudiar derecho en la oficina de algún abogado. Esto por cierto le otorga al estudiante los beneficios de su instrucción. Pero siempre he observado que los servicios que se esperan a cambio han sido más que lo que han valido las enseñanzas”).

³⁰ Por supuesto, el conocimiento de la argumentación jurídica era de gran importancia para cualquier abogado. Antes de 1848 y de la adopción del Código de Procedimiento Civil de David Dudley Field, el aprendizaje de las normas de argumentación era extraordinariamente difícil para el aspirante a abogado. BAILEY, *supra* nota 22, p. 315. Roger Taney, luego Presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos, escribió sobre su experiencia como aprendiz a fines del siglo XVIII en Anápolis:

Mi estudio en la oficina de un juez, en vez de un abogado en ejercicio (...) no me aportó ninguna enseñanza sobre la rutina ordinaria de la práctica, así como tampoco me proporcionó información sobre las formas y el modo de argumentación. En esa época, la estricta y precisa argumentación técnica era el orgullo de los abogados matriculados y hasta casi podría decir del tribunal (...) Tampoco era fácil en esa época para un joven abogado inexperto convencerse sobre una cuestión de especial argumentación.

Citado en WARREN, *supra* nota 3, p. 183.

³¹ Por ejemplo, William Blackstone, en sus Comentarios, criticó la formación de los abogados ingleses, argumentando que un abogado debe aprender “los elementos y los principios primordiales en los que se funda la práctica” sin los cuales “difícilmente podía pretender comprender cualquier argumento extraído a priori del espíritu de

Incluso los más distinguidos abogados a menudo resultaban ser deficientes mentores. James Wilson, una de las mejores mentes jurídicas del siglo XVIII y luego juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, obtuvo una mala calificación de uno de sus aprendices:

El señor Wilson dedicaba poco tiempo a los estudiantes de su oficina (...) y rara vez entraba a ella excepto con el propósito de consultar libros. Por ende, su interacción con ellos era poco frecuente, distante y reservada. Como instructor era prácticamente de muy poca utilidad para aquellos que estaban bajo su dirección. Nunca entablaba con ellos discusiones profesionales; daba la respuesta más corta posible a una pregunta directa y siempre evadía los pedidos generales de información.³²

James Alexander, quizás el más distinguido integrante de la profesión en Nueva York, recibió una dura crítica de uno de sus aprendices, quien describió el sistema de aprendices como:

¡Una afrenta a la honestidad común, una conducta absolutamente escandalosa, horrenda, vil e infame! Estos caballeros, o bien no tienen ningún tipo de preocupación por el futuro bienestar y la prosperidad de su empleado, o bien deben imaginar que éste logrará un conocimiento apto del derecho contemplando una cantidad de libros que no tiene ni tiempo ni oportunidad de leer; o que se ha de metamorfosear en abogado por arte de magia.³³

las leyes y de los fundamentos naturales de la justicia". Citado en Holdsworth, *supra* nota 12, p. 97. William Holdsworth observó que el abogado inglés del siglo XVIII "adquiría un conocimiento estrictamente práctico del derecho desde el punto de vista del abogado litigante y el escribano"; "su obtención de conocimientos sobre principios jurídicos dependía en parte de sus habilidades y de su propia diligencia, y por otra parte de la capacidad y predisposición de su maestro para enseñarle". Como resultado, la educación de la mayoría de los abogados ingleses del siglo XVIII era "tan defectuosa que eran comparativamente pocos los que se dedicaban a otra cosa que no fuera la mera práctica del derecho". *Ibíd.*, p. 88.

³² Citado en WARREN, *supra* nota 3, p. 167.

³³ *Ibíd.*, p. 168 (citando a William Livingston). Algunos aprendices fueron más benevolentes con sus mentores, muy especialmente Thomas Jefferson con respecto a George Wythe y John Quincy Adams con respecto a Theophilus Parsons. Adams fue vehementemente:

Es una gran ventaja para nosotros el tener a Parsons en la oficina. En sí mismo él es una biblioteca de derecho, y un experto en toda rama útil del servicio; pero su

Luego de la Revolución, persistió el descontento generalizado por la formación de los abogados. Por otra parte, la Revolución produjo una considerable disminución en las filas de abogados norteamericanos, dado que muchos, a menudo los más capaces en la profesión, huyeron de las colonias por lealtad a la corona.³⁴ Muchos abogados *Tory*³⁵ que permanecieron en las colonias se vieron enfrentados con juramentos de lealtad, lo que redujo aún más las filas de la profesión. Lo que es más, el final de la Revolución trajo aparejada una necesidad considerable de abogados en ejercicio, considerando el cierre de los tribunales durante la guerra y el gran número de controversias civiles que requerían resolución jurídica.³⁶

En las postrimerías de la Revolución, sin embargo, emergieron dos innovaciones en la educación jurídica que eventualmente transformaron la formación de los abogados en Estados Unidos: el desarrollo de la formación jurídica sistemática en las universidades y la creación de escuelas de Derecho independientes por abogados en ejercicio.

II. EL PAPEL DE LA EDUCACIÓN EN LA NUEVA REPÚBLICA

El siglo XVIII fue una época de revolución, el derrocamiento del poder monárquico en favor del autogobierno. John Adams describió esta era extraordinaria en una carta a George Wythe de 1776:

Tú y yo, mi querido amigo, hemos sido enviados a la vida en un momento en el que los más grandes legisladores de la antigüedad habrían deseado

principal grandeza es que a ningún alumno puede gustarle más plantear cuestiones que lo que a él le gusta resolverlas (...) Estoy convencido que la ventaja de tener un instructor como él es muy grande, y espero no desperdiciarla como lo han hecho algunos de sus alumnos. Citado en *ibíd.*, p. 169.

³⁴ KLAFTER, Craig Evan, "The Influence of Vocational Law Schools on the Origins of American Legal Thought, 1779-1829", en *American Journal of Legal History*, 1993, vol. 37, p. 308.

³⁵ N. del T.: Miembros o simpatizantes del Partido Conservador. Apoyaron a los británicos durante la Revolución Americana.

³⁶ *Ibid.*, pp. 308-310. Por ejemplo, en 1779 la legislatura de Nueva York suspendió todas las matrículas de los abogados matriculados antes de abril de 1777 y luego las reestableció solamente para aquellos que pudieron acreditar su lealtad a la causa norteamericana. Nueva Jersey, Pensilvania, Maryland, Nueva Hampshire y Massachusetts dictaron leyes similares (*ibíd.*, p. 309).

vivir. ¡Cuán pocos seres humanos han tenido la oportunidad de hacer alguna vez una elección de gobierno –más que de aire, tierra o clima– para sí mismos y sus hijos! ¿Cuándo, antes de la época actual, han tenido tres millones de personas pleno poder y una oportunidad viable de formar y establecer el gobierno más sabio y afortunado que la sabiduría humana puede idear?³⁷

Cuando la Revolución llegó a su fin, las mentes más sagaces se concentraron en la manera de preservar la nueva forma republicana de gobierno frente a las intromisiones del antiguo orden. Incluso luego de la exitosa conclusión de la Revolución, muchos estaban preocupados por la restauración del gobierno monárquico en Norteamérica, preocupación que persistiría hasta principios del siglo XIX.³⁸

Muchos norteamericanos del siglo XVIII veían a la educación quizás como el componente más vital en la preservación de la forma republicana de gobierno.³⁹ Mientras que la monarquía usaba la educación, o la falta de ella, para ubicar a cada clase social en el lugar que le correspondía en el orden político, el republicanismo exigía una ciudadanía educada y preparada para participar del proceso de autogobierno.⁴⁰ En efecto,

³⁷ Citado en KOCH, Adrienne, *Introduction in The American Enlightenment: The Shaping of the American Experiment and a Free Society*, Nueva York, ed. Koch, Adrienne, 1965, p. 28.

³⁸ ADAIR, Douglass G., *The Intellectual Origins of Jeffersonian Democracy: Republicanism, the Class Struggle, and the Virtuous Farmer*, ed. Yellin, Mark E., Lanham, 2000, p. 5.

³⁹ Benjamin Rush de Pensilvania habló sobre la creación de un sistema educativo uniforme que convertiría a las personas en “máquinas republicanas”. Citado en CREMIN, Lawrence A., *American Education: The National Experience 1783-1876*, Nueva York, 1980, p. 2.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 2. Jefferson asimiló el republicanismo con la participación ciudadana en el gobierno:

Pura y simplemente, [una república significa] un gobierno de los ciudadanos en masa, actuando directa y personalmente, conforme a las reglas establecidas por la mayoría; y cualquier otro gobierno es más o menos republicano en proporción a la cantidad de este ingrediente de acción directa de sus ciudadanos que posee.

Citado en YARBROUGH, Jean M., *American Virtues: Thomas Jefferson on the Character of a Free People*, Lawrence, Kan., 1998, p. 134. Montesquieu, quien tuvo un impacto significativo en el pensamiento de Jefferson, escribió en *El Espíritu de las Leyes*: “Es en un gobierno republicano en el que se necesita todo el poder de la educación”. Citado en FERGUSON, Robert A., *Law and Letters in American Culture*, Massachusetts, Cambridge, 1984, p. 49.

un público educado podía funcionar como uno más de los frenos y contrapesos encontrados en las constituciones republicanas.⁴¹ Como decía Jefferson: "Ilustren al pueblo en general y la tiranía y las opresiones de cuerpo y mente se desvanecerán como espíritus malvados al amanecer".⁴² En otra ocasión exclamó: "Donde la prensa es libre y cada hombre puede leer, todo está seguro".⁴³

Además de educar a la ciudadanía para prepararla para ejercer su papel en el autogobierno, Jefferson estaba particularmente deseoso de educar a un grupo de "ciudadanos públicos" –aquellos que colocarían el interés público por encima de los intereses privados y ejercerían el liderazgo al preservar el republicanismo. Una cuestión fundamental en el republicanismo del siglo XVIII era la noción de "virtud pública" – "el

⁴¹ HELLENBRAND, Harold, *The Unfinished Revolution: Education and Politics in the Thought of Thomas Jefferson*, Newark, 1990, p. 14.

⁴² MAYER, *supra* nota 8, p. 237. En su famosa "Ley para la Mayor Difusión del Conocimiento", que habría establecido la educación pública universal para los niños libres, Jefferson escribió:

Por cuanto, parece ser que por más que ciertas formas de gobierno estén mejor preparadas que otras para proteger a los individuos en el ejercicio libre de sus derechos naturales, y al mismo tiempo estén mejor resguardadas contra la corrupción, la experiencia demuestra, sin embargo, que incluso en las mejores condiciones, aquellos dotados de poder, con el tiempo y gradualmente, han logrado pervertirlo y convertirlo en tiranía; y se cree que el modo más efectivo de prevenir esto sería ilustrar, hasta donde sea posible, las mentes de todos los hombres, y más especialmente brindar conocimientos sobre aquellos hechos que refleja la historia, de modo tal que, dotados de la experiencia de otras épocas y naciones, estén capacitados para reconocer la ambición bajo todas sus formas y prestos a ejercer su poder natural para derrotar sus propósitos.

Citado en HONEYWELL, Roy J., *The Educational Work of Thomas Jefferson*, Massachusetts, Cambridge, 1931, p. 199. Jefferson puso especial énfasis en el estudio de la historia para impedir el ascenso de la tiranía: "La historia, al ponerlos en conocimiento del pasado, les permitirá juzgar el futuro; los beneficiará con la experiencia de otros tiempos y otras naciones; los calificará como jueces de las acciones y designios de los hombres; les permitirá descubrir la ambición bajo cualquier forma que pueda asumir; y al descubrirla, derrotar su postura". Citado en BOORSTIN, Daniel J., *The Lost World of Thomas Jefferson*, Nueva York, 1948, p. 218.

⁴³ Citado en KOCH, Adrienne, *The Philosophy of Thomas Jefferson*, Nueva York, 1943, p. 167. Koch ha dicho sobre las actitudes republicanas del siglo XVIII hacia la educación: "El sistema de educación pública y el clima intelectual alentado por la libertad de expresión y prensa (...) proporcionan el verdadero ejército permanente de la república operativa" (*ibid.*, p. 166).

sacrificio de intereses individuales por el bien común más amplio”.⁴⁴ Como observó el historiador Gordon Wood: “Salvo ‘libertad’, ninguna frase era invocada más a menudo por los revolucionarios que ‘el bien público’”.⁴⁵ Jefferson creía que la forma republicana de gobierno no podría sobrevivir sin virtud pública y que tal virtud no podía simplemente darse por supuesta.⁴⁶ Los jóvenes, especialmente aquellos que aportarían liderazgo, debían ser formados en el ejercicio de la virtud pública, especialmente frente a los fuertes atractivos de una vida puramente privada.⁴⁷ Para Jefferson, la educación no sólo debía formar a la ciudadanía en el ejercicio adecuado del autogobierno, sino que también debía formar líderes en la práctica de la virtud pública y en el ejercicio del sabio gobierno.⁴⁸

Jefferson y otros miembros de la generación revolucionaria pensaban que los abogados eran especialmente indicados para el ejercicio de la virtud pública. Antes y durante la Revolución, los abogados jugaron un papel muy importante en la articulación de las teorías jurídicas y políticas necesarias para sustentar los reclamos de independencia. En efecto, tanto la retórica de la Revolución como la del republicanismo estaban asentadas en el lenguaje de la teoría jurídica y política. No es de sorprender que aquellos miembros de la generación posrevolucionaria que pretendían dar forma a la nueva Nación hayan afluido al Derecho. Como ha escrito Robert W. Gordon:

⁴⁴ WOOD, Gordon S., *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, Hill, Chapel, 1969, p. 53.

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 55.

⁴⁶ CARRINGTON, *supra* nota 4, p. 528; CREMIN, *supra* nota 39, p. 2. Tucker, St. George, el gran jurista republicano, escribió en 1803: “Un pueblo ilustrado, una vez que ha obtenido los beneficios de un gobierno libre, nunca puede ser esclavizado hasta que no abandone la virtud y renuncie a la ciencia”. *Blackstone’s Commentaries*, *supra* nota 19, XVII.

⁴⁷ Si bien Jefferson estaba a favor de proporcionar cierta educación a las niñas, estimaba que los hombres serían los líderes de la nueva Nación.

⁴⁸ YARBROUGH, *supra* nota 40, p. 135. Jefferson estableció un vínculo directo entre la educación y la virtud: “La educación genera hábitos de esmero y orden y el amor a la virtud; y controla por la fuerza de la costumbre, cualquier desvío innato en nuestra organización moral”. Jefferson creía que con una educación era posible convertir lo que “era vicioso y perverso en cualidades de virtud y valor social”. Citado en *id.*, p. 141. Jefferson adoptó puntos de vista fundamentales del Iluminismo respecto de la habilidad de las instituciones humanas para inducir el comportamiento apropiado.

LA VISIÓN JEFFERSONIANA DE LA EDUCACIÓN JURÍDICA

DAVISON M. DOUGLAS

Los abogados suministraban una parte desproporcionada de hombres de Estado revolucionarios, dominaban altos cargos en los nuevos gobiernos y en los órganos de la cultura literaria de elite, tenían más ocasiones de hablar en público incluso que los ministros y eran los intérpretes más accesibles y autorizados de leyes y constituciones, convirtiéndose rápidamente en el principal medio del discurso público norteamericano y por cierto su “religión cívica” (...) Parecían tener oportunidades excepcionales de llevar vidas ejemplares, de ilustrar con su ejemplo la vocación del ciudadano independiente, el hombre justo, incorruptible y erudito combinado con sabiduría práctica. Se escribían relatos sobre la vida de abogados eminentes que circulaban entre escolares y lectores populares. Como una inspiración para los letrados más jóvenes, los abogados elogiaban a sus hermanos de profesión difuntos por su desinterés y devoción por la profesión y el servicio público, a menudo sacrificando considerablemente sus ingresos.⁴⁹

Mientras que durante la mayor parte de la época colonial los abogados habían gozado de poco prestigio, la era revolucionaria transformó su papel ubicándoles entre los más importantes voceros republicanos. Muchos percibían a los abogados como “menos egoístas (...) y por lo tanto mejor preparados que los comerciantes y hombres de negocios para el liderazgo político y la toma desinteresada de decisiones”.⁵⁰

III. LOS COMIENZOS DE LA EDUCACIÓN JURÍDICA EN EL ÁMBITO UNIVERSITARIO

En junio 1779, a los pocos días de ser elegido gobernador de Virginia, Jefferson presentó dos leyes educativas para su aprobación: una establecía

⁴⁹ “The Independence of Lawyers”, en *B. U. L. Rev.*, 1988, vol. 68, pp. 15-16. En 1803 William Wirt, el distinguido abogado de Virginia, pudo escribir sobre su generación: “Los hombres de talento en este país (...) en general han sido educados en la profesión del Derecho, y efectivamente a lo largo de todo Estados Unidos he conocido pocas personas de elevado intelecto cuyas facultadas hayan sido orientadas a otros propósitos” (citado en FERGUSON, *supra* nota 40, p. 12).

⁵⁰ WOOD, Gordon S., *The Radicalism of the American Revolution*, Nueva York, 1991, p. 254. Véase también HAMILTON, Alexander, *Federalist* N° 35, *The Federalist Papers*, Nueva York, Andrew Hacker, 1964, p. 81 (observando que los abogados “se sienten neutrales respecto de las rivalidades entre las distintas ramas de la industria” y por ende sirven como “árbitros imparciales entre ellas” consistentemente con “los intereses generales de la comunidad”).

la educación pública universal para los niños libres de Virginia, y la segunda reestructuraba la Universidad William y Mary para reducir la influencia de la Iglesia en su gobierno y modernizar su plan de estudios.⁵¹ Ambas leyes reflejaban la filosofía educativa de Jefferson.

La "Ley para la Mayor Difusión del Conocimiento" de Jefferson dividía al Estado en distritos escolares, en cada uno de los cuales funcionaría una escuela de enseñanza inicial para enseñar lectura, escritura y aritmética a todos los niños libres de ese distrito. A los niños más prometedores en estas escuelas de enseñanza inicial se les permitiría asistir a escuelas de gramática sostenidas por el Estado; los niños más prometedores en estas escuelas de gramática podrían asistir a la Universidad de William y Mary.⁵² Con esta legislación, Jefferson pretendía asegurarse que los virginianos estuvieran bien educados y que de este modo contribuyeran a preservar el autogobierno. También esperaba brindar oportunidades para que los virginianos asumieran el liderazgo en el gobierno en base al⁵³ mérito y no a los privilegios heredados. Por cierto, además de sus reformas educativas, criticó enérgicamente las disposiciones feudales de transmisión de bienes del Derecho inglés –primogenitura y régimen hereditario en virtud del cual la propiedad se transfiere de generación en generación permaneciendo dentro de una familia– que solidificaban el poder social y político de unos pocos elegidos.⁵⁴ Con el

⁵¹ HONEYWELL, *supra* nota 42, pp. 199-210.

⁵² *Ibid.*, pp. 10-11.

⁵³ HELLENBRAND, *supra* nota 41, p. 90.

⁵⁴ Jefferson reclamó la abolición de la ley que establecía este régimen hereditario: "La derogación de estas leyes hereditarias prevendría la acumulación y perpetuación de la riqueza en familias selectas, y preservaría a la tierra del país de ser absorbida cada vez más por manos muertas. La abolición de la primogenitura y la división de los bienes hereditarios en partes iguales, eliminó las distinciones feudales e innaturales que hacían que un miembro de cada familia fuera rico y el resto pobre, sustituyendo la partición igualitaria, la mejor de todas las leyes agrarias". "Autobiography", en *The Life and Selected Writings of Thomas Jefferson*, Nueva York, Adrienne Koch & William Peden, 1998, pp. 49- 50 (de aquí en adelante *Life and Selected Writings*).

Jefferson observó que bajo el Derecho sajón los feudos eran desconocidos y que los sajones tenían sus tierras simplemente en propiedad permanente, absoluta y libre. Las tradiciones feudales de tenencia de la tierra fueron introducidas por los normandos; Jefferson sostenía que como Estados Unidos no había sido conquistado por los normandos, el Derecho normando no debía ser aplicado a este país. JEFFERSON, Thomas, "A Summary View of the Rights of British America", en *Life and Selected Writings*, *supra*, p. 285.

tiempo, logró con éxito la sanción de una legislación en Virginia que abolía estas disposiciones “cambiando las leyes sucesorias, de modo tal que las tierras de cualquier persona que falleciera intestada se dividieran en partes iguales entre todos sus hijos”⁵⁵ Casi todos los demás Estados siguieron a Virginia.

En 1786, luego de haber fracasado sus esfuerzos de 1779 por expandir la disponibilidad de la educación, Jefferson instó a su mentor, George Wythe, a apoyar la educación universal como medio para asegurar el éxito del republicanismo:

Pienso que la ley más importante de todo nuestro código es lejos la de difusión del conocimiento entre la gente. No puede idearse ninguna otra base segura para la preservación de la libertad y la felicidad (...) Predique, mi estimado señor, una cruzada contra la ignorancia; establezca y mejore el derecho para educar a la gente común. Haga saber a nuestros compatriotas que sólo el pueblo puede protegernos contra estos males, y que el impuesto que será pagado a este fin no es más que la milésima parte de lo que será pagado a los reyes, los sacerdotes y los nobles que surgirán entre nosotros si dejamos al pueblo en la ignorancia.⁵⁶

Jefferson manifestó sentimientos similares a George Washington: “Tengo por un axioma que la libertad nunca puede estar segura sino en las manos del propio pueblo, y también el de la gente con cierto grado de instrucción. Ésta es una cuestión que el estado ha de resolver y en base a un plan general.”⁵⁷

La segunda ley educativa de Jefferson de 1779, “Reforma de la Constitución de la Universidad de William y Mary”, pretendió reducir la influencia de la Iglesia en la universidad y sustituir su énfasis en la formación de ministros por la preparación de jóvenes para asumir posiciones de liderazgo en el mundo secular. Esta ley otorgó el control del

⁵⁵ JEFFERSON, Thomas, “Notes on Virginia”, en *Life and Selected Writings*, *supra* nota 54, p. 237.

⁵⁶ Carta de Jefferson, Thomas a Wythe, George (13/08/1786), en *The Writings of Thomas Jefferson*, eds. Andrew A. Lipscomb & Albert Ellery Bergh, Washington, 1903, vol. 5, pp. 396-407 (de aquí en adelante *Jefferson Writings*).

⁵⁷ Carta de Jefferson, Thomas a Washington, George (04/02/1785), en *Jefferson Papers*, *supra* nota 20, vol. 9, p. 151.

Consejo Asesor de gobierno de la universidad a la legislatura estatal en vez de a la Iglesia.⁵⁸ Jefferson se quejó de la influencia de la Iglesia en la universidad, observando que los miembros del Consejo Asesor “debían ser [miembros de la Iglesia Anglicana]; los profesores debían suscribir a sus 29 artículos y los estudiantes debían aprender su catecismo; y se declaraba que uno de sus objetos fundamentales era reclutar ministros para esa Iglesia”.⁵⁹ La propuesta de ley de Jefferson también habría modernizado el plan de estudios de la universidad, eliminando los profesorado en divinidad y lenguajes bíblicos en favor de los profesorado en Derecho, medicina y anatomía, y lenguas modernas. Jefferson sostenía que su plan aseguraría que “aquellos que habrán de ser los futuros guardianes de los derechos y libertades de su país pueden ser dotados de ciencia y virtud, para preservar y velar por el sagrado reducto” de los derechos del pueblo.⁶⁰ Consideraba que la función de la universidad era formar a los ciudadanos para cumplir con los deberes del autogobierno.⁶¹

La legislatura de Virginia no sancionó ninguna de las reformas educativas de Jefferson. Fue insuficiente la cantidad de legisladores que apoyó la idea de cobrar impuestos a los ricos para educar a los niños de las clases media y baja. Y los disidentes religiosos que se oponían a la influencia de la Iglesia Anglicana en la Universidad de William y Mary se negaron a apoyar cualquier legislación que reconociera a la universidad.⁶²

Si bien el plan legislativo de Jefferson fracasó, de todos modos tuvo éxito en sus esfuerzos por reestructurar la Universidad de William y Mary. Luego de ser elegido gobernador, Jefferson pasó a integrar el Consejo Asesor de la universidad y en tal carácter persuadió al Consejo, sin legislación, para que aboliera los profesorado de divinidad y lenguajes bíblicos y estableciera profesorado en “Derecho y Policía” (Derecho y

⁵⁸ JEFFERSON, Thomas, “A Bill for Amending the Constitution of the College of William and Mary, and Substituting More Certain Revenues for Its Support”, en *Jefferson Papers*, *supra* nota 20, vol. 2, p. 535.

⁵⁹ “Autobiography” *supra* nota 54, p. 48.

⁶⁰ JEFFERSON, *supra* nota 58, p. 539.

⁶¹ MCMANIS, *supra* nota 3, p. 622.

⁶² Jefferson explicó más tarde: “los celos religiosos [...] de todos los disidentes, se preocuparon ante la posibilidad de que esto diera predominio a la secta anglicana, y se negaron a actuar sobre esa ley”. “Autobiography”, *supra* nota 54, p. 48.

gobierno), medicina y anatomía, y lenguas modernas.⁶³ Como resultado de sus esfuerzos, en enero de 1780 William y Mary se convirtió en la primera universidad de Estados Unidos que ofreció un curso formal de estudio del Derecho.

El esfuerzo de Jefferson por asegurar la enseñanza jurídica para los estudiantes de William y Mary se vio favorecido por el hecho de que el método de aprendices para la formación jurídica no estaba tan instalado en Virginia como en muchos otros estados norteamericanos en los que era necesario ser aprendiz para poder ser abogado.⁶⁴ Por otra parte, en Virginia muchos de los líderes de la Revolución, tales como Jefferson, Patrick Henry y Wythe, habían sido abogados, lo que hacía popular el establecimiento de una cátedra de Derecho.

Jefferson no fue el primero en concebir la idea de la educación jurídica en la universidad. Durante la era prerrevolucionaria, varias universidades coloniales ofrecían a sus estudiantes algunas nociones generales de Derecho en el contexto de clases de teología, ética y filosofía política. Por ejemplo, la Universidad de Filadelfia (más tarde la Universidad de Pensilvania) adoptó en 1756 un curso para sus estudiantes que incluía lecturas de Derecho y política para proporcionar al estudiante “un conocimiento y sentido práctico de su papel como hombre y ciudadano”.⁶⁵ La Universidad de King (más tarde la Universidad de Columbia) en la década de 1760 desarrolló un plan de estudio que incluía algunas nociones de Derecho Internacional.⁶⁶ Pero ni estas universidades, ni cualquier otra universidad colonial, ofreció una formación jurídica sistemática para preparar a un estudiante para la práctica del Derecho.

⁶³ Véase *ibíd.*, p. 50. El Consejo estableció formalmente estos nuevos profesados el 4 de diciembre de 1779; la nueva facultad inició el dictado de clases el 17 de enero de 1780. GODSON, Susan H. et al., *The College of William & Mary: A History*, Williamsburg, 1993, vol. 1, pp. 133, 135. Para crear estas tres nuevas cátedras y para mantenerse dentro del mandato de la carta de la universidad que sólo permitía seis profesados, Jefferson ordenó la abolición de los profesados de divinidad y lenguas orientales, junto con la abolición de la escuela de gramática de su cuerpo de profesores más monárquico y viró en dirección a la enseñanza del republicanismo. HUNTER, *supra* nota 4, pp. 144-145.

⁶⁴ ZANTZINGER REED, Alfred, *Training for the Public Profession of the Law: Historical Development and Principal Contemporary Problems of Legal Education in the United States with Some Account of Conditions in England and Canada*, Nueva York, 1921, p. 116.

⁶⁵ Citado en *ibíd.*, p. 114.

⁶⁶ *Ibíd.*

Algunos educadores efectivamente exhortaron al establecimiento de un profesorado en Derecho en las universidades coloniales, especialmente luego de que la Universidad de Oxford nombrara a William Blackstone como profesor *Vinerian*⁶⁷ en 1758. Por ejemplo, durante la década de 1770, la Universidad de Yale consideró establecer un profesorado de Derecho pero no cubrió el cargo.⁶⁸ Por medio de su propuesto profesorado de Derecho Yale aspiraba a proporcionar a los estudiantes conocimientos de Derecho y gobierno a fin de prepararlos para resguardar las nuevas libertades de la Nación. La visión de la educación de Ezra Stiles, presidente de Yale, guardaba similitudes con la visión jeffersoniana de formación de los ciudadanos con el propósito de proteger a la nueva República, pero, a diferencia de Jefferson, Stiles no pretendía preparar a los estudiantes para la práctica del Derecho.⁶⁹

Al mismo tiempo, en Inglaterra, Blackstone exhortaba a la enseñanza del Derecho en las universidades y lamentaba el fuerte prejuicio en favor de los *Inns of Court* y el sistema de aprendices. Observó que muchos abogados ingleses del siglo XVIII aconsejaban abandonar toda educación liberal, por no ser útil para los estudiantes de Derecho, y ubicarlos, en cambio, en el escritorio de algún abogado hábil, a fin de iniciarlos tempranamente en todos los pormenores de la práctica y hacerlos más diestros en las partes mecánicas del negocio.⁷⁰

⁶⁷ N. del T.: el profesorado "Vinerian" de Derecho inglés se denomina así en honor a la persona que legó el dinero para el profesorado. Su nombre era Charles Viner y cuando murió en 1755 dejó una suma de dinero para establecer el profesorado. Esta información fue proporcionada por la Oficina de Información de la Universidad de Oxford.

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 134.

⁶⁹ Stiles explicó que la nueva cátedra de Derecho no estaba preparada para educar abogados, sino para formar civiles. Quizás menos de un cuarto de los jóvenes caballeros educados en la universidad se dedican a alguna de las ilustres profesiones de divinidad, Derecho o física. La mayor parte de ellos luego de terminar el curso académico regresan a su hogar, se entremezclan con el público en general y se dedican al comercio o al cultivo de sus haciendas. Y sin embargo quizás la mayoría de ellos en el curso de sus vidas son llamados por su país a participar en alguna de las diversas ramas del progreso civil y en las grandes oficinas públicas del Estado.

Citado en WARREN, *supra* nota 3, p. 563.

⁷⁰ BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, 1783, vol. 1, p. 32.

Blackstone sostenía que un individuo educado en Derecho de este modo, subordinado a abogados, descubrirá que ha comenzado por el lugar equivocado. Si la práctica es lo único que se le enseña, la práctica será también lo único que sabrá. Si no es instruido en los elementos y principios básicos en que se basa la práctica, la más pequeña variación en los precedentes establecidos lo dejará completamente azorado y perplejo.⁷¹

Blackstone consideraba al estudio académico del Derecho como un importante precursor del aprendizaje en los *Inns of Court*: “aquellos caballeros que recurren a los *Inns of Court* con miras a ejercer la profesión, hallarán oportuno, siempre que sea factible, sentar las bases previas de ello, así como de toda otra ciencia, en alguna de nuestras ilustres universidades.”⁷²

Al establecer el profesorado de Derecho en la Universidad de William y Mary, Jefferson deseaba proporcionar a los aspirantes a abogados tanto una formación en doctrina jurídica como una educación liberal amplia. Cuando se le preguntaba, lo que ocurría con frecuencia, qué debía leer un aspirante a abogado, Jefferson recomendaba textos jurídicos básicos, tales como tratados, leyes e informes de casos, pero también insistía que el aspirante a abogado debía realizar estudios más amplios: idiomas (particularmente francés), ética e historia.⁷³ Esta educación ambiciosa servía a un propósito específico: proporcionar la sabiduría y perspectiva nece-

⁷¹ *Ibid.* Esta preferencia por el sistema de aprendices en lugar de la formación jurídica universitaria persistiría en Inglaterra. Albert Dicey, quien luego sería profesor “Vinerian”, comentó en 1883 que si se pudiera plantear en forma de caso a un grupo de consejeros eminentes la cuestión de si el Derecho inglés puede ser enseñado en las universidades, no cabe duda alguna acerca de cuál sería su respuesta. Responderían unánimemente y sin dudarlo que el Derecho inglés debe ser aprendido y no puede ser enseñado, y que los tribunales y las cámaras son los únicos lugares donde puede ser aprendido.

Citado en HOLDSWORTH, William, *Some Lessons from Our Legal History*, Nueva York, 1928, p. 171.

⁷² BLACKSTONE, *supra* nota 70, p. 31.

⁷³ Véase, e. g., Carta de Thomas Jefferson a Thomas Mann Randolph, Jr. (agosto 27, 1786), en *Jefferson Papers*, vol. 10, *supra* nota 20, p. 306; JOHNSON, *supra* nota 15, p. 106. Robert Ferguson ha descrito la lectura recomendada por Jefferson para los aspirantes a abogados como “virtuales bibliografías del Iluminismo que exigían catorce horas de lectura diaria a lo largo de un período de quince años” (FERGUSON, *supra* nota 40, p. 28).

sarias para ejercer el gobierno.⁷⁴ Como observó Herbert Jonson: “con Jefferson y Wythe el estudio del Derecho era coordinado con otros estudios destinados a poner al Derecho en contexto con las emergentes disciplinas de las ciencias sociales y a dar al futuro abogado una visión más amplia del derecho como instrumento de política social”.⁷⁵

Como muchos otros pensadores de la Ilustración, tales como Montesquieu y Beccaria, Jefferson creía que las naciones debían modificar sus normas jurídicas para reflejar su particular entorno social y político.⁷⁶ El propio Jefferson estuvo sumamente involucrado en la reforma del Derecho común inglés para adaptarlo al contexto norteamericano, sosteniendo, por ejemplo, que las normas inglesas feudales de transmisión de bienes eran inconsistentes con el gobierno republicano. Alegaba que los legisladores y jueces no adaptaron adecuadamente el Derecho común inglés.⁷⁷ También insistía en que el aspirante a abogado adquiriera el “arte de escribir y hablar”, reconociendo la importancia de la comunicación eficaz y la argumentación jurídica de un caso en el trabajo del abogado.⁷⁸

Para implementar su visión de la educación jurídica en William y Mary, Jefferson eligió a George Wythe, quizás el principal abogado de Virgi-

⁷⁴ Jefferson estaba particularmente fascinado por los sajones de la Inglaterra prenormanda y aprendió por sí mismo la lengua sajona. Percibía una “edad de oro de libertad sajona anterior a la usurpación normanda” (FERGUSON, *supra* nota 40, p. 52).

⁷⁵ JOHNSON, *supra* nota 15, p. 107.

⁷⁶ Como ha escrito Montesquieu, el Derecho debe ser elaborado “conforme al clima (...) suelo (...) situación y magnitud” de cada pueblo. HELLENBRAND, *supra* nota 41, p. 59. Jefferson era un entusiasta lector de Montesquieu; alentaba a los aspirantes a abogados a leer su “El Espíritu de las Leyes” y recomendaba ese libro a los estudiantes como “el mayor libro general sobre la ciencia de gobierno” (FERGUSON, *supra* nota 40, p. 47).

⁷⁷ HELLENBRAND, *supra* nota 41, p. 59. Jefferson también se preocupaba por el efecto de Blackstone –la principal fuente para el estudio del Derecho común inglés– sobre los jóvenes abogados. De hecho, consideraba a Blackstone como un enemigo de la Revolución Norteamericana. MCMANIS, *supra* nota 3, p. 610. Escribiéndole a James Madison en 1826, Jefferson habló de la influencia de Blackstone entre los abogados del siglo XVIII: “cuando [...] el enmelado *Mansfieldismo* de Blackstone se convirtió en libro de base de los estudiantes, desde ese momento, esa profesión (la cuna de nuestro Congreso) comenzó a deslizarse hacia el *toryismo*, y casi toda la joven camada de abogados ahora es de esa clase”. Carta de Thomas Jefferson a James Madison (17/02/1826), en *Jefferson Writings*, vol. 16, *supra* nota 56, p. 155.

⁷⁸ Citado en HELLENBRAND, *supra* nota 41, p. 60.

nia en la época colonial,⁷⁹ para ser el primer profesor de Derecho en William y Mary y en el nuevo mundo. Wythe comprendía bien las deficiencias del sistema de aprendices, habiendo tenido una experiencia nefasta en la firma de su tío, Stephen Dewey.⁸⁰ A pesar de esta experiencia, Wythe, esencialmente un autodidacta, era ampliamente considerado uno de los más ilustres juristas de Virginia. Y sus conocimientos excedían considerablemente los límites del Derecho; Jefferson lo denominó “el mejor experto en latín y griego del estado”.⁸¹ Además de ser uno de los principales integrantes de la profesión en Virginia, Wythe había ostentado diversos cargos públicos antes de su designación en William y Mary: procurador general de la colonia de Virginia, representante de Virginia en la cámara baja de la legislatura colonial y también empleado en ella, miembro del Segundo Congreso Continental,⁸² signatario de la Declaración de Independencia, presidente de la Cámara de Delegados y canciller en el Tribunal de *Chancery*⁸³ de Virginia.⁸⁴ El Consejo Asesor que aprobó la recomendación de Jefferson favorable a Wythe no sólo se vio atraído por la instrucción jurídica de Wythe, sino también por su “fervor republicano”.⁸⁵

⁷⁹ Jefferson describió a Wythe a un conocido que estaba considerando enviar su hijo a William y Mary a aprender Derecho: “Él es uno de los hombres más grandes de la época, habiendo mantenido sin competencia el primer lugar entre los abogados de nuestros tribunales generales durante 25 años, y siempre se distinguió por una reputación intachable”. Carta de Thomas Jefferson a Ralph Izard (17-7-1788), en *Jefferson Papers*, vol. 13, *supra* nota 20, p. 372.

⁸⁰ Wythe later wrote that his uncle “treated him with neglect, and confined him to the drudgeries of his office, with little, or no, attention to his instruction in the general science of law” (citado en HUNTER, *supra* nota 4, p. 140).

⁸¹ Citado en *ibíd.*, p. 141.

⁸² N. del T.: las colonias norteamericanas realizaron tres Congresos Continentales, respectivamente en los años 1774, 1775 y 1776, en rebelión contra el régimen británico. El Segundo Congreso, reunido como secuela de las batallas de Lexington y Concord, creó el Ejército Continental, que eventualmente triunfó en la Revolución Norteamericana.

⁸³ N. del T.: Presidente de un tribunal de equidad.

⁸⁴ Wythe también había trabajado estrechamente con Jefferson desde 1776 hasta 1778 en un esfuerzo por revisar el Derecho de Virginia. Los frutos de su labor fueron 126 proyectos de ley en la Asamblea General de Virginia. Wythe se convirtió en Presidente de la Cámara de Delegados de Virginia en 1777, pero en 1778 fue designado integrante del Tribunal de *Chancery*, el más importante tribunal de Virginia, lo que le exigió renunciar a sus actividades legislativas (*ibíd.* p. 142).

⁸⁵ BROWN, Imogene E., *American Aristides: A Biography of George Wythe*, East Brunswick, 1981, p. 200.

Wythe durante mucho tiempo había sido mentor de aspirantes a abogados, muy especialmente de Thomas Jefferson durante tres años, desde 1762 hasta 1765.⁸⁶ Wythe le hizo leer a Jefferson textos jurídicos, particularmente *Commentaries on Littleton* de Coke, volúmenes sobre argumentación y volúmenes sobre leyes virginianas y británicas, pero, reconociendo el valor de una educación liberal más amplia, también incentivó a Jefferson a que estudiara ciencia, ética, religión, historia y literatura.⁸⁷ Cuando Virginia se propuso reformar sus leyes a mediados de la década de 1770 para adaptarlas a los principios republicanos, acudió a sus abogados más ilustres, muy instruidos en teoría jurídica, gobierno e historia, Wythe, Jefferson y Edmund Pendleton.⁸⁸

Cuando Wythe comenzó a impartir instrucción jurídica en la Universidad de William y Mary en enero de 1780, enseñó a sus estudiantes las sutilezas del Derecho común y los expuso a una educación amplia que incluía los principios republicanos.⁸⁹ Daba clases a sus estudiantes dos veces por semana, utilizando para ello el libro *New Abridgement of the Law* de Matthew Bacon, los Comentarios de Blackstone y la Constitución y las leyes de Virginia.⁹⁰ Proporcionaba frecuentemente su propia interpretación tanto del Derecho común como de la constitución de Virginia.⁹¹ Las nuevas constituciones estatales de Estados Unidos prove-

⁸⁶ DEWEY, Frank L., *Thomas Jefferson, Lawyer*, Charlottesville, 1986, pp. 9-17.

⁸⁷ HUNTER, *supra* nota 4, p. 142.

⁸⁸ HELLENBRAND, *supra* nota 41, p. 55.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 92.

⁹⁰ CARRINGTON, Paul D., "Teaching Law and Virtue at Transylvania University: The George Wythe Tradition in the Antebellum Years", en *Mercer L. Rev.*, 1990, vol. 41, p. 675; JOHNSON, *supra* nota 15, p. 109.

⁹¹ HUNTER, *supra* nota 4, p. 145. El gobernador de Virginia John Tyler (el padre del presidente John Tyler) escribió a Thomas Jefferson acerca de las notas de clase de Wythe en 1810:

El Juez [Spencer] Roane las ha leído, o la mayoría de ellas, y está muy complacido con ellas, piensa que ellas serán de gran valor, habiendo mucho de su propio razonamiento atinado sobre los grandes principios, y no una mera copia servil de Blackstone, y otros comentaristas británicos, bastante de sus ideas sobre nuestras constituciones y los cambios necesarios que ellas han engendrado, con ese espíritu de libertad que siempre ha marcado sus opiniones.

Carta de John Tyler a Thomas Jefferson (02/11/1810), en *The Letters and Times of the Tylers*, Richmond, ed. Lyon G. Tyler, 1884, vol. 1, p. 249.

yeron a Wythe de material fértil, inexplorado por comentaristas jurídicos ingleses como Blackstone y Coke. Como ha observado un historiador: “Wythe fue el primer jurista de los Estados Unidos en hacer del Derecho Constitucional norteamericano objeto de enseñanza habitual”.⁹² Los estudiantes de Wythe también leían a politólogos como Montesquieu y escritores clásicos como Horacio y Virgilio.⁹³

Wythe también utilizó los simulacros de juicio como medio para enseñar a sus estudiantes a argumentar jurídicamente un caso. Los *Inns of Court* ingleses inicialmente habían desarrollado simulacros de juicio a finales de la Edad Media, pero los puritanos del siglo XVII abolieron este sistema porque había convertido en un evento más social que educacional.⁹⁴ Los estudiantes de Wythe se reunían una o dos veces por mes en la sala de audiencias del antiguo capitolio colonial de Williamsburg y presentaban casos jurídicos a sus profesores. El empleo de simulacros de juicio como mecanismo educativo se extendería en las escuelas de Derecho independientes desarrolladas en las dos últimas décadas del siglo XVIII.⁹⁵

La segunda innovación de Wythe, consistente en el establecimiento de una asamblea legislativa, le sirvió como principal herramienta educativa para enseñarle a sus estudiantes el arte práctico de gobierno. Todos los sábados durante el año lectivo Wythe reunía a sus estudiantes en la cámara legislativa del antiguo capitolio colonial. Educados en las sutilezas del procedimiento parlamentario, los estudiantes preparaban y discutían

⁹² DILL, Alonzo Thomas, *George Wythe: Teacher of Liberty Williamsburg*, 1979, p. 43.

⁹³ CLARKIN, William, *Serene Patriot: A Life of George Wythe*, Albany, 1970, p. 156. Peter Carr, el sobrino de Thomas Jefferson, escribió a su tío describiendo sus estudios con Wythe:

Mr. Wythe me aconsejó empezar con el estudio del derecho, leyéndolo dos o tres horas cada día, y dedicando el resto de mi tiempo a los idiomas, la historia y la filosofía (...) Me levanto temprano a la mañana, salgo a caminar durante media hora para despabilarme, leo derecho hasta el desayuno, luego asisto a lo de Wythe hasta las 12 para los idiomas, leo filosofía hasta la cena, historia hasta la noche y poesía hasta acostarme.

Carta de Peter Carr a Thomas Jefferson (18-3-1788), en *Jefferson Papers*, vol. 12, *supra* nota 20, p. 677.

⁹⁴ DILL, *supra* nota 39, p. 44.

⁹⁵ Véase MCKENNA, Marian C., *Tapping Reeve and the Litchfield Law School*, Nueva York, 1985, pp. 7-8.

legislación, basándose en proyectos de ley reales pendientes en la Asamblea General de Virginia en Richmond.⁹⁶ Las enseñanzas de Wythe sobre el procedimiento legislativo surtieron un importante efecto. Más de una docena de sus estudiantes eventualmente ocupó bancas en el Senado estadounidense o en otros cuerpos legislativos de la nueva Nación.⁹⁷

Jefferson encomió esta formación en el proceso legislativo. Al escribirle a James Madison en julio de 1780, explicó:

Nuestra nueva institución en la Universidad ha tenido un éxito que la ha hecho objeto de aclamación general. Realizan juicios y asambleas semanales en el capitolio. Los profesores participan de ellos y los jóvenes discuten con elegancia, método y conocimiento. Esta única escuela, al suministrar ocasionalmente nueva gente con buenos principios a la legislatura, será de infinito valor.⁹⁸

Wythe coincidía con la apreciación de Jefferson de su propósito de formar líderes políticos. Al escribirle a John Adams en diciembre de 1785, Wythe manifestó que su propósito era “formar temperamentos ca-

⁹⁶ BROWN, *supra* nota 85, p. 203. Walker Maury, director de la escuela de gramática de Williamsburg, describió el modelo de legislatura de Jefferson:

Los estudiantes se reúnen en un cuerpo de legisladores, en los cuales se ve a nuestra asamblea en miniatura debatiendo, al menos varios de ellos, improvisando, sobre importantes cuestiones de estado. Algunas de sus arengas serían escuchadas con placer en cualquier cámara de representantes; y todo se conduce, quizás, con más espíritu que el que ha sido desplegado alguna vez en una institución de esta naturaleza.

Carta de Walker Maury a Thomas Jefferson (20-4-1784), en *Jefferson Papers*, vol. 7, *supra* nota 20, p. 112. Uno de los alumnos de Wythe, John Brown, describió la asamblea legislativa en una carta de julio de 1780:

Nos hizo formar un cuerpo legislativo, integrado por alrededor de 40 miembros. Wythe es Presidente de la Cámara, y se esmera por enseñarnos las reglas del parlamento. Debemos reunirnos todos los sábados y considerar los proyectos de ley redactados por el comité designado para examinar las leyes, luego debatimos y las modificamos (no diré reformamos) con la mayor libertad.

CLARKIN, *supra* nota 93, pp. 143-144.

⁹⁷ BRYSON, W. Hamilton, *Legal Education in Virginia 1779-1979*, Charlottesville, 1982, p. 23.

⁹⁸ Carta de Thomas Jefferson a James Madison (26/07/1780), *Jefferson Papers*, vol. 3, *supra* nota 20, p. 507.

paces de suceder a aquellos que han sido ornamentales y útiles en los consejos nacionales de Norteamérica".⁹⁹

El programa jurídico de Wythe resultó inmensamente popular tanto entre los estudiantes como entre los profesores. Durante su primer año, la mitad de los estudiantes de la Universidad (alrededor de cuarenta) se inscribieron en sus clases.¹⁰⁰ Si bien la mayoría de los estudiantes eran virginianos, Wythe atrajo estudiantes de otros Estados, particularmente de Carolina del Norte y del Sur y de Pensilvania.¹⁰¹ A Wythe no le agradaba tomar estudiantes que planeaban permanecer sólo dos años en la universidad a menos que tuvieran una formación previa considerable.¹⁰²

Cuando Wythe renunció a su profesorado en 1789, fue sucedido por uno de sus antiguos estudiantes, St. George Tucker, que se convertiría en uno de los juristas más distinguidos de la nueva Nación.¹⁰³ Tucker

⁹⁹ Citado en SHEWMAKE, Oscar L., *The Honorable George Wythe: Teacher, Lawyer, Jurist, Statesman*, Williamsburg, 1921, pp. 16-17.

¹⁰⁰ HUNTER, *supra* nota 4, p. 146. Todos los alumnos de Wythe, por supuesto, eran hombres blancos. Pasarían décadas antes de que las mujeres y los norteamericanos de raza negra ingresaran en la profesión jurídica.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 153.

¹⁰² BROWN, *supra* nota 85, p. 206.

¹⁰³ Las razones exactas de la partida de Wythe son poco claras, pero la legislación que entró en vigor en 1789 trasladó el Tribunal de Chancery a Richmond, y Wythe se mudó a esa ciudad luego de completar el período de 1789-90 en la universidad. DILL, *supra* nota 92, p. 71. Según Jefferson, aparentemente Wythe también tenía algún tipo de desacuerdo con sus colegas en la universidad. Jefferson estaba amargamente decepcionado por la partida de Wythe. Escribió en ese momento: "El Consejo Asesor tratará de condenar lo que ofendió a Wythe [y lo motivó a irse] y lo presionará para que regrese. De otro modo es el fin para la universidad". Carta de Thomas Jefferson a William Short (14-12-1789), en *Jefferson Papers*, vol. 16, *supra* nota 20, pp. 25-26. Tucker fue un sucesor extraordinariamente distinguido de Wythe, pero Jefferson no recuperó la alta estima que tenía por la universidad. En particular, Jefferson objetó ciertas decisiones del Consejo Asesor a principios de la década de 1790 que tuvieron por resultado incrementar la influencia de la iglesia sobre la universidad: la consagración del profesor Madison como obispo de Virginia, la presencia obligatoria en las oraciones, y el establecimiento de un título en divinidad. La decepción de Jefferson fue tan grande que hacia el año 1800 se refería a la "demolición" y "ruina" de su plan de modernización y reforma de William y Mary. GODSON et al., *supra* nota 63, p. 173.

Luego de la partida de Wythe, Jefferson no sugirió a otros aspirantes a abogados que concurrieran a la universidad. Su decepción por los cambios en William y Mary

continuó el modelo de formación jurídica de Wythe con énfasis en las minuciosidades del Derecho común, las leyes de Virginia y el Derecho Constitucional, así como también en la ciencia de gobierno. Al igual que Wythe, Tucker utilizaba a Blackstone como principal texto jurídico, pero enfatizaba que el Derecho norteamericano se había apartado del Derecho común inglés en diversos aspectos y advertía a sus alumnos que Blackstone no siempre era una guía confiable del Derecho norteamericano.¹⁰⁴ Blackstone podía enseñar a los estudiantes “lo que había sido el Derecho”, pero para saber lo que el Derecho “es ahora, [los estudiantes] deben recurrir a fuentes de información muy diferentes”.¹⁰⁵

Tucker exhortaba a sus alumnos a estudiar las constituciones estatales y la federal, sosteniendo que en Estados Unidos la fuerza y la obligatoriedad de toda ley positiva y de todo acto de gobierno están tan intrínsecamente vinculadas con la autoridad del propio gobierno, como le fue confiada por el pueblo a quienes lo administran, que ningún hombre puede pretender conocer las leyes de su país si no extiende ese conocimiento a la propia Constitución.¹⁰⁶

También puso énfasis en la teoría política, exigiéndole a todo estudiantes de Derecho que leyera el *Ensayo sobre el Gobierno Civil* de John Locke, las *Political Disquisitions* de James Burgh's y la *Constitución de Inglaterra* de Jena Louis de Lolme.¹⁰⁷ Uno de sus alumnos describió las

tendrían profundas consecuencias en la historia de la educación superior en Estados Unidos. Con el tiempo, dirigió su atención al establecimiento de una nueva universidad que satisfaría sus ideales educativos: la Universidad de Virginia.

¹⁰⁴ Por ejemplo, Tucker explicó que la Revolución Norteamericana había “producido una correspondiente revolución no sólo en los principios de nuestro gobierno, sino también en las leyes relativas a la propiedad, y una serie de otras [leyes] irreconciliables con los principios contenidos en los Comentarios”. GROSSBERG, Michael, *Citizens and Families: A Jeffersonian Vision of Domestic Relations and Generational Change, in Jefferson and Education*, *supra* nota 5, p. 19. Véase también CULLEN, Charles T., *St. George Tucker and Law in Virginia, 1772-1804*, Nueva York, 1987, p. 120.

¹⁰⁵ *Blackstone's Commentaries*, *supra* nota 19, v.

¹⁰⁶ *Ibid.* en XVI-XVII. Tucker también creía que el conocimiento del Derecho Constitucional era esencial para la preservación de la libertad y el gobierno republicano: “En un gobierno fundado sobre la base de la libertad igual para todos los ciudadanos ... Cuando la ignorancia se une a la indolencia, la libertad se vuelve letárgica y el despotismo se erige como estandarte sin oposición.” *Ibid.* en XVII.

¹⁰⁷ CULLEN, *supra* nota 104, pág. 130.

enseñanzas de Tucker: “La opinión generalizada de esta época parece ser que los estudiantes de Derecho deberían dedicar parte de su tiempo a adquirir conocimientos jurídicos, otra parte a la ciencia en general y otra parte a la ciencia de gobierno”.¹⁰⁸

En 1803 Tucker publicó su propia edición en cinco volúmenes de los Comentarios de Blackstone con cientos de páginas con anotaciones y explicaciones exponiendo las variaciones del Derecho norteamericano respecto del Derecho común inglés e incluyendo análisis de la Constitución y las leyes tanto de los Estados Unidos como de Virginia.¹⁰⁹ El “Blackstone Norteamericano” de Tucker, basado considerablemente en sus clases en William y Mary,¹¹⁰ sería uno de los principales textos jurídicos durante la primera mitad del siglo XIX.¹¹¹ Irónicamente, su labor doctrinaria hizo más atractiva la formación jurídica fuera de la universidad.¹¹²

Al igual que Wythe, Tucker hacía debatir a sus estudiantes sobre algunas de las principales cuestiones políticas y jurídicas de la época, a fin de entrenarlos para asumir el liderazgo de la nueva Nación. En particular, Tucker discutía con sus alumnos sobre la abolición de la esclavitud, la pena de muerte, el principio de igualdad política, el juicio por jurado y la práctica de embargar bienes al ejecutar una deuda.¹¹³ Respecto a la cuestión de la esclavitud, por ejemplo, Tucker, que era

¹⁰⁸ Citado en *ibid.* p. 129.

¹⁰⁹ *Blackstone's Commentaries*, *supra* nota 19.

¹¹⁰ Por ejemplo, Tucker utilizó casi textualmente su clase a sus alumnos de Derecho sobre la incompatibilidad de la esclavitud con los principios republicanos en su introducción a su edición de Blackstone. Cf. CULLEN, *supra* nota 104, pp. 119-20, con *Blackstone's Commentaries*, vol. 1, *supra* nota 19, xi-xii.

¹¹¹ La Corte Suprema de Estados Unidos también consideró al Blackstone de Tucker como una fuente autorizada de las ideas jurídicas de los fundadores. Por cierto, el Blackstone de Tucker ha sido citado por la Corte Suprema en más de 40 casos, incluso recientemente en 1995. FINKELMAN, Paul y David COBIN, “An Introduction to St. George Tucker's Blackstone's Commentaries,” en *Blackstone's Commentaries*, vol. 1, *supra* nota 19, v-vi.

¹¹² CURRIE, *supra* nota 3, p. 360. Algunos han sugerido que el Blackstone de Tucker ayudó a prolongar la vida del sistema de aprendices dado que hizo accesible al aspirante a abogado gran parte del Derecho norteamericano. REED, *supra* nota 64, p. 117.

¹¹³ CULLEN, *supra* nota 104, pp. 125-26.

un ardiente abolicionista, invitaba a sus estudiantes a considerar la moralidad de la esclavitud:

Puede ser difícil para los defensores de la política de nuestros padres que redujo a esa desafortunada raza a una condición degradante, el demostrar cuán compatible es esa condición con los principios de una república libre. Se presumía al menos que [...] en este país, donde los beneficios de la libertad han sido adquiridos tan tardíamente y a tan alto precio, no podría considerarse inadecuado preguntarse si existía debida correspondencia entre los principios declarados y nuestra práctica diaria; y en caso negativo, si era factible, consistentemente con nuestra seguridad política, eliminar ese estigma de nuestra Nación y nuestro gobierno.¹¹⁴

Tucker también se manifestó sobre la igualdad de las personas en una república en contraste con la jerarquía social típica de un gobierno monárquico:

Un Franklin o un Washington no necesitan de la pompa de los honores, del brillo de los títulos o de la preeminencia de la posición social para distinguirlos (...). La igualdad de derechos no impide esa distinción que la superioridad en la virtud introduce entre los ciudadanos de una república. Una vez retirado, Washington era igual en derechos, y sólo igual, que el más pobre ciudadano del Estado.¹¹⁵

Otro de los temas favoritos de Tucker era la cuestión del desigual poder de voto, sea la notoria mala distribución legislativa del Parlamento inglés, o la influencia desproporcionada de los Estados más pequeños en la elección del presidente norteamericano en el Colegio Electoral.¹¹⁶ Algunos de los alumnos de Tucker pensaban que él enfatizaba la ciencia de gobierno más que la doctrina jurídica, y con el tiempo él puso mayor énfasis en las sutilezas del Derecho común y las leyes. Joseph C. Cabell,

¹¹⁴ *Blackstone's Commentaries*, vol. 1, *supra* nota 19, xi-xii.

¹¹⁵ Citado en CULLEN, *supra* nota 104, p. 124.

¹¹⁶ Tucker observó que Londres sólo enviaba cuatro miembros al Parlamento, si bien contenía un séptimo de la población de la Nación, y que otras ciudades inglesas, como Manchester y Birmingham, no tenían representación en el Parlamento. De modo similar, criticó el Colegio Electoral porque permitiría a una minoría de votantes elegir al presidente. *Ibíd.*, pp. 123-124.

un alumno de Tucker que más tarde se convirtió en gobernador de Virginia, escribió en 1801: "Recordará que prevalecía aquí con anterioridad la noción en virtud de la cual un estudiante de Derecho debía subordinar el estudio de su profesión al de la política. Esta opinión, sin embargo, no parece prevalecer aquí en este curso, sino que ha cedido a otra más racional".¹¹⁷

Junto a la enseñanza jurídica de Wythe y Tucker, la Universidad de William y Mary decidió otorgar un título de Derecho. Los requisitos eran rigurosos. En primer lugar, la universidad exigía un título de bachiller en artes, para lo cual el alumno debía tomar "conocimiento de [las diversas] ramas de la matemática, tanto teórica como práctica (...) la filosofía natural [,] (...) lógica, letras, retórica, derecho natural, derecho de gentes (...) geografía y lenguas antiguas y modernas".¹¹⁸ Para el título de Derecho en sí mismo, el alumno debía tener un "buen conocimiento de la historia civil, tanto antigua como moderna, y particularmente del Derecho interno y gobierno".¹¹⁹ William y Mary otorgó su primer título de Derecho -y el primero en Estados Unidos- en 1793. Tucker intentó sin éxito lograr que los requisitos para el título de Derecho de William y Mary fueran más estrictos, proponiendo que los alumnos demostraran tener conocimientos de historia antigua y moderna, de constituciones antiguas y modernas (en particular las de Estados Unidos y Virginia), ética, Derecho Internacional, Derecho inglés (el que se aplicaba en el país) y Derecho norteamericano, y Derecho Procesal. También favoreció el requisito de que los estudiantes dominaran la habilidad de la oratoria jurídica y escribieran una tesis para ser publicada sobre algún aspecto del Derecho norteamericano.¹²⁰ Tucker pretendía formar tanto excelentes profesionales como juristas con una extraordinaria amplitud de conoci-

¹¹⁷ Citado en *ibid.*, p. 129 (énfasis omitido).

¹¹⁸ Citado en HUNTER, *supra* nota 4, pp. 146-147.

¹¹⁹ Citado en DWORKIN, Ira Bernard, "America's First Law School: The College of William and Mary", en *A. B. A. J.*, 1951, vol. 37, p. 349.

¹²⁰ TUCKER, St. George, "Plan for Conferring Degrees on the Students of Law in the University of William and Mary," en *Tucker-Coleman Papers*, Colecciones Especiales, Biblioteca de Earl Gregg Swem, Universidad de William y Mary. Finalmente, Tucker preparó una legislación para la Asamblea General de Virginia estableciendo que todo estudiante que completara su título de Derecho en William y Mary debería ser admitido en la profesión sin el pago de tarifas adicionales. *Ibid.*

mientos. Estaba tan comprometido con su visión educativa que si un estudiante trataba de abandonar sus estudios antes de completar su título, Tucker ofrecía pagarle sus cuotas para inducirlo a quedarse.¹²¹ Tucker como máximo enseñaba a quince alumnos por clase –provenientes tanto de Virginia como de otros lados– aunque habitualmente sus clases tenían entre doce y quince alumnos.¹²² Renunció a su profesorado en 1803 a raíz de una discusión con la administración de la universidad.¹²³ Al igual que la renuncia de Wythe, la de Tucker fue un golpe muy fuerte para la universidad. William y Mary seguiría enseñando Derecho hasta la Guerra Civil, pero ninguno de los profesores subsiguientes pudo igualar a Wythe o a Tucker en eminencia.

Si bien William y Mary proporcionaban a muchos de sus estudiantes una formación profesional completa, algunos de los alumnos de Wythe y Tucker complementaban su estudios jurídicos formales con el sistema de aprendices. Por ejemplo, dos de los estudiantes más distinguidos de Wythe –Bushrod Washington, que luego se convirtió en juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, y Spencer Roane, quien ocupó un cargo distinguido en la Corte de Apelaciones de Virginia– fueron aprendices

¹²¹ CULLEN, *supra* nota 104, p. 123.

¹²² Carta de St. George Tucker al Rector de la Convocatoria de Asesores y Dirigentes de la Universidad de William y Mary (9-12-1803), en *Tucker-Coleman Papers*, *supra* nota 120.

¹²³ Tucker objetó una serie de acciones tomadas por el Consejo Asesor de la universidad, incluyendo el requisito de que todas las clases fueran dictadas en el predio de la universidad, que todos los profesores presentaran regularmente al Consejo Asesor las listas de asistencia y que todos los profesores patrullaran regularmente los dormitorios para controlar la mala conducta de los estudiantes. En cuanto a la exigencia de que enseñara en el predio de la universidad en lugar de su casa, que quedaba a unas cuadras de allí, Tucker comentó: “Probé este método uno o dos inviernos. Una caja llena de libros era transportada diariamente allí y luego de vuelta sin ningún inconveniente para mí o mis sirvientes. Pero frecuentemente en el medio de una clase descubría que había pasado por alto una importante referencia, quizás varias, que resultaba vano intentar proveer”. Tucker interpretó la exigencia de presentar al Consejo la lista de clase como una muestra de su “total falta de confianza en los profesores; por no decir un perfecto desprecio por ellos”. Finalmente, en respuesta a la exigencia de que patrullara las habitaciones de los alumnos, Tucker se negó a “infligir a mis alumnos la disciplina común de una escuela de pueblo” o a “llevar a cabo las tareas de un bedel [...] lo que degrada al profesor a los ojos de los estudiantes, del público y de sí mismo”. En cambio, renunció. *Ibid.*

en Filadelfia luego de un año de estudios con Wythe.¹²⁴ Joseph Cabell explicó su decisión de ser aprendiz en un estudio jurídico de Richmond luego de su educación en William y Mary: “Es una idea equivocada el pensar que los jóvenes reciben mucha ayuda de los abogados aquí, pero como existen algunos beneficios no estoy dispuesto a perderlos”.¹²⁵ William Short, un alumno de Wythe a quien Jefferson consideraba su “hijo adoptivo”, comentó acerca de su educación en William y Mary: “También había argumentado causas ante un tribunal simulado, que presidía nuestro profesor, y era considerado apto y elocuente (...) Con seguridad puedo decir sin vanidad que [estaba] más preparado que la mayoría de los abogados que en ese momento estaban ejerciendo el derecho.”¹²⁶ Pero Short también consideró valioso el sistema de aprendices para complementar su educación: “este aspecto técnico y práctico [del derecho] sólo puede ser aprendido en la oficina de un abogado. Mi consejo por lo tanto sería que todos pasen un año de este modo antes del comienzo de la práctica”.¹²⁷ En particular, Short comentó que no tenía suficientes conocimientos sobre formas de argumentación luego de su formación con Wythe, explicando:

Los estudiantes científicos [del derecho] suelen despreciar [los aspectos] meramente técnicos y prácticos del negocio, es decir el proceso o las formas de argumentación (...) Había leído a los mejores relatores, pero era desastrosamente ignorante de las formas meramente técnicas. Ellas eran conocidas por los empleados de los tribunales y por todo abogaducho, y yo los despreciaba.¹²⁸

¹²⁴ HUNTER, *supra* nota 4, pp. 149-150.

¹²⁵ Citado en CULLEN, *supra* nota 104, p. 137.

¹²⁶ Carta de William Short a Greenbury Ridgely (11/12/1816), en “To Practice Law: Aspects of the Era of Good Feelings Reflected in the Short-Ridgely Correspondence, 1816-1821”, ed. George Green Shackelford, *Md. Hist. Mag.*, 1969, vol. 64, p. 349 [de aquí en adelante “To Practice Law”].

¹²⁷ Carta de William Short a Greenbury Ridgely (10/11/1817), en “To Practice Law”, *supra* nota 126, p. 369.

¹²⁸ Carta de William Short a Greenbury Ridgely (11/12/1816), en “To Practice Law”, *supra* nota 126, pp. 349-150. Un antiguo alumno de Tucker escribió en 1802 acerca de su frustración con la práctica del Derecho en los tribunales del condado de Virginia: “Me siento muy desprovisto de ese tipo de enseñanza que sólo parece útil en los tribunales de condado. Y si bien puede estar provisto de cierto metal no acuñado, que de aquí en adelante puede llegar a ser valioso, y que ha sido extraído

El modelo de Jefferson y Wythe de educación jurídica en el ámbito universitario para la formación de ciudadanos públicos en la práctica de la virtud pública y en el ejercicio del liderazgo fue adoptado por otras universidades. En 1790 el juez de la Corte Suprema de Estados Unidos James Wilson inició lo que pretendía que fuera un curso de tres años en la Universidad de Filadelfia con énfasis en el análisis comparativo e histórico del Derecho. El principal objetivo de Wilson no era formar a los aspirantes a abogados, sino más bien preparar a sus alumnos para ejercer el arte de gobierno. Prestó considerable atención a la filosofía moral y a la economía política, considerando al Derecho como una rama de la filosofía moral. De acuerdo con Robert McCloskey, Wilson ofrecía una “teoría política completa, asentada en la teología y la psicología, y orientada hacia una filosofía del derecho norteamericano”.¹²⁹ Desafortunadamente las enseñanzas de Wilson no eran demasiado populares. Debido a la falta de interés, dejó de dictar sus clases antes de completar el segundo año.

En 1793 James Kent fue designado profesor de Derecho en la Universidad de Columbia en Nueva York, donde enseñó hasta 1798 y luego desde 1823 hasta 1826. Kent adoptó la visión de Jefferson y Wythe sobre el objetivo de la educación jurídica. En su clase inaugural en 1794 expuso su visión de la educación jurídica y del papel de los abogados en la sociedad norteamericana:

Se requieren amplios conocimientos jurídicos y políticos para lograr que los hombres sean competentes para [administrar el gobierno]. Una iniciación general en el aprendizaje elemental de nuestro derecho tiene una afortunada tendencia a preservar contra el mal, y al mismo tiempo a promover un agudo sentido del bien y a inspirar amor a la libertad (...) Un abogado en un país libre debería reunir todos los requisitos de un orador de Quintiliano. Debe ser apto para la administración de los asun-

con grandes esfuerzos de las minas de Coke y Sheppard, el actual medio penique que todo abogaducho posee, le brinda una (...) superioridad que no puedo disfrutar”. Carta de Chapman Johnson a St. George Tucker (29/05/1802), en *Tucker-Coleman Papers*, *supra* nota 120.

¹²⁹ McCLOSKEY, Robert Green, “Introduction”, en *The Works of James Wilson*, ed. Robert Green McCloskey, Cambridge, Mass., 1967, vol. 1, p. 37.

tos públicos, y para gobernar la comunidad mediante sus consejos, establecerla a través de sus leyes y corregirla con su ejemplo.¹³⁰

Las clases de Kent se centraban en el Derecho Constitucional: “la importancia del conocimiento de nuestros principios constitucionales, como parte de la educación de un abogado norteamericano (...) surge de la singular eficacia de nuestros tribunales, al estar autorizados a constatar la validez de una ley a la luz de la Constitución”.¹³¹ Kent no aspiraba a ofrecer una formación restringida en la práctica del Derecho, sino más bien una amplia exposición:

Este no es el lugar adecuado para prescribir un sistema de normas para el profesor meramente mecánico de nuestras leyes. El diseño de esta institución es indudablemente de un tipo más liberal (...) No ha de enseñarse aquí nada que comprenda, salvo lo que puede ser útilmente conocido por todo caballero culto, pero es esencial que sea conocido por aquellos que pretenden hacer de la ciencia del derecho su profesión práctica.¹³²

La audiencia de Kent, sin embargo, estaba compuesta principalmente por personas que ya eran abogados, no por aspirantes a abogados. Durante su primer año, Kent tenía una audiencia de cuarenta y tres personas, la mayoría de las cuales eran abogados matriculados.¹³³ Al año siguiente, en 1795, tuvo tan sólo dos alumnos además de sus empleados, y en los tres años siguientes enseñó a no más de ocho estudiantes cada año.¹³⁴ En 1798 Kent renunció su profesorado para asumir como juez. Sus cuatro volúmenes de *Commentaries on American Law*, produci-

¹³⁰ “Kent’s Introductory Lecture”, en 3 *Colum. L. Rev.*, 1903, pp. 332, 338.

¹³¹ *Ibíd.*, p. 334. Kent aspiraba a “explicar los principios de nuestras constituciones y la razón e historia de nuestras leyes, ilustrarlos con una comparación con los de otras naciones y destacar la relación que guardan con el espíritu de las repúblicas representativas”. *Ibíd.* p. 341.

¹³² *Ibíd.*, p. 341.

¹³³ Kent dictó 26 clases durante su primer año a siete alumnos universitarios y a 36 abogados y estudiantes de Derecho que no pertenecían a la universidad. GOEBEL Jr, Julius y Samuel F. HOWARD, *A History of the School of Law*, Columbia University, Nueva York, 1955, pp. 16-17.

¹³⁴ WARREN, *supra* nota 3, pp. 350-352.

dos en la última parte de la década de 1820, serían su influencia más significativa en la educación jurídica.

En 1799 la Universidad de Transilvania en Lexington, en Kentucky, designó a un egresado de William y Mary, George Nicholas, profesor de Derecho y política. Transilvania continuó la tradición de William y Mary de realizar juicios y legislaturas simulados y de ofrecer a los estudiantes una amplia formación tanto en Derecho como en teoría política.¹³⁵

Otras universidades también establecieron cursos de Derecho que enfatizaron la formación en liderazgo político. En 1801 la Universidad de Yale finalmente completó el profesorado de Derecho que había establecido en 1770. Su objetivo declarado era dictar clases sobre los principios fundamentales del Derecho natural y el Derecho de Gentes, sobre los principios generales del gobierno civil, particularmente del gobierno representativo republicano, sobre las Constituciones de Estados Unidos y del estado de Connecticut... y sobre los diversos deberes y obligaciones resultantes de las relaciones sociales, especialmente aquellas que surgen del gobierno nacional y de los Estados estadales.¹³⁶

Princeton ofreció instrucción en Derecho para sus estudiantes de grado desde 1795 hasta 1812 a través de clases dictadas por su presidente, Samuel S. Smith; Smith "trató los temas de jurisprudencia, política y derecho público o el derecho natural y el derecho de gentes, que todo hombre (...) en un país libre debería conocer".¹³⁷ Varias universidades en Ohio e Indiana a principios del siglo XIX enseñaban Derecho con el fin de "crear un cuerpo de líderes potenciales capaces de comprender la necesidad de moderación en la práctica del autogobierno democrático".¹³⁸

Durante la década de 1780 surgió una segunda innovación en la educación jurídica: el establecimiento de escuelas privadas de Derecho independientes. Las más importantes de ellas fueron la escuela de Tapping Reeve en Litchfield, Connecticut, y la escuela de Meter Van Schaack en

¹³⁵ CARRINGTON, *supra* nota 90, p. 679; REED, *supra* nota 64, p. 118.

¹³⁶ Citado en WARREN, *supra* nota 3, p. 354.

¹³⁷ Citado en *ibid.*, p. 355.

¹³⁸ CARRINGTON, Paul D., "Legal Education for the People: Populism and Civic Virtue", en *Kansas L. Rev.*, 1994, vol. 43, p. 6. Véase CARRINGTON, Paul D., "Teaching Law in the Antebellum Northwest", en *U. Tol. L. Rev.*, 1991, vol. 23, pp. 8-12, 16-21.

Kinderhook, Nueva York.¹³⁹ Estas escuelas pusieron énfasis en el Derecho Privado, por oposición al Derecho Público, y en el dominio del Derecho común inglés y norteamericano. Prestaron mucha menos atención a temas de Derecho Público tales como Derecho Constitucional, sobre las cuales ponían mayor énfasis las universidades. El principal interés de estas escuelas no era formar a los estudiantes tanto para la práctica del Derecho como para el ejercicio del liderazgo, sino tan sólo prepararlos para la práctica del Derecho.¹⁴⁰

Las escuelas de Derecho independientes se beneficiaron a raíz de las debilidades del sistema de aprendices, de la merma en el interés por los *Inns of Court* luego de la Revolución, y de las limitadas oportunidades para la instrucción jurídica en las universidades americanas. Como ha escrito un historiador prominente de la escuela de Derecho de Litchfield: “A pesar de su estrecho tecnicismo, o quizás debido a él, el método de formación jurídica de Litchfield logró popularidad”.¹⁴¹

Cuando las universidades empezaron a impartir instrucción jurídica completa en facultades profesionales separadas durante la primera mitad del siglo XIX, combinaron la formación práctica de las escuelas de Derecho independientes con el Derecho Público y la ciencia de gobierno

¹³⁹ Reeve estableció su escuela de Litchfield en 1784. De 1784 a 1798 la escuela contó con alrededor de 210 alumnos; de 1798 a 1833, con 805 alumnos. El año en que la escuela fue más concurrida fue 1813, en el que contó con 54 alumnos; 40 fue el promedio. El programa de Litchfield, que duraba 14 meses, consistía en clases diarias sobre una variedad de temas jurídicos, exámenes semanales y simulacros de juicio semanales. WARREN, *supra* nota 3, pp. 357-361.

¹⁴⁰ JOHNSON, *supra* nota 15, p. 110. Van Schaak, por ejemplo, preparó un “Análisis de la Práctica de la Corte Suprema”, en el que delineó el progreso de un típico juicio desde el comienzo hasta el final con gran detalle. Citado en BLOOMFIELD, *supra* nota 11, p. 25. Sus preguntas a sus alumnos eran excesivamente prácticas. Por ejemplo: “Supongan que una persona con intención de comprar una granja en el Condado de Westchester les pague honorarios por su consejo para saber cómo puede averiguar si la tierra está libre de gravámenes. ¿Qué instrucciones le darían?” *Ibid.*, p. 26. Jefferson criticó a las escuelas de Derecho independiente por concentrarse en los estrechos *aspects practices* del Derecho y pasó los últimos años de su vida tratando de integrar el estudio del Derecho con una educación más amplia de las artes liberales en la Universidad de Virginia, nuevamente con el propósito de formar líderes. BARBER, *supra* nota 5, p. 148.

¹⁴¹ MCKENNA, *supra* nota 95, p. 67.

de los primeros programas jurídicos del ámbito universitario.¹⁴² Joseph Story, cuya designación como profesor *Dane*¹⁴³ de Derecho en Harvard en 1829 fue considerado “el evento más significativo de la educación jurídica norteamericana desde la reforma de Jefferson en 1779”, combinó el concepto jeffersoniano de formación en Derecho Público para la ciudadanía y el liderazgo con el énfasis de las escuelas de Derecho independientes en el Derecho Privado.¹⁴⁴ Evocando la noción jeffersoniana de amplitud intelectual, Story exhortó a sus alumnos en su clase inaugural a dedicarse al “estudio de la filosofía, la retórica, la historia, la naturaleza humana”.¹⁴⁵ Como ha escrito Herbert Jonson: “En un período de tiempo relativamente corto el juez Story sintetizó con éxito del énfasis de Wythe, Wilson y Kent en el Derecho Público con la formación profesional de Reeve, Van Schaack y otros”.¹⁴⁶ El segundo experimento de Jefferson en la educación jurídica –en la Universidad de Virginia– también acogió el propósito de formar ciudadanos públicos.¹⁴⁷ Si bien la universidad recibió tempranamente críticas por su desatención a las sutilezas de la práctica

¹⁴² Por ejemplo, el ambicioso plan de estudios de David Hoffman que terminó en 1817 con el propósito de implementarlo en la Universidad de Maryland incluía temas tanto de Derecho Privado como de filosofía moral y política, Derecho Internacional, Derecho Romano y política económica. MCMANIS, *supra* nota 3, p. 616.

¹⁴³ N. del T.: un tipo de profesorado en la Universidad de Harvard, creado por Nathan Dane, quien se graduó como abogado en dicha Universidad y también fue un hombre de Estado.

¹⁴⁴ Citado en JOHNSON, *supra* nota 15, p. 114.

¹⁴⁵ Citado en FERGUSON, *supra* nota 40, p. 26.

¹⁴⁶ JOHNSON, *supra* nota 15, p. 114.

¹⁴⁷ Jefferson articuló su propósito de establecer la Universidad de Virginia como formadora de “hombres de estado, legisladores y jueces”, mediante el “desarrollo de las facultades de razonamiento de nuestra juventud, abriendo sus mentes, cultivando su moral e inspirando en ellos los preceptos de la virtud y el orden”. Citado en YARBROUGH, *supra* nota 40, p. 142. Jefferson también escribió sobre la Universidad de Virginia: “Tampoco debemos olvidar de mencionar la incalculable ventaja de formar consejeros aptos para administrar los asuntos de nuestro país en todos sus departamentos –legislativo, ejecutivo y judicial–, y para hacer su parte en los consejos de nuestro Gobierno Nacional; nada más que la educación promoviendo la prosperidad, el poder y la felicidad de una nación”. CURRIE, *supra* nota 3, p. 355. Jefferson expresó su esperanza de que “dentro de doce o veinte años una mayoría de nuestra propia legislatura” fueran graduados de la Universidad de Virginia. Citado en TYACK, David, “Forming the National Character: Paradox in the Educational Thought of the Revolutionary Generation”, en *Harv. Educ. Rev.*, 1966, vol. 36, p. 40.

jurídica, posteriormente amplió su enfoque para proporcionar a los estudiantes formación práctica además de conocimientos sobre doctrina jurídica y teorías de gobierno.¹⁴⁸ El énfasis de Jefferson respecto de la importancia de la historia, la teoría política y el Derecho Público en la educación jurídica también influyó a otras facultades de Derecho –tales como Columbia– en el siglo XIX.¹⁴⁹

Hacia el final del siglo XVIII, la gran mayoría de aspirantes a abogados todavía recibía su formación jurídica a través del sistema de aprendices en estudios jurídicos, por oposición a las universidades y escuelas de Derecho independientes. Y a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX se formaban más aspirantes a abogados en las escuelas de Derecho independientes que en las universidades. Pero las innovaciones en la educación jurídica en el ámbito universitario fueron muy significativas. Como Brainerd Currie ha observado, estos primeros profesados formularon un nuevo principio de educación jurídica:

La formación del abogado debería ser amplia; debería incluir formación universitaria; y se asociaron valores profesionales positivos a los elementos no técnicos de la formación universitaria (...) En conjunto, estas ideas dan cuenta de una fase de la educación jurídica en Estados Unidos que se distinguió por su amplitud, su vitalidad intelectual y su productividad, y que tiene una importante significación para las facultades de derecho de las modernas universidades.¹⁵⁰

Asimismo, la visión jeffersoniana del papel público del abogado en la nueva república obtuvo gran aceptación. Un historiador jurídico ha observado: “Fueron pocos los abogados cuyos fallecimientos fueron registrados en las revistas jurídicas de la década de 1840 que no habían ganado una elección para las legislaturas estatales o para el Congreso en algún momento de sus carreras. En conjunto ellos establecieron un modelo de liderazgo público que había respondido bien a las necesidades de la joven República.”¹⁵¹

¹⁴⁸ JOHNSON, *supra* nota 15, p. 113.

¹⁴⁹ MCMANIS, *supra* nota 3, p. 624.

¹⁵⁰ CURRIE, *supra* nota 3, p. 357.

¹⁵¹ BLOOMFIELD, *supra* nota 11, p. 148. La *American Quarterly Review* remarcó en 1832: “De las ilustres profesiones, no, de todas la ciencias [el derecho] bien puede reclamar

* * *

La visión jeffersoniana de la educación jurídica fue considerablemente más ambiciosa que las escuelas de Derecho independientes o que el sistema de aprendices de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX. Él pensaba que a los aspirantes a abogado no sólo debían enseñárseles las sutilezas del Derecho común y la correcta argumentación jurídica, sino también las teorías de gobierno y la historia comparativa. Asumió que aquellos formados en Derecho se harían cargo del liderazgo de nueva Nación y que necesitaban ser formados a tal fin. Si bien una mayoría de aspirantes a abogados de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX rechazó este tipo de formación jurídica, prefiriendo en cambio el sistema de aprendices en los estudios jurídicos o las escuelas de Derecho independientes con orientación en la práctica, la visión expansiva de Jefferson, tanto respecto del papel de los abogados como de la estructura de la educación jurídica, sobreviviría.

Mientras la profesión jurídica lucha por redefinir su actual papel en la vida pública norteamericana haciendo frente a críticas generalizadas, los abogados haríamos bien en considerar la visión jeffersoniana de los abogados como “ciudadanos públicos”, preocupados por servir al bien público más amplio, por oposición al interés propio meramente privado.

incluso el lugar más alto. En efecto, qué puede ser más noble que el objetivo de esa ciencia, cual es el guiar las acciones de los hombres”. Citado en FERGUSON, *supra* nota 40, p. 25. David Hoffman escribió en 1837 que los abogados eran “los más confiables, los más honorables, y además, el grupo de hombres más eficiente y útil del país”. Citado en MILLER, Perry, *The Life of the Mind in America from the Revolution to the Civil War*, Nueva York, 1965, p. 105.

Este papel de los abogados como ciudadanos públicos, sin embargo, comenzaría a declinar hacia mediados del siglo XIX. Una publicación de mediados de siglo observó: “Es bien sabido que los hombres de mayor eminencia en nuestra profesión rara vez son miembros de las asambleas legislativas en este país”. BLOOMFIELD, *supra* nota 11, p. 149.

Prometeo (des)encadenado: la enseñanza del Derecho en México*

IMER B. FLORES**

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

Immanuel KANT, *La paz perpetua* (1795)

I. PRÓLOGO

Liberar a la ciencia del Derecho de las cadenas del formalismo y/o positivismo jurídico, del conocimiento teórico (aparentemente divorciado de la práctica), y del método tradicional de cátedra magistral, al buscar e implementar nuevas alternativas en la enseñanza del Derecho, se ha convertido en el principal reto para los juristas preocupados por reducir la brecha creciente entre lo que la educación jurídica ofrece y la profesión jurídica demanda.¹

* Publicado originalmente en *Cultura y Derecho*, N° 14-15, mayo-diciembre, 2004, pp. 93-123. Los editores agradecen al autor y a la editorial la autorización para incluirlo en esta revista.

** Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Profesor de la Facultad de Derecho en las Divisiones de Estudios Profesionales y de Posgrado, ambas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

¹ Véase FLORES, Imer B., "On Legal Education - and the Legal Profession", en *De Legibus. Review of the Harvard Law School Association of Mexico*, Año III, N° 3, 2004, pp. 13-42. Véase también EDWARDS, Harry T., "The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession", en *Michigan Law Review*, vol. 91, N° 1, October, 1992, p. 34 y ss.; "The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession: A Postscript", en *Michigan Law Review*, vol. 91, N° 8, August, 1993, p. 2191

Cabe enfatizar que esta crisis no es exclusiva del Derecho ni es propia de los países en vías de desarrollo o de los desarrollados, de los pertenecientes a la familia jurídica anglosajona (*common law*) o a la romano-canónica-germánica (*civil law*), sino que alcanza a todos los niveles de la educación superior, tanto pública como privada, en México y en el mundo. Si bien afecta en mayor o menor medida a la totalidad de los departamentos, escuelas y facultades de Derecho, en sus diferentes niveles, en esta ocasión nos ocuparemos principalmente de la enseñanza del Derecho en los estudios de posgrado.

Así, en nuestro estudio: primero, ofreceremos un diagnóstico, es decir, una descripción de lo que es y podemos caracterizar como un déficit en la enseñanza del Derecho, en general; y, luego, presentaremos un pronóstico, esto es, una prescripción de lo que se debe y puede hacer –o de lo que se ha hecho– para crear un superávit en los estudios de posgrado, en particular. Para ello, podemos adelantar que es imperativo: 1) apuntalar la filosofía y teoría del Derecho, a partir de su conexión con otras ramas de la filosofía; 2) consolidar la metodología y técnica jurídica, a través de estudios teóricos-prácticos (y/o prácticos-teóricos) e interdisciplinarios; y 3) implementar, en consecuencia, otros métodos de enseñanza del Derecho. Finalmente, después de nuestro estudio, refrendaremos estas propuestas porque consideramos que permiten reducir la brecha entre lo que la enseñanza del Derecho ofrece y la profesión jurídica demanda.

II. DIAGNOSIS: DÉFICIT EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

A decir de Martín F. Böhmer “la concepción general de la enseñanza del Derecho” abarca tres aspectos fundamentales estrechamente ligados entre sí: la concepción del Derecho (*qué enseñar*); los objetivos de la enseñanza (*para qué o por qué enseñar*); y las formas de enseñarlo (*cómo enseñar*).² Ahora bien, en México, como en todos los países que pertenecen

y ss.; y “Another ‘Postscript’ to ‘The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession’”, en *Washington Law Review*, vol. 69, N° 3, July, 1994, p. 561 y ss.

² Cfr. BÖHMER, Martín F., “Introducción”, en BÖHMER, Martín F. (comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 14-15. Damos por sentado que las respuestas a *dónde enseñar* y *cuándo enseñar* están en principio dadas

a la familia jurídica romano-canónica-germánica, a diferencia de la anglosajona, la concepción general que ha sido dominante es la “concepción del Derecho continental”, también conocida como la “concepción napoleónica del Derecho”.³ Hoy en día, a pesar de todo lo que se pueda decir, dicha concepción es todavía la predominante:⁴

[A]firma que el Derecho es un conjunto de normas generales o particulares emanadas de los órganos creados al efecto, que enseñarlas significa lograr que los alumnos las conozcan, y que esta actividad se encuentra dirigida a formar a quienes trabajen con dichas normas, en cualquiera de las diversas profesiones jurídicas.

Conforme a esta visión, el rol del juez consiste en aplicar neutralmente normas que carecen de problemas de interpretación, y el del abogado en ser un auxiliar de la justicia en la tarea de “encontrar” las normas que se aplican al caso concreto.

Por lo tanto los profesores (...) deben repetir y explicar el contenido de las normas jurídicas en sus clases y los alumnos deben repetir lo que dice el profesor en sus exámenes. Los profesores no son docentes profesionales, en el sentido de que su tarea universitaria se parece más a un *hobby* que a una actividad que demanda una intensa dedicación. Para ellos, la enseñanza del Derecho es una tarea subordinada a la principal que es, en general, la de trabajar como abogado o juez...

Los textos que se utilizan son los códigos, las leyes, o los comentarios a las leyes. No resulta extraño que las bibliotecas de las facultades de Derecho que se adhieren a esta concepción carezcan de otros textos, o que, de tenerlos, no sean utilizados.

Si de lo que se trata es de contar lo que dicen los textos y comprenderlos, la enseñanza es una actividad descriptiva: los alumnos deben conocer

en favor de departamentos, escuelas o facultades de estudios académicos o profesionales -e inclusive de posgrado- en lugar de no-académicos o técnicos y de estudios permanentes en vez de temporales. Cfr. FLORES, Imer B., “On Legal Education and the Legal Profession”, en loc. cit. en la nota 1, pp. 20-22.

³ Véase BÖHMER, Martín F., “Introducción”, en loc. cit. en la nota 2, p. 15; y, “Algunas sugerencias para escapar del silencio del aula”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Año 1, N° 1, otoño, 2003, p. 22. Cfr. FLORES, Imer B., “El porvenir de la ciencia jurídica. Reflexión sobre la ciencia y el derecho”, en VV. AA., *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 999-1027.

⁴ BÖHMER, Martín F., “Introducción”, en loc. cit. en la nota 2, pp. 15-16.

y entender lo más claramente posible el contenido del sistema jurídico. La discusión crítica y la investigación empírica o normativa no tienen cabida en este esquema. No deben sorprender la carencia de aulas que permitan un diálogo al estilo de los seminarios, la falta de espacios para el debate, y la inexistencia de clases y evaluaciones que tiendan a entrenar en la resolución de casos, en el análisis crítico de textos legales o en la defensa de algún cliente.

En pocas palabras, esta concepción general, en primera instancia, enseña una concepción formalista y/o positivista del Derecho, consagrada exclusivamente al “ser” del Derecho, *i.e.* a un sistema de normas ya dadas, sean éstas otorgadas o reconocidas por la autoridad competente como formalmente válidas, positivas o vigentes; en segundo lugar, enseña para un conocimiento teórico, limitado meramente en el mejor de los casos a formar abogados litigantes y/o jueces, y en el peor de ellos divorciado por completo de la práctica; y, en tercer término, enseña a través del método tradicional de “cátedra o lección magistral”, restringido únicamente a la reproducción del Derecho estricto, formal, positivo o vigente, y su conocimiento doctrinal o dogmático, por parte del profesor en un monólogo, más o menos grandilocuente, y por parte del alumno a su recepción primero en las aulas y a su repetición después en los exámenes.

De esta forma, el modelo de enseñanza del Derecho se ha caracterizado por: patrocinar una enseñanza informativa más que formativa; privilegiar una enseñanza pasiva-receptiva en lugar de una activa-participativa; y propiciar una enseñanza teórica en vez de teórica-práctica. Aunado a lo anterior, este modelo, en consecuencia y salvo honrosas excepciones, no favorece la configuración de un criterio propio ni de una actitud crítica. En este orden de ideas, es indispensable que la enseñanza del Derecho no sea solamente informativa sino además formativa, que la actitud pasiva-receptiva del alumno sea reemplazada por una activa-participativa en un verdadero diálogo, así como que los estudios doctrinales, dogmáticos o teóricos sean complementados con estudios mucho más críticos, empíricos o prácticos.⁵

⁵ Véase FLORES, Imer B., “Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho: enseñar a pensar y a repensar el Derecho”, en *Cauces. Expresión de los estudiantes de la Facultad*

Claro está que la concepción general ha producido un déficit en la enseñanza del Derecho al reciclar la ignorancia y peor aún al producir más, pero también está claro que es forzoso cambiar dicha concepción para convertirla en un superávit. Como muestra de lo que se debe y puede hacer –o de lo que se ha hecho– para liberar a la ciencia del Derecho de las cadenas del formalismo y/o positivismo, del conocimiento teórico (aparentemente divorciado de la práctica) y del método tradicional de enseñanza, vamos a centrarnos en el posgrado aunque no dejaremos de referirnos a los estudios profesionales.

III. PROGNOSIS: SUPERÁVIT EN LOS ESTUDIOS DE POSGRADO

Casi a mediados del siglo pasado, el juez Jerome Frank –uno de los juristas más representativos del movimiento del realismo estadounidense– escribió su célebre artículo “A Plea for Lawyer-Schools”,⁶ en el cual no sólo criticaba el método tradicional de enseñanza –en los Estados Unidos de América, *i.e.* el método de casos– sino también defendía lo que él llamaba “escuelas de abogados”. Al respecto baste citar un párrafo donde aclara:⁷

El corazón de la facultad que propongo podría ser una especie de estudio jurídico complementario. Quienes asistieran a esta facultad aprenderían “haciéndolo” y no meramente leyendo o hablando sobre hacerlo. Pero dicha facultad no limitaría su instrucción a técnicas jurídicas. Podría considerar “problemas estrictamente jurídicos” a la luz de otros estudios sociales (mal llamados “ciencias sociales”) como la historia, la ética, la economía, la política, la psicología y la antropología...

de Derecho UNAM, Año II, N° 5-7, enero-septiembre, 2003, pp. 32-34. Véase también FLORES, Imer B., “Protágoras *vis-à-vis* Sócrates: Los métodos de enseñanza-aprendizaje del derecho”, en SERNA DE LA GARZA, José María (coord.), *Metodología del Derecho Comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 125-151.

⁶ FRANK, Jerome, “Una defensa de las escuelas de abogados”, trad. de Martín F. Böhmer, en BÖHMER, Martín F. (comp.), *La enseñanza del derecho...*, cit. en la nota 2, pp. 35-72 (Título y publicación original: “A Plea for Lawyer-Schools”, en *The Yale Law Journal*, vol. 56, September, 1947, pp. 1303-1344).

⁷ *Ibid.*, p. 55.

Y unas líneas, un poco más adelante, agrega:⁸

Lejos de eliminar la noción de la enseñanza de materias no directamente “jurídicas”, la extendería. Además mostraría (como trato de hacerlo en mi propia enseñanza) las conexiones entre filosofía del Derecho y otras ramas de la filosofía.

La receta de Frank podría resumirse en tres puntos: primero, “aprender haciendo”; segundo, complementar la instrucción de técnicas jurídicas con materias no-jurídicas; y tercero evidenciar las conexiones entre las diferentes ramas de la filosofía y la filosofía del Derecho. En este sentido, consideramos que la enseñanza del Derecho, en general, y del posgrado, en especial, debe seguir –ya se hace hasta cierto punto– las directrices que nos legó Frank: 1) apuntalar la filosofía y teoría del Derecho, a partir de su conexión con otras ramas de la filosofía; 2) consolidar la metodología y técnica jurídica, a través de estudios teóricos-prácticos (y/o prácticos-teóricos) e interdisciplinarios; y 3) implementar, por consecuencia, otros métodos de enseñanza del Derecho.⁹

Aunque hemos invertido la exposición de los temas, lo hacemos para ir en orden ascendente del menos al más controvertido. Es conveniente adelantar que al igual que Frank somos partidarios de “aprender haciendo” y en consecuencia de “implementar otros métodos de enseñanza del Derecho”. Sin embargo, a diferencia de su radical crítica al método de casos, nuestro criticismo es más moderado al estar matizado por una consideración: el método de casos no sería recomendable en los primeros años de la carrera, pero podría ser recomendado para los últimos semestres y para los estudios tanto de especialización como de posgrado, pero siempre y cuando los estudiantes contaran o tuvieran ya un cono-

⁸ Ibid.

⁹ Frank desprecia –como ya adelantamos– el método de casos, pero en cambio elogia las clínicas jurídicas: el aprendizaje a través del trabajo en un estudio jurídico o de la asistencia a los tribunales durante los procesos. Véase FRANK, Jerome, “Why Not a Clinical Lawyer School”, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 81, 1933, pp. 907-908; y “What Constitutes a Good Legal Education”, en *American Bar Association Journal*, vol. 19, 1933, p. 723. Véase también *Law and the Modern Mind*, Brentano, Inc., 1930 (hay otras ediciones: CowardMcCann, Inc., 1949 y Anchor Books, 1963); *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*, Princeton, Princeton University Press, 1949.

cimiento más o menos amplio del Derecho, o de alguna otra disciplina, como en aquellos lugares donde el Derecho solamente es estudiado como posgrado o bien como una segunda carrera.¹⁰

A) FILOSOFÍA Y TEORÍA DEL DERECHO

Es un lugar común decir que la diferencia entre un jurista y un mero profesionalista del Derecho es que el primero se ocupa de comprender no sólo la filosofía y teoría del Derecho sino también la filosofía subyacente en los libros y en las acciones jurídicas, así como sus conexiones con otras ramas de la filosofía, en tanto que el segundo no se preocupa por entender tales materias ni mucho menos sus conexiones con el Derecho.

Al respecto, es conveniente recordar que, en 1921, Benjamin N. Cardozo –el entonces ministro de la Corte Suprema de los Estados Unidos y uno de los autores ligados a la jurisprudencia sociológica– dictó una serie de conferencias en la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, mismas que dieron lugar a su clásico *The Nature of the Judicial Process*, en las cuales explicita que en el proceso judicial el juez se tiene que valer de varios métodos, a saber: el filosófico, el histórico, la tradición y el sociológico.¹¹

El mensaje implícito era que los futuros juristas, es decir, los estudiantes del Derecho, deberían aprender cómo utilizar dichos métodos para poder: atribuir un sentido o significado a la norma aplicable; aclarar ambigüedades y precisar vaguedades en su formulación; superar antinomias y colmar lagunas; decidir cuándo seguir el precedente y cuándo rechazarlo, cuándo aplicar la regla general y cuándo la excepción, o bien, cuándo flexibilizar la regla general para reconocer una nueva excepción.

En opinión de Cardozo todo juez utiliza esta pluralidad de métodos, aunque no todos con la misma intensidad ni en la misma proporción, para guiar sus decisiones. Así mismo, precisa que si bien el método

¹⁰ Cfr. FLORES, Imer B., “Algunas reflexiones sobre la enseñanza del Derecho...”, en loc. cit. en la nota 5, pp. 35-37; y “Protágoras *vis-à-vis* Sócrates...”, en loc. cit. en la nota 5, pp. 142-147.

¹¹ CARDOZO, Benjamin N., *The Nature of the Judicial Process*, New Haven y Londres, Yale University Press, 1921, pp. 30-31 (Hay versión en español: *La función judicial*, trad. Victoria Cisneros y Leonel Perezniето Castro, Atizapán de Zaragoza, Perezniето Editores, 1996, p. 12).

filosófico no era necesariamente el más importante de todos y que con frecuencia era sacrificado en nombre de los demás, era el método que permitía buscar y comparar las diferentes soluciones al reexaminar críticamente los principios y las reglas, las cuales por ningún motivo pueden ser concebidas o consideradas como verdades absolutas o finales sino tan sólo como hipótesis de trabajo para ser comprobadas una y otra vez en los laboratorios del Derecho.

Para mayor abundamiento, en *The Growth of the Law*, la secuela crítica a la exposición iniciada sobre la naturaleza de la función y del proceso judicial, donde se recopilan las conferencias complementarias dictadas también en Yale, pero un par de años después, Cardozo advierte:¹²

El Derecho de nuestro tiempo enfrenta una necesidad con dos partes. La primera es la necesidad de alguna reformulación que traiga certeza y orden de la barbaridad del precedente. Ésta es la tarea de la ciencia jurídica. La segunda es la necesidad de una filosofía que medie entre las pretensiones conflictivas de estabilidad y progreso, y que ofrezca un principio de crecimiento.

Así que no basta con la ciencia jurídica como ayuda para la certeza del Derecho sino que además es necesaria la filosofía como ayuda para su crecimiento. Ahora bien, el mismo Cardozo advierte que la importancia del imperio de la segunda no siempre ha sido comprendida, pero no quita el dedo del renglón al insistir en su necesidad e instar a que sea bien entendida por todos:¹³

¹² CARDOZO, Benjamin N., *The Growth of the Law*, New Haven, Yale University Press, 1924, p. 1: "The law of our day faces a twofold need. The first is the need of some restatement that will bring certainty and order out of the wilderness of precedent. This is the task of legal science. The second is the need of a philosophy that will mediate between the conflicting claims of stability and progress, and supply a principle of growth". (La traducción es nuestra).

¹³ *Ibid.*, pp. 25-26: "Implicit in every decision where the question is, so to speak, at large, is a philosophy of the origin and aim of law, a philosophy which, however veiled, is in truth the final arbiter. It accepts one set of arguments, modifies another, rejects a third, standing ever in reserve as a court of ultimate appeal. Often the philosophy is ill coordinated and fragmentary. Its empire is not always suspected even by its subjects. Neither lawyer nor judge, pressing forward along one line or

Implícita en toda decisión donde la cuestión es, por decir algo, en general, está una filosofía del origen y propósito del Derecho, una filosofía que, aunque encubierta, es en verdad el árbitro final. Acepta una serie de argumentos, modifica otra, rechaza una tercera, manteniéndose en reserva como una corte de última apelación. Con frecuencia la filosofía está mal coordinada y fragmentada. Su imperio no es siempre sospechado incluso por sus súbditos. Ni el abogado ni el juez, al presionar sobre una línea o al retirarse sobre otra, está consciente en todo momento que es la filosofía la que lo obliga a ir hacia adelante o hacia atrás. No obstante, el impulso está ahí. Si no podemos escapar a las Furias, haremos bien en tratar de entenderlas.

De esta manera, la enseñanza de la filosofía, en general, y de la filosofía jurídica, en particular, son cardinales para el crecimiento del Derecho o para, lo que es casi lo mismo, un cambio con estabilidad. Así, el método filosófico y las herramientas analíticas resultan ser esenciales no solamente para resolver incoherencias e inconsistencias lingüísticas y lógicas sino además para solucionar toda clase de problemas técnico-jurídicos, desde una laguna hasta un conflicto de reglas o una colisión de principios. De igual modo, habría que incorporar la enseñanza de otras ramas de la filosofía, desde las ya bastante arraigadas como la lógica hasta las no tan enraizadas como la ética, la retórica y la tópica e incluidas las casi nada o poco estudiadas, como la estética.¹⁴

retreating along another, is conscious at all times that it is philosophy which is impelling him to the front or driving him to the rear. None the less, the goad is there. If we cannot escape the Furies, we shall do well to understand them". (La traducción es nuestra).

¹⁴ A pesar de su crítica al formalismo y a la lógica, Holmes no deja de reconocer que "El entrenamiento de los abogados es un entrenamiento en lógica". Véase HOLMES Jr, Oliver Wendell, "The Path of the Law", en *Harvard Law Review*, vol. 110, N° 5, March, 1997, p. 998: "The training of lawyers is a training in logic." (Publicación original 1897). Véase también DOUZINAS, Costas y Lynda NEAD (eds.), *Law and the Image. The Authority of Art and the Aesthetics of Law*, Chicago y Londres, The University of Chicago Press, 1999. Cfr. FLORES, Imer B., "¿Ensueño, pesadilla y/o realidad? Objetividad e (in)determinación en la interpretación del derecho"; NETTEL D., Ana Laura, "The Power of Image and the Image of Power. The Case of Law"; y BONIFAZ, Leticia, "La interpretación en el derecho y en el arte. Primeras aproximaciones", en CÁCERES, Enrique, Imer B. FLORES, Javier SALDAÑA y Enrique VILLANUEVA (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 173-194, 527-539 y 97-111, respectivamente.

Si bien en este apartado hemos enfatizado la trascendencia de la filosofía y del método filosófico para el Derecho, nada más nos resta insistir en la importancia de su estudio ya sea de directa e indirectamente, mediante la instrucción de las materias del área de filosofía y teoría del Derecho, incluida la teoría de la argumentación –e interpretación– jurídica. Estas materias nos permiten enseñar las diferentes concepciones del Derecho¹⁵ e identificar cuando las leyes requieren alguna mejoría o perfeccionamiento, tal y como lo sugiere Kant en el epígrafe con el cual comenzamos este estudio, correspondiente al suplemento segundo de su *Paz Perpetua*.¹⁶

Respecto a las concepciones del Derecho cabe agregar que no basta con criticarlas sino que es preciso hacerlas competir entre sí en búsqueda de la mejor e incluso de una noción integral. Así mismo, no es plausible enseñar nada más el Derecho que es y el que fue, *i.e.* su “ser”, sino que además hay que enseñar el que “debe ser” y el que “puede ser”. En otras palabras, no es posible reducir la enseñanza del Derecho a la dogmática o sistemática jurídica ni a una concepción positivista del Derecho formalmente válido, positivo o vigente, sino que por el contrario debemos exponer las diferentes partes de la ciencia jurídica, incluidas tanto la filosofía del Derecho como la sociología del Derecho, así como las concepciones –y/o construcciones– alternativas o no-tradicionales, pero en fin críticas del formalismo o positivismo jurídico.¹⁷

B) METODOLOGÍA Y TÉCNICA JURÍDICA

En el numeral anterior acentuamos la importancia del método filosófico y de la enseñanza de las materias del área de filosofía y teoría

¹⁵ Véase FLORES, Imer B., “La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXX, N° 90, septiembre-diciembre, 1997, pp. 1001-1036, y “El porvenir de la ciencia jurídica...”, en loc. cit. en la nota 3, pp. 999-1027.

¹⁶ KANT, Immanuel, “Perpetual Peace: A Philosophical Sketch”, en *Political Writings*, trad. H. B. Nisbet, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. 115: “Unless the jurist is at the same time a philosopher, at any rate in moral matters, he is under the greatest temptation to do this, for his business is merely to apply existing laws, and not to enquire whether they are in need of improvement”. (La traducción es nuestra) (Título y publicación original: *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, 1795).

¹⁷ FLORES, Imer B., “Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho...”, en loc. cit. en la nota 5, p. 38; “Protágoras *vis-à-vis* Sócrates...”, en loc. cit. en la nota 5, p. 126; y “Langdell v. Holmes...”, en loc. cit. en la nota 1, pp. 35-39.

del Derecho. En éste destacaremos la trascendencia de complementar los métodos típica o tradicionalmente jurídicos con aquellos que no lo son, para consolidar la metodología y técnica jurídica, a través de estudios teóricos-prácticos (y/o prácticos-teóricos) e interdisciplinarios.

Sin embargo, primero hay que abrir un breve paréntesis para aclarar qué entenderemos por metodología y técnica jurídica. Al respecto es conveniente recordar que al cumplirse el primer centenario del Código Civil de Napoleón, el ilustre François Géný en su contribución al libro colectivo *Le Code Civil, 1804-1904: livre du centenaire* reflexionaba –como lo había hecho a lo largo y ancho de toda su obra– sobre la necesidad de la técnica jurídica, en general, y de la técnica legislativa, en particular.¹⁸ Así, observaba en todos los códigos civiles modernos la existencia e influencia de una cierta técnica especial. Independientemente de las diferencias y semejanzas, así como de las ventajas y desventajas, tanto del Código Civil francés de 1804 como del, en aquel entonces flamante, Código Civil alemán de 1896, proponía una conclusión:¹⁹

[E]n cada intento de Codificación, inclusive en forma fragmentaria, hay un elemento claramente distinguible que puede llamarse la técnica, y la cual se refiere al plan y arreglo de una tarea. El jurista, cuya función es enseñar una apreciación de todas las relaciones del Derecho con la vida social, debe necesariamente estar interesado en este elemento.

Indudablemente, en el segundo centenario de la codificación napoleónica y a cien años de estas palabras de Géný, los juristas están cada vez más interesados en la enseñanza de la metodología y técnica jurídica. Por lo tanto, debemos distinguir entre al menos dos metodologías jurídicas: una –también conocida como epistemología jurídica– equiparada con el análisis de los métodos y técnicas jurídicas para conocer, concebir

¹⁸ GÉNY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899; y *Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, vol. I, Paris, 1914, y vol. II, Paris, 1915.

¹⁹ GÉNY, François, "The Legislative Technic of Modern Civil Codes", trad. de Ernest Bruncken, en *Science of Legal Method. Select Essays by Various Authors*, Boston, The Boston Book Company, 1917, p. 500 (Título y publicación original en: *Le Code Civil, 1804-1904: livre du centenaire*, Paris, Société d'Études Législatives, Paris, 1904).

y construir el Derecho o más precisamente las teorías acerca del mismo;²⁰ y otra identificada con el estudio de los métodos y técnicas jurídicas para crear y aplicar el Derecho, de un lado, y para crear y transmitir conocimientos jurídicos, del otro.

En pocas palabras, la primera resulta ser una metodología jurídica impropriamente llamada así, porque se le puede reducir a la epistemología jurídica, en cambio al interior de la segunda se puede distinguir entre métodos y técnicas jurídicas propias e impropias (o mejor dicho aplicadas al Derecho). Las “propias” son congénitas al Derecho y consustanciales a las funciones relativas a su creación y aplicación, tales como: la “técnica legislativa” y la “técnica judicial”; y las “impropias” no son ingénitas al Derecho ni inherentes a sus funciones sino más bien adquiridas al ser adaptadas o adoptadas en la creación y transmisión de conocimiento jurídico, al aplicar los métodos y técnicas tanto de investigación como de enseñanza al Derecho.

Solamente las primeras serían el objeto de la metodología jurídica propiamente así llamada, y las segundas de una metodología jurídica impropriamente así llamada, porque se trata más bien de una metodología aplicada al Derecho. Con relación a los métodos y técnicas jurídicas propias, éstas no se pueden limitar a la creación y aplicación del Derecho ni mucho menos reducir –de acuerdo con una versión anacrónica de la teoría de la separación de poderes– la “técnica legislativa” a la creación del Derecho y la “técnica judicial” a su aplicación, cuando en realidad tanto una como la otra implican creación y aplicación como lo advierte Hans Kelsen en su polémico *Wer soll der Hüter der Verfassung Sein?*²¹

²⁰ Cfr. BIX, Brian “Some Reflections on Methodology in Jurisprudence”, en CÁCERES, Enrique, Imer B. FLORES, Javier SALDAÑA y Enrique VILLANUEVA (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, cit. en la nota 14, pp. 67-96; y FLORES, Imer B., “Procrusto, su cama y el viajero. Hacia una jurisprudencia comparada e integrada”, en VILLANUEVA, Enrique (coord.), *Memoria del Congreso Internacional sobre Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006 (en prensa).

²¹ Cfr. KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001 (aparecido con anterioridad en *Anuario Jurídico*, vol. 1, México, Universidad Nacional Autónoma

En esta obra, el jefe de la *Wienschule* clasifica los actos jurídicos en: 1) *actos de creación o producción* de derecho, es decir de normas jurídicas todavía no existentes; y 2) *actos de aplicación o ejecución* de derecho, esto es de normas jurídicas ya existentes. Los primeros identificados como *actos de legislación* y los segundos como de dos tipos: A) *actos de administración*; y B) *actos de jurisdicción*. Sin embargo, aclara que no hay una radical oposición entre estas tres funciones, porque “cada una (...) se presenta a la vez como un acto de creación y de aplicación del derecho”.²²

Asimismo, precisa que todas ellas son etapas jerarquizadas e intermedias del proceso de creación-aplicación del derecho. De esta forma “Si la Constitución regula en lo esencial la confección de las leyes, entonces la legislación es, frente a la Constitución, aplicación del Derecho”. Así, a pesar de que la libertad del legislador –al estar subordinado a la Constitución– es limitada, su poder de creación es relativamente grande, pero “a cada grupo en que se desciende, la relación entre libertad y limitación se modifica en favor del segundo término: la parte de aplicación aumenta, la de libre creación disminuye”. Y agrega más adelante: “Cada grado del orden jurídico constituye a la vez una producción de derecho, frente al grado inferior, y una reproducción del derecho, ante el grado superior”.²³

Por consiguiente, los actos tanto de legislación como de jurisdicción –y de administración– son a la vez actos de creación y de aplicación. Ciertamente, los primeros son más creativos que los segundos y éstos más aplicativos que aquéllos, pero no por eso ambos dejan de ser creativos-aplicativos. Aunque unos y otros hacen cosas diferentes, ambos coadyuvan en una empresa común: la creación o producción del derecho, los primeros al crear normas generales y abstractas, y los segundos al producir normas particulares y concretas, *i.e.* normas individualizadas,

de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, pp. 471-515. Hay también una versión italiana: “Chi dev’essere il custode della costituzione” en *La giustizia costituzionale*, trad. de Carmelo Geraci, Milán, Giuffrè, 1981. Título y publicación original: “Wer soll der Hüter der Verfassung Sein?”, en *Die Justiz*, Cuadernos 11 y 12, 1930-1931, pp. 576-628).

²² *Ibid.*, pp. 10-12.

²³ *Ibid.*, pp. 13-14.

así como criterios o precedentes de interpretación –e integración– de esas normas generales y abstractas para su aplicación en casos particulares y concretos.²⁴

En este sentido, si la técnica jurídica consiste en la aplicación de los conocimientos teóricos –propios de la sistemática jurídica– a la solución de los problemas prácticos de nuestra disciplina científico-jurídica, podemos identificar al menos dos momentos: uno aplicado a la creación de normas jurídicas generales y abstractas –técnica legislativa– y otro a la producción de normas jurídicas particulares y concretas –técnica judicial–. A ambas les atañe la adecuada, correcta u oportuna (re)elaboración y (re)formulación de normas jurídicas, ya sea mediante el ejercicio de la legislación o de la jurisdicción. Por ello, insistimos en que es indispensable abandonar la concepción tradicional que equipara el papel creativo a la “técnica legislativa” y el aplicativo a la “técnica judicial”, en lugar de actos complejos y complicados, con una naturaleza dual tanto aplicativa como creativa.

Si bien los métodos y técnicas tanto legislativas como judiciales deberían ser capitales en la enseñanza del Derecho, rara vez –como ya habíamos adelantado– la legislación y la jurisdicción son centrales en su estudio y peor aún cuando lo han sido están viciados de origen –como acabamos de ver– al reducir la técnica legislativa y la técnica judicial a la creación y a la aplicación del derecho, respectivamente. Sin embargo, los métodos y técnicas para legislar y juzgar –como también ya vimos– son mucho más complejos y complicados.

De hecho, los métodos y técnicas jurídicas propias se desglosan en una infinidad de métodos y técnicas, ya sea: para crear o promulgar normas generales y abstractas, desde la presentación de una iniciativa, la realización de un dictamen, su discusión, aprobación, sanción y promulgación hasta su publicación e iniciación de su vigencia (*legislación*); para cambiar o reformar dichas normas (*adición y modificación*); para abolir o anular estas normas (*abrogación y derogación*); para asignar derechos y deberes (*adjudicación*); para decir qué es el derecho (*jurisdicción*); para

²⁴ FLORES, Imer B., “Apuntes para una teoría –y práctica– del derecho judicial: algunas reflexiones críticas sobre técnica jurídica”, en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, N° 7, enero-junio, 2006, p. 8.

dictar normas individualizadas (*decisión*); para decidir conflictos de intereses, ya sean de reglas y de principios (*ponderación*); para aplicar las normas (*interpretación*); para colmar las lagunas (*integración*); para descubrir las premisas y justificar las conclusiones de sus decisiones y resoluciones (*argumentación*).

Por supuesto que la respuesta a la pregunta de si los departamentos, escuelas y facultades de Derecho enseñan toda esta gama de métodos y técnicas jurídicas propias tendría que ser negativa, y en dado caso de ser positiva ésta muy probablemente no sería eficaz o dejaría mucho que desear. La cuestión lisa y llanamente es que ha prevalecido una enseñanza teórica en lugar de una que sea al mismo tiempo práctica.

La explicación es simple: entre nosotros se ha privilegiado la ilusión de que las facultades de Derecho no pueden enseñar experiencia porque ésta sólo se aprende en el mundo profesional y en la vida diaria, pero la idea es precisamente romper con este mito porque como diría Oliver Wendell Holmes Jr.: "La vida del Derecho no ha sido la lógica: sino la experiencia".²⁵ Así, hay que superar el aparente divorcio entre la enseñanza y la experiencia del Derecho o como distinguiría Pound entre el "Derecho en libros" y el "Derecho en acción".²⁶

Al respecto, es conveniente traer a colación la distinción entre facultades de Derecho académicas y no-académicas,²⁷ para recordar que cada una obedece a una dinámica diferente: las primeras a la teórica, encaminada a actualizar los fines de la ciencia, es decir de los científicos-teóricos; la segunda a la práctica, encauzada a realizar los valores de la profesión, esto es, de los profesionistas-prácticos.²⁸ Ciertamente, ambas

²⁵ HOLMES, Oliver Wendell, "Book Notices", en *American Law Review*, N° 14, January, 1880, p. 234, y *The Common Law*, Nueva York, Dover, 1991, p. 3: "The life of law has not been logic: it has been experience" (La traducción es nuestra) (Publicación original: 1881) Cfr. COUTURE, Eduardo, "La enseñanza universitaria", en *Revista Foro de México*, N° 82, 1° de enero de 1960, pp. 26-27.

²⁶ Véase POUND, Roscoe, "Law in Books and Law in Action", en *American Law Review*, vol. 44, 1910, pp. 12 y ss.

²⁷ FISS, Owen M., "El derecho según Yale", en BÖHMER, Martín F. (comp.), *La enseñanza del derecho...*, cit. en la nota 2, pp. 25-26.

²⁸ FLORES, Imer B., "Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho...", en loc. cit. en la nota 5, pp. 31-34; "Protágoras vis-à-vis Sócrates...", en loc. cit. en la nota 5, pp. 126-127; y "Langdell v. Holmes...", en loc. cit. en la nota 1, pp. 22-25.

orientaciones parecen entrar en conflicto la mayor parte del tiempo porque la tendencia es a privilegiar alguna de ellas –teoría o práctica– pero como no se excluyen ni se implican también pueden o al menos podrían estar ambas –teoría y práctica– en concierto. En este sentido, nada impide *prima facie* que ambas puedan estar en comunión.

Toda vez que la dicotomía teoría-práctica resulta ser una falacia, como veremos un poco más adelante, la cuestión es encontrar un balance entre las dos. De hecho, una de las hipótesis de este estudio es precisamente que la enseñanza del Derecho en los estudios de posgrado tiene la ventaja intrínseca sobre los de pregrado, de poder servir al mismo tiempo a la formación-información tanto de los juristas científicos o teóricos como de los profesionistas o prácticos. Baste pensar que en el posgrado se tratan de conciliar la enseñanza para la docencia y la investigación, de un lado, con la especialización y la profesionalización, del otro, al formar tanto maestros y doctores como especialistas y profesionistas.

Así, los futuros docentes e investigadores contribuyen a la preparación de los especialistas y profesionistas, e inversamente éstos a la de aquéllos. No obstante, el hecho de que los estudios puedan ser a la vez teóricos y prácticos depende de que el método de enseñanza favorezca que tanto unos como otros contribuyan a enriquecer el diálogo en las aulas al compartir sus experiencias con los demás. Una vez cerrado el paréntesis sobre la metodología y la técnica jurídica procedemos a enfatizar la importancia de los estudios teóricos-prácticos (y/o prácticos-teóricos) y también de los interdisciplinarios.

1) ESTUDIOS TEÓRICOS-PRÁCTICOS (Y/O PRÁCTICOS-TEÓRICOS)

Si bien habíamos adelantado que el dilema teoría-práctica es falaz, ya que nada impide que teoría y práctica puedan estar en comunión o que los estudios puedan ser a la vez teóricos y prácticos, todavía nos falta alegar y desde luego probar cómo es esto posible y por qué. En primerísimo lugar debemos evocar al pensador de Königsberg, quien al escribir *Acercas del refrán*: “Lo que es cierto en teoría, para nada sirve en la práctica” argumenta: “Es obvio que no importa qué tan completa una

teoría pueda ser, un término medio es requerido entre teoría y práctica, para proveer un vínculo y una transición de uno a otro”.²⁹

Sin embargo, el mismísimo Kant se aprovecha de la ambigüedad sobre la relación teoría-práctica, al comenzar *La paz perpetua* con una “cláusula salvatoria” donde arguye:³⁰

El político práctico tiende a desdeñar con gran complacencia al político teórico como un mero académico. Las ideas abstractas del teórico, el práctico cree, no pueden poner en peligro al Estado, puesto que el Estado debe estar fundado en principios de la experiencia; entonces parece seguro dejarlo disparar todo su armamento, y el *mundialmente-sabio* estadista no tiene por qué preocuparse. Entonces se sigue que si el político práctico es consistente, él no debe pretender, en caso de una disputa con el teórico, sentir peligro alguno para el Estado en las opiniones que el teórico ha articulado accidentalmente en público.

Está claro que a estas alturas de su vida y obra, su posición no era ambivalente sino que nada más se escuda detrás de la creencia todavía prevaleciente, baste recordar que estos manuscritos aparecieron después de sus dos críticas mayores: la *Crítica de la razón pura* en 1781 y la *Crítica de la razón práctica* en 1788. Así como la que provee el vínculo y la transición de una a otra: la *Crítica del juicio* en 1790.

De forma similar, hace un par de lustros, James Boyd White anotó que la línea relevante no es entre lo “teórico” y lo “práctico” sino entre

²⁹ KANT, Immanuel, “On the Common Saying: ‘This May be True in Theory, but it does not Apply in Practice’”, en *Political Writings*, cit. en la nota 16, p. 61: “It is obvious that no matter how complete the theory may be, a middle term is required between theory and practice, providing a link and a transition from one to the other.” (La traducción es nuestra.) (Título y publicación original: *Ubre den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, 1792).

³⁰ KANT, Immanuel, “Perpetual Peace...”, en loc. cit. en la nota 16, p. 93: “The practical politician tends to look down with great complacency upon the political theorist as a mere academic. The theorist’s abstract ideas, the practitioner believes, cannot endanger the state, since the state must be founded upon principles of experience; it thus seems safe to let him fire off his whole broadside, and the *worldly-wise* statesman need not to turn a hair. It thus follows that if the practical politician is to be consistent, he must not claim, in the event of a dispute with the theorist, to scent any danger to the state in the opinions which the theorist has randomly uttered in public”.

las aportaciones teóricas que manifiestan interés en y respeto por lo que los abogados y los jueces –y demás operadores jurídicos– hacen en la práctica y las que no muestran tal interés y/o respeto.³¹

La oposición entre “teórico” y “práctico” es... falsa. Con frecuencia es el trabajo más teórico el que resultará ser de sorprendente valor práctico, con frecuencia la inmersión en particularidades prácticas la que estimulará el pensamiento más valioso de un tipo general. Gran parte de la vida de Derecho de hecho descansa en la interacción constante que se requiere entre lo particular y lo general, entre lo práctico y lo teórico.

Por supuesto que debemos sospechar de cualquiera que desconfíe de la teoría o de la práctica, porque al estar tan estrechamente ligadas entre sí, el ser ignorante de una es en el fondo ser indiferente de la otra y viceversa. Al contrario, debemos insistir en un interés y respeto mutuo: por los adelantos de abogados, jueces y demás practicantes jurídicos, y por los avances de los académicos, estudiantes y otros teóricos jurídicos. A final de cuentas, hay un puente que conecta a ambos extremos, al grado que uno puede estar de un lado en un momento dado y del otro lado en una situación diferente; o, como en la metáfora de la puerta giratoria, algunas veces dentro y otras fuera.

El problema es que muchas veces parece que el puente colgante se cayó o que la puerta giratoria está atorada con lo cual el teórico y el práctico quedan incomunicados, de ahí que el teórico resulta ser “no-práctico” y el práctico “no-teórico”. Por ende, es imperativo levantar el puente o desatorar la puerta para que el científico –o teórico– sea “práctico”, es decir un *científico-práctico*, y el practicante –o práctico– sea “teórico”, esto es un *practicante-teórico*, como si fueran *unum et idem*.

En este sentido uno de los grandes retos de la enseñanza del Derecho es que sea a la vez teórica y práctica. Por esta razón, en cualquier facultad

³¹ WHITE, James Boyd, “Law Teachers’ Writing”, en *Michigan Law Review*, vol. 91, 1993, p. 1970: “The opposition between ‘theoretical’ and ‘practical’ is (...) misleading. It is often the most theoretical work that will prove of surprising practical value, often the immersion in practical particularities that will stimulate the most valuable thought of a general kind. Much of the life of the law in fact lies in the constant interaction it requires between the particular and the general, between the practical and the theoretical”. (La traducción es nuestra).

de Derecho deben impartirse materias por profesores con orientaciones tanto teóricas como prácticas. Si bien es cierto que el estudiante aprende de las enseñanzas de su profesor, no menos cierto es que aquél como abogado, juez u operador jurídico del futuro aprende sobre todo de las experiencias de éste como abogado, juez u operador jurídico del pasado y/o del presente. Además, es conveniente, como lo hace Atilio Aníbal Alterini, no sólo reiterar que “la enseñanza práctica reviste importancia primordial” sino también que nos referimos “a la enseñanza práctica y no a la enseñanza de la práctica profesional, que es otra cosa”.³²

En pocas palabras, no basta con encontrar un balance entre materias y profesores con orientaciones teóricas y prácticas, sino que todas las materias y los profesores deben –en la medida de lo posible– combinar la teoría con la práctica, a partir de estudios *teórico-prácticos* y/o *práctico-teóricos* impartidos por profesores que sean *científicos-prácticos* y/o *practicantes-teóricos*. De la misma forma, como veremos a continuación, los profesores deben, también en la medida de lo posible, combinar teoría y práctica, pero a través de estudios *interdisciplinarios* realizados en conjunción con científicos-prácticos y practicantes-teóricos de varias disciplinas.

2) ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS

Estamos convencidos de que al forzar el Derecho dentro de un juego de cajas chinas o de compartimientos estancos no sólo se segmenta lo jurídico a lo estrictamente formal, positivo o vigente, sino también se le separa de otras disciplinas con las que está interrelacionado. Si queremos conocer científicamente el Derecho no lo podemos estudiar de manera parcial o segmentada, pero tampoco de modo individual o separado de las demás ciencias, en general, y de las ciencias sociales, en particular, sino integralmente.³³ Así que como diría Böhmer “La inter-

³² ALTERINI, Atilio Aníbal, “Prólogo”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Año 1, N° 1, Otoño 2003, p. VIII (el énfasis es original).

³³ Véase LLEWELLYN, Karl N., “El derecho y las ciencias sociales, especialmente la sociología”, trad. E. Vera Villalobos, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Año 1, N° 1, Otoño, 2003, pp. 99 y ss. (Publicación original: *Harvard Law Review*, 1949). Véase también FLORES, Imer B., “La concepción del derecho...”, en loc. cit. en la nota 15, pp. 1026-1032; “El porvenir de la ciencia jurídica...”, en loc.

disciplina se convierte así no ya en una moda pedagógica sino en una necesidad epistemológica".³⁴

Aunque es un lugar común afirmar la necesidad de fomentar estudios interdisciplinarios, muy poco se ha dicho sobre la posibilidad y viabilidad de dichos estudios. Es un hecho incuestionable que "La enseñanza del Derecho –como lo sugiere Owen M. Fiss– requiere que un profundo conocimiento de la sociología, la historia, la filosofía, la economía y otras materias tratadas en las escuelas para graduados sea utilizado para indicar, de manera disciplinada, los problemas concretos que surgen del ejercicio del poder de un grupo profesional".³⁵ Con todo, se ha discutido muy poco alrededor de si, en las condiciones actuales, es posible enseñar el Derecho de manera interdisciplinaria o antes habría que crear dichas condiciones para hacerlo viable.

En este orden de ideas, en primerísimo lugar, para poder enseñar el Derecho de modo interdisciplinario se requiere que los profesores sean personas graduadas de –o al menos con entrenamiento profesional en– otras disciplinas científicas, en general, pero muy en especial de las ciencias sociales, tales como antropología, ciencia política, economía, ética, filología, filosofía, historia, lógica, sicología, y sociología. Sin embargo, no bastaría con incorporar estas disciplinas y este tipo de profesores al profesorado sin ton ni son para que por arte de magia la enseñanza del Derecho mejorase sensible y significativamente.

Al respecto, Harold D. Lasswell y Myres S. McDougal reconocen que los "Heroicos, pero poco claros esfuerzos para integrar el 'Derecho' con 'las otras ciencias sociales', han fracasado debido a la falta de claridad acerca de *qué* debe ser integrado y *cómo*, y *con qué propósitos*".³⁶ Estos au-

cit. en la nota 3, pp. 1024-1027; "Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho...", en loc. cit. en la nota 5, pp. 37-38; "Protágoras *vis-à-vis* Sócrates...", en loc. cit. en la nota 5, pp. 148-151; y "Langdell v. Holmes...", en loc. cit. en la nota 1, pp. 35-42.

³⁴ BÖHMER, Martín F., "Algunas sugerencias para escapar del silencio del aula", en loc. cit. en la nota 3, pp. 30.

³⁵ FISS, Owen M., "El derecho según Yale", en loc. cit. en la nota 27, p. 25.

³⁶ LASSWELL, Harold D. y MYRES S. MCDUGAL, "Enseñanza del derecho y políticas públicas: entrenamiento profesional para el interés público", trad. BÖHMER, Martín F. en BÖHMER, Martín F. (comp.), *La enseñanza del derecho...*, cit. en la nota 2, p. 73 (El énfasis es original) (Publicación original: "Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest", en *Yale Law Journal*, vol. 52, 1943, pp. 202-295).

tores sostienen que un primer e indispensable paso hacia una efectiva reforma de la enseñanza del Derecho consiste en clarificar su objetivo final:³⁷

Afirmamos la siguiente proposición básica: si la enseñanza del Derecho en el mundo debe servir adecuadamente a las necesidades de una comunidad libre y productiva, entonces debe consistir en un concienzudo, eficiente y sistemático entrenamiento en la construcción de políticas públicas (*training for policy making*): la función adecuada de nuestras facultades de Derecho es en definitiva la de contribuir al entrenamiento de quienes diseñan las políticas públicas para el logro más completo de los valores democráticos...

Aun cuando el abogado no es hoy por sí mismo un “diseñador” de políticas,³⁸ es el asesor indispensable de un diseñador de políticas de nuestra sociedad, ya sea el jefe o responsable de un departamento del gobierno federal o local, el legislador, el ejecutivo de una empresa o el secretario general de un sindicato, el representante de una asociación privada o sociedad comercial, de un empresario, de un profesionista o de cualquier particular. Sobre este punto Lasswell y McDougal sugieren “Como tal, el abogado, cuando informa a su diseñador de políticas sobre lo que puede o no puede legalmente hacer, está (como muchas veces se quejan los diseñadores de políticas) en una inalcanzable posición estratégica que le permite influir sobre las políticas en cuestión, cuando no crearlas”.³⁹

En este sentido, resulta indispensable que la enseñanza permita al alumno adquirir ciertas destrezas de pensamiento: 1) pensamiento dirigido a objetivos (*goal-thinking*); 2) pensamiento familiarizado con las tendencias causales (*trend-thinking*); y 3) pensamiento científico (*scientific-thinking*). De tal suerte, “el estudiante necesita clarificar sus valores morales (eventos preferidos, metas sociales); necesita orientarse en corrientes pasadas y probabilidades futuras; finalmente, necesita adquirir conocimiento científico y destrezas necesarias para aplicar los objetivos dentro del contexto de

³⁷ *Ibid.*, p. 74.

³⁸ Salvo cuando actúa directamente como legislador –o asesor de éste– o como juzgador, al decidir un caso o controversia de manera consecuencialista o establecer un criterio o precedente de modo prospectivo.

³⁹ Harold D. LASSWELL y Myres S. MCDUGAL, “Enseñanza del derecho y políticas públicas...”, en *loc. cit.* en la nota 36, p. 75.

las corrientes contemporáneas”.⁴⁰ La importancia de adquirir todas estas destrezas son obvias:⁴¹

El pensamiento referido a metas requiere la clarificación de los valores (...) La aplicación de valores requiere de un pensamiento familiarizado con las tendencias causales (*trend-thinking*), que se vinculan con la forma de lo que vendrá, más allá de lo que dicten las propias preferencias (...) La aplicación de valores requiere, además, pensamiento científico. Mientras que la información en corrientes causales es indispensable, no es suficiente para permitirnos moldear el futuro. Las corrientes cambian de dirección; y muchas veces podemos contribuir a estos cambios a través de un manejo eficiente de los factores que los condicionan.

Claro está que no bastaría con la enseñanza de estas destrezas del pensamiento sino que además sería necesaria toda una gama de destrezas de razonamiento, de observación y de organización.⁴² Pero en todo caso Lasswell y McDougal insisten: “Nuestro propósito más importante en la actualidad es promover la adaptación de la enseñanza del Derecho a las necesidades de las políticas públicas de una sociedad libre”.⁴³

Por supuesto que Frank está completamente de acuerdo con Lasswell y McDougal cuando “proponen que las facultades de Derecho deben enfatizar los valores e ideales de la democracia, y que deberían estimular a los futuros abogados a pensarse a sí mismos en el rol de constructores de las políticas que aplicarán tales valores”.⁴⁴ No obstante, agrega de su ronco pecho: “[S]i las facultades de Derecho van a hacer algo más que hablar acerca de ideales y políticas, si apuntan a ideales y políticas en acción, deben, como mínimo, enseñar cómo esos ideales y políticas se ven diariamente frustrados en los tribunales debido a técnicas defectuosas, y deben indicar qué se puede hacer para reformar tales técnicas”.⁴⁵

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 77-78.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 78-80.

⁴² *Ibid.*, pp. 98-101.

⁴³ *Ibid.*, p. 89.

⁴⁴ FRANK, Jerome, “Una defensa de las escuelas de abogados”, en *loc. cit.* en la nota 6, p. 58.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 59.

La actitud crítica, hacia lo que los jueces hacen en realidad, es una característica necesaria de los realistas jurídicos estadounidenses, desde que Holmes acuñara: "Las profecías de lo que las cortes harán en realidad, y nada más pretencioso, es lo que entiendo por Derecho".⁴⁶ Sin embargo, esta actitud no se debe limitar a criticar el papel del juzgador sino de todas las funciones que los abogados desempeñan dentro de las sociedades contemporáneas, para tal efecto el mismísimo Frank, cita a McDougal:⁴⁷

Por supuesto, el interés de los abogados debería ir más allá de la rama judicial del gobierno; pero esto no equivale a decir que debería suprimir sus intereses en ese aspecto. Sin duda, el "rol completo del abogado de la comunidad" obliga el reconocimiento de "su impacto en el consejo sobre y en la ejecución de políticas públicas", y que él por lo tanto debe dar "imaginativa consideración" a "un rango total de instituciones (...) que pueden ser creadas, mejoradas o modificadas conforme a valores comunitarios".

Los estudios interdisciplinarios son indispensables para el entrenamiento especial y especializado tanto de los juzgadores como de los legisladores. Para muestra basta un botón: los abogados tienen que implementar otras técnicas que en principio no les parecen propias, aunque sí lo son, como el cabildeo o *lobbying* al promulgar todo tipo de disposiciones legales, pero también al cambiar o derogar dichas normas.

Si de por sí parece que la enseñanza del Derecho solamente tiene que ver con su aplicación mediante la interpretación y no con su creación e incluso su reforma, resulta que no es para sorprenderse, como lo advierte Michael Reisman, que los estudiantes estén tan condicionados para tomar al Derecho como algo ya "dado" que no se les ocurre ni se les puede ocurrir cómo se puede o podría cambiar.⁴⁸

⁴⁶ HOLMES, Jr, Oliver Wendell, "The Path of the Law", en loc. cit. en la nota 14, p. 994: "The prophecies of what courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law". (La traducción es nuestra).

⁴⁷ MCDUGAL, Myres S., "The Law School of the Future: From Legal Realism to Policy Science in the World Community", en *Yale Law Journal*, vol. 56, 1947, pp. 1345 y 1348, citado por FRANK, Jerome, "Una defensa de las escuelas de abogados", en loc. cit. en la nota 6, p. 60.

⁴⁸ REISMAN, Michael, "El diseño del plan de estudios: para que la enseñanza del derecho continúe siendo efectiva y relevante en el siglo XXI", en BÖHMER, Martin F. (comp.), *La enseñanza del derecho...*, cit. en la nota 2, p. 114.

Así, cuando los estudiantes se percatan de que pueden cambiar el Derecho, al ser electos para los cuerpos legislativos o agencias gubernamentales, al establecer grupos de presión, al organizar huelgas u otras formas de agitación para promover o conseguir una nueva legislación, una barrera psicológica es quebrantada: “Los estudiantes se dan cuenta de que la palabra ‘decisión’ supone más que la sola función de sentenciar. No es una cuestión simplemente de aplicar el Derecho vigente, sino también de prescribir o legislar derecho nuevo”.⁴⁹

Habría que reforzar que el Derecho es en gran medida contingente e indeterminado y que como tal es imposible evitar la decisión, pero además que dicha elección no es absolutamente libre ni tampoco limitada o restringida.⁵⁰ De hecho, para Reisman: ⁵¹

La empresa del Derecho no puede ser vista exclusivamente como un sistema cerrado en el que las reglas lógicas operan solas. Es un sistema abierto en el que se debe optar entre alternativas diferentes y opuestas. Por consiguiente, lo mismo se aplica a la función de promoción que a la aplicación. Aunque a menudo nuestro sistema discute hasta qué punto nuestros jueces deben ser creativos, cualquiera que haya estado en una función de aplicación del derecho sabe que la elección es inevitable. La elección no se debería confundir con el ejercicio discrecional del capricho. En todas las funciones decisionales, se espera que las elecciones estén fundamentadas en el examen cuidadoso del pasado y, en sistemas políticos democráticos, en la relevancia de las expectativas y demandas de la comunidad. Pero el Derecho no es y no será nunca una operación mecánica.

De todo lo anterior se desprende que la enseñanza del Derecho debe propiciar que los estudiantes puedan aprender a tomar estas decisiones

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ KENNEDY, Duncan, “Freedom and Constraint in Adjudication. A Critical Phenomenology”, en *Journal of Legal Education*, vol. 36, 1986, pp. 518 y ss. (hay versión en español: *Libertad y restricción en la decisión judicial*, trads. Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores et al., 1999). *A Critique of Adjudication* (fin de siècle), Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1997. UNGER, Roberto Mangabeira, *Critical Legal Studies*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1986, y *What Should Legal Analysis Become?*, Londres, Verso, 1996.

⁵¹ REISMAN, Michael, “El diseño del plan de estudios...”, en *loc. cit.* en la nota 48, p. 116.

o elecciones a partir de un examen cuidadoso del pasado y también de su proyección en el futuro. Para ello, recomienda: 1) la clarificación de objetivos; 2) el análisis de tendencias; 3) el análisis de factores; y 4) la invención de alternativas. Así, primero hay que clarificar los objetivos o preferencias; después, hay que analizar las tendencias o propensiones, pero como lo sucedido en el pasado no necesariamente se repite en el futuro; luego, hay que analizar los factores o condiciones que se pueden cambiar; y, finalmente, inventar o diseñar una estrategia que incremente la posibilidad de que sucedan los eventos deseados (o que no sucedan los eventos no-deseados) en el futuro, pero esto requiere alguna forma de estimar qué futuros alternativos podemos aguardar.⁵²

Por tanto, resulta claro que el Derecho es tanto retrospectivo como prospectivo, tal y como Holmes había anunciado: los abogados están preocupados por predecir el comportamiento futuro de los tribunales pero ciertamente a partir de la información pasada. Sin embargo, para ser más diáfanos habría que decir: “El abogado no está solamente preocupado por los tribunales y su comportamiento, sino también por predecir *e influir* en un complejo de agencias que toman decisiones formales, informales, organizadas, y no organizadas, grupos e individuos que, de hecho, es probable que tengan un impacto en los intereses de sus clientes”.⁵³

Para concluir este apartado, solamente nos resta evidenciar una gran paradoja de la enseñanza del Derecho: “El Derecho es –dice Peter H. Schuck– una profesión eminentemente práctica. La enseñanza del Derecho busca preparar a los estudiantes para el mundo de los asuntos prácticos.” No obstante, hasta la fecha “la investigación empírica (el descubrimiento de la forma en que los individuos y las instituciones se comportan realmente en nuestra cultura legal) es decididamente una actividad académica marginal”.⁵⁴

La utilidad de la “investigación empírica” y de los “estudios estadísticos” aplicados al Derecho son más que evidentes porque permiten “detectar regularidades (o irregularidades) significativas que no se hayan

⁵² *Ibid.*, pp. 122-124.

⁵³ *Ibid.*, pp. 118-119.

⁵⁴ SCHUCK, Peter H., “¿Por qué los profesores de derecho no hacen investigación empírica?”, en BÖHMER, Martín F. (comp.), *La enseñanza del derecho...* cit. en la nota 2, p. 129.

identificado o verificado previamente”.⁵⁵ Lo curioso es que hace poco más de un siglo, en 1897, Holmes ya había profetizado: “Para el estudio racional del Derecho el hombre del Derecho positivo puede ser el hombre del presente, pero el hombre del futuro es el hombre de las estadísticas y el maestro de la economía”.⁵⁶

De aquí la trascendencia para que los estudios interdisciplinarios sirvan no sólo para reconectar a la ciencia jurídica con otras disciplinas sino también con su realidad, *i.e.* las normas con los hechos o el Derecho en los libros con el Derecho en acción. Sin duda alguna, la falta de estudios sobre “los hechos del derecho” es una de las grandes debilidades de la educación jurídica contemporánea y que habría que subsanar de inmediato para poder enseñar a los alumnos cómo manejar hechos, ya sea al encontrarlos, interpretarlos, probarlos y refutarlos.⁵⁷ Para ilustrar la importancia de estudiar toda la gama de los hechos sociales, cabría invocar a Frank quien: “Haría estudiar a los estudiantes las diferentes variedades de psicología en relación con los problemas de los abogados y jueces, incluyendo la psicología de jueces, jurados, testigos y litigantes”.⁵⁸ Así, “el estudiante, que es un juez en potencia, podría aprender a conocer algo sobre sus propios prejuicios y cómo controlarlos”.⁵⁹

Desgraciadamente el desinterés por los hechos es la regla general y el interés por los mismos es –y ha sido– la excepción.⁶⁰ Hoy en día,

⁵⁵ *Ibid.* En el caso de México, Véase CONCHA CANTÚ, Hugo A. y José Antonio CABALLERO JUÁREZ, *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas. Un estudio institucional sobre la justicia local en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001. CONCHA CANTÚ, Hugo A., Héctor FIX-FIERRO, Julia FLORES y Diego VALADÉS, *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

⁵⁶ HOLMES JR, Oliver Wendell, “The Path of the Law”, en *loc. cit.* en la nota 14, p. 1001: “For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics.”

⁵⁷ Cfr. SCHUCK, Peter H., “¿Por qué los profesores de derecho no hacen investigación empírica?”, en *loc. cit.* en la nota 54, p. 131.

⁵⁸ FRANK, Jerome, *Una defensa de las escuelas de abogados*, en *loc. cit.* en la nota 6, p. 55.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 63.

⁶⁰ GORDON, Robert W., “Conferencia Brendan Brown: la teoría crítica del Derecho (*critical legal studies*) como método de enseñanza del derecho”, en BÖHMER, Martín F. (comp.), *La enseñanza del derecho...*, cit. en la nota 2, p. 153.

solamente unas cuantas teorías prestan una atención más o menos adecuada a los hechos en el aprendizaje del Derecho: "Lo hace el canon del análisis económico del Derecho (*law and economics*) al ofrecer una gama de presunciones derivadas de la teoría de hechos demostrados. Y también lo hace la teoría crítica (*critical legal studies*) al insistir vehementemente en que los hechos son irrelevantes, quizás aun pretextos, respecto del resultado de las decisiones de los jueces".⁶¹

De la misma manera en que las teorías críticas del Derecho han insistido que las normas jurídicas son indeterminadas, al ser manipuladas y deducidas ideológicamente, las teorías literarias del derecho (*law and literature*) han reiterado una y otra vez que los textos legales como cualquier otro texto son radicalmente indeterminados.⁶² Por esta razón habría que dotar a los alumnos de las herramientas analíticas y críticas para desarrollar las habilidades que le permitan trabajar con el Derecho como un material altamente indeterminado y que por definición debe ser determinado.⁶³

[L]o que la enseñanza de los CLS puede, o lo que idealmente debería ofrecer a los estudiantes son los medios para leer múltiples interpretaciones, explorar múltiples alternativas institucionales y conocer las diversas prácticas y avenidas posibles fuera de un sistema jurídico que a menudo es presentado como complaciente o trágicamente congelado dentro de un sistema unitario y con un único curso de desarrollo posible. Se trata de enseñar a los estudiantes a reconocer las grandes visiones políticas enterradas dentro de los argumentos más técnicos, y a debatir estas visiones abiertamente (...) Por supuesto, nadie que tenga algo de sentido común piensa que el sistema jurídico es infinitamente maleable en la dirección que uno quiera y cuando quiera. El Derecho se encuentra siempre rodeado de las limitaciones que le imponen los poderes establecidos, de su inercia habitual, de la confianza en lo existente, de las expectativas actuales y del temor a lo desconocido.

⁶¹ SCHUCK, Peter H., "¿Por qué los profesores de derecho no hacen investigación empírica?", en loc. cit. en la nota 54, pp. 131-132.

⁶² *Ibíd.*, p. 134.

⁶³ GORDON, Robert W., "Conferencia Brendan Brown...", en loc. cit. en la nota 60, pp. 169-170.

C) MÉTODOS ALTERNATIVOS DE ENSEÑANZA

Antes de concluir con nuestro estudio, nada más nos resta aludir brevemente al hecho de que para apuntalar la filosofía y teoría del Derecho, a partir de su conexión con otras ramas de la filosofía, y consolidar la metodología y técnica jurídica, a través de estudios teóricos-prácticos (y/o prácticos-teóricos) e interdisciplinarios, es necesario implementar otros métodos de enseñanza del Derecho, más allá de la tradicional “cátedra o lección magistral”, tales como el método de casos y/o problemas, los seminarios y/o laboratorios, las clínicas jurídicas y/o prácticas forenses, la pasantía en los tribunales y/o el tirocinio en un despacho o estudio jurídico.

Si bien hemos manifestado nuestras reservas hacia el método de casos y/o problemas porque no sería recomendable en los primeros años de los estudios profesionales, si resultaría ampliamente recomendado para los últimos semestres y sobre todo para el posgrado, con la única condición de que los alumnos cuenten o tengan ya un conocimiento más o menos profundo del Derecho, para que puedan aportar su conocimiento teórico y experiencia práctica a la discusión en el aula.⁶⁴

De igual forma la implementación de seminarios y/o laboratorios no sería problemática, pero sí la de clínicas jurídicas y/o prácticas forenses, al menos para el nivel de posgrado donde la pasantía en los tribunales y/o el tirocinio en un despacho o estudio jurídico no resultarían tan atractivos. No obstante, hay una idea subyacente que vale la pena destacar y en su caso tratar de explotar al máximo. La cuestión es que hasta el momento nuestras facultades se han caracterizado por ser facultades-bibliotecas en lugar de verdaderas facultades de abogados, donde nuestros “laboratorios” en lugar de estar confinados a los libros o materiales impresos estarían tanto dentro como fuera de las aulas.⁶⁵ Para ilustrar el punto bastaría con citar a Frank:⁶⁶

⁶⁴ Cfr. FLORES, Imer B, “Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho...”, en loc. cit. en la nota 5, pp. 35-37; y “Protágoras *vis-à-vis* Sócrates...”, en loc. cit. en la nota 5, pp. 142-147.

⁶⁵ Cfr. FRANK, Jerome, “Una defensa de las escuelas de abogados”, en loc. cit. en la nota 6, pp. 45-46.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 44-45.

¿Podríamos considerar que no es ridículo que, con laboratorios de litigio a la vuelta de la esquina, las facultades de Derecho obliguen [a] sus estudiantes a aprender en los libros lo que pueden sobre el litigio? ¿Qué diríamos de facultades de medicina donde a los estudiantes se les enseñara cirugía únicamente por medio de páginas impresas? Nadie, si pudiera hacer otra cosa, enseñaría el arte de jugar al golf hablándole al futuro jugador sobre golf y luego dándole a leer un libro sobre la materia. Lo mismo se aplica a la danza clásica, a la natación, a la conducción de automóviles, al corte de cabello o a cocinar patos silvestres. ¿Es la práctica jurídica más simple? ¿Por qué sería más difícil para los profesores de Derecho y sus alumnos que para los profesores de golf y sus alumnos? ¿Quién aprendería la técnica del golf de un instructor contentándose con sentarse en el vestuario y analizar en los periódicos los relatos de torneos de golf que otros jugaron varios años atrás?

En resumidas cuentas su idea era que si “La práctica jurídica es un arte, y un arte bastante difícil. ¿Por qué hacer de su enseñanza algo más indirecto, más vago, más frustrante y más difícil que la enseñanza del golf?” Por lo mismo si “Lo que los estudiantes ven es una imagen en un mal espejo de lo que sucede en un día de trabajo en la vida de los abogados. ¿Por qué no destruir esos espejos? ¿Por qué no dejar que los estudiantes observen directamente la materia que es objeto de su estudio con los profesores actuando como intérpretes que iluminan lo que se observa?”⁶⁷ Así, su propuesta concreta era instaurar el sistema del aprendizaje (*apprentice system*),⁶⁸ ya sea de un “aprendiz intersticial”, al mismo tiempo que realizan los estudios, o -a la Llewellyn- un “aprendiz pos-facultad”, al concluir los estudios como una especie de internado-residencia.⁶⁹

De tal suerte, lo que podríamos rescatar es que los estudiantes deben experimentar por sí mismos y que los profesores deben servir de facilitadores. De hecho, los profesores no necesariamente requieren tener experiencia práctica de primera mano, pero sí que hagan referencia a los

⁶⁷ *Ibid.*, p. 45.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 46.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 62; y “Why Not a Clinical Lawyer-School”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 81, 1933, pp. 907 y ss. Cfr. LLEWELLYN, Karl N., “On What Is Wrong with So-Called Legal Education”, en *Colorado Law Review*, vol. 35, 1935, pp. 675-676.

problemas no solamente teóricos sino prácticos e inclusive lo hagan desde una perspectiva interdisciplinaria.⁷⁰

IV. EPÍLOGO

En el proceso de reducir la brecha entre lo que la educación jurídica ofrece y la profesión jurídica demanda, con referencia especial a los estudios de posgrado, primero, equiparamos el problema con la descripción de un déficit en la enseñanza del Derecho, en general, y, luego, identificamos su solución con la prescripción de una serie de medidas sobre lo que se debe y puede hacer –o lo que se hace– para crear un superávit en los estudios de posgrado, en particular. De hecho, no podemos perder de vista que la educación y profesión jurídica están estrechamente entrelazadas, porque tal y como lo advirtió el entonces profesor de la facultad de Derecho de Harvard y ministro presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, Felix Frankfurter:⁷¹

A final de cuentas, el Derecho es lo que los abogados son. Y el Derecho y los abogados son lo que las facultades de Derecho hacen de ellos.

Así, reiteramos que es imperioso:

- 1) apuntalar las materias del área de filosofía y teoría del Derecho, incluida la teoría de la argumentación (e interpretación jurídica), a partir de su conexión con otras ramas de la filosofía, desde las ya bastante arraigadas como la lógica hasta las no tan enraizadas como la ética, la retórica y la tópica e incluso las casi nada o poco estudiadas como la estética;
- 2) consolidar la metodología y técnica jurídica, a través de estudios teóricos-prácticos (y/o prácticos-teóricos) e interdisciplinarios, pa-

⁷⁰ FRANK, Jerome, "Una defensa de las escuelas de abogados", en loc. cit. en la nota 6, p. 49.

⁷¹ Carta del profesor Félix Frankfurter al señor Rosenwald fechada el 13 de mayo de 1927, citada en FLORES, Imer B., "On Legal Education and the Legal Profession", en loc. cit. en la nota 1, pp. 13-14: "In the last analysis, the law is what lawyers are. And the law and the lawyers are what the law schools make them". (La traducción es nuestra).

ra enseñar experiencia en las aulas y no tener que esperar que los alumnos salgan de ellas para adquirirla en la vida profesional; y, consecuentemente:

- 3) implementar otros métodos de enseñanza del Derecho, más allá de la tradicional "cátedra o lección magistral", tales como el método de casos y/o problemas, los seminarios y/o laboratorios, las clínicas jurídicas y/o prácticas forenses, la pasantía en los tribunales y/o el tirocinio en un despacho o estudio jurídico, pero tratándose del posgrado sobre todo al incluir, junto a los materiales de lectura, casos y problemas.

La formación de los juristas en el nacionalsocialismo*

RALF FRASSEK**

Las relaciones estatales y sociales de una época se reflejan en la formación de los juristas más que en cualquier otra carrera universitaria. Por eso resulta particularmente atractivo para un gobernante totalitario “poner el carro delante del caballo” y moldear al Estado y a la sociedad de un modo aún más consecuente con sus propias ventajas políticas, a través de un manejo de la formación de los juristas. A continuación, se esbozarán los medios empleados durante el nacionalsocialismo para formar a los estudiantes de Derecho como “guardianes del Derecho alemán”.

I. FORMACIÓN, POLÍTICA Y DERECHO PRIVADO

La formación de los juristas aplicada actualmente en toda Alemania, aún obedece, esencialmente, al modelo desarrollado por Prusia en el siglo XIX. Este modo de formación de los juristas ha demostrado ser no sólo muy exitoso sino también muy estable, a pesar de las intensas dis-

* El artículo se basa en la conferencia que diera el autor en el 32º Día del Historiador del Derecho Alemán, celebrado el 23 de septiembre de 1998 en Regensburg, en el marco de la sección de historia contemporánea dirigida por el Prof. Dr. Joachim Rückert; véase Sav ZRG (Dep.Germ.) 117. Este trabajo fue publicado originalmente en idioma alemán bajo el siguiente título *Juristenausbildung im Nationalsozialismus. Kritische Justiz*, 2004, p. 86. Los editores agradecen al autor y al editor la autorización para traducir y publicar este artículo en esta revista.

Traducción al español realizada por alumnos del Traductorado Público en idioma alemán: Jorge Patricio Castellión, Ana María Cetrángolo, Cristina Bergler de Rogers, Ana Paula Sabella, bajo la dirección y coordinación de Laura Beatriz Elbert, Profesora Titular Int. de la asignatura Lengua III del Traductorado Público en idioma alemán, Facultad de Derecho (UBA).

** Doctor Profesor de Historia del Derecho y Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Halle-Wittenberg.

cusiones reformistas¹ que continúan vigentes hasta el día de hoy.² Los mayores cambios en la tradicional y, por lo demás, ya acreditada formación alemana fueron generados principalmente por los grandes impulsos políticos de nuestro siglo. Como punto de partida de importantes modificaciones pueden mencionarse los cambios de sistema hacia el Estado nacionalsocialista y hacia la República Democrática Alemana, pero también las transformaciones asociadas al año 1968 en la antigua República Federal.

A continuación, se analizarán las transformaciones experimentadas en la formación de los juristas en tiempos del nacionalsocialismo y se presentará un panorama de la Alemania dividida de posguerra. En el punto central se encuentra el plan de estudios de la carrera de abogacía propiciado de manera decisiva por el entonces asesor del Ministerio de Educación del Reich, Karl August Eckhardt,³ introducido en 1935, y sus efectos sobre los cursos de Derecho Civil.

El Derecho Civil, que durante mucho tiempo se consideró poco influido políticamente,⁴ merece especial atención, dado que en un sistema

- 1 Hace alrededor de cien años, en tres oportunidades en ocasión del Día del Jurista (1873, 1878 y 1900), se discutió sobre la formación de los juristas igual que en el año 1998, durante el 62º Día del Jurista Alemán, celebrado en Bremen. Entre los debates reformistas se encuentra el valioso trabajo de LÜHRIG, *Die Diskussion über die Reform der Juristenausbildung von 1945 bis 1995*, Frankfurt am Main, entre otros, 1997, cuyo marco temporal resulta más amplio de lo que el título permite suponer.
- 2 HATTENHAUER entrega una exacta y concisa visión de conjunto en *Juristenausbildung - Geschichte und Probleme*, Formación jurídica, 1989, p. 513 y ss. Evolución en detalle de la formación prusiana de dos fases, EBERT, *Normierung der juristischen Staatsexamina und des juristischen Vorbereitungsdienstes in Preußen (1849-1934)*, Berlín, 1995.
- 3 ECKHARDT, Karl August (nac. en Witzenhausen el 5/03/1901 y fall. el 29/01/1979), *Germanische Rechtsgeschichte (Religionsgeschichte), Familienrecht und Familienforschung*, Doc. Univ. en Göttingen 1924, Prof. Univ. desde 1928 en Kiel, 1930 en Berlín, 1932 en Bonn, 1933 en Kiel, 1935 en Berlín, 1934-1936 consejero en el Ministerio de Justicia del Reich, Prof. Univ. 1936 en Berlín, 1937 en Bonn, "jubilado" en 1948 (Kür-GK 1940/41, Sp. 347 s., así como el 7/08/1950, p. 386 y ss.). Para ampliar sobre la vida y obra de NEHLSSEN, Edkhardt, *Karl August Eckhardt*, SavZRG (Dep. Germánico) 104 (1987), p. 497 y ss.
- 4 Recién mucho tiempo después del llamado Tercer Reich se cristalizaron en las investigaciones de RÜTHERS (*Die unbegrenzte Auslegung*, Tübingen, 1968; *Entartetes Recht*, Múnich, 1988), ROTTLEUTHNER (*Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, Frankfurt a. M., 1973), STOLLEIS (*Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, Berlín, 1974), R. SCHRÖDER ("Zur Rechtsgeschäftslehre in nationalsozialistischer Zeit", en: (editor),

político moderno y organizado sobre la base de un amplio intercambio económico, no existe ningún otro aspecto en el que resulte tan difícil como en éste, someter un ordenamiento jurídico vigente por medio de la legislación, a las máximas de una nueva ideología. Más que en otras ramas del Derecho, la complejidad del ordenamiento del Derecho Privado y, sobre todo, el inmenso significado de su utilidad en la vida jurídica diaria, requiere de una gran sensibilidad legislativa. El Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*, *BGB*) no fue reemplazado por un Código Popular Nacionalsocialista,⁵ y es por eso que resulta tanto más interesante la pregunta acerca de si es posible comprobar la influencia política que se ejerció sobre la formación de los futuros abogados y jueces. La respuesta es sí.

Lo expuesto refuta una tesis de Franz Wieacker, reconocido historiador del Derecho Privado, según la cual el plan de estudios jurídicos implementado en 1935, en especial en cuanto a la influencia y al reordenamiento del Derecho Civil, “tenía escasa motivación política en sus contenidos”⁶... “estaba apenas influido por distorsiones políticas”, y era “un intento serio y digno de consideración de apartar la formación jurídica de sus carriles tradicionales”.⁷ Karl Kroeschell ha manifestado dudas en este sentido. Adhiere a la opinión defendida por Heinrich Lange⁸

Recht und Unrecht im Nationalsozialismus, Münster, 1985, p. 8 y ss.; “...aber im Zivilrecht sind die Richter standhaft geblieben!”, Baden-Baden, 1988) y RÜCKERT (Das “gesunde Volksempfinden” - eine Erbschaft Savignys, *SavZRG* [Dep. Germ.], 103 [1986], p. 199 y ss.) los puntos en los cuales la influencia nacionalsocialista fue evidente también en el Derecho Privado.

⁵ HATTENHAUER brinda un panorama del proyectado Código Popular Nacionalsocialista en *Das NS-Volksgesetzbuch*, BUSCHMANN/KNEMEYER/OTTE/SCHUBERT (editor), escrito con motivo del 70º aniversario de Rudolf Gmür, el 28/07/1983, Bielefeld, 1983, p. 255 y ss.; los borradores y las actas de consulta en detalle se encuentran en SCHUBERT (editores), *Akademie für Deutsches Recht*, 1933-1945, actas de comisión, t. 3, I, “Volksgesetzbuch”, Berlín/Nueva York, 1988.

⁶ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª ed., Göttingen, 1967, p. 555 (resaltado por el autor).

⁷ WIEACKER (nota al pie N° 6), p. 556.

⁸ LANGE, Heinrich, nac. 25/03/1900 en Leipzig, fall. 17/9/1977 en Starnberg, *Deutsches Bürgerliches u. Römisches Recht*; Prof. Univ. de Breslau, ingresado 1934, miembro de la “Akademie für Deutsches Recht” (Academia del Derecho Alemán) (Kür-GK 1935, Sp. 1775). Junto con Hedemann y Feldenträger, Lange se ocupó mayormente de cuestiones del Derecho Privado en el marco de su trabajo académico. En cuanto a la vida

en 1941, según la cual el plan de estudios de Eckhardt habría sido considerado certeramente por los contemporáneos “como la más aguda declaración de guerra contra la técnica, la dimensión y el significado del Derecho Civil y del Código Civil”.⁹

A continuación se mencionarán algunas relaciones entre la formación de los juristas y la concepción del Derecho Civil hasta ahora no consideradas, que exceden la refutación de la tesis de Wieacker. Queda claro lo siguiente:

- En primer lugar, que el plan de estudios de 1935 estaba ciertamente unido a un objetivo político concreto, razón por la cual tuvo tantos detractores entre sus contemporáneos, y las discusiones en este sentido eran tan importantes que incluso se reflejaban en los más altos niveles jerárquicos del partido y del Estado.
- En segundo lugar, que los objetivos perseguidos por el plan de estudios estaban diseñados conscientemente para tener efecto a largo plazo, lo que también se manifestó en la práctica de la formación profesional, y por lo tanto resultó de gran importancia para la historia del Derecho de la Alemania dividida de posguerra, hecho que no debe ser subestimado.

II. UN PROGRAMA DE FORMACIÓN PARA LOS “GUARDIANES DEL DERECHO”

La respuesta a la cuestión sobre el programa de formación de los “guardianes del Derecho” del Estado nacionalsocialista obliga a una relativización. La unanimidad con la que luego de 1933 se exigió una “renovación nacionalsocialista del Derecho”, en especial del Derecho Privado, traslada la atención en principio a la falta de consenso que existía respecto de conceptos centrales como *Führerprinzip* (principio del *Führer*), *Gleichschaltung* (unificación) y *Rassedenken* (determinismo racial)

y obra de Lange: WOLF, W., *Vom alten zum neuen Privatrecht. Das Konzept der normgestützten Kollektivierung in den zivilrechtlichen Arbeiten Heinrich Langes (1900-1977)*, Tübingen, 1998.

⁹ KROESCHE, *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, Göttingen, 1992, p. 85 y ss., con referencia a Heinrich LANGE, *Die Entwicklung der Wissenschaft vom Bürgerlichen Recht. Eine Privatrechtsgeschichte der neuesten Zeit*, Tübingen, 1941, p. 13.

dentro del partido, los ministerios y las universidades, cuyos contenidos concretos debían dar forma al concepto más bien abstracto de la renovación del Derecho. Se sumaba otra dificultad por el hecho de que con demasiada frecuencia el oportunismo o las enemistades personales y la ambición de poder de los participantes eclipsaban el contenido de las ideas; situación que fue característica del Estado nacionalsocialista en muchos otros aspectos. Principalmente por esta razón es tan difícil en la actualidad desenmarañar el tejido de relaciones de aquella época y comprender adecuadamente el significado y efecto de las distintas interpretaciones de “la voluntad del pueblo” o del “Führer”.

Luego de la “toma del poder” por parte de los nacionalsocialistas, se puso en marcha un proceso de centralización en todos los ámbitos principales del aparato estatal. En 1934 dicho proceso alcanzó además a la justicia y a través de los exámenes de Estado a la esfera de la formación de los juristas. El hasta entonces Ministerio de Justicia prusiano fue absorbido por el Ministerio de Justicia del Reich y los organismos a cargo de la designación de magistrados de cada uno de los Estados Federados fueron reemplazados por el *Reichsjustizprüfungsamt**, un organismo centralizado equivalente. Otto Palandt,¹⁰ cuyo nombre aún hoy resulta familiar a todo jurista por su *BGB* comentado, que fuera publicado en 1939, se convirtió en el primer presidente de este nuevo organismo. Con la entrada en vigencia, el 1º de octubre de 1934,¹¹ del nuevo ordenamiento para la formación en Derecho, el cual Palandt suscribiera como coautor y comentarista responsable, se había alcanzado un marco unificado para el importante ámbito de los exámenes de Estado, que evidenciaba una clara conducción nacionalsocialista.

La centralización también alcanzó a los ministerios de cultura responsables del otro sector de la formación de los juristas, es decir, del sector universitario, que hasta ese momento habían sido competencia de

* N. del T.: organismo dentro de la órbita del Ministerio de Justicia del Reich a cargo de la formación y Exámenes de Estado de los Juristas durante el Nacionalsocialismo.

¹⁰ PALANDT, Otto, nac. 1/05/1877 en Stade, fall. 3/12/1955 en Hamburgo (Kür-GK 1951 Nek.). Para ampliar sobre vida y obra de Otto Palandt: WROBEL, “Otto Palandt. Ein deutsches Juristenleben”, publicado en *Redaktion Kritische Justiz* (Ed.), *Der Unrechts-Staat*, t. 2, Baden-Baden, 1984, p. 137 y ss., especialmente p. 143.

¹¹ RGBI I, p. 727 del 22/07/1934.

los Estados Federados. A partir de ese momento, las decisiones importantes se tomaron en el Ministerio de Ciencia, Educación e Instrucción del Reich en Berlín. Poco tiempo después, el plan de estudios para la carrera de abogacía sería acompañado por un nuevo ordenamiento para la formación en Derecho, que sirvió para una regulación unificada de los contenidos, no sólo de las evaluaciones, sino también de la carrera.

Este nuevo plan de estudios está estrechamente asociado al nombre del conocido historiador del Derecho Karl August Eckhardt,¹² quien el 1º de octubre de 1934 había sido designado consejero principal de las asignaturas Derecho, Estado, Política, Economía e Historia, en uno de los centros de control de la Administración de Ciencias: el Departamento Universitario del Ministerio de Ciencias. Esta medida se ubica en el contexto de la creciente influencia que, desde mediados de 1934, ejercían en amplios sectores del Estado nacionalsocialista las SS*, comandadas por el Reichsführer Heinrich Himmler. Eckhardt, quien pertenecía a las SS desde octubre de 1933, pasó de ocupar el grado de alférez (*Untersturmführer*) a formar parte del grupo de colaboradores personales de Himmler a comienzos de 1935 y, en ese mismo año, fue trasladado al Departamento Central de Seguridad. Himmler estaba vinculado al historiador de Derecho Eckhardt, reconocido principalmente por su investigación de las fuentes del Derecho medieval, en vista de su mutuo interés por esta temática. *Hermann Nehlsen* ha descrito en su necrológica de Eckhardt de manera impactante, su influencia decisiva y su conducta extremadamente ambiciosa de poder durante la implementación del plan de estudios.¹³

El punto de partida para la publicación del plan de estudios fue un seminario para profesores universitarios de la Unión de Juristas Nacio-

¹² Ver nota al pie N° 3.

* N. del T.: SS (*Schutzstaffel - escuadras de protección*) fue un grupo paramilitar de inteligencia que controlaba los campos de concentración y todos los países ocupados durante la guerra. Originalmente fue un grupo de élite dentro de la SA que hacía las veces de guardia personal de Hitler.

¹³ NEHLEN (nota al pie N° 3), p. 503. Hermann Krause, sobre el que se basa en parte la descripción de Nehlsen, destacaba por el contrario la "despreocupación juvenil" de Eckhardt en sus apariciones públicas. Con toda claridad evaluó la posición de Eckhardt en el Ministerio de Justicia del Reich: "Aquí, en la división del colegio superior, había que ejercer el poder" (KRAUSE, Hermann, *Karl August Eckhardt, Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters*, Año 35, Cuaderno 1 (1979), p. 1 y ss., aquí, p. 6).

nalsocialistas Alemanes (BNSDJ), que se fijó para el 20 y 21 de diciembre de 1934 en Berlín y se realizó con la participación del *Reichsführer* y ministro del Reich, Hans Frank, y del secretario de Estado, Roland Freisler. Carl Schmitt dirigía formalmente el seminario del que participaban en total 170 docentes del nivel superior. Sin embargo, la personalidad dominante era Karl August Eckhardt. Había que deliberar sobre las cuestiones pendientes de solución para la reforma de la carrera con ayuda de propuestas escritas y exposiciones orales de representantes de las distintas disciplinas. A los ponentes se les encomendaba presentar sus sugerencias y propuestas en forma de tesis breves apenas fundamentadas, que luego serían remitidas “inmediatamente” a Eckhardt. Su participación estaba prevista para la síntesis final, a la que debía seguir un debate de cierre sobre la base de las propuestas realizadas. En su exposición final, Karl August Eckhardt presentó la configuración de la carrera de juristas “sin dejarse influir por el resto de las exposiciones”. Concluyó que la diferencia entre el Derecho Público y el Derecho Privado había sido “superada” y que a “partir de ahora pertenecía a la historia”. Además se ideó un sistema de identificación en forma de estrellas para proporcionar al alumno ciertos datos sobre la importancia de los cursos. Si bien el concepto de Eckhardt fue objetado en el plenario, entró en vigencia mediante una reglamentación ministerial, sólo cuatro semanas después, el 18 de enero de 1935. Apenas terminada su conferencia comenzó una “lucha por las estrellas”.¹⁴ En ninguna otra época se realizó un cambio tan profundo y veloz en la formación de los juristas. El plan de estudios de Eckhardt y el texto completo de su conferencia aparecieron al poco tiempo en la serie de publicaciones “*Der deutsche Staat der Gegenwart*”¹⁵ (El Estado alemán de la actualidad) dirigida por Carl Schmitt. Las “ideas fundamentales” que preceden al plan de estudios

¹⁴ NEHLSSEN (véase nota al pie N° 3), p. 504.

¹⁵ ECKHARDT, *Das Studium der Rechtswissenschaft*, tomo 11 de la serie de escritos, Hamburgo, 1935. En la segunda edición del año 1941 se reemplazó el texto de guía por una introducción claramente acortada. Ampliando la serie de escritos *Der Deutsche Staat der Gegenwart* en el marco de la competencia entre Schmitt y Eckhardt: LOKATIS, Editor: Hanseatische Verlagsanstalt, *Politisches Buchmarketing im “Dritten Reich”*, Frankfurt a. M., 1992, p. 48 y ss.

hablan con toda claridad sobre las intenciones políticas de este ordenamiento para la formación en Derecho.

“El Derecho alemán debe ser nacionalsocialista. El nacionalsocialismo no es una mera manifestación verbal, sino una verdadera *Weltanschauung* (...) En la lucha espiritual por la búsqueda de nuevos valores, no hay mejor campo de batalla que la universidad”.¹⁶

III. COMUNIDAD EN LUGAR DE INDIVIDUALIDAD. LOS NUEVOS CONTENIDOS EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PRIVADO

A través del plan de estudios se produjo, principalmente en el Derecho Civil, un alejamiento radical respecto de la metodología establecida por la Academia de Derecho Alemán. Desaparecieron las denominaciones de cursos utilizadas en la actualidad y con anterioridad a 1935, tales como “*Parte General*” y “*Derecho de las Obligaciones*”, y se reemplazaron por cursos orientados a ámbitos de la vida cotidiana, denominados “*Familia*”, “*Contrato e Injusticia*”, “*Mercaderías y Dinero*”, “*Sucesión Familiar*”, etcétera. Además de la nueva sistematización de los contenidos vinculada con los cambios antes mencionados, se redujo considerablemente la cantidad de cursos de Derecho Civil y sus correspondientes horas cátedra. La organización del plan de estudios redujo de un modo sistemático la importancia del Derecho Civil en la formación de los juristas y se opuso esencialmente a la parte general del BGB como punto de partida y fuente de la unidad conceptual del ordenamiento jurídico en su conjunto.¹⁷ Según dicha postura, esta “unidad conceptual del Derecho” se basaba “en ciertos conceptos generales pensados en forma abstracta que habrían sido utilizados en todos los campos del Derecho (...) de igual forma”. Estos conceptos se habían tomado del Derecho Privado como consecuencia del “predominio del pensamiento del Derecho Privado” y del “individualismo” imperante en el siglo XIX. “La esencia de estos conceptos abstractos generales” radicaba en el hecho de que los mismos prescindían

¹⁶ ECKHARDT (véase nota al pie N° 15), p. 7 = DJZ 1945, Sp. 167.

¹⁷ Más detalles en FRASSEK, *Weltanschaulich begründete Reformbestrebungen für das juristische Studium in den 30er und 40er Jahren*, SavZRG (Depto. Germ.) III (1994), p. 578 y ss.; y *Von der “völkischen Lebensweise” zum Recht. Die Umsetzung weltanschaulicher Programmatik in den schuldrechtlichen Schriften von Karl Larenz (1903-1993)*, Baden-Baden, 1996, p. 66 y ss.

“de la gran cantidad de fenómenos jurídicos existentes”, “es decir, que no incluían las diferencias esenciales”. Así, por ejemplo, “para el concepto de “persona” se omitían diferencias esenciales como la raza, la nacionalidad, la profesión, etcétera”. El Derecho aparecía, según esta interpretación, como un “tejido de relaciones entre personas, esto es, entre individuos abstractos considerados cada uno como titular de “derechos subjetivos”.¹⁸ Según la nueva organización del plan de estudios, el individuo ya no debía ser “protegido en su individualidad, sino como miembro integrante de una comunidad”, en la que se “articulaba en forma de *eslabón*”. La nueva “unidad conceptual” del Derecho debía construir “la ideología y la idea del Derecho nacionalsocialistas”. De ella debían derivarse las “ideas fundamentales” del “Derecho nacional, así como también de la raza, de la relación étnica, de la comunidad”.¹⁹ Por consiguiente y sobre la base de esto, podía especularse al respecto, si “en lugar de lo expresado por el BGB en su artículo 1º sobre la capacidad jurídica de las personas, se debía encabezar el orden jurídico” con la siguiente frase:

“Sólo es integrante de una comunidad jurídica el compatriota, y compatriota es quien tiene sangre alemana”.²⁰

El ejemplo proviene del campo temático del nuevo curso de “Familia” establecido por el plan de estudios, que al igual que el nuevo curso “Contrato e Injusticia”, estaba destinado a reemplazar al anterior denominado “Parte General”. Por consiguiente, a estas dos materias se les asignaba la tarea de transformar la nueva unidad del Derecho acorde a la “ideología y a la idea del Derecho nacionalsocialistas” sobre la base material de las normas del Derecho Civil. El curso “Familia”, que (en el primer semestre de la carrera) incluía en sus contenidos, entre otros temas, el

¹⁸ De la “Declaración de Kiel” en defensa del plan de estudios opuesto a un proyecto de reforma contrario a sus objetivos, por parte de la Academia del Derecho Alemán en 1938. Antecedentes: FRASSEK, *Reformbestrebungen* (nota al pie N° 17), p. 564 y ss.; copia de la “Declaración de Kiel” en la misma publicación, p. 586 y ss.

¹⁹ “Declaración de Kiel” (véase nota al pie N° 18), p. 586.

²⁰ LARENZ, “Rechtsperson und subjektives Recht - Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe”, en DAHM et al. (editores), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlín, 1935, p. 241; similar también en LARENZ, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1934, p. 39 y ss.; del mismo: *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens*, Berlín, 1938, p. 52 y ss.

derecho o teoría de las personas del *BGB* encuadrado en el nuevo contexto, gozaba, por lo tanto, de una enorme importancia. A diferencia de la concepción del mencionado código, en el que primaba el concepto de igualdad de los sujetos de derecho, la pertenencia a una determinada comunidad, en primer lugar al “pueblo” y, como subdivisión de éste, a una determinada familia (relación étnica), pasó entonces a un primer plano.

El plan de estudios de 1935 resolvió estos problemas, de manera que en el primer semestre [...] presentó un curso sobre la “familia”, en el cual ésta se mostraba como un orden vital característico, basado en la relación étnica y en el pensamiento colectivo. Este curso también incorporó el “derecho de la personalidad”. Para ello no se partió más de la Parte General del Derecho, del concepto de la persona abstracta y del ser humano como tal, sino de la personalidad de ésta, que a través de su nacimiento pertenece a un pueblo y a una familia determinada y es considerada a raíz de ello como miembro de una comunidad.²¹

Es posible imaginar que en el marco de dicho curso, sobre cuyo contenido concreto hoy queda poco que decir, se podía comparar la “inclusión del compatriota en el orden concreto de la familia con la exclusión del orden jurídico de quienes no eran considerados compatriotas”.

En este contexto, también el curso “Contrato e Injusticia”, ubicado con toda intención en el segundo semestre y que debía analizar las “bases de las relaciones jurídicas, o sea el contrato como tipo principal del acto jurídico”,²² así como la responsabilidad contractual y extracontractual, adquirió una gran importancia. Específicamente incluía el capítulo sobre actos jurídicos en la Parte General del *BGB*, el Derecho de las Obligaciones en su totalidad y, dentro de este último, los títulos “Gestión de negocios sin autorización”, enriquecimiento indebido y hechos ilícitos. El objetivo primordial del reordenamiento de las materias en este campo fue limitar la aplicación de la doctrina de los actos jurídicos de la Parte General

²¹ “Declaración de Kiel” (véase nota al pie N° 18), p. 587. Para delimitar el nuevo sistema “hacia fuera” servía el “Pensamiento racial” que se oponía claramente al pensamiento de comunidad. En el nuevo plan de estudios se dedicaba todo un bloque de clases durante los dos primeros semestres a enfatizar este pensamiento y a través de él lograr una transmisión más contundente del nuevo sistema (“Derecho Alemán”, “Pueblo y Estado”, “Pueblo y Raza”, “Demografía”, “Investigación genealógica”).

²² “Declaración de Kiel” (véase nota al pie N° 18), p. 587.

estrictamente a las “relaciones jurídicas”. De esta forma, se pudo restringir la libertad contractual, sin generar un quiebre en la lógica del sistema y sin tener que fundamentarlo, desde el punto de vista del interés común, no sólo en el Derecho de Familia, Sucesorio e inmobiliario, sino también en el ámbito del Derecho de las Obligaciones y en el de locación de servicios. La autonomía individual como axioma básico del BGB, pudo transformarse de esta manera en lo opuesto, y el contrato fue degradado a un mero medio para establecer el orden popular.²³

Los ejemplos demuestran que el reordenamiento de las materias no se limitó a una *redistribución* de los contenidos. El programa de estudios encaró la eliminación de todos aquellos cursos en los que se transmitían las bases de la vieja metodología (Parte General del Código Civil, Derecho Privado Romano). De esta forma se privaba al estudiante principiante de los puntos de orientación necesarios para la comprensión de la metodología. Sin la comprensión del sistema de interrelación entre las distintas normas, tampoco podía desarrollarse el pensamiento básico de libertad que lo sustenta. El reordenamiento de las materias según los distintos ámbitos de la vida cotidiana ofreció la posibilidad de transmitir el Derecho positivo en un marco separado del espíritu básico de la legislación. No hace falta aclarar sobre qué base el Estado nacionalsocialista pudo formular los contenidos concretos de semejante “orden”. De este modo se vislumbra la posibilidad de ejercer una influencia ideológica en el marco de tal concepción.²⁴

IV. ENTRE LAS “FACULTADES DE AVANZADA” (STOSSTRUPPFAKULTÄT) Y LAS FACULTADES DE PROVINCIA. ELEMENTOS PARA LA PRÁCTICA DE LA FORMACIÓN

La práctica de la formación de los años '30 y '40 puede reconstruirse dentro de ciertos límites si se observa a los profesores de Derecho de la época, sus obras y su biografía. A través de la pregunta acerca de quién conservaba aún el derecho a dar clases tras la “toma del poder” por parte de los nacionalsocialistas, comenzaron a influir sobre el ámbito universitario. Con un acto de violencia inédito en la historia de la ciencia,

²³ LARENZ, *Vertrag und Unrecht*, t. 1, Hamburgo, 1936, p. 31.

²⁴ Para más detalles, véase FRASSEK (nota al pie N° 17), p. 51 y ss.

se comenzó a desplazar de sus puestos y de las universidades a los profesores universitarios que no compartieran las ideas “racistas” y políticas de los nuevos detentadores del poder. Un acto que no sólo ocasionó un dolor personal desmedido, sino también un daño incalculable para la ciencia alemana.²⁵ El lugar de los profesores desplazados fue ocupado principalmente por jóvenes que en general estaban iniciando sus carreras. Debió quedar claro muy pronto que no se contaba con suficientes integrantes de esta nueva generación políticamente adepata. Es por eso que en la transformación de las facultades de Derecho se siguió una estrategia singular: en lugar de distribuir a los jóvenes en forma más o menos uniforme dentro del Reich, se los concentró en determinadas facultades consideradas “de avanzada”. A los estudiantes se les sugirió expresamente que eligieran como lugar de estudio las facultades de Kiel, Breslau y Königsberg.²⁶ Incluso entre estas facultades de avanzada existían claras diferencias. La facultad de Derecho de Kiel fue la que recibió la mayor influencia nacionalsocialista.²⁷

Dicha facultad, en la que había trabajado el propio Karl August Eckhardt,²⁸ estaba vinculada en extremo con los contenidos y objetivos del plan de estudios, lo que la destacó entre las distintas corrientes de la ciencia jurídica nacionalsocialista. Esta conexión estrecha se manifestó particularmente cuando el plan de estudios quedó expuesto a severas críticas luego del retiro forzoso de Eckhardt del Ministerio de Berlín en 1937, ocasionado por opositores personales y científicos. El punto de partida de las críticas fue ante todo la Academia de Derecho Alemán dirigida por Hans Frank. En la academia se había creado una comisión de análisis de las cuestiones de la reforma de estudios en el otoño de

²⁵ Un panorama muy preciso lo da HÖPEL, *Die Säuberung der deutschen Rechtswissenschaft - Ausmass und Dimensionen der Vertreibung nach 1933*, [Krit], 1993, p. 438 y ss. Material biográfico completo en GÖPPINGER, *Juristen jüdischer Abstammung im “Dritten Reich”*, 2ª ed., Múnich, 1990.

²⁶ ECKHARDT (véase nota al pie N° 15), p. 9 (*Leitsätze für Studenten*). En lo que hace a la reorganización de la facultad de Kiel: ECKERT, “Was war die Kieler Schule?”, en SÄCKER (editor), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, Baden-Baden, 1992, p. 37 y ss.

²⁷ DÖHRING, *Geschichte der juristischen Fakultät 1665-1965*, en *Geschichte der Christian-Albrechts-Universität Kiel, 1665-1965*, t. 3, primera parte, Neumünster, 1965, p. 201 y ss., aquí p. 208.

²⁸ En el semestre de verano de 1934 (NEHLSSEN, véase nota al pie N° 3, p. 503).

1938, de cuya labor resultó un proyecto de reforma para la formación de juristas. Básicamente, este proyecto apuntaba a la revocación de las decisivas innovaciones realizadas por Eckhardt en materia de Derecho Civil. Dicho proyecto estaba estrechamente ligado al nombre de Heinrich Lange,²⁹ cuya posición contraria al plan de estudios de Eckhardt ya se expresaba en la cita tomada por Kroeschell. Contra este proyecto también tomaron la palabra profesores de la facultad de Derecho de Kiel, con una "Declaración" (*Stellungnahme*)³⁰ que hasta ese momento permanecía inédita. Aquí se resaltó más claramente que en las publicaciones de la época la orientación del plan de estudios en dirección al principio de la autonomía privada en que se basa el *BGB*, en cuyo lugar, un "pensamiento comunitario" y un "orden popular" debían construir la base de un nuevo ordenamiento de Derecho Privado. También se resaltó la particular importancia antes señalada, que debía otorgársele precisamente a los nuevos seminarios iniciales "Familia" y "Contrato e Injusticia" en la implementación de esta tarea. Se tenía conciencia de que se había jugado una "carta ganadora" al publicar el plan de estudios de 1935, ya que éste pudo surtir efecto en forma rápida, encauzada y duradera sin producir siquiera un solo cambio de ley:

Tal como el estudiante actual aprende a observar el Derecho, así lo verá en diez años el guardián del Derecho alemán.³¹

Es posible analizar cuán seriamente se tomó la tarea relacionada con el funcionamiento de los cursos, mediante la pregunta acerca de quién organizó los cursos elementales de "Familia" y "Contrato e Injusticia", especialmente importantes para la transformación de los objetivos de la reforma universitaria. Quedaría por saber si realmente se emprendió una reorganización del Derecho Civil con contenidos adecuados a los objetivos del plan de estudios, o si simplemente se siguieron leyendo los antiguos "libretos" con un nuevo "título". Puede suponerse un fuerte efecto del plan de estudios en los cursos dictados por profesores que habían

²⁹ Véase nota al pie N° 8.

³⁰ El texto se puede consultar desde 1994 en una edición de la Publicación Savigny, véase nota al pie N° 18.

³¹ "Declaración de Kiel" (véase nota al pie N° 18), p. 590.

manifestado su conformidad con los objetivos de la reforma universitaria y asimismo un efecto menor para los casos en los cuales no puede comprobarse la aplicación de estos fundamentos por parte de los profesores o en los casos en los que, de acuerdo con la antigua tradición, los cursos elementales eran asignados a los miembros más jóvenes de la facultad.

En Kiel, desde su introducción en el semestre de verano de 1935 y hasta 1945, los cursos de “Familia” y “Contrato e Injusticia” fueron dictados, sin excepción, por un catedrático estrechamente ligado a los objetivos del plan de estudios, el prestigioso dogmático del Derecho Privado Karl Larenz.³² Larenz, quien había llegado a la universidad de Kiel en el marco de un amplio recambio docente, estaba vinculado al plan de estudios por su pertenencia a la “Escuela de Kiel”,³³ por su manual para el curso de “Contrato e Injusticia”³⁴ publicado por Eckhardt, pero sobre todo por la Declaración de Kiel. El proyecto de dicha declaración llevaba la firma de Karl Larenz. De este modo, en Kiel se garantizó en la práctica una amplísima transformación de los objetivos formulados por el propio Larenz, conclusión que surge inevitablemente de estos indicios.

Este resultado no es muy sorprendente para la facultad de Kiel considerada “de avanzada”. En cambio, resulta más interesante la investigación sobre la situación de la enseñanza en las universidades menos expuestas del Reich.³⁵ A modo de ejemplo, obsérvese cómo se realizaba una comparación con las facultades provinciales prusianas de Halle a.d. Saale y Tübingen, como típicas representantes de las facultades del sur

³² LARENZ, Karl, nac. 23/04/1903 en Wesel, fall. 24/01/1993, *Bürgerliches Recht und Rechtsphilosophie*; Doc. 1929 en Göttingen, Prof. Univ. 1933 en Kiel, 1960 en Munich (Kür-GK). Resumen de su vida y obra en FRASSEK, *Karl Larenz (1903-1993) - Privatrechtler im Nationalsozialismus und im Nachkriegsdeutschland*, JuS, 1998, p. 296 y ss. m.w.N.

³³ Véase nota al pie N° 26, Eckert.

³⁴ T. 1, Hamburgo, 1936; t. 2, Hamburgo, 1937, 2ª ed. Hamburgo, 1944.

³⁵ En general sobre la historia de las universidades en el Tercer Reich: HEIBER, *Universitäten unterm Hakenkreuz*, 1ª parte: *Der Professor im Dritten Reich*, Múnich y otras 1991, 2ª parte: *Die Kapitulation der Hohen Schulen*, t. 1: Múnich y otras, 1992, tomo 2: Munich y otras 1994; GRÜTTNER, *Studenten im Dritten Reich*, Paderborn y otras, 1995. En particular sobre el derecho: PIENKA, *Juristenausbildung zur Zeit des Nationalsozialismus, dargestellt zum Beispiel der Universität Tübingen und des OLG-Bezirks Stuttgart*, disertación mecanografiada, Universidad Freiburg i.Br. 1990, y ahora: SCHÄFER, *Juristische Lehre und Forschung an der Reichsuniversität Strassburg 1941-1944*, Tübingen, 1999.

de Alemania, hecho que permite suponer que ellas evidenciaron una transformación de tipo gradual.

La facultad de Halle, por su calidad de "prusiana", se ubicaba en el íntimo y tradicionalista ámbito de influencia del Ministerio Berlínés, lo que permitía esperar una cierta proximidad con las iniciativas reformistas que allí se originaban. Por otra parte, esta facultad que en otros tiempos había sido tan prestigiosa, se presentaba, en los años '30 principalmente, como una "facultad del trabajo" poco expuesta, en la que se preparaba periódicamente y en forma intensiva a los estudiantes de los semestres más avanzados para su examen.³⁶ Esto más bien sugiere una cierta "inaccesibilidad" para innovaciones a corto plazo y con motivaciones políticas, cuya relevancia para el examen no era aún previsible. Es posible suponer una resistencia aún más fuerte a tales innovaciones en la segunda facultad de referencia, la de Tübingen. Por una parte, porque esta facultad del sur de Alemania recién había caído bajo la influencia del Ministerio Berlínés en 1934, a través de la unificación de la formación de los juristas impulsada por el Reich. Por otra parte, porque la escuela³⁷ del creador de la jurisprudencia de los intereses, Philipp Heck,³⁸ aún muy presente en esa época, permite suponer que allí podría habersele opuesto mayor resistencia a las aspiraciones berlinesas que en cualquier otro lugar.

Se puede considerar desestimada la sospecha de "insensibilidad política" en Halle, por lo menos durante los primeros semestres luego de instaurado el nuevo plan de estudios. Las clases eran dictadas por un

³⁶ LIEBERWRITH da un resumen sobre el desarrollo de la facultad de Halle en la época de entreguerras en "Der Lehrkörper der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät an der Universität Halle-Wittenberg zwischen den beiden Weltkriegen", en PANLY (editor), *Hallesche Rechtslehre jüdischer Herkunft, Hallesche Schriften zum Recht*, t. 1, Köln y otras, 1996, p. 11 y ss.

³⁷ Sobre la "Tübinger Schule der Interessenjurisprudenz": SESSLER, *Die Lehre von den Leistungsstörungen, Heinrich Stolls Bedeutung für die Entwicklung des allgemeinen Schuldrechts*, Berlín, 1994, p. 87 y ss.

³⁸ HECK, Phillip, nac. 22/7/1858 en St. Petersburg, fall. 28/6/1943 en Tübingen, *Deutsches Recht, Handels- und Wechselrecht und Bürgerliches Recht*; 1889 promoción y habilitación, 1891 Prof. en Greifswald, 1892 Halle, 1901 Tübingen, 1928 em. (Jan SCHRÖDER, "Phillip Heck 1858-1943", en KLEINHEYER/SCHRÖDER (editores), *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, 4ª ed., Heidelberg 1996, p. 183 y ss.). Heck fue blanco de muchos ataques después de 1933, también y especialmente por parte de defensores del plan de estudios.

profesor que se había destacado como dirigente de las SA* en la región, y desde 1934 pertenecía a la facultad de Halle como profesor honorario adjunto. Erwin Noack,³⁹ quien nombró su materia específicamente “Reorganización del Derecho Privado”, pronto utilizó el prestigio obtenido como profesor honorario solamente para su bufete de abogados en Unter den Linden, Berlín. El modo de proceder de la facultad, cuya composición parecía menos condicionada por motivos políticos que la de Kiel, muestra, bajo las directivas de Noack, un cierto paralelo con la posterior época de la República Democrática Alemana: Lo “político” era “delegado” a un determinado representante cuyas calificaciones eran inferiores a las de los demás miembros de la facultad. Es de suponer que de esta forma se satisfacían los requerimientos políticos “hacia fuera”, pero se evitaba una excesiva influencia “hacia dentro” de la facultad. Esta suposición cobra fuerza por el hecho de que luego del retiro de Noack, los cursos de principiantes fueron asignados, según el modelo tradicional, a los nuevos docentes, lo que lleva a concluir que la motivación política en clase era considerablemente menor.

Tampoco en el caso de Tübingen la investigación confirma una clara capacidad de perseverancia respecto de los objetivos del plan de estudios. La primera clase de “Contrato e Injusticia” fue dictada en el semestre de verano de 1935 por Heinrich Stoll,⁴⁰ discípulo de Heck, quien, al igual que Larenz, había escrito un manual sobre este tema.⁴¹ La mayoría de

* N. del T.: SA (*Sturmabteilung*, divisiones de asalto) fueron en la Primera Guerra Mundial grupos especializados de pocos hombres que asaltaban las trincheras enemigas. De allí provino el nombre de este grupo paramilitar que originalmente tenía la función de vigilar las reuniones del NSDAP. La SA llegó a tener un gran poder en toda Alemania. Realizaba actos violentos en contra de la oposición, en particular contra los socialistas y comunistas. Tras el asesinato de Röhm ordenado por Hitler, pasó a ser una unidad minúscula dentro de la SS.

³⁹ Nac. 11/2/1899 en Spandau.

⁴⁰ STOLL, Heinrich Georg Wilhelm, nac. 4/8/1891 en Weinheim a.d. Bergstrasse, fall. 19/6/1937 en TÜBINGEN, *Deutsches Bürgerliches Recht, Römisches Recht, Arbeitsrecht, Rechtsvergleichung, Zivilprozessrecht*; Doc. Heidelberg 1923, Prof. Plao. Freiburg 1923, Prof. Ord. Tübingen 1927 (Kür-GK 1931, Sp. 2930 y s.). Sobre vida y obra de Stöll véase: HECH, *Heinrich Stöll*, ACP 1444 (1938), p. 3 y ss., y más específicamente, SESSLER (nota al pie N° 37).

⁴¹ *Vertrag und Utrecht*, 2 ts., 1ª ed., Tübingen, 1936, curiosamente coeditado con el declarado opositor a la reforma Heinrich Lange.

las clases de “Familia” y “Contrato e Injusticia” en los semestres subsiguientes fueron dictadas por Georg Eisser,⁴² cuya posición respecto de la “renovación del Derecho en el nacionalsocialismo” caracteriza el título de un seminario ofrecido por él en el semestre de verano de 1935: “Implementación del determinismo racial en el Derecho Privado”. Eisser y Stoll analizaron profundamente las cuestiones de la “Renovación del Derecho” en el nacionalsocialismo, tanto en sus publicaciones como en otras actividades universitarias.⁴³ Esto demuestra, por un lado, que sus conceptos se basaban claramente en dicha “Renovación del Derecho”, pero por el otro, que no se apartaban tanto como Larenz de la sistematización del BGB.

Resumiendo, se puede afirmar que no sólo en las “facultades de avanzada” del nacionalsocialismo se sentaron las bases para una reconversión práctica de los objetivos del nuevo plan de estudios. Se deben evaluar las distintas facultades en forma independiente; no obstante ello, la influencia permanente sobre las futuras generaciones de juristas en Alemania no fue un mero programa abstracto.

V. PANORAMA Y CONCLUSIÓN

Un indicio de la inmensa importancia que se le ha otorgado a la formación de juristas y en especial al plan de estudios de Eckhardt en el Estado nacionalsocialista es la circunstancia de que la discusión sobre la reforma no perdió fuerza en los años '40 a pesar de los efectos crecientes de la guerra, sino que cobró aún mayor vigor. Los representantes de las facultades del Reich se reunían en promedio dos veces al año bajo la presidencia de Wolfgang Siebert, en ese entonces decano de la facultad de Berlín y ex decano de las facultades de Halle y de Kiel. En la actualidad, las actas de las infinitas discusiones sobre la reforma colman los archivos universitarios. Aun entre los escombros se proyectaban incansables propuestas de reforma. Planes de estudio con modificaciones hoy en día

⁴² EISSER, Georg, nac. 11/07/1898 en Saargemünd/Lothr., fall. 4/6/1964 en TÜBINGEN, *Bürgerliches, römisches Recht, Handelsrecht, internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung*; 1926, Doc. UP Giessen, 1928, Prof. Tübingen, 28/12/1928, Prof. U.pers.o., 1939 Prof. Oö (Kür-GK 1966, p. 462 y necrológica).

⁴³ Cabe destacar aquí solamente la clarificadora reseña de EISSER sobre *Grundriss Vertrag und Unrecht* de Karl Larenz, AcP 143 (1937), p. 110 y ss.

casi irrelevantes, como por ejemplo la implementación del curso “Contrato e Injusticia”, llegaban a la antesala de Adolf Hitler, a la cúpula del partido nazi y a la plana mayor de Martin Bormann. También el conflicto nombrado anteriormente entre la facultad de Kiel y la Academia de Derecho Alemán había llegado hasta las más altas instancias, como a la plana mayor del entonces reemplazante del Führer, Rudolf Hess. Parece grotesco que se haya requerido una modificación incluso para el semestre de invierno de 1944/45 (!). A pesar de toda la discusión generada, la reforma de estudios se mantuvo vigente en sus puntos esenciales antes mencionados hasta el final del llamado Tercer Reich.

Otro fuerte indicio de la importancia política del plan de estudios se evidenció después de finalizada la guerra: en todas las universidades analizadas desaparecieron de un día para el otro las denominaciones de los cursos de 1935. A lo largo y ancho del país se volvió a los contenidos organizados según el *BGB*. En las universidades de la República Federal de Alemania, esta situación continuó hasta la actualidad, exceptuando el intermedio producido por las reformas de las décadas de los '70 y '80. Pero aun en Halle se detectan en primera instancia muy pocas diferencias con el desarrollo de las universidades occidentales para el período de 1945 a 1949, pese a que la “Administración Alemana para la Instrucción del Pueblo”* ejercía desde el principio un cierto control. Luego de la creación de la República Democrática Alemana, a este control siguieron nuevos cambios y modificaciones de la formación de los juristas, al igual que durante el nacionalsocialismo, motivadas por razones políticas. Se puede comprobar la similitud con el Estado nacionalsocialista en la creciente relegación de los contenidos de Derecho Civil en las materias, así como en el hecho de que se le dedicara sólo algo más de la mitad del tiempo de clase a temas jurídicos.⁴⁴ Recién con la reunificación de 1989/90 se produjo aquí también una vuelta al concepto tradicional de formación.

A diferencia de lo ocurrido en los inicios de la posguerra,⁴⁵ hoy en día la ciencia jurídica y la formación de los juristas en la RDA han sido investigadas

* N. del T.: “Deutsche Verwaltung für Volksbildung”.

⁴⁴ HÜLS, *Die Juristenausbildung an der Universität Halle, von den Anfängen bis zur Neugründung der Juristischen Fakultät im Jahr 1993*, Göttingen, 1996, p. 127 y ss.

⁴⁵ DREIER/ECKERT/MOLLMAN/ROTTLEUTHNER (eds.), *Rechtswissenschaft in der DDR 1949-1971, Dokumente zur politischen Steuerung im Grundlagenbereich*, Baden-Baden, 1996;

a través de variadas publicaciones. Sin embargo, también y precisamente para la “Antigua República Federal”, donde “el regreso al BGB” parece tan evidente, vale la pena formular la pregunta sobre la continuidad. Como lo ha expresado acertadamente Rückert al respecto, “...se cree en realidad saber más de lo que realmente se sabe”.⁴⁶ Entretanto, junto a la conocida “continuidad personal”, también pudo comprobarse cierta “continuidad textual” en las obras de eminentes dogmáticos del Derecho Privado como Heinrich Lange y Karl Larenz o en los prestigiosos tratados de Derecho Privado de Enneccerus/Nipperdey.⁴⁷ De todos modos, el Derecho natural que experimentaba un renacimiento, pudo servir como punto de partida para doctrinas contrarias al principio de la autonomía privada. Los objetivos del plan de estudio de Eckhardt pudieron trascender por mucho más tiempo que todas las leyes vigentes durante el nacionalsocialismo. Es por eso que una historia del Derecho de la posguerra alemana siempre deberá examinarse a la luz de la evolución iniciada en 1935. La enseñanza del Derecho se desvió enérgicamente “de las vías tradicionales”⁴⁸ y no quedaron dudas sobre las intenciones del accionar ideológico-normativo, ni sobre las intenciones políticas.

LIWINSKA, *Die juristische Ausbildung in der DDR - im Spannungsfeld von Parteilichkeiten und Fachlichkeit*, Berlín, 1997; HÜLS (nota al pie N° 44). Lück ofrece un buen resumen en “Zwischen Refugium und Systemrechtfertigung: Rechtsgeschichte in der DDR”, en LÜCK (editor), *Recht und Rechtswissenschaft im mitteldeutschen Raum, Symposium für Rolf Lieberwirth anlässlich seines 75. Geburtstags*, Köln/Weimar/Viena, 1998, p. 165 y ss. (Conferencia con motivo del otorgamiento del título académico Doctor en leyes H. C. conferido por la Facultad de Derecho de la Universidad Georg Augusta en Göttingen al Sr. Prof. Em. Dr. Jur. Rolf Lieberwirth el 28/11/1995 en el Aula de la Georgia Augusta en Göttingen) m. w. N. En especial sobre el desarrollo de la historia del Derecho Lieberwirth, “Rechtsgeschichte in der DDR: Lieberwirth, Gertrud Schubart-Fickentscher (1896-1985)”, Köln y otras, 1998, p. 4 y ss.

⁴⁶ RÜCKERT, *Abbau und Aufbau der Rechtswissenschaft nach 1945*, NJW, 1995, p. 1251 y ss.

⁴⁷ WOLF (véase nota al pie N° 8); FRASSEK (véase nota al pie N° 17); RÜCKERT, “Zu Kontinuitäten und Diskontinuitäten in der juristischen Methodendiskussion nach 1945”, en ACHAM/NÖRR/SCHFOLD (eds.), *Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste, Kontinuitäten und Diskontinuitäten in den Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften zwischen den 20er und 50er Jahren*, Stuttgart, 1998, p. 113 y ss.

⁴⁸ WIEACKER (véase nota al pie N° 7).

Ciudadanía a través de la educación como objetivo europeo*

PETER HÄBERLE** (Bayreuth/St. Gallen)

INTRODUCCIÓN

Las iniciativas concretas que impulsan este tema son la finalización del año europeo del Consejo Europeo, denominado *Citizenship through Education*, así como la reflexión sobre el Convenio Europeo de 1954, que no sólo está vigente hoy en día, sino que ya se ha convertido en un texto clásico. Otra causa más profunda podría ser el futuro de la Europa Constitucional, que está integrada a la familia que componen las constituciones nacionales y sus culturas. El hecho de denominar a los “años” de conformidad con objetivos e ideas, es una práctica muy conocida en el marco de las Naciones Unidas. Esta denominación al igual que los feriados (ej.:

* Traducción de Laura Elbert, profesora titular de traductorado en alemán, UBA.

** Director del Instituto de Derecho Europeo y Cultura Jurídica de Bayreuth. Director del Centro de Investigaciones de Derecho Constitucional Europeo. Doctor Honoris Causa por las Universidades Aristóteles de Tesalónica (Grecia, 1994) y de Granada (España, 2000), y por la Pontificia Universidad Católica del Perú en Lima. Ha sido profesor invitado en Universidades italianas, españolas, suizas, griegas, austríacas, polacas, ucranianas y japonesas y ha dado conferencias en muchos países y ciudades a lo largo de Europa, pero también en América Latina y África. Ha sido Fellow del Colegio de la Ciencia de Berlín y ha recibido diversas condecoraciones, entre las que se cuenta la Orden del Mérito de la República Italiana en el grado de Gran Oficial y la Cruz al Mérito con banda de la Orden del Mérito de la República Federal de Alemania. Desde 1983 (t. XXXII), es director del *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart* (*Anuario de Derecho Público del Presente*, nueva época) y también es el profesor Häberle académico correspondiente de la Philadelphia Constitution Foundation y de las Academias de Ciencias de Heidelberg y Baviera, así como miembro de las Asociaciones alemana y suiza de Derecho Constitucional, y de la Academia Scientiarum et Artium Europaea. Visitará la Argentina, por primera vez, en abril de 2007, por invitación formulada por el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Prof. Atilio A. Alterini.

el 1º de mayo en Alemania) o los días de conmemoración (ej.: día Martín-Luther King en los Estados Unidos), o los feriados en España, están destinados al recuerdo de determinados valores fundamentales o eventos que pretenden “dirigirse” al ciudadano. Pensemos también en los Preámbulos constitucionales y en otros artículos que dan base a las sociedades democráticas abiertas desde la cultura, y que desean establecer un consenso básico para la sociedad.

Una necesidad imperiosa para nuestro tema se evidencia momentáneamente en Francia (La “patria” de los derechos humanos y del ciudadano), en los disturbios producidos por jóvenes desempleados en la ciudad y en el conurbano de París y (en octubre/noviembre de 2005) que hacen temer el fracaso del “orgullosa modelo de integración republicano” (debido a que éste no le genera a los inmigrantes condiciones dignas de vida). También se observa, aunque algo más pacífica, en la discusión germana en torno al estudio “Pisa” (de los años 2000/2005) que investiga la relación entre la procedencia social y los éxitos educativos (“Igualdad de condiciones en el sistema educativo”). En poco tiempo sólo podré enunciar brevemente el tema. Para ello tendré en cuenta la valoración que ha evidenciado “lo ciudadano” en los últimos 55 años: el movimiento ciudadano en los Estados Unidos (en los años 1950/60), las “iniciativas ciudadanas” en Alemania del Este (años 1968/1980) –que hasta han sido incluidas en 1992 en el texto de la Constitución de Brandenburgo– (art. 21, inc. 3º) y en los movimientos ciudadanos de Europa Oriental (1976/1989)¹ que convirtieron a “los ciudadanos” en constituyentes de la redacción de algunos Preámbulos constitucionales. La Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica

¹ El texto clásico más bello es de V. Havel: el dominio de las leyes, en: *Meditaciones de verano*, 2ª ed., 1994, ps. 14 y ss., 26 y s.: “La sociedad civil, que está fundada sobre la universalidad de los derechos humanos, es la que mejor nos posibilita realizarnos como personas, como lo mejor que somos, esto es, no sólo como miembros de nuestro pueblo, sino también como miembros de nuestra familia, de nuestra comunidad, de nuestra región, nuestra iglesia, nuestras asociaciones profesionales, nuestros partidos políticos, nuestro Estado, nuestra comunidad supraestatal y todo aquello que nos evidencia como pertenecientes al género humano, esto es, como personas, como seres humanos concretos, cuya esencia individual encuentra su expresión primaria, natural y a la vez universal, en su estatus de ciudadano, es decir, en su ser ciudadano en el sentido más profundo de la palabra”.

(1776) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia (1789) son considerados documentos clásicos de la ciudadanía. La presente ponencia se presentará en forma metódica de conformidad con las iniciativas científico-culturales (bajo el lema: doctrina constitucional como ciencia de la cultura [1982]; “toda libertad es libertad cultural”, “concepto cultural pluralístico” [1979])

“Textos clásicos en la vida constitucional” (1981). Seguramente habrá otras formas de aproximación al tema, por ejemplo, la pedagógica, no obstante en lo siguiente se tratará de la específicamente jurídico constitucional.

PRIMERA PARTE: “CIUDADANÍA”. DEFINICIONES TRADICIONALES Y TEXTOS CORRESPONDIENTES

I. “CIUDADANO Y BURGUÉS”

Desde la famosa exposición de R. Smends (1933), *Ciudadano y Burgués* son una pareja de opuestos: “ciudadano atado moralmente al Estado” versus “egoísta calculista de la era capitalista” (Pero también pensamos en la comedia de Molière: *El burgués gentilhomme*, de 1670). La palabra “ciudadano” hoy por hoy tiene un contenido generalmente positivo y aparece con variadas connotaciones: “sentido ciudadano”, “orgullo ciudadano”, “sociedad civil (*Bürgergesellschaft*)”, “libertades ciudadanas”, “derechos ciudadanos”, “*ethos* ciudadano”, “obligaciones ciudadanas”, y especialmente en Alemania, “ciudadano de uniforme” por soldado del ejército. En casi todos los estados constitucionales existen equivalencias similares: Del latín (*civis, status civilis*): la *citadinanca* del italiano y la “ciudadanía” del español. En las culturas jurídicas sajonas, la *civil society* tiene un alto rango (Así también puede apreciarse un renacimiento llamativo en Europa oriental desde 1989). También aparecía en el Idealismo alemán, más específicamente en la República de Weimar, y seguramente el Consejo Europeo retoma todas estas tradiciones.

La palabra *Staatsbürgerschaft* (Ciudadanía*) aparece en nuestro contexto como dudosa, ya que la referencia al Estado está limitada y presenta

* N. d. T: *Staatsbürgerschaft* (Ciudadanía) en alemán significa literalmente “Ciudadano del Estado”.

especialmente en Alemania, connotaciones ideológicas. A mi entender, los ciudadanos no “*pertenecen*” al Estado y por eso critico la palabra *Staatsangehörigkeit* (Nacionalidad**), sobre todo debido a que el ámbito constitucional europeo, en sentido estricto la Unión Europea, y en sentido amplio el Consejo Europeo con sus 46 miembros, no debería ser pensado en primer término desde el Estado. Son los “ciudadanos de la Unión”, es decir los “ciudadanos de Europa” desde los cuales se debe partir. Una muestra de los textos jurídicos vigentes podrá evidenciar los primeros aportes para el marco teórico a desarrollar en la tercera parte de esta exposición. Algunos textos clásicos aumentarán la expectativa y transmitirán los primeros conocimientos: Según *Goethe* (“Una educación unilateral no es educación. Se debe partir de un punto para luego expandirse en varias direcciones”. “Ninguna Nación, ni las más nuevas, y tal vez menos aún la alemana ha surgido de sí misma”. “El hombre nacido para la razón requiere aún de mucha educación, y está podrá serle proporcionada paulatinamente, ya sea por el cuidado de los padres y educadores mediante un ejemplo pacífico o por medio de una experiencia severa”); según *Schiller*:

(“Este siglo no tiene la madurez suficiente para alcanzar mi ideal. Siento como un ciudadano que aún está por llegar.” “Lo que he pensado como ciudadano de este mundo, será traducido en palabras de sus súbditos.”); según *W. v. Humboldt*: “El hombre aislado es tan incapaz de educarse como aquel que es privado de su libertad por la fuerza”. *I. Kant* contrapone al *status naturalis* el *status civilis* ciudadano, siendo que éste se encuentra subordinado a una “justicia distributiva”; define a la *societas civilis* como al Estado y al *cives* como “ciudadano del Estado”. Para él: “El hombre sólo puede ser tal gracias a la educación”, y en este sentido emplea la palabra “educación” como sinónimo de “cultura”.

II. TEXTOS DE CONSTITUCIONES NACIONALES

En primer lugar debo mencionar la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Su texto se refleja en muchos textos de las constituciones modernas, por último en las de Europa del

** N. d. T: *Staatsangehörigkeit* (Nacionalidad) en alemán es una palabra compuesta de los términos “Estado” y “pertenencia”.

Este (compárese Sección II de la Constitución Polaca de 1997: “Libertades, derechos y obligaciones de los ciudadanos”; Capítulo III de la Constitución Croata de 1990: “Las libertades básicas de los hombres y del ciudadano y sus derechos”; en similar sentido, Capítulo III de la Constitución de Macedonia de 1991; véase también el artículo 4º, inciso 1º de la Constitución de Moldavia de 1994). También mencionan al “ciudadano” los artículos 39, 44, 66, inciso 3º de la Constitución Polaca. El Preámbulo de la República Checa (1992) se basa en “los principios básicos de la sociedad civil” que aspira a ser la patria de “los ciudadanos con igualdad de derechos”. El Preámbulo de la Constitución Lituana (1992) habla de una “sociedad civil abierta, justa y armónica” y de la “voluntad del ciudadano” con respecto a esa constitución. El artículo 9º, inciso 1º de la Constitución Española (1978) obliga “al ciudadano y al poder público” para con la Constitución y con el restante ordenamiento jurídico. La Constitución de Portugal (1976) distingue entre “ciudadano” y “ciudadano del Estado”. El texto más refinado sobre “el ciudadano” se encuentra en el Preámbulo de la Constitución de Brandenburgo (1992): “Nosotros, las ciudadanas y los ciudadanos del Estado de Brandenburgo nos hemos otorgado por libre decisión la presente Constitución” (en similar sentido el Preámbulo de la Constitución de Mecklenburg-Vorpommern de 1993). ¡El ciudadano se convierte en legislador en lugar del pueblo! (¡Una despedida de Rousseau!). También los ciudadanos de Georgia se otorgaron en 1995 su propia Constitución (similar la República Eslovaca en 1992). La República Eslovaca hasta se atreve a la frase: “El poder del Estado emana de los ciudadanos” (art. 2º, inc. 1º), véase también el Preámbulo de la República Checa de 1992: “Nosotros, los ciudadanos aceptamos esta Constitución...”). Esto es lo que se denomina una democracia ciudadana constitucional. ¡Ojalá sirva como ejemplo para toda Europa!

III. TEXTOS CONSTITUCIONALES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO, LOS CONTRATOS DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, PRECURSORA COMO SOFT LAW

Los artículos 17 a 22 de la Constitución Europea de Derechos Fundamentales (EGV) regulan la “Ciudadanía de la Unión”. Los artículos

99 a 106 de la Carta de Derechos Fundamentales tratan los “Derechos de los ciudadanos”, por ejemplo, el derecho a una buena administración y el derecho al acceso de documentos. El concepto de “Ciudadano” evidencia de este modo una impresionante revalorización y europeización. El proyecto de Constitución de *J. Voggenhuber* (2003) recepta los mencionados textos de los Preámbulos de Alemania Oriental y de los países del Este y los incorpora al contexto europeo: “Nosotros, las ciudadanas y ciudadanos de Europa y sus Estados establecemos con esta Constitución la Unión Europea” (cita según JöR 53[2005], página 604). ¡La comunidad de los ciudadanos se convierte de esta forma en legisladora para toda Europa! El aporte de los constituyentes españoles (D. L. Garrido *et al.* 2002) trabaja específicamente con la “Ciudadanía europea”, con esperanzas de lograr un “diálogo con la sociedad civil” y se pregunta: “Qué es lo que los ciudadanos de Europa demandan” (cita según JöR 53 [2005], p. 489). España tiene especial interés en el tema constitucional ciudadano, ya que se erige sobre un ideal de ciudadanía.

IV. TEXTOS DE DERECHO INTERNACIONAL (PACTOS DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS)

Como ejemplo, basta mencionar aquí el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (1966). Éste remite a “las obligaciones de los ciudadanos” (art. 8º, inc. 3º, subinciso iv), y otorga a “cada ciudadano” determinados derechos (art. 25).

SEGUNDA PARTE: “EDUCACIÓN”

A continuación se aclarará el tema “educación” en forma paralela a la “ciudadanía” mediante un análisis cultural e histórico de los textos. Esto se realizará desde un punto de vista alemán, que es el único con el que estoy más familiarizado, es decir, desde una perspectiva de Derecho Internacional universal, superadora de lo nacional.

I. “EDUCACIÓN”, EL CLÁSICO TEMA ALEMÁN

La educación ha sido durante mucho tiempo un tema muy apreciado por la cultura alemana, hasta que con la revolución de 1968, durante la

discusión por la “catástrofe educacional” y con el desprecio de la “burguesía educada”, obtuvo un sentido dudoso. “La educación caracteriza tanto el proceso de crecimiento del ser humano como también su determinación”, dice la frase inicial del diccionario estatal *Herder* de 1985. Conforme al mismo el concepto educación despliega su significado en el concepto de educación de la iluminación europea y del humanismo alemán. *Herder, Goethe, Schiller, W. von Humboldt*, incluso *Schleiermacher* y *Fichte* elaboraron textos que luego se convirtieron en clásicos (algunos ya citados). Con anterioridad a ellos, los reformadores *M. Luther* y *P. Melancthon* ya habían abogado en favor de la educación religiosa de todos los creyentes. Incluso *Erasmus de Rotterdam* pertenece a los que ya por aquel entonces generaron una reforma educativa mediante el postulado: “leer, hacer cuentas y aprender”. Para el siglo XX ya se hablaba de una “crisis de la educación humanística”, de una “reorientación mediante la ciencia empírica” y de la “crítica ideológica a la educación”. En forma más modesta hoy se demanda sólo una “educación básica”. Ésta debe comprender aquellos conocimientos y capacidades que “permitan al ser humano interpretar su mundo y subsistir en él”. Otra frase clave es: “Educación y reforma social”. “La educación libera” continúa siendo un lema (*J. Meyer*, 1850). Ya a esta altura se evidencia que el “Ciudadano” no es el tan citado *homo aeconomicus*. La “educación general” y la “formación profesional” deben diferenciarse, pero no pueden contraponerse una a otra.

II. OBJETIVOS DE LA EDUCACIÓN EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS LÄNDER ALEMANES

El jurista constitucional europeo posee más facilidades que el historiador, el politólogo o el filósofo, ya que puede “confiar” en los textos vigentes del Derecho positivo, aun cuando éstos deben ser vividos e interpretados. Aquí mostraré un panorama de los tesoros que existen entre los objetivos básicos educativos alemanes y demás textos sobre el Derecho Constitucional educativo, que plasman mucho del pensamiento de los clásicos.

La Constitución de Weimar (de 1919) reza en el artículo 148, inciso 1º: “En todas las escuelas debe perseguirse como finalidad educativa, la

moral, el sentimiento ciudadano, la habilidad personal y profesional en el ideal del pueblo alemán y la reconciliación de los pueblos". Con posterioridad a 1945 los países del Este y Alemania Oriental desde 1991 continuaron desarrollando este texto clásico.

Algunos ejemplos son:

El artículo 131 de la Constitución de Baviera de 1946/1984 (Objetivos educativos):

(1) Las escuelas no sólo deben transmitir conocimiento y aptitudes, sino formar el corazón y el carácter.

(2) Los objetivos supremos son la veneración a Dios, el respeto ante la creencia religiosa y la dignidad del hombre, la autodisciplina, el sentimiento de responsabilidad y la alegría ante ella, la predisposición a ayudar, la apertura hacia lo verdadero, lo bueno y bello, y el sentimiento de responsabilidad ante la naturaleza y el medioambiente.

(3) Los estudiantes deben ser educados en el espíritu de la democracia, en el amor hacia la patria bávara y al pueblo alemán.

Como ejemplo de los Länder del Este cito el artículo 28 de la Constitución de Brandenburgo (1992):

Principios de la educación y de la formación. La educación y la formación tienen la finalidad de fomentar el desarrollo de la personalidad, el pensamiento y la actuación autónoma, el respeto a la dignidad, la creencia y las convicciones ajenas, el respeto a la democracia y a la libertad, la justicia social, la paz y la solidaridad en la convivencia de las culturas y de los pueblos, así como la responsabilidad ante la naturaleza y el medio ambiente.

¿Quién no recuerda con su lectura el *Principio de la responsabilidad* de H. Jonas (1979)?

La Constitución de Bremen (1947) crea una variante propia del artículo 26, cuyo inciso 3º reza:

La educación debe estar destinada a desarrollar el pensamiento propio, el respeto a la verdad, la valentía de reconocerla y de hacer lo correcto y necesario.

Con esto he reseñado mi tema *Problemas de la verdad en el Estado Constitucional* (1995).

También llama la atención el inciso 4º: “Educar para participar en la vida cultural del propio pueblo y de otros pueblos”.

Como contrapunto histórico a Baviera (1946) puede mencionarse el artículo 56, incisos 4º y 5º de la Constitución de Hessen (1946) cuyo inciso 4º dice:

El objetivo de la educación consiste en formar a las personas jóvenes para que desarrollen una personalidad con moral, eficiencia profesional y responsabilidad política para servir al pueblo y a la humanidad mediante veneración y amor al prójimo, respeto y paciencia, justicia y verdad.

Inc. 5º: La asignatura historia debe tener por objetivo reflejar en forma fehaciente y verídica el pasado. Para ello se debe poner de relieve a los grandes benefactores de la humanidad, la evolución del Estado, la economía, la civilización y la cultura, y no a los generales, las guerras y las batallas. No deben tolerarse las interpretaciones que hacen peligrar las bases del estado democrático de derecho.

Esto casi hace recordar la *weltbürgerliche Absicht* (intención de mundo) de *I. Kant*, o la parábola de la tolerancia de *Lessing* en *Nathan el sabio*.

También merece la atención el artículo 15, inciso 4º de la Constitución de Mecklenburg-Vorpommern (1993):

El objetivo de la educación escolar es el desarrollo de la personalidad libre, que surge del respecto a la vida y está dispuesta en el espíritu de la tolerancia a cargar con responsabilidades a favor de la comunidad, con otras personas y pueblos, así como con las generaciones futuras.

La referencia a las generaciones también se encuentra en el artículo 27, inciso 1º de la Constitución de Sachsen-Anhalt (1992); aquí se hace mención al “Contrato cultural de generaciones”.

En este sentido el artículo 109, inciso 1º reza:

Se reconoce la importancia de las iglesias y de la educación religiosa para la preservación y consolidación de las bases religiosas y morales de la vida humana.

(Similar disposición presenta el art. 4º, inc. 2º de la Constitución de Baden Württemberg de 1953, así como el art. 1º, inc. 1º, ap. 2 de la Constitución de Vorarlberg de 1999). Con esta disposición el pluralismo cultural referente al tema educativo recibió formato de texto. No sólo el Estado tiene funciones educativas (el art. 51, párrafo 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, habla del “diálogo” de la Unión con las iglesias y las comunidades del mundo).

Hasta donde se puede ver, los cuantiosos documentos del Consejo Europeo referentes a nuestro tema (la idea principal, diecisiete páginas, el resumen y el estudio redactado por siete autores en cuarenta y nueve páginas) jamás han hecho referencia a estos valiosos textos. Esto es lamentable, ya que estos textos conforman el ideal de la “ciudadanía a través de la educación” y se enfrentan a la tan típica, cuestionable y dudosa economización de la educación, que está orientada sólo hacia lo útil, tan en boga en estos tiempos, así como a su desnaturalización para convertirla en una mercadería (crítica a la ideología de mercado). En lo demás, también aquí se considera muy positiva la iniciativa del Consejo Europeo.

Estas muestras deberán complementarse mediante el análisis de los objetivos educativos implementados en las escuelas europeas. Debido a que esto es imposible², haré una referencia abstracta al hecho de que cada Nación tiene sus propios cánones educativos. En su cultura nacional y en su historial lingüístico aparece en Italia un Dante, en España un

² En Inglaterra existe una norma infralegal que reza: “Citizenship gives pupils the knowledge, skills and understanding to play an effective role in society at local, national and international levels. It helps them to become informed, thoughtful and responsible citizens who are aware of their duties and rights. It promotes their spiritual, moral, social and cultural development, making them more self-confident and responsible both in and beyond the classroom. It encourages pupils to play a helpful part in the life of their schools, neighbourhoods, communities and the wider world. It also teaches them about our economy and democratic institutions and values; encourages respect for different national, religious and ethnic identities; and develop pupils’ ability to reflect on issues and take part in discussions”. En Finlandia una disposición gubernamental dice: “The target for education is to support the pupils’ development into people with harmony and a healthy ego and as members of society with skills to take a critical view of their social and natural environment. The basis is respect for life, nature and human rights as well as appreciation of their own and others’ learning and work” (ambos textos son citas del mencionado estudio del Consejo Europeo).

Cervantes, en general los contenidos del llamado “Siglo de oro” (por ej.: en España, en los Países Bajos, también en Dinamarca). Un rol importante en esto juega el futuro y la evolución de los idiomas (piénsese hoy en la contribución idiomática que realizan los inmigrantes). Cito las palabras de *Goethe* que afirmaba que *Lutero* fue el que mediante su traducción de la Biblia convirtió a los alemanes en un mismo pueblo; lo mismo es válido para *Dante*, es decir para Italia. La educación a través del idioma permanece siendo un lema competente. Los valores fundamentales que se reflejan en las diversas constituciones de los Länder (Preámbulos, garantías de feriados, himnos, banderas y demás símbolos del Estado) son aquellos de los cuales se nutre también la educación de estas Naciones y que justifican la palabra del “patriotismo constitucional” (*D. Sternberger*). Una pregunta crucial es: ¿Acaso necesitan las sociedades civiles de una “cultura guía” como fuerza generadora de una identidad? ¿En Alemania es suficiente con la Ley Fundamental? ¿Podemos atrevernos aún a realizar un “elogio a la educación alemana”? (FAZ del 17-10-2005, p. 37). Hoy en día hay muchos indicios a favor de que los procesos de educación se extienden a través de toda la vida de los ciudadanos. Este proceso no termina con la finalización de la escuela, y hay muchos indicios sobre la diversidad existente entre los ideales educativos que varían según la nación y la cultura.

Los lineamientos de la Unión Europea sobre la devolución de bienes culturales extraídos injustamente del territorio soberano de un Estado miembro de la Unión tiene un profundo sentido. Se trata de la identidad nacional que surge de la cultura.

En lo subsiguiente presentaré un breve panorama de los textos constitucionales de algunos países europeos que son tanto miembros del Consejo Europeo como de la Unión Europea. El artículo 42, inciso 2º, apartado 2 de la Constitución de Irlanda (1937/1992) reza:

El Estado como guardián del bienestar común debe exigir conforme a las circunstancias reales, que los niños reciban un mínimo de educación moral, espiritual y social.

En el párrafo 4 del mismo se habla nuevamente de los establecimientos “en el ámbito de la educación religiosa y moral”.

El artículo 16, inciso 2º de la Constitución de Grecia (1975/1986) establece:

La educación es una tarea fundamental del Estado y tiene por finalidad la educación moral, espiritual, profesional y física de los griegos, así como el desarrollo de su conciencia nacional y religiosa, y su formación como ciudadanos libres y responsables.

Es llamativo el artículo 43 de la Constitución de Portugal (1976/1992):

El Estado no debe arrogarse el derecho de establecer la educación y la cultura en forma programática, según los parámetros de cualquier guía directriz filosófica, estética, política, ideológica o religiosa.

Porque el antiguo canon educativo europeo tradicional y su evolución hoy en día requieren naturalmente de una selección de valores básicos y de fines (educativos). Entiéndase la tradición según una bella palabra de *G. Mahler*, como “el pase de la antorcha” y no como “la adoración de las cenizas”. Los jóvenes son guiados con este ideal educativo y los adultos pueden internalizarlos como “valores orientadores”.

Por lo demás, casi todas las nuevas constituciones contienen un derecho a la educación (compárese el art. 57, inc. 1º de la Constitución de Albania de 1988; el art. 53, inc. 1º de la de Bulgaria de 1991); el artículo 11 de la Constitución de Baden-Württemberg (1953) habla del “derecho a la educación y a la formación” (en igual sentido el artículo 25, inciso 1º de la Constitución de Sachsen-Anhalt de 1992); el artículo 41, inciso 1º f, de la Constitución nacional Suiza (1999) exige a la Nación y a los cantones en relación a los niños y adolescentes, “tomar medidas orientadas hacia su desarrollo para convertirlos en personas independientes y socialmente responsables” (véase también el objetivo de su integración “social, cultural y política”). La obligatoriedad general de la instrucción primaria es un indicador de un Estado Democrático Constitucional de Derecho como Estado cultural, es decir, un elemento clásico de su derecho constitucional a la educación, al igual que la formación en las universidades.

En un sentido similar se “esconde” un imperativo educativo en el artículo 48 de la Constitución Española; el artículo 27, inciso 1º establece

un derecho de todos a la educación. En el Derecho Constitucional cultural se cristalizan los contenidos educativos.

III. EL TEMA DE LA EDUCACIÓN EN EL ÁMBITO EUROPEO GENERAL Y A NIVEL INTERNACIONAL

Veamos brevemente las formas de manifestación del tema educativo en los ámbitos supranacionales, esto es, en el Derecho Constitucional europeo y en el Derecho Internacional. Para ello resulta enriquecedora una reseña del panorama de los temas educativos en el Derecho Constitucional europeo, especialmente en la parte pertinente a la competencia y a los derechos fundamentales. Son ejemplos de ello, los que surgen del Estatuto del Consejo Europeo (1949), en la parte pertinente que reza: “...en unión imperturbable con los valores espirituales y morales que son la herencia común de sus pueblos y que son la base de la libertad individual, la libertad política y el imperio del Derecho, sobre el cual reposa toda verdadera democracia...”

Una cláusula cultural hereditaria que en forma inherente remite a fines educativos, se encuentra en el Preámbulo y en el artículo 5º del Convenio Cultural Europeo (1954).

Del Derecho Constitucional europeo puede mencionarse además el artículo 2º del protocolo adicional de la Convención Europea de Derechos Humanos (EMRK) (1952):

Derecho a la educación. El derecho a la educación no le debe ser negado a nadie. El Estado, en ejercicio de las tareas asumidas en el ámbito de la educación y de la enseñanza, debe respetar el derecho de los padres, y asegurarles la educación y la enseñanza de conformidad con sus propias convicciones religiosas y de mundo.

En el Derecho Constitucional europeo se encuentran muchas referencias al derecho constitucional a la educación. En el Preámbulo del Contrato de la Comunidad Europea (EGV) (1992/97) se establece: “Trabajar en forma decidida mediante un acceso amplio a la educación y mediante una formación posterior permanente hacia un alto nivel de conocimiento de sus pueblos”. De esta forma el artículo 49 f, de la misma reglamenta: “Una educación general y una formación profesional de la juventud”

(“El desarrollo de la dimensión europea en el sistema educativo”, “El fomento de la cooperación entre los establecimientos educativos”). El artículo 74 de la Carta de Derechos Fundamentales reglamenta el derecho a la educación, así como el acceso a la formación profesional y a su perfeccionamiento. La Corte Europea fortalece el derecho fundamental a una igualdad en la formación, procedente recientemente de la ciudadanía de la Unión (en este sentido se menciona la Universidad Europea de Florencia, el proceso de Boloña con sus 40 Estados participantes, así como los programas: Tempus, Erasmus, Sócrates, Leonardo da Vinci y Comenius, no por casualidad grandes nombres, “ejemplos a seguir” de la historia cultural y educativa europea).

De los textos de *Derecho Internacional* podemos mencionar: La Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1948), artículo 26 (Asistencia cultural, derecho de los padres):

1. Toda persona tiene derecho a la educación. Las clases deben ser gratuitas en las escuelas primarias y en las escuelas básicas. La enseñanza básica es obligatoria. La enseñanza especializada y profesional debe ser accesible para todos; los estudios superiores deben ser abiertos a toda persona de conformidad con sus aptitudes y rendimiento.
2. La formación debe tener por objetivo el desarrollo integral de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Debe generar comprensión, tolerancia y amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos religiosos y raciales, así como favorecer la actividad de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

En el mismo sentido el artículo 13, inciso 1º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) dice:

Los Estados consignados en este contrato reconocen el derecho de cada persona a una formación. Coinciden en que la educación debe estar destinada al pleno desarrollo de la personalidad del ser humano y a la consciencia de su dignidad, debiendo reforzar el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Coinciden además en el hecho que la educación debe posibilitarle a todas las personas el desempeño de un rol útil en una sociedad libre, debiendo fomentar la comprensión,

la tolerancia y la amistad entre los pueblos y entre todos los grupos raciales, étnicos y religiosos, así como apoyar la actividad de las Naciones Unidas en el mantenimiento de la paz.

En todos estos valiosos textos se expresa el patrimonio educativo europeo. Las Naciones Unidas incluso lo han elevado al rango de tarea universal (Ciudadanía a través de la educación como tarea universal). El Estatuto de la Unesco (1945), el Preámbulo y el artículo 1º dan varios indicios al respecto. Cito (“igualdad de posibilidades educativas para todos”, “educar al género humano hacia la comunidad, la libertad y el amor por la paz”, “educación del pueblo”, “métodos educativos destinados a preparar a toda la juventud del mundo para la responsabilidad que impone la libertad”).

TERCERA PARTE: CIUDADANÍA A TRAVÉS DE LA EDUCACIÓN. LA RELACIÓN ENTRE AMBAS

A continuación del relevamiento realizado y la presentación de algún resultado, puede establecerse ahora la *relación entre ambas*, el marco teórico conjunto “Ciudadanía a través de la educación” como tarea europea.

I. EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

Un primer objetivo educacional es el de “enseñar los derechos humanos” a nivel nacional y europeo, hasta a nivel mundial. Algunas constituciones nacionales, sobre todo de los países en desarrollo, lo evidencian ejemplarmente (Constitución de Perú de 1979: art. 22, inc. 3º; la Constitución de Guatemala de 1985: art. 72, inc. 2º). También existen programas respectivos de la Unesco y además en todas las escuelas estatales se tratan los derechos humanos como derechos fundamentales del Estado constitucional. La educación en derechos humanos comprende el valor básico de la tolerancia y de la solidaridad, esta última es reglamentada en la Constitución Española en otro contexto (art. 2º, 138). A los jóvenes ciudadanos les debe quedar en claro que en razón de la dignidad humana todo ciudadano tiene los mismos derechos humanos. También sobre esto *I. Kant* ha escrito un texto clásico, y el artículo 7º, inciso 2º de la Constitución de Brandenburgo (1992) se vincula con él cuando dice (“toda

persona adeuda a otra el reconocimiento de su dignidad”). La enseñanza de los derechos humanos es el punto de partida de todos los esfuerzos por obtener ciudadanía a través de la educación. El Consejo Europeo menciona expresamente la enseñanza de los derechos humanos en sus ya mencionados documentos. El ser persona y el ser ciudadano van unidos. La *Cultura* es el abono de ambos. En caso de que en el proceso de Boloña se impongan las *Verschulungstendenzen* (las tendencias por imponer una enseñanza estricta en las escuelas), se requerirán correcciones.

II. EDUCACIÓN HACIA UNA DEMOCRACIA (PLURAL) COMO OBJETIVO EDUCATIVO

El segundo objetivo educativo es el principio democrático que resalta la dimensión activa de sus ciudadanos, es decir, las posibilidades de realizar plebiscitos y elecciones para participar en forma permanente en la vida política. En miras a la por lo general escasa participación electoral en elecciones nacionales y de la Unión Europea, este contenido educativo es el segundo de mayor importancia. A mi entender, la democracia surge de la dignidad de los ciudadanos como premisa antropológica cultural del Estado constitucional y su consecuencia organizativa. Existen muchas variantes de democracia (nacional) entre la meramente representativa y la democracia directa (a modo ejemplar, menciono la “democracia semidirecta” de Suiza).

A esto pertenecen los derechos fundamentales como la libertad de peticionar, el recurso al ombudsman, el abogado del pueblo, el comisionado europeo de los ciudadanos, etcétera; son conocidas especialmente en los nuevos Estados Federados las iniciativas populares y los petitorios de los ciudadanos. Es evidente el *status civilis politicus* del ciudadano, la democracia participativa tal como la previó el proyecto de Constitución Europea del año 2004. En palabras de G. Grass, la democracia “se seca” sin participación ciudadana. La ocupación de cargos honorarios tiene un significado de participación ciudadana activa en toda Europa. Para ello debe recordarse que los derechos democráticos y participativos de los ciudadanos (compárese art. 21 de la Constitución de Brandenburgo) sólo deben recurrir a la “libertad pública” (Constitución Española) cuando existe un mínimo de educación, de información sobre los valores fun-

damentales y datos básicos de los procesos políticos (es decir, los derechos fundamentales como “base funcional” de la democracia). El esclarecimiento democrático (en Alemania denominado “la educación cívico-pública” posterior a 1945 es una parte de la educación democrática hacia la ciudadanía. En el idioma alemán se puede hablar del “ciudadano de la democracia” y de la “democracia ciudadana”.

El Consejo Europeo con razón habla en forma muy impresionante del “aprendizaje de la democracia” y de la “vida democrática”. A ello pertenece también la política de integración europea local (por ej., en los suburbios). Lo que está de moda son las “sociedades civiles europeas” a nivel local y regional. Las que están cuestionadas son las “sociedades paralelas”, debido a que fragmentan el concepto de “ciudadano”.

III. LA SOCIEDAD ABIERTA DE LOS INTÉRPRETES DE LA CONSTITUCIÓN, LA IRRENUNCIABILIDAD DE LAS REGLAS EDUCATIVAS A NIVEL NACIONAL Y EUROPEO

Para mi sorpresa, el paradigma de la “sociedad abierta de los intérpretes de la constitución”, desarrollado en 1975 y recientemente también referido a Europa, se discute intensamente desde hace algunos años en Brasil. Esto presupone que la ciudadanía es “cultura” y que la república política tiene bases culturalmente establecidas³. La relevancia potencial y real del comportamiento ciudadano diario (especialmente en el ámbito de los derechos fundamentales) para la evolución paulatina de la constitución y su revivir diario requiere de “educación” y con ello también de un cierto idealismo en y hacia el Estado constitucional. La “socialización cultural” en miras hacia una constitución nacional y hacia los valores fundamentales europeos sólo puede tener éxito si comienza a serle transmitida a los ciudadanos o conciudadanos desde las escuelas hasta las universidades, en la formación de los adultos, en la formación profesional, también en organizaciones religiosas caritativas, hasta inclu-

³ Compárese la bella expresión de J. Burckhardt (*Weltgeschichtliche Betrachtungen*): “Cada cultura es tarea de aprendizaje, guía y cultura guía para todos aquellos que han nacido en ella, y cuantas más culturas una persona conozca en el transcurso de su vida, tanto más libre y sabia será su visión sobre la propia cultura, y le será más fácil reconocer cuanto antes los vicios de su cultura y las ventajas de la cultura ajena”.

so en los medios y en organizaciones no gubernamentales (es por ello que resulta tan cuestionado que en Rusia en estos días se elabore una ley sobre organizaciones no gubernamentales, en la cual éstas quedan subordinadas a una obligación de registro ante el Estado).

La búsqueda del “bien común europeo” sólo puede lograrse de esta forma. El *homo europaeus* es sólo parcialmente el tan citado ciudadano del mercado. La imagen del hombre europeo es la que aquí se esbozó, y la esencia de la “imagen del hombre” debería sentir el origen *imago dei* de los maestros.

RESUMEN Y FIN

Las ponencias científicas deben por lo menos terminar en perspectivas constitucionales o político-europeas. Se exige, por un lado, que el Estado constitucional nacional se sirva de los instrumentos que pueden crear “la ciudadanía a través de la educación”, esto es, que establezca fines educativos concretos para las escuelas, programas educativos respectivos en la formación de los adultos, presencia de ellos en los parlamentos y en los partidos políticos, así como en los medios y en los llamados “sermones dominicales” (¿por qué no?). Entonces: el ciudadano europeo requiere también de iniciativas a nivel suprarregional. A ello pertenecen los instrumentos del Consejo Europeo de los años 1997 a 2005 (Europa como “espacio para la educación”). No obstante, en esto no se debe llegar a un “adoctrinamiento”. La idea de la libertad ciudadana debería impedir esto. Para retomar una antigua palabra alemana, Europa requiere de *Bildungsbürger* (ciudadanos educados). No sé si existe una expresión análoga en otros países. Justamente en un mundo ilimitado, globalizado y economizado de hoy es irrenunciable el programa “ciudadanía a través de la educación”. Un *Kant*, un *Goethe* eran “ciudadanos de mundo”, unos pocos como *Leibnitz*, *N. Mandela*, *V. Havel*, incluso un *Dalai Lama*, fueron eruditos.

La misa en *h-moll* de *J. S. Bach* es considerada por algunos como “una parte de las religiones del mundo”. Pero no podemos ni debemos proyectarnos tan alto. El así llamado “hombre común”, esto es, nosotros debemos empeñarnos hoy y aquí en nuestra tarea de científicos y maestros para llevar a cabo en la vida diaria el proyecto Ciudadanía a través de la Educación –no para las personalidades excepcionales que han sido men-

cionadas aquí- sino para el “ciudadano medio”. La sociedad civil se refiere a la “capacidad de autoorganización cooperativa, orientada hacia el bien común de la sociedad”. Ella es la que realiza la pregunta acerca de “cómo debe ser practicado e incentivado a nivel de las instancias diarias el sentido y la preocupación por el desarrollo de la vida” (*J. von Soosten*).

La educación y la sociedad civil son un ideal en el Estado constitucional. Los valores que las unen son: la libertad y la dignidad humana, la democracia y la responsabilidad, la tolerancia y la solidaridad, la disposición al esfuerzo, el profundo respeto a la vida, el amor por la paz, la capacidad de crítica y el sentido de justicia incluso en miras de las generaciones futuras, así como la conciencia ecológica (la participación ciudadana). Lo que para el joven ciudadano son “objetivos educativos” se convierten para el adulto en “valores orientadores”. La identidad nacional y europea van unidas. La “Europa de los países padres” de *De Gaulle* preserva de esta forma su sentido. La educación convierte a Europa en el “país madre”.

LITERATURA

- Blanke, H.-J.*, Europa auf dem Weg zu einer Bildungs- und Kulturge-
sellschaft, 1994
- Blankertz, H.*, Bildung im Zeitalter der großen Industrie, 1969
- Böhme, G.*, Die philosophischen Grundlagen des Bildungsbegriffs,
1976
- Dahrendorf, R.*, Bildung ist Bürgerrecht, 1965
- Engelhardt, U.*, Bildungsbürgertum, 1986
- Fuhrmann, M.*, Bildung. Europas kulturelle Identität, 2002
- Ders.*, Der europäische Bildungskanon des bürgerlichen Zeital-
ters, 1999
- Glitz, P. / Faber, K.*, Richtlinien und Grenzen des GG für das Bildungswes-
sen, in: Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1994,
S. 1363 ff.
- Häberle, P.*, Erziehungsziele und Orientierungswerte im Ver-
fassungsstaat, 1981
- Ders.*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl. 1998
- Ders.*, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 3. Aufl., 2004
- Ders.*, Europäische Verfassungslehre, 3. Aufl., 2005

CIUDADANÍA A TRAVÉS DE LA EDUCACIÓN COMO OBJETIVO EUROPEO

PETER HÄBERLE

- Hentig, H. von,* Bildung, 1996
- Jach, F.-R.,* Schulverfassung und Bürgergesellschaft in Europa, 1999
- Kant, I.,* Ausgewählte Schriften zur Pädagogik und ihrer Begründung, Ausgabe, 1963
- Kroeschell, K.,* Art. Bürger, in: HRG I. Bd. 1971, Sp. 543 ff.
- Litt, T.,* Das Bildungsideal der deutschen Klassik und die moderne Arbeitswelt, 1955
- Meinecke, F.,* Weltbürgertum und Nationalstaat, Ausgabe 1962
- Menze, C.,* Art. Bildung, in: Staatslexikon Bd. I, 7. Aufl., 1985 und 1995, Sp. 783 ff.
- Ders.,* Art. Bildung, in Enzyklopädie Erziehungswissenschaft, Bd. 1 1982, S. 350 ff.
- Mittelstraß, J. (Hrsg.),* Art. Bildung, in: Philosophie und Wissenschaftstheorie, Bd. 1 (1995), S. 313 f.
- Münkler, H. (Hrsg.),* Bürgerreligion und Bürgertugend, 1996
- Preuß, U.K.,* Der EU-Staatsbürger – Bourgeois oder Citoyen, in: G. Winter (Hrsg.), Das Öffentliche heute, 2002, S. 179 ff.
- Richter, I.,* Bildungsverfassungsrecht, 1973
- Smend, R.,* Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht (1933), jetzt in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl., 1968, S. 309 ff.
- Soosten, J. von,* Art. Bürgertum und Bürgergesellschaft, in: Evangelisches Soziallexikon, 2001, Sp. 226 ff.
- Vierhaus, R. (Hrsg.),* Bürger und Bürgerlichkeit im Zeitalter der Aufklärung, 1980
- Wittinger, M.,* Der Europarat: Die Entwicklung seines Rechts und der "europäischen Verfassungswerte", 2005

Aportes para la postergada deconstrucción de la enseñanza del Derecho de Familia

MARISA HERRERA* y VERÓNICA SPAVENTA**

I. APERTURA

Primavera 2005. Los meses finales del año no suelen ser propicios para sumar otros trabajos o construcciones teóricas de cierta envergadura, a más de aquellos a los que uno viene dedicándose. El cansancio se hace notar, más en este tipo de iniciativas. Sin embargo, la invitación a participar de este número de la Revista *Academia*, que hace tiempo atrás nos formulara Mary Beloff en su carácter de Directora del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, nos resultó una propuesta más que tentadora (y alentadora). Pues la iniciativa constituye una propicia ocasión para plasmar en el papel algunas ideas en torno a la enseñanza del Derecho de Familia en los inicios del siglo XXI que, de forma desordenada, giran en nuestra cabeza.

Sumergidas en este nuevo desafío, intentaremos entonces, no traicionarnos ni decepcionar a nuestros lectores a raíz del tedio epocal.

Desde nuestra perspectiva, el Derecho es un ámbito de lucha política y su transmisión académica, lógicamente, también lo es, en tanto “[l]a actividad práctica de la enseñanza afirma en un sentido sostenido y determinado una influencia social sobre los aprendices”.¹

* Abogada. Docente de la materia Derecho de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, y coordinadora de la Carrera de Especialización de Derecho de Familia y de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, Departamento de Posgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

** Abogada. Docente de la materia Teoría General del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Magister, Universidad de Salamanca, España.

¹ PALAMIDESSI, Mariano y Silvia GVIRTZ, *El ABC de la tarea docente: currículum y enseñanza*, Aique, Buenos Aires, 2000, p. 136. Esta tesis explica por qué, por ejemplo en Alemania,

APORTES PARA LA POSTERGADA DECONSTRUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL
DERECHO DE FAMILIA

MARISA HERRERA y VERÓNICA SPAVENTA

En ese contexto teórico, nos proponemos en esta oportunidad dejar sentados ciertos principios a modo de “estructuras” a partir de los cuales movilizar lo “dado” o “naturalizado” en el terreno de la enseñanza de grado del Derecho de Familia. En función de nuestra experiencia (como estudiantes de grado, posgrado y doctorado, a más de la docencia), nos limitaremos, básicamente, a desarrollar la meta esbozada en el marco de la universidad pública, cuyo horizonte educativo aspira a ser democrático, pluralista y laico.

Se trata de pensar y profundizar desde una mirada crítica,² acerca de los cambios estructurales e ineludibles que debieran socavar los cimientos de este complejo proceso comunicativo que implica enseñar y aprender Derecho de Familia en la instancia universitaria de grado pública. De modo tal que la instalación de un nuevo paradigma en esa área del Derecho sea factible, con relación a su contenido curricular como a su método de transmisión de conocimientos en la academia. Acercando el Derecho de Familia y su enseñanza-aprendizaje a una compleja y poco entusiasta realidad social sobre la cual, al mismo tiempo, opera transformándola.

¿Por qué nos parece que es necesario revisar el proceso de formación universitaria en Derecho de Familia en sus primeros andariveles? ¿Cuáles son las notas disonantes que nos movilizan en este camino deconstrutivo? ¿Cuáles son los principales obstáculos a enfrentar primero en esa instancia de deconstrucción y luego al tiempo de proponer alguna reconstrucción? ¿Y cuáles las herramientas vitales para alcanzar este último objetivo?

la burguesía no tomó ni el Parlamento ni la administración estatal como sucedió en Francia sino, en cambio, la Universidad. Lo que a su vez explica por qué el método hermenéutico propiciado en ese país fue el “*ex-cathedra*”: la ley interpretada según el sentido marcado por la doctrina. Cfr. CÁRCOVA, Carlos María, “¿Qué hacen los jueces cuando juzgan?”, separata de *Estudios de Filosofía del Derecho y de Filosofía Social*, libro *Homenaje a José Manuel Delgado Ocando*, Colección Libros Homenaje N° 4, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, p. 101.

2 Entendida en doble sentido: como “*crítica teórica*” y “*conocimiento que no sólo sirve para explicar el mundo, sino también para transformarlo*”. Cfr. CÁRCOVA, Carlos María, “Teorías jurídicas alternativas”, en *Derecho, política y magistratura*, Buenos Aires, Biblos, 1996, p. 29; y “Acerca de las relaciones entre marxismo y derecho”, en *Derecho, política...*, op. cit., p. 71.

Antes de abocarnos a trabajar a partir de las inquietudes precedentemente expuestas en el contexto teórico brevemente trazado, nos parece pertinente hacer dos aclaraciones.

En primer lugar, destacar especialmente que las críticas que aquí se desplegarán, responden a un nivel de análisis general, en abstracto. De ninguna manera se refieren a la didáctica emprendida en una determinada cátedra y/o comisión. En otros términos (más usuales), las opiniones vertidas en este documento son de responsabilidad exclusiva de sus autoras y no reflejan los puntos de vista de las comisiones y/o cátedras que integran.

Por otra parte, explicar las razones que justifican la distinta formación académica y procedencia docente de quienes estamos detrás (y delante) de este ensayo. Seguramente, no es necesario este ejercicio respecto de quien integra una de las tantas comisiones en las que se dicta la materia denominada "Derecho de Familia y Sucesiones". Lejos de nosotras cualquier ánimo propagandístico, pero el *slogan* "estar cerca es muy bueno" funciona (y con mucha fuerza en un mundo académico signado por una visión dogmático-fragmentaria).³ En cambio, resulta indispensable, desde esa cosmovisión académico-universitaria, dar cuenta de la incorporación de quien proviene del campo de la Filosofía del Derecho. Pero esta aparente *ineludibilidad* se diluye (o cuando menos se atenúa), si colocamos sobre el tapete la filiación crítica de la cátedra de "Teoría General del Derecho" a la cual pertenece esta de nosotras.

La combinación de estos ingredientes formativos que caracterizan esta dupla de trabajo, no es casual. Nos posibilita encarar la cuestión desde un abordaje integrador: que incluya al mismo tiempo y como caras de una misma moneda, las teorías que sustentan las prácticas que se transmiten (como naturalizadas) a través del Derecho de Familia. Dosis de miradas angularmente situadas en la dogmática jurídica, de un lado, y en marcos teóricos, de otro, aptas para denunciar toda quietud, anquilosamiento y/o parálisis (no ingenuos) del conocimiento y transmisión del Derecho de Familia.

³ Bueno no sólo para conocer con mayor detenimiento el objeto en estudio (en este caso, la enseñanza del Derecho de Familia) sino, y por ello mismo, poder apreciar desde adentro las falencias y/o deficiencias que presenta la transmisión del conocimiento sobre esta rama del Derecho en un espacio público universitario.

APORTES PARA LA POSTERGADA DECONSTRUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DE FAMILIA

MARISA HERRERA y VERÓNICA SPAVENTA

Doble perspectiva, especialmente propicia en esta rama del Derecho, de indiscutible carácter interdisciplinario, y en una época decididamente compleja.⁴

II. UN MODELO INSUFICIENTE

A) LA ENSEÑANZA ACTUAL DEL DERECHO

Aunque pensadas a partir de un espacio académico diferente, las reflexiones de Duncan Kennedy en torno a la educación legal que se imparte en las facultades de Derecho (norteamericanas)⁵, nos resultan útiles para caracterizar el modelo de enseñanza jurídica vigente. Un modelo organizado a partir de patrones de jerarquía y dominación. Destinado a reproducirlos, a través del entrenamiento de profesionales aptos para operar en un orden social determinado (siempre opresivo y por eso mismo violento), desde el conocimiento técnico que acumularon en

⁴ Complejidad epocal marcada por el aumento de la productividad del capital y el correlativo aumento de la desocupación, con sus perversos efectos sociales (basta contrastar, con tristeza y sin resignación, las situaciones que se perciben en la cotidianidad de la vida, si todavía se conserva algún criterio de realidad; o las estadísticas oficiales de los últimos años, si sólo el dato cuantitativo es relevante); la densificación y el incremento de la interacción social, con su correlativa proliferación de códigos y multiplicidades identitarias y culturales; los grados alcanzados de inteligibilidad del mundo, a partir de la monopolización "científica" del conocimiento desarrollado; los cambios producidos en la tecnología de la comunicación, con su consecuente proceso de aceleración, transformación y disponibilidad masiva de los diversos flujos comunicacionales, entre otros. Complejidad que, como señala Cárcova, produce un "impacto en las percepciones y en los procesos cognitivos; en la circulación del poder y del control; riesgo y posibilidad, he aquí otras dimensiones de la complejidad en la que estamos inmersos y que supone desafíos de muy diversa índole, entre otros, desafíos para las estructuras institucionales conocidas y las formas tradicionales de regulación de las relaciones sociales; desafíos, consiguientemente, para la teoría y los teóricos del derecho. Y, para no perder el rumbo, desafíos, por último, para la comprensión de tan sofisticados procesos y de las formas de legalidad que a ellos corresponden, que se tornan, por razones estructurales, progresivamente más opacas". Cfr. CÁRCOVA, Carlos María, *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998, p. 167.

⁵ KENNEDY, Duncan, "La educación legal como preparación para la jerarquía", en COURTIS, Christian (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, pp. 373-401.

las aulas universitarias y que se asume neutral en concordancia con el positivismo dominante en los claustros académicos.

Un modelo que se ocupa especialmente de invisibilizar el potencial transformador del Derecho.⁶ Un modelo que, en otras palabras, oculta el carácter intensamente político de las facultades de Derecho y del discurso jurídico mismo.⁷

Un modelo que se incardina en un modo específico de pensar el Derecho, basado en el "mito de la uniformidad semántica de las ciencias sociales": la coherencia, armonía y racionalidad interna del campo semántico del discurso del Derecho, es el resultado de un proceso de producción caracterizado por un incesante tráfico de discursos disciplinares de diferente origen, forma y función que si bien fijan y determinan las condiciones de posibilidad de surgimiento material del discurso jurídico, son finalmente eludidos o desconocidos por éste.⁸

Un modelo que encaja dentro del "paradigma de la llave", que reduce la existencia del objeto positivo a las normas jurídicas válidas.⁹ Y para el cual, entonces, conocer el Derecho consiste básicamente en aprehender el sentido que a esas normas le confirieren los operadores del Derecho, sea a través de la interpretación jurisprudencial como dogmática. Sentidos

⁶ En Argentina, Cárcova ha trabajado sobre este doble juego de posibilidades conservadora, por un lado, y rupturista, por otro, bajo el concepto de "función paradójica", que describió en los siguientes términos: "el derecho en lo substancial, cumple un rol formalizador y reproductor de las relaciones sociales establecidas, y a la vez, un rol de remoción y transformación de tales relaciones. Cumple a la vez, una función conservadora y reformadora". Cfr. CÁRCOVA, Carlos María, "Acerca de las funciones del derecho", en VV. AA., *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, p. 217.

⁷ Desde una perspectiva crítica del Derecho, el carácter político, ideológico e histórico del discurso jurídico es presentado en toda su dimensión.

⁸ Cfr. MARÍ, Enrique E., "'Moi, Pierre Riviere...'" y el mito de la uniformidad semántica de las ciencias jurídicas y sociales", en *Papeles de filosofía*, Buenos Aires, Biblos, 1993, ps. 249-290. Elusión o desconocimiento que, entonces, instaura de ese modo las ficciones de "apoliticidad", "neutralidad", "ahistoricidad", como decíamos propias del positivismo de la ciencia, que ponen un velo ideológico sobre las relaciones estructurales de dominación, generando consensos a través del disciplinamiento, para facilitar su reproducción constante.

⁹ Cfr. MARTYNIUK, Claudio, "Sobre la narración hermenéutica de la normatividad: tesis sobre la hermenéutica, la novela del derecho y la retórica", en COURTIS, Christian (comp.), op. cit., pp. 59-79, principalmente p. 61.

APORTES PARA LA POSTERGADA DECONSTRUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL
DERECHO DE FAMILIA

MARISA HERRERA y VERÓNICA SPAVENTA

que se incorporan como si fueran derivaciones mecánicas, productos de operaciones lógico-deductivas, y que finalmente se cristalizan, borrando la complejidad y creatividad que le es propia al acto de interpretar. Corriéndolo de la escena de sentidos en la que nace.

Por otra parte, la enseñanza actual del Derecho es fragmentaria. Cada cuestión jurídica es planteada como si fuera completamente distinta, y por tanto, carente de toda conexidad con las demás. Cada área de la dogmática legal como cada punto de los programas de las diferentes materias que forman la currícula universitaria, aparecen como compartimentos estancos. De esta manera, el estudiante, futuro profesional, adquiere una visión parcializada que obstaculiza el acceso a una mirada global sobre lo que el Derecho es y acerca de cómo funciona. Entre otros efectos, esta perspectiva retaceada del fenómeno jurídico limita las posibilidades de transformación de ese discurso social a modificaciones graduales y en cada caso, esto es: a una “estrategia reformista”.¹⁰

Asimismo, este modelo de enseñanza legal aísla el razonamiento teórico de la práctica y deja fuera del proceso de aprendizaje este último ámbito. Esta distinción categórica y excluyente “incapacita a los alumnos para cualquier otro papel que no sea el de ‘aprendiz’”.¹¹ Ubicación que genera las condiciones de posibilidad de un sistema que legitima la explotación y sumisión del abogado que se inicia, pues debe pagar su derecho de piso. Y, al mismo tiempo, fomenta el mito acerca de la irrelevancia de la teoría que se aprende en la facultad y la sobrevaloración de las habilidades que se asimilan una vez que se está fuera mediante el ejercicio profesional (que a su vez está estandarizado).

A estas consideraciones de carácter general, extrapolables al Derecho de Familia, cabe agregar el contenido de un programa que se resiste a verse actualizado desde sus mismos cimientos. Programa que, por otra parte, se repite en cada uno de los manuales que cual sagradas escrituras del mundo académico están llamados a recitar los y las estudiantes para aprobar “Derecho de Familia y Sucesiones”.

¹⁰ Cfr. KENNEDY, Duncan, op. cit., p. 381.

¹¹ Cfr. KENNEDY, Duncan, op. cit., p. 381.

B) ASPECTOS CONCRETOS DE UNA INCAPACIDAD ANUNCIADA: LOS NUEVOS DESAFÍOS DEL DERECHO DE FAMILIA Y SU DIFICULTAD PARA PENETRAR EN EL AULA

El Código de Vélez, que data del año 1869, fue redactado muchos años antes de que la comunidad internacional inaugurara la etapa de positivación de los derechos humanos, luego de la terrible experiencia de la Segunda Guerra Mundial, en el año 1948, y que culmina con la Declaración Universal de Derechos Humanos. Mucho antes, también, de que se publicara *El segundo sexo*¹² y se empezara a hablar de la teoría feminista o de los estudios “*queer*” o trans o intersex.

Un Código que fue pensado para dar respuesta a problemas propios de una sociedad con perfiles bien diferentes a la actual, tendiente a asegurar un orden social cuya legitimidad hoy hace agua por varios frentes.

A nadie sorprenderemos si aseveramos que la vida familiar actual se materializa a través de formas complejas y plurales. Que una amplia gama de actores sociales aparecieron en la escena pública para demandar a viva voz el reconocimiento de una ciudadanía plena. Para denunciar la existencia de ciudadanos “de segunda”,¹³ condenados a vivir al margen del Derecho, en el mundo del “no derecho”.

Tampoco innovaremos si recordamos que en nuestro país iniciamos este incipiente siglo XXI con índices alarmantes de exclusión social. Con el 50% de la población viviendo bajo la línea de pobreza y el 25% bajo la línea de indigencia. Con tasas preocupantes de desempleo, subempleo, trabajo en negro y precario.

Sin embargo, esta nueva fisonomía social pareciera no tener la fuerza suficiente para penetrar en los claustros docentes y modificar la perspectiva desde la cual pensar, regular y enseñar el Derecho de Familia.

Rama que sigue preocupada por los conflictos planteados en la práctica profesional por los estratos medios y altos de nuestra sociedad.

¹² Obra clásica, de la gran filósofa existencialista Simone de Beauvoir, fundante del feminismo, que aparece publicada por primera vez en Francia en el año 1949 bajo el título *Le deuxième sexe*.

¹³ Las sociedades occidentales reservaron cuidadosamente el traje de “*ciudadano*” para el varón adulto, blanco, heterosexual y propietario.

APORTES PARA LA POSTERGADA DECONSTRUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL
DERECHO DE FAMILIA

MARISA HERRERA y VERÓNICA SPAVENTA

Claro, son rentables.¹⁴ Así, enseñamos y aprendemos el régimen patrimonial del matrimonio o el derecho alimentario a partir de problemas y eventuales soluciones que difieren de las modalidades de los que se presentan ante los estrados judiciales o en los servicios jurídicos gratuitos. Pues siempre estamos presuponiendo la existencia de un patrimonio, objeto de disputa y con el cual responder (en esto somos coherentes con la ficción civilista acerca del patrimonio como atributo de la personalidad).

Una enseñanza del Derecho de Familia comprometida con los más pobres (con los más débiles diría Ferrajoli)¹⁵, debería incorporar el tratamiento de los procesos por “protecciones de persona” (en tanto funcionan como antecedentes de la declaración del estado de adoptabilidad de los y las niñas, judicializando la pobreza). Al abordar el régimen legal de la adopción: la situación de vulnerabilidad de derechos por la que habitualmente atraviesan las madres que proveen hijos a las familias socioeconómicamente mejor ubicadas; la responsabilidad del Estado en las entregas sostenidas en razones económicas; los pedidos de restitución en los que, en muchos casos, deriva esta indebida omisión de protección de derechos económicos sociales, culturales, sexuales, reproductivos y de los niños a no ser separados de sus padres por causa de la pobreza.¹⁶ En materia alimentaria, la reflexión acerca de cómo ejecutar cuotas alimentarias impagas cuando el obligado es un desempleado, hace algunas changas o trabaja en negro; la revalorización del pago en especie en estos supuestos como, de manera paralela, reforzar los lazos filiales (en consonancia con los derechos del niño); la responsabilidad del Estado

¹⁴ Otra preciada característica del modelo de enseñanza legal actual: prepara para el ejercicio liberal de la profesión y, en consecuencia, poco se ocupa de las diversas trabas que la mayoría de los ciudadanos y las ciudadanas de este país tienen que sortear para acceder a la justicia. Cecilia P. Grosman, es esa excepción que siempre viene a confirmar la regla (su actividad como investigadora y cada una de sus publicaciones, confirman nuestra hipótesis).

¹⁵ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit.

¹⁶ Hemos desarrollado alguna de estas cuestiones en “El caleidoscopio judicial en cuestiones de adopción”, publicado en *Derecho de Familia*, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 27, Buenos Aires, Lexis-Nexis/Abeledo-Perrot, 2004.

para que todo padre pueda cumplir con esta obligación a cargo, sea mediante un fondo de garantía u otro tipo de medida alternativa.¹⁷

Asimismo, la enseñanza del Derecho de Familia hoy reproduce con convicción ideológica una normatividad que mantiene como “actores de reparto” a todos aquellos que osan vivir fuera del modelo familiar legítimo. Se sigue priorizando el estudio del régimen personal y patrimonial del matrimonio. Poco importa, en cambio, la situación de desprotección de derechos fundamentales a que son condenadas por ejemplo las parejas de homosexuales, transexuales o de convivientes heterosexuales (no “concubinato”, al ser considerado en la actualidad de manera casi unánime un concepto peyorativo). O las específicas demandas que plantean las familias ensambladas o monoparentales, en cuestiones relativas a la adopción, al derecho alimentario o al errado concepto de “régimen de visitas”. La perspectiva es siempre la misma: es la familia nuclear matrimonial heterosexual, nacida para perpetuar la especie, la que merece toda la fuerza protectora que el art. 14 bis de la Constitución Nacional consagra ampliamente, cualquiera sea el modelo familiar.¹⁸

Por otra parte, una enseñanza comprometida con la igualdad entre varones y mujeres destinaría buena parte de sus esfuerzos a derribar los últimos vestigios del molde patriarcal sobre el cual se erigió la familia tradicional. Léase, por mencionar algunos: la falta de legitimación de la mujer para impugnar la paternidad del marido; la discriminación (según cuál sea el cónyuge involucrado) en la que incurren algunas disposiciones del régimen patrimonial del matrimonio (como, por ejemplo, en materia de donaciones prematrimoniales entre los cónyuges o donaciones *propter nupcias*); el “nombre del padre” (salvo que no exista filiación paterna, los hijos o hijas de una mujer no pueden llevar su

¹⁷ Cfr. GROSMAÑ, Cecilia P., “Alimentos a los hijos y derechos humanos. La responsabilidad del Estado”, en GROSMAÑ, Cecilia P. (dir.), *Alimentos a los hijos y derechos humanos*, Buenos Aires, Universidad, 2004, p. 45 y ss.

¹⁸ Esta mirada reduccionista es la que en buena medida explica por qué las madres proveedoras de niños y niñas al sistema adoptivo estén ausentes y, en cambio, las parejas bien constituidas aparezcan como las protagonistas de ese sistema (únicas que, por otra parte, pueden adoptar en forma conjunta). Sostuvimos esta tesis por primera vez en HERRERA, Marisa y Verónica, SPAVENTA, “El caleidoscopio judicial en cuestiones de adopción”, op. cit.

APORTES PARA LA POSTERGADA DECONSTRUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL
DERECHO DE FAMILIA

MARISA HERRERA y VERÓNICA SPAVENTA

apellido)¹⁹; la diferenciación en cuanto a la edad legalmente exigida para contraer matrimonio (16 a la mujer, 18 al varón); la presunción del art. 260, párrafo 2º, del Código Civil en materia de tenencia de los hijos menores de 5 años de edad en caso de separación o divorcio de los padres; la facultad reconocida a la mujer en caso de muerte presuntiva del marido (contenida en los arts. 1307 a 1311 del Código Civil), y la figura de la “nuera viuda sin hijos” (que no tiene correlato legal frente al yerno en igual situación).

Tampoco encuentran acabado tratamiento las problemáticas vinculadas a los desarrollos científicos, biotecnológicos.²⁰ Estos descubrimientos han impactado en el Derecho de Familia. Por ejemplo, la posibilidad de: obtener certeza genética sobre los vínculos filiatorios a través de la prueba de ADN; acceder a sofisticadas y efectivas técnicas de reproducción asistida; prolongar la vida mediante la intervención médica; decidir sobre el propio cuerpo a raíz del perfeccionamiento de los métodos anticonceptivos y de las intervenciones quirúrgicas contraceptivas (ligadura de trompas o vasectomía); adelantar el parto en los casos de embarazos incompatibles con la vida, entre tantos otros. Estas oportunidades dieron origen a sendos debates en torno a: la obligatoriedad o compulsividad de las pruebas biológicas y la posible colisión entre el derecho a la identidad y el derecho a la integridad física; el derecho a conocer los orígenes y la determinación de la filiación en el supuesto de la fertilización heteróloga (o sea, con donante anónimo); la voluntad procreacional como generadora o fuente de derechos; la llamada eutanasia (que en su sentido etimológico significa “buena muerte”); el encarnizamiento terapéutico y el derecho a rechazar tratamientos médicos; la posibilidad de dejar sentada una declaración de voluntad anticipada sobre ciertos tratamientos médicos o ante determinadas afecciones a la salud; la consolidación de los derechos sexuales y reproductivos de niños y jóvenes, y la supuesta tensión con la mal llamada “patria potestad”, por citar algunos. No obs-

¹⁹ En otras legislaciones el apellido no se trasmite patrilínealmente. Por ejemplo, en el Derecho alemán los cónyuges están facultados para determinar cuál será el apellido matrimonial.

²⁰ El vertiginoso avance de la biotecnología operado desde la segunda mitad del pasado siglo XX a raíz del descubrimiento del ADN, cristalizado en el año 1953 por Francis H. C. Crick y J. D. Watson, en atención a lo expresado por Salvador Bergel, no habría

tante, el derecho a procrear o no, a la identidad, a disponer del propio cuerpo, a idear y desarrollar el propio plan de vida, a morir con dignidad, formalmente no fueron integrados a los programas de Derecho de Familia que actualmente se desarrollan en la carrera de grado.

Finalmente, las resistencias también se hacen notar en cuestiones vinculadas al régimen de patria potestad ("autoridad parental", según doctrina más acorde con las tendencias democratizadoras de la vida familiar), al régimen de visitas (hoy denominado derecho de comunicación por las doctrinas más modernas) y a la intervención que a los niños les cabe en los procesos de familia, en consonancia con el reconocimiento de la condición de sujetos de derecho de los niños, niñas y adolescentes. Lógicamente, no resulta fácil modificar una cultura autoritaria que calificó al niño de incapaz y, consecuentemente, lo trató como a un objeto al que había que proteger. Pero han pasado más de 15 años desde el año 1989.²¹

Estos temas, en el mejor de los casos, o bien son mencionados al pasar durante la enseñanza de grado, o bien forman parte de la oferta de cursos del posgrado.²² ¿En lugar de ellos cuáles cuestiones son trabajadas en un curso de grado? Temas como la nulidad del matrimonio siguen ocupando toda una bolilla de los planes de estudios (profundiéndose clasificaciones "clásicas" como ser la de impedimentos impe-

culminado ya que "todo hace suponer que esa tendencia continuará con toda fuerza en los años que transitamos". Cfr. BERGEL, Salvador D., "Genoma humano: cómo y qué legislar", en L. L. 2002-A-1055.

²¹ Un 20 de noviembre de ese año, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la ciudad de Nueva York, adoptaba la Convención sobre los Derechos del Niño.

²² Algunos entienden que estas temáticas aportan un sustrato fáctico-jurídico apto para ser abordado en un nivel superior como el de posgrado. En nuestra opinión, tal concepción parte de un presupuesto falaz que confunde "novedad" (sabemos el poder de convocatoria que lo novedoso suele tener) con transformación sustancial. Y pensamos que estas problemáticas poseen una fuerza irruptiva capaz de provocar un quiebre en el modo en que se desarrollaba el conocimiento del Derecho de Familia, como así también en el objeto de ese saber. En la forma, en el cómo se enseña, en tanto invita a cuestionarse lo dado. Respecto del fondo de la materia, en tanto desestructura un programa curricular en todas sus dimensiones. Modificación que obliga a pensar en otro tipo de capacitación y preparación del docente y en nuevas pedagogías, que estimulen el pensamiento reflexivo y crítico, en el marco de un proceso de comunicación interactivo con los aprendices.

APORTES PARA LA POSTERGADA DECONSTRUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DE FAMILIA

MARISA HERRERA y VERÓNICA SPAVENTA

dientes y dirimientes del matrimonio) aun cuando en la práctica tengan tan poca relevancia a la luz de los números.²³

Derecho y realidad... Relación de retroalimentación. Efectos preformativos del primero sobre la segunda, que no se desconocen aunque se oculten a través de la enseñanza dogmática del discurso jurídico. Potencial transformador silenciado. A su rescate. Opción ideológica y política por un mundo menos excluyente, a propósito de la regulación del Derecho de Familia. En nuestro caso, desde el modesto pero no menos perturbador rol docente.

III. IDEAS PARA PENSAR LA RECONSTRUCCIÓN DE UNA NUEVA FORMA DE ENSEÑAR EL DERECHO DE FAMILIA

....DESDE NUESTRO COMPROMISO CON UNA ENSEÑANZA ANTIDISCRIMINATORIA²⁴

Hay algunos ejes centrales sobre los cuales debería fundarse hoy, en nuestra opinión, la enseñanza del Derecho de Familia. A saber:

A) LA "PUBLICIZACIÓN DE LO PRIVADO"²⁵

El pensamiento liberal clásico, a partir de la modernidad, como afirma Frances Olsen, se estructura en función de un modelo dicotómico. Esto es, en torno a una serie compleja de dualismos o pares opuestos: cultura/naturaleza, racional/irracional, pensamiento/sentimiento, razón/emoción, objetivo/subjetivo, abstracto/contextual, universal/perso-

²³ Según datos proporcionados por el Centro de Informática de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires, durante el año 2000 tan sólo se presentaron 16 planteos de nulidad. Cifra que más o menos se mantiene pareja en los años sucesivos: 2001: 29; 2002: 15; 2003: 18; 2004: 17. Como contrapartida, de acuerdo con la misma fuente, los procesos por internaciones psiquiátricas son los más utilizados en la justicia de familia: 2000: 7.260 casos; 2001: 6.960; 2002: 6.876; 2003: 7.509; 2004: 9.343.

²⁴ En la misma línea, VITURRO, Paula, "Constancias", en *Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Año 3, N° 6, Buenos Aires, 2005.

²⁵ Y su contrapartida: la privatización del Derecho Público, que se produce, por ejemplo, a partir de los procesos de privatización, hijos del más cruento neoliberalismo, cuyos efectos sociales escandalosos padecen con mayor énfasis los *parias* de estas sociedades estructuralmente excluyentes.

nalizado, poder/sensibilidad, activo/pasivo. Los mismos están, por un lado, “sexualizados” (una mitad de cada uno de ellos se considera “masculina” y la otra “femenina”) y, por otro, están “jerarquizados” (los términos de cada par identificados con lo “masculino” asumen la condición de “privilegiados” y “superiores” y los asimilados a lo “femenino”, en cambio, la de “desventajosos” e “inferiores”). Por último, estos pares pertenecen a esferas bien separadas y también dicotómicas: la “pública”, en la que encuentra su lugar “natural” la mitad “masculina” de cada uno de los dualismos, y la “privada”, definida como el espacio también “natural” de la mitad “femenina” de aquéllos.²⁶

Llevada al Derecho esta lógica binaria del liberalismo, se plasmará en la diferenciación entre Derecho Público y Derecho Privado. División que remite a las “esencialmente” distintas regulaciones de la esfera estatal, de un lado, y de la sociedad civil y de la familia, del otro.

Especialmente con los aportes que al pensamiento teórico suma la teoría feminista a partir del conocido grito que nos remite a la década de los '70 –“lo personal es político”–, se visibiliza el modo en que aquella contingente diferenciación sirvió para relegar del concepto de ciudadanía a un vasto sector de la población (en la noción sólo quedaba comprendido, como dijimos, el varón, adulto, blanco, heterosexual y propietario, *el* sujeto de derecho). Por otro lado, y al mismo tiempo, se propugna y lentamente se va produciendo el debilitamiento de esa clásica división entre lo público y lo privado.

Traducido este proceso de borramiento al Derecho de Familia, es insostenible hoy la consecuente visión que de la institución familiar se predicó y cristalizó a partir de la modernidad: “entelequia”, “agrupación natural” o “célula básica”, simplemente reconocida (o no) por el Estado, ubicada fuera del campo de lo político, ideológico y cultural.²⁷ Es insostenible, pues, omitir denunciar el rol constitutivo que en la vida familiar desempeñan las leyes (y, claro, los sentidos que en cada operación de

²⁶ Cfr. OLSEN, Frances, “El sexo del derecho”, en RUIZ, Alicia E. C., *Identidad femenina y discurso jurídico*, primer volumen de la colección *Identidad, Mujer y Derecho*, Buenos Aires, Biblos, 2000, pp. 25-43, principalmente p. 25.

²⁷ Cfr. OLSEN, Frances E., “El mito de la intervención del Estado en la familia”, en FACIO, ALDA y Lorena FRIES (eds.), *Género y Derecho*, Lomo Ediciones, Santiago de Chile, 1999, p. 413 y ss.

APORTES PARA LA POSTERGADA DECONSTRUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DE FAMILIA

MARISA HERRERA y VERÓNICA SPAVENTA

asignación de sentidos le confieren los operadores jurídicos). Es insostenible, en definitiva, mantener oculto el modo en que el Estado define y redefine constantemente la familia, en tanto práctica social convencional, que varía entre las diversas culturas y a lo largo del tiempo, en el marco de un proceso que es siempre dinámico, contingente e ideológico, y que se produce en el cruce de lo jurídico con lo social, lo político y lo cultural.²⁸

B) LA “HUMANIZACIÓN”, “CONSTITUCIONALIZACIÓN” O “INTERNACIONALIZACIÓN” DEL DERECHO DE FAMILIA²⁹

La incorporación de sendos tratados de derechos humanos al Derecho interno ha producido un verdadero cambio de paradigma³⁰ en el modo de pensar e interpretar cualquier rama de la dogmática jurídica. Esta transformación nace en el marco de un modelo que se ha dado en denominar: “modelo constitucional-garantista” que, en palabras de Ferrajoli, deriva la validez del Derecho ya no de “un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino [de] una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución”.³¹

Esta revolución, obliga a redefinir el posicionamiento ocular de quienes invierten horas de su existencia en la enseñanza de grado del Derecho

²⁸ Una caracterización de la familia que incorpora las dimensiones social, política, ideológica y cultural, puede encontrarse en SPAVENTA, Verónica, “La ‘familia’ como proceso: el cruce de lo jurídico con lo social, político y cultural”, en *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. 38, N° 1, Puerto Rico, 2004, y “La familia desnuda”, en *Revista Crítica Jurídica*, N° 23, UNAM-UNIBRASIL-FIDH-Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Curitiba, 2004, en prensa.

²⁹ Estas son las distintas maneras de denominar el mismo fenómeno por parte de reconocidos autores de la dogmática especializada: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Derechos Humanos y Familia”, en ARNAUD, André-Jean et al., *Aspectos constitucionales y derechos fundamentales de la familia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 57 y ss.; BIDART CAMPOS, Germán, “Familia y Derechos Humanos”, en *Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad* del mismo autor, Buenos Aires, Ediar, 1999, p. 85 y ss., y MINYERSKY, Nelly, “Derecho de Familia y aplicación de las Convenciones Internacionales sobre niños y mujeres”, en FAUR, Eleonor y Alicia LAMAS (comps.), *Derechos universales. Realidades particulares*, UNICEF, Buenos Aires, 2003, p. 96 y ss.

³⁰ En el sentido kuhniano del término. Cfr. KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991.

³¹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 1999, p. 26.

de Familia. El foco de atención de esa actividad ya no puede limitarse al análisis de las leyes infraconstitucionales, sino que debe extenderse hasta el vértice normativo nada delgado, conocido como “bloque de constitucionalidad”, conformado por un cúmulo de normas de jerarquía suprallegal al cual se le ha adicionado el adjetivo “federal” para abarcar la cúspide normativa de doble fuente (interna e internacional) comprensiva de: la Constitución Nacional y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional y para algunos autores, las Opiniones Consultivas y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³²

Esta perspectiva desde donde razonar en y el Derecho, aporta ciertos principios hermenéuticos de imposible elusión en el campo del Derecho de Familia. Entre ellos, destacamos los siguientes: la igualdad de la mujer en todos los ámbitos de la vida (específicamente reconocida en la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la Mujer), el reconocimiento del niño como sujeto de derecho (producido mediante la Convención sobre los Derechos del Niño), las cláusulas antidiscriminatorias incluidas en todos los instrumentos incorporados en el artículo 75, inciso 22, de nuestra Constitución Nacional, la ampliación de la protección constitucional de la familia prevista en el artículo 14 bis de nuestra Carta Magna, la expresa positivización de los derechos económicos, sociales y culturales (especialmente en el Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales).

C) *EL CONCEPTO DE “DIFERENCIA” COMO FUNDANTE DE LA POSMODERNIDAD*³³

Como sugiere Pietro Barcellona, “reconocer al diferente, al ‘otro’, no como un acto de caridad sino por la conciencia adquirida de que no

³² Al respecto puede consultarse, entre otros, BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado de Derecho Constitucional*, t. I-A, edición ampliada y actualizada 1999-2000, Buenos Aires, Ediar, 2000; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “El bloque de la constitucionalidad federal y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, N° 4, Buenos Aires, Ediar, 2001, y MANILI, Pablo L., *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2003.

³³ “El ambiente post-moderno se asocia con (...) un mundo donde las posibilidades de cambio son múltiples (...), un mundo que opera y que es pensado a partir de categorías

APORTES PARA LA POSTERGADA DECONSTRUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL
DERECHO DE FAMILIA

MARISA HERRERA y VERÓNICA SPAVENTA

puedo dar cuenta de mi identidad sin afirmar la diferencia del otro y custodiarla como una necesidad vital". O que, en palabras de Alicia Ruiz, "significa, pues, rechazar la identificación unitaria que niega y anula la existencia del otro. Significa también determinar de nuevo un espacio común". Un espacio que, como sostiene el jurista italiano mencionado, "es la tierra de nadie, sin apropiaciones, sin límites", donde "el único tiempo es el tiempo de lo posible, no dominado por un proyecto pero donde se pueda construir un proyecto de otro modo de convivir: el tiempo de la creación de un nuevo vínculo social".³⁴

Este concepto modifica sustancialmente el contenido del término "igualdad" (habitual protagonista de las demandas de grupos marginados por su condición de clase, etnia, género, edad, etcétera). Por lo cual, la igualdad queda redefinida como "la plena participación e inclusión de todas las personas en las instituciones de una sociedad" y como "la oportunidad sustantiva de todas las personas de desarrollar y ejercer sus capacidades y realizar sus elecciones."³⁵

Y, por último, el concepto de diferencia, con su correlativo impacto en el de igualdad, nos invita a pensar, regular y enseñar la familia como un campo plural y múltiple, porque desnuda, al tiempo que rechaza, los mecanismos a través de los cuales la diferencia se esencializa, transformándose en diferencia ontológica fundamental.³⁶ Porque instaura una "interde-

como 'posibilidad', 'paradoja', 'azar', 'diferencia'". Cfr. RUIZ, Alicia E. C., "De la deconstrucción del sujeto a la construcción de una nueva ciudadanía", en *Idas y vueltas por una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 64.

³⁴ Cfr. RUIZ, Alicia E. C, op. cit., p. 76.

³⁵ Cfr. VITURRO, Paula, "Igualdad y desigualdad", conferencia dictada en la Asociación de Filosofía del Derecho, en la Ciudad de Buenos Aires, durante el transcurso del año 2003.

³⁶ "El concepto de la diferencia entre los sexos ontológicamente constituye a las mujeres como diferentes/ otras. Los hombres no son diferentes, la gente blanca no es diferente, ni lo son los amos (...) El concepto de diferencia no tiene de por sí nada ontológico. La función de la diferencia es enmascarar en todo nivel los conflictos de intereses, incluidos los ideológicos". Cfr. WITTIG, Monique, "La mente hétero", texto leído por la autora en el marco del Congreso Internacional sobre el Lenguaje Moderno, que tuvo lugar en 1978 en Nueva York. Está traducido al castellano por Alejandra Sardá (de la versión inglesa de Mary Jo Lakeland y Susan Ellis Wolf: *The Straight Mind*). Versión electrónica publicada en <http://www.zapatosrojos.com.ar/pdg/Ensayo/Ensayo%20-%20Monique%20Wittig.htm>.

pendencia de las diferencias recíprocas (no dominantes)", en el marco de una comunidad que no aspire a suprimirlas ni a simular su inexistencia.³⁷

D) LA MIRADA DEL FEMINISMO DECONSTRUCTIVISTA³⁸ (O DEL GÉNERO A LOS ESTUDIOS "QUEER", TRANS E INTERSEX)

¿Por qué no "perspectiva de género"? Porque esta frase, altamente efectiva, casi autoevidente, se cristalizó en un sentido unívoco que remite, cual sinónimo, al concepto de "mujer". Como señala Paula Viturro, "[e]l influjo de las constancias producidas por las concepciones bioanatómicas que clasifican a los cuerpos como masculinos y femeninos es de tal magnitud que, paradójicamente, un concepto surgido del ánimo político de oponerse a la máxima 'la anatomía es el destino', queda reducido a un simple correlato cultural de los cuerpos sexuados como si estos fueran naturalmente dados".³⁹

La irrupción del "género" cuestionando la fórmula biológica del destino⁴⁰ aportó al dominio feminista un fecundo terreno para redefinir las diferencias entre varones y mujeres en relación con sus identidades, roles sociales y relaciones de poder. Disociado el "género" del "sexo", siendo el primero una lectura cultural del último,⁴¹ las feministas logran mini-

³⁷ Cfr. LORDE, Audre, "Las herramientas del amo nunca desmontan la casa del amo", en *La hermana, la extranjera*, horas y Horas, Madrid, 2004, p. 117.

³⁸ En uno de sus trabajos, asumiendo los riesgos de todo reduccionismo clasificador, Josefina Fernández, en relación con las diversas concepciones del cuerpo, divide al feminismo deconstructivista del feminismo moderno. Cfr. FERNÁNDEZ, Josefina, "Los cuerpos del feminismo", en MAFFIA, Diana (comp.), *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*, Feminaria, Buenos Aires, 2003, pp. 138-154. Por otra parte, cabe dejar sentada una segunda aclaración respecto del título elegido para este cuarto eje. Usamos el singular para hacer referencia al "feminismo" en el sentido propuesto por Teresa de Lauretis cuando aclara: "Voy a utilizar el término 'teoría feminista' (...) en singular para indicar ya no una perspectiva única y unificada, sino un proceso de conocimiento que se modifica según la especificidad histórica y está marcado por la presencia simultánea, y a menudo contradictoria, de esas diferencias en cada uno de sus ejemplos y prácticas". Cfr. DE LAURETIS, Teresa, *Diferencias. Etapas de un camino a través del feminismo*, horas y Horas, Madrid, 2000, p. 112.

³⁹ Cfr. VITURRO, Paula, "Constancias", op. cit.

⁴⁰ Desde la consagrada máxima beauvoiriana: "uno no nace mujer, sino que se hace".

⁴¹ Linda Nicholson recurre a la figura del perchero de pie para explicar como, para las feministas de la segunda ola, "el sexo es el lugar donde el género es supuestamente construido (...) El cuerpo es visto como una percha, dice, sobre la cual se cuelgan

APORTES PARA LA POSTERGADA DECONSTRUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DE FAMILIA

MARISA HERRERA y VERÓNICA SPAVENTA

mizar las diferencias biológicas entre varones y mujeres y proveerlas de nuevas significaciones y valores en el ámbito sociocultural, atravesado por las diferencias de género que lo organizan jerárquicamente.

Sin embargo, el carácter excluyente del "género" pronto quedará evidenciado.

Primero, en la década de los '70 con la aparición de las mujeres lesbianas que se incorporan a la escena para denunciar la lesbofobia del feminismo.

Luego, en los '80, con el arribo de las mujeres negras, quienes se ocuparán de rechazar el racismo del movimiento y de la teoría feminista.⁴²

Desde su condición de lesbiana y negra, Audre Lorde, es una de las feministas que mejor han sintetizado el cruce de estas voces de protesta que se levantaron al interior del feminismo: "Cualquier debate feminista sobre cuestiones personales o políticas queda desvirtuado si no tiene en cuenta (...) el papel de las diferencias en la vida de las mujeres estadounidenses: las diferencias de raza, de sexualidad, de clase y de edad (...) Uno de los mecanismos de control social consiste en inducir a las mujeres a otorgar legitimidad a una sola área de las diferencias humanas, las que existen entre las mujeres y los hombres."⁴³ Es necesario, no obstante, "arrancar de raíz los modelos de opresión que hemos interiorizado (...) [R]econocer las diferencias que nos distinguen de otras mujeres que son nuestras iguales, ni inferiores ni superiores, y diseñar los medios que nos permitan utilizar las diferencias para enriquecer nuestra visión y nuestras luchas comunes."⁴⁴

La fragmentación que estas nuevas miradas generaron en la categoría de "género", fue el antecedente del posterior debate teórico sobre la uti-

diversos tipos de artefactos relativos a la personalidad y al comportamiento". Cfr. FERNÁNDEZ, Josefina, "Los cuerpos del feminismo", op. cit., p. 143.

⁴² "Si las mujeres blancas olvidan los privilegios inherentes a su raza y definen a la mujer basándose exclusivamente en su propia experiencia, las mujeres de Color se convierten en las 'otras', en extrañas cuya experiencia y tradición son demasiado 'ajenas' para poder comprenderlas. (...) En la estructura de poder patriarcal, uno de cuyos puntales es el privilegio de tener la piel blanca, no se emplean los mismos engaños para neutralizar a las mujeres Negras y a las blancas". Cfr. LORDE, Audre, op. cit., pp. 126 y 127.

⁴³ Cfr. LORDE, Audre, op. cit., pp. 115 y 133.

⁴⁴ Cfr. LORDE, Audre, op. cit., p. 134.

lidad de mantener vigente la distinción sexo-género.⁴⁵ Debate que se sitúa ya en la década de los '90 y que se inaugura, fundamentalmente, con la publicación en el año 1990 del provocador libro de Judith Butler *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*,⁴⁶ y que un poco más tarde se enriquece con la gradual visibilización de travestis, transgéneros, transexuales e intersex. Desde entonces, "la pregunta que hay que hacerse ya no es '¿De qué modo se construye el género como (y a través de) cierta interpretación del sexo?' (una pregunta que deja la 'materia' del sexo fuera de la teorización), sino '¿A través de qué normas reguladoras se materializa el sexo?' ¿Y cómo es que el hecho de entender la materialidad del sexo como algo dado supone y consolida las condiciones normativas para que se dé tal materialización?"⁴⁷

Corrido el velo que ocultaba el modo en que el "género" estaba montado sobre una noción de cuerpo biológicamente determinado, fijo y ahistórico, la fatal crisis de esta categoría será ya inevitable. Pues, ya no es posible desconocer cómo aquel montaje eludía las diferencias habidas en las experiencias con el sexismo entre las mujeres blancas y negras, hetero y homosexuales, pobres y de clase media o alta, de países "desarrollados" o "tercermundistas", jóvenes y ancianas. Tampoco la legitimación de la jerarquización, la discriminación y la violencia que sufren todas aquellas personas cuyos cuerpos no son inteligibles bajo el esquema biomédico que clasifica los cuerpos sexuados en femeninos y masculinos.⁴⁸

⁴⁵ "Si el género es la construcción social del sexo y sólo es posible tener acceso a este 'sexo' mediante su construcción, luego, aparentemente lo que ocurre es, no sólo que el sexo es absorbido por el género, sino que el 'sexo' llega a ser algo semejante a una ficción, tal vez una fantasía, retroactivamente instalada en un sitio prelingüístico al cual no hay acceso directo". Cfr. BUTLER, Judith, *Cuerpos que importan*, Buenos Aires, Paidós, 2002, p. 23.

⁴⁶ Traducido una década después al español como *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Méjico, Paidós-UNAM-PUEG, 2001.

⁴⁷ Cfr. BUTLER, Judith, op. cit., pp. 28-29.

⁴⁸ "Somos 'inaugurados' e 'inauguradas' en el mundo a través de la respuesta a la pregunta primera, esencial: ¿es un varón o es una nena? La intersexualidad pone en suspenso, en muchos casos, la respuesta". Cfr. CABRAL, Mauro, "Pensar la intersexualidad hoy", en MAFFIA, Diana (comp.), op. cit., p. 119. "Seres que la medicina ha concebido, en la contemporaneidad, por la negativa, las no somos, por 'naturaleza', 'ni' hombres, 'ni' mujeres, sino habitantes de una corporeidad (y una identidad) 'ambigua', 'indefinida', 'incompleta', para procurar agotar el inventario de un solo

APORTES PARA LA POSTERGADA DECONSTRUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DE FAMILIA

MARISA HERRERA y VERÓNICA SPAVENTA

En definitiva, proponemos intentar repensar el nuevo orden familiar que desde las aulas reproducimos, a partir de los emancipadores aportes de las feministas negras y lesbianas, y del activismo “*queer*”, trans e intersex. Resistiendo, de ese modo, a gestos simplificadores como el difundido concepto de “género”.

E) LA INTERDISCIPLINA COMO MIRADA TRANSVERSAL

De conformidad con la complejidad propia de los conflictos que se presentan en el ámbito del Derecho de Familia, y en el marco de una concepción crítica del Derecho que no desatiende las teorías que sustenta la normatividad jurídica, la interdisciplina se presenta como un camino propicio para abordar esta rama del Derecho.

La familia, como institución clave de nuestras sociedades, ha despertado históricamente el interés de distintos tipos de conocimientos científicos. Por mencionar sólo algunos, tal vez los más importantes: la antropología, la sociología, la psicología y el trabajo social. Esos heterodoxos abordajes, aunque sean omitidos y en algunos casos hasta indi-

trago”. Cfr. CABRAL, Mauro, “Persistencias”, en FERNÁNDEZ, Josefina; Mónica D’ UVA y Paula VITURRO (comps.), *Cuerpos ineludibles. Un diálogo a partir de las sexualidades en América Latina*, Ediciones de Ají de Pollo (EAP), Buenos Aires, 2004, p. 202. A diferencia del cuerpo intersex, que puso en cuestión la existencia de un sexo binario, el cuerpo travestido, transgénérico o transexual, puso en crisis al género como categoría dual correlativa (por derivación “automática”) de aquella noción de sexo sobre la cual se construye. “¿Cuáles son las representaciones de género del travestismo? ¿Constituyen ellas un reforzamiento de las identidades de género socialmente establecidas como femenina y masculina? ¿Es el travestismo un tercer género, o, por el contrario, la expresión de una identidad paradójica para la cual la categoría de género resulta insuficiente?”. Cfr. FERNÁNDEZ, Josefina, *Cuerpos desobedientes. Travestismo e identidad de género*, edhasa-idaes (Instituto de Altos Estudios Sociales de la Universidad Nacional de San Martín), Buenos Aires, 2004, p. 15. Todas estas identidades nómades, desordenadas y abyectas -la intersexual, la travesti, la transgénero y transexual-, “repiten, representan y escenifican paródicamente el lenguaje de los géneros y denuncian al género como una realidad ‘performativa’, como un conjunto de actos carentes de un núcleo ontológico que las determine”. Identidades que “no sólo delata[n] el pacto de poder sobre el que se levanta el orden bipolar y biocéntrico de los géneros, sino que osa[n] llevar su mirada más allá del lenguaje que expresa y construye ese orden, para desordenarlo y tomarlo así más propicio a la exploración de otras formas de vida”. Cfr. FERNÁNDEZ, Josefina, *Cuerpos desobedientes. Travestismo e identidad de género*, op. cit., pp. 196 y 199.

ferentes para los operadores jurídicos, están presentes en el modo en que regulamos las relaciones jurídicas familiares.⁴⁹

¿Acaso no solemos hacer referencia a informes socioambientales, tratamientos terapéuticos bajo mandato, “estado puerperal”, pruebas genéticas, técnicas de reproducción asistida, entre tantos otros? ¿Acaso no integran los juzgados o tribunales con competencia en asuntos de familia profesionales formados en otras disciplinas de las ciencias sociales?

Esto no significa que las clases deben ser dictadas por personas imbuidas de otros saberes científicos, distintos de la abogacía. Nada más alejado de ello. Por el contrario, se trata de incentivar que los propios docentes, con sus perfiles jurídicos, se interesen por otras ópticas que facilitarán la comprensión del problema y de las soluciones jurídicas posibles.

Por lo demás, este tipo de entrenamiento, preparará a los futuros abogados a trabajar en equipos interdisciplinarios, a estar más abiertos, a escuchar otras voces, hábiles para acercarse en mejores condiciones a otros lenguajes.

Terminar de cruzar en definitiva esa barrera que tradicionalmente aisló al Derecho, y cuya superación ha “enriquecidos en las últimas décadas” a los “estudios jurídicos”, como asevera Carlos Cárcova.⁵⁰

En suma, si tenemos como intención última deconstruir para reconstruir, la beta interdisciplinaria que luce el Derecho de Familia no puede ser esquivada.

F) LA ANULACIÓN DE LA FAMILIA MATRIMONIAL COMO MODELO REGULADOR DE LAS CONDUCTAS FAMILIARES⁵¹

Vastísima es la producción literaria-académica publicada, especialmente desde la última década del siglo XX hasta la actualidad, referida

⁴⁹ Con rigor intelectual, Enrique Marí dio cuenta del modo en que esos saberes concurren al proceso de constitución del discurso jurídico, la razón de ser de su presencia, el momento en que ingresan y las formas de hacerlo, el tipo de relación que los conecta y sus movimientos. Cfr. MARÍ, Enrique E., op. cit.

⁵⁰ Cfr. CÁRCOVA, Carlos M., “Derecho, literatura y conocimiento”, en L. L. 2000-E-1229.

⁵¹ “La ‘unidad conyugal’, pieza clave de todo este andamiaje ha sido tratada casi siempre, como un mecanismo social y económico de alianzas familiares que refleja casi con exclusividad el comportamiento familiar de las elites más próximas, por acción u omisión, a la disciplina ‘Legitimum matrimonium’, consagrada en el Concilio de Tren-

APORTES PARA LA POSTERGADA DECONSTRUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DE FAMILIA

MARISA HERRERA y VERÓNICA SPAVENTA

a la transformación del concepto de familia, aunque esa producción no ha derivado todavía en la superación de la normativización matrimonial que rige con fuerza el Derecho de Familia.

El modelo familiar tradicional se levanta sobre los elementos de heterosexualidad, conyugalidad, monogamia, procreación y autoridad patriarcal, y se instala discursivamente (a partir de un discurso biologista y esencialista) como “natural”: es esta familia la “célula básica de la sociedad”.⁵² Esta cristalización de la familia matrimonial condenó a otras formas de organización familiar a vivir en los márgenes del Derecho, esquemas “enfermos”, “anormales”, “desviados”, “incompletos”, “ilegítimos”, no aptos para cumplir con los *altos* fines que toda sociedad reserva a *la* familia.

Pero, como acertadamente advierte desde la psicología Eva Giberti, quienes viven de acuerdo con modelos que históricamente fueron situados “en los bordes de lo que se entiende por linaje (...) han transformado lo instituido (el canon convencional) en instituyente (modalidades que modifican lo predeterminado) y reclaman su reconocimiento como familia aunque transgredan las pautas concebidas como recomendables por el paradigma que reguló durante los dos últimos siglos el funcionamiento de la familia en Occidente”.⁵³

to”. Cfr. CICERCHIA, Ricardo, “Familia: La historia de una idea. Los desórdenes domésticos de la plebe urbana porteña, Buenos Aires, 1776-1850”, en WAINERMAN, Catalina (comp.), *Vivir en familia*, Buenos Aires, Losada-Unicef, 1996, p. 53.

⁵² Una de las concepciones más disciplinadoras y omnipresentes de la cultura, como sostiene Maffia, es la afirmación de que toda sociedad humana es una especie de organismo que tiene una “célula básica” en la familia porque tal sociedad “tendrá en sus integrantes (el ‘tejido social’) diferentes estratos destinados a cumplir funciones específicas por su propia naturaleza, así como un pulmón y un ojo lo hacen, y sería absurdo pensar en cambiarlas pues implicaría subvertir la propia naturaleza”. Cfr. MAFFIA, Diana, Introducción al libro por ella compilado, *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*, op. cit., p. 7.

⁵³ GIBERTI, Eva, “‘La familia’ y los modelos empíricos”, en WAINERMAN, Catalina, op. cit., p. 118. “Actualmente, lo que denominaremos familia está ceñida por la polisemia, la misma que atraviesa a cualquier identidad discursiva, teniendo en cuenta que dicha institución está compuesta por sujetos que a su vez forman parte de comunidades, poblaciones, que habitan regiones geográficas y transitan por épocas diversas. La subjetividad de sus miembros está ligada inextricablemente a la precariedad y polisemia que resultan de la identidad política, económica y psicológica de sus miembros”. Cfr. GIBERTI, Eva, *La familia, a pesar de todo*, Ediciones Novedades Educativas, Buenos Aires, 2005, p. 76.

Habrá que ver (y en esta “espera” activa, el tiempo y el rol que asumamos como operadores sociales juegan un papel central), como desde una formación académico-profesional distinta la demógrafa Susana Torrado se pregunta si, bajo el paraguas de lo que denomina “familia posmoderna”, será la familia “capaz de compatibilizar algún mecanismo que vuelva a incluir (o por lo menos, deje de excluir) los vastos contingentes de población (o sea de familias) que demandan (hoy pacíficamente; quizá no así mañana) ser aceptados en el ‘banquete de la vida’. Un interrogante decimonónico si lo hay”.⁵⁴

O como se pregunta, esta vez desde el campo de la sociología, la alemana Elisabeth Beck-Gernsheim si “¿hay que atenerse a la imagen de la familia tradicional –aquella unidad padre-madre-hijo, legitimada oficialmente y vinculada de por vida– (...) [y] ver en ella la forma correcta, normal, la adecuada?”. Si “¿hay que considerar las otras formas, en comparación, como imperfectas y desviadas, deficientes y disfuncionales?”. O si, en cambio, “¿...no habrá, más bien, que rechazar la prerrogativa de preferencia que ostenta la forma tradicional?”⁵⁵

O, finalmente, como se plantea igualmente en modo de interrogación Judith Butler: “¿[d]ecimos que las familias que no se aproximan a la norma, pero reflejan la norma de alguna manera aparentemente derivativa, son copias baratas, o aceptamos que la identidad de la norma es desarticulada precisamente a través de la complejidad de su puesta en escena?”⁵⁶

Interrogantes éstos que debieran trasladarse al aula a los fines de trabajar en la desarticulación de la normatividad del modelo de familia tradicional, pregonada por Butler.

G) *EL “DIVORCIO ANUNCIADO-DESEADO” ENTRE DERECHO DE FAMILIA Y DERECHO SUCESORIO*

Es cierto que las palabras nos condenan. Y ello es lo que nos ha sucedido con este cuarto eje, al que venimos haciendo referencia entre líneas desde el primer apartado de este trabajo y más abiertamente en

⁵⁴ Cfr. TORRADO, Susana, *La herencia del ajuste. Cambios en la sociedad y en la familia*, Colección Claves para todos, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2004, p. 84.

⁵⁵ BECK-GERNSHEIM, Elisabeth, *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, Buenos Aires, Paidós, 2003, p. 23.

⁵⁶ Cfr. BUTLER, Judith, *El grito de Antígona*, Barcelona, El Roure Editorial SA, 2001, p. 106.

APORTES PARA LA POSTERGADA DECONSTRUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL
DERECHO DE FAMILIA

MARISA HERRERA y VERÓNICA SPAVENTA

el título que hemos elegido para el mismo (no es casual que en él refiramos exclusivamente a la enseñanza del Derecho de Familia, aun cuando actualmente la materia se denomine "*Derecho de Familia y Sucesiones*" por comprender tanto una como otra rama del Derecho).⁵⁷

El Derecho de Familia en particular y el Derecho Privado en general, propios de las sociedades occidentales capitalistas como la nuestra, desde sus orígenes fueron pensados y regulados en función del patrimonio, más precisamente para preservar la transmisión "legítima" de bienes. A punto tal que el patrimonio, incluso, es considerado uno de los atributos de la personalidad. Esta asociación no es novedosa y responde a una visión de la familia como unidad económica (en términos más contemporáneos, como consumidora de bienes y servicios), expuesta hace muchos años con magistral claridad en *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*,⁵⁸ obra clásica de Federico Engels: "las riquezas, a medida que iban en aumento, daban, por una parte, al hombre una posición más importante que a la mujer en la familia y, por otra parte, hacían que naciera en él la aspiración de valerse de esta ventaja para modificar en provecho de sus hijos el orden de herencia establecido. Pero esto no podía hacerse mientras permaneciera vigente la filiación según el derecho materno (...) Así quedaron abolidos la filiación femenina y el derecho hereditario materno, sustituyéndolos por la filiación paterna y el derecho hereditario paterno (...) [L]a propiedad, para cuya conservación y transmisión por herencia fueron instituidos precisamente la monogamia y el dominio del hombre".⁵⁹

Esta concepción es la que ha dominado la regulación del Derecho de Familia, la normativización de la familia tradicional y la transmisión de la herencia. Como señala el español Díez-Picazo "herencia y familia, objeto del poder quirritario, eran prácticamente la misma cosa".⁶⁰ O como asegura

⁵⁷ ¡Y todo por la módica suma de 4 meses!

⁵⁸ Editada por primera vez en el año 1884.

⁵⁹ Cfr. ENGELS, Federico, *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*, Editorial Cartago, Buenos Aires, 1986, pp. 53 y 67. "La monogamia nació de la concentración de grandes riquezas en unas mismas manos -las de un hombre- y del deseo de transmitir esas riquezas por herencia a los hijos de este hombre, excluyendo a los de cualquier otro". Cfr. ENGELS, Federico, op. cit., p. 70.

⁶⁰ Tesis que sustenta en el nombre que en los textos romanos recibía la acción de división de herencia: "*actio familiae erciscundae*". Cfr. Díez-Picazo, Luis, Prólogo al libro de

el historiador Rodríguez Molas al analizar los primeros proyectos de ley sobre divorcio en el país: "Como se ha expuesto en reiteradas veces la familia tradicional era el mecanismo más apropiado para transmitir los bienes característicos del sistema y una posición (relaciones con el poder, títulos nobiliarios, prestigio) heredada de generación en generación".⁶¹

El efecto más perverso de este vínculo simbiótico, consiste en dejar fuera de la protección constitucional del art. 14 bis una multiplicidad de formas familiares (sólo la familia matrimonial está legalmente habilitada para transmitir la herencia) y elude incorporar una perspectiva que incorpore las diferencias sociales de clase al conocimiento de esta área de la dogmática jurídica.

Al respecto, cabe advertir que la reciente reforma al plan de estudio de la carrera de abogacía puesta en marcha de manera progresiva desde el año 2005,⁶² dejó pasar una valiosa oportunidad al mantener la asociación Derecho de Familia-Derecho Sucesorio. Asociación que, por lo demás, y el dato no es menor, impide dedicarle el tiempo necesario a la enseñanza de cada una de estas especialidades.⁶³

H) INSTITUCIONES DEL DERECHO DE FAMILIA VS. DERECHOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR

Por último, y de conformidad con la línea de pensamiento hasta aquí seguida, entendemos que es un desenlace obligado proponer una reestructuración de la programación de la materia basada en derechos y no en instituciones.

Las instituciones, por excelencia, son rígidas, inamovibles o estáticas. Nacieron para perdurar, para perpetuarse en toda época. En cada operación de manutención y protección de las mismas, se reproduce un

ROCA, Encarna, *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1999, p. 21.

⁶¹ Cfr. RODRÍGUEZ MOLAS, Ricardo, *Debate nacional. Divorcio y familia tradicional*, Biblioteca Política Argentina, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1984, p. 12.

⁶² Cfr. Plan de Estudio de la Carrera de Abogacía (2004), aprobado por Resolución (CS) N° 3798/04 del 6 de diciembre de 2004 en <http://www.derecho.uba.ar/academica/carreras_grado/abogacia_plan2004.php>.

⁶³ Como adelantábamos irónicamente en una nota al pie anterior, es imposible estudiar estas dos materias en un solo cuatrimestre. Cada una de estas ramas de la dogmática necesitaría duplicar los dos meses que actualmente tiene destinados.

APORTES PARA LA POSTERGADA DECONSTRUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DE FAMILIA

MARISA HERRERA y VERÓNICA SPAVENTA

cierto orden social. Hasta aquí, con los derechos sucede algo similar: cuando reconocemos y garantizamos alguno, cualquiera sea, se conserva el *statu quo* o, por el contrario, se echa mano del potencial transformador del discurso jurídico.

Pensar el Derecho de Familia a partir de los derechos, abre el juego a tener presente las ubicaciones que a cada individuo le reservamos en el reparto de la ciudadanía. Evita miradas esquivas, justificadas en artilugios retóricos. Se protege o no el derecho constitucional a la vivienda, a vivir de conformidad con el propio plan de vida, a la identidad, a ser oído en todo proceso donde estén involucrados los propios intereses (de un menor de edad), a no ser separado del núcleo familiar por causa de pobreza, a disponer del propio cuerpo, entre otros.

Acto jurídico familiar, estado de familia, parentesco, matrimonio, divorcio vincular y separación personal, régimen de bienes, filiación, adopción, patria potestad, ejes temáticos sobre los cuales se estructura la materia, son abordados desde una óptica que cristaliza la familia en la institución matrimonial.⁶⁴

¿Se corresponde esta rigidez con aquella movilidad ínsita en la realidad de la vida, de un amplio universo de personas obligadas a correrse a los márgenes del sistema? ¿Alguna vez se pensó en la posibilidad de modificar la base sobre la cual se diseñan los programas? Ésta es nuestra propuesta: para desarmar y rearmar un nuevo modelo de enseñanza, ¿no deviene forzoso introducir cambios radicales también en y desde la estructura del contenido curricular?

Como primer punto, detenernos en ciertos defasajes y silencios terminológicos o conceptuales que dominan el aula.⁶⁵

Como desfases, podemos destacar la dificultad de modificar el uso de los vocablos: “menores” que remite a una concepción de las personas menores de edad como objeto de protección por el de niños y adolescentes; “patria potestad” para referirse a los derechos y deberes de los padres hacia sus hijos y a la inversa, reforzándose así la idea de autoridad/superioridad del padre-marido-hombre de la casa, jefe del hogar (el patriarca).

⁶⁴ Esta misma línea es seguida en materia de derechos sucesorio.

⁶⁵ Al respecto, cabe recordar aquella afirmación certera acerca de la no neutralidad del lenguaje.

Como silencios, y por imperio de la simbiosis unión matrimonial-familia: la no referencia expresa a otras formas de organización familiar (familias homosexuales o heterosexuales ensambladas y monoparentales o surgidas de una convivencia de parejas)⁶⁶; como así también por razones de "falta de tiempo", se dejan al margen los conflictos jurídicos que presentan las personas con necesidades especiales.⁶⁷

¿En qué consistiría concebir una currícula en término de derechos?

Si bien este tema excede con creces los objetivos fijados en este trabajo, donde sólo nos proponemos dejar pinceladas para un futuro bosquejo donde seamos muchos más los docentes convocados a participar, nos parece interesante dejar una idea para profundizar y un ejemplo, en miras a la llegada de ese ansiado día.

La idea se refiere a la posibilidad de elaborar una teoría general del Derecho de Familia como "unidad introductoria", estructurada a la luz del segundo de los ejes señalados: el impacto de los derechos humanos. Que luego debe atravesar transversalmente cada uno de los grandes temas que ocupen el programa.

Un ejemplo. Tomemos dos instituciones típicas del Derecho de Familia como son la filiación y la adopción. ¿Cómo podrían ser abordadas en términos de derechos?

En el primer caso, tomándose como eje central el derecho a la identidad (arts. 7º y 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño), la igualdad entre mujer y varón en cuestiones relativas a sus hijos (conf. art. 16, incs. d y f, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las

⁶⁶ En el mejor de los supuestos, esta remisión se hace durante la primera clase. Mas luego no son incorporadas esas otras múltiples realidades al estudio del Derecho de Familia. Su elusión aparece "natural".

⁶⁷ Con este tema sucede algo llamativo. Nunca se sabe si debe ser abordado en el marco de la parte general de Derecho Civil (lo que se conocía como Derecho Civil I) o dentro del Derecho de Familia (o Derecho Civil V). Lo cierto es que, en la práctica, ninguna de las dos materias se hace "cargo" de esta temática, quedando en el olvido o, a lo sumo, es ofertada por algún curso del Ciclo Profesional Orientados de libre elección. Sin embargo, las controversias que se plantean a raíz de este tema abandonado, paradójicamente, como dijimos ya, son las que se presentan con mayor asiduidad en los juzgados civiles con competencia en asuntos de familia con asiento en la Ciudad de Buenos Aires, de conformidad con los datos estadísticos proporcionados por el Centro de Informática de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

APORTES PARA LA POSTERGADA DECONSTRUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DE FAMILIA

MARISA HERRERA y VERÓNICA SPAVENTA

Formas de Discriminación de la Mujer) y el principio de no discriminación por género u orientación sexual (contenido en las cláusulas sobre igualdad contenidas en los distintos tratados de derechos humanos).

En el supuesto de la adopción, tomándose como eje, además del mencionado derecho a la identidad, el derecho a no ser separado del núcleo familiar por causas de la pobreza (conf. interpretación garantista de los arts. 2.2, 3.2, 9 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, propuesta por Mary Beloff).⁶⁸

Como se puede apreciar, pensar en clave de derechos invita, sin lugar a dudas, a extender el campo de acción del Derecho de Familia, dejando de lado aquella mirada tradicional, restrictiva. Se trata de ampliar (y paralelamente de modificar) y no de sustituir.⁶⁹ No bregamos por dejar de lado a la familia matrimonial, sino de integrarla dentro de un novedoso esquema de conocimiento plural que la erradique del lugar de privilegio que hoy ocupa, desde el cual, en términos butlerianos, toda “derivación” no es más que una copia barata.

En suma, entendemos que estos 7 apotegmas –utilizamos esta denominación para reafirmar la relevancia aquí otorgada– constituyen un primer acercamiento en pos de brindar algunos “Aportes para la postergada reconstrucción de la enseñanza del Derecho de Familia”.

IV. CIERRE

Como dice Michael Ignatieff, no debemos perder de vista que “[e]l lenguaje de los derechos humanos está ahí para recordarnos que algunos abusos son realmente intolerables y que algunas excusas por dichos abusos son realmente insoportables”.⁷⁰ También está ahí para evidenciar que en tanto discurso con pretensiones universalizadoras, el lenguaje de los

⁶⁸ Cfr. BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en el Sistema Interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.

⁶⁹ No “sustituir sino integrar esa conducta o idea en una nueva estructura del conocimiento”, si se tiene intenciones de perdurar. Cfr. POZO MUNICIO, Juan Ignacio, *Aprendices y maestros. La nueva cultura del aprendizaje*, Barcelona, Alianza, 1996, p. 77.

⁷⁰ Citado por GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, “Origen, sentido y futuro de los derechos humanos: Reflexiones para una nueva agenda”, en *Revista Internacional de Derechos Humanos Sur*, Año 1, N° 1, Red Universitaria de Derechos Humanos Sur, 1^{er} semestre 2004.

derechos humanos aísla de su ámbito de protección a quienes no pueden ser incorporados en la categoría de *humanos*.⁷¹

Las aulas universitarias no pueden seguir silenciando tales abusos bajo el pretexto de la, no ingenuamente, propiciada *neutralidad* del Derecho, de la ciencia y de la educación. Todo lo contrario, es imprescindible que abandonen la complicidad con esa “estética del silencio” que con lucidez poética pone en palabras Claudio Martyniuk⁷² y que empiecen a funcionar como ámbitos de denuncia y debate, de análisis y propuestas. Que dejen de fomentar y multiplicar la pasividad, el extrañamiento y la ceguera frente a la naturalización de la hostilidad y la indiferencia. Que reivindiquen en toda su potencialidad el carácter preformativo del Derecho, con miras a una sociedad menos discriminadora.

En el marco de un mundo posmoderno, ajeno a los discursos hegemónicos y esencialistas, que sin embargo se resisten a abandonarnos, debemos tender a la “emancipación”⁷³ y no a la regulación, siempre excluyente y opresiva,⁷⁴ a hacernos cargo de la fatal y angustiosa presencia

⁷¹ Denuncia que han venido formulando algunas minorías sexuales, como por ejemplo los intersex. Mauro Cabral, brillante historiador y activista intersex argentino, en un seminario taller sobre “*Poéticas y Políticas de la Intersexualidad*”, coordinado por el Área de “*Tecnologías del Género*” del Centro Cultural Rector Ricardo Rojas de la Universidad de Buenos Aires que dirige Paula Viturro, realizado los días 23 y 24 de mayo de 2005, señalaba que: en tanto inclasificables como varón o mujer en los términos establecidos por los protocolos médicos, los intersexuales no pueden ser considerados como *humanos* salvo que la mano *salvadora* de la medicina intervenga (como lamentablemente ocurre) violentamente sobre sus cuerpos, condenándolos de por vida a sucesivas intervenciones *normalizadoras*. Por tanto, *víctimas* de la humanidad como regulador normativo de nuestro tiempo, reivindican el derecho a *vivir como inhumanos* y la creación de un Tribunal Internacional para Inhumanos.

⁷² Cfr. MARTYNIUK, Claudio, “Fragmentos para una fenomenología de la desaparición”, en FERNÁNDEZ, Josefina, Mónica D’ UVA y Paula VITURRO (comps.), op. cit., pp. 83-101.

⁷³ “¿Puede el derecho ser emancipador?” se preguntaba el prestigioso sociólogo portugués, Boaventura de Sousa Santos, en una conferencia que dictó recientemente, el pasado 18 de abril de este año, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, auspiciada por CLACSO y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la esa alta casa de estudios (Instituto Ambrosio Gioja).

⁷⁴ Como afirma Audre Lorde: “siempre debe existir algún grupo de personas a quienes, mediante la opresión sistemática, se lleve a sentir como si estuvieran de más y a ocupar el lugar de seres inferiores deshumanizados. En nuestra sociedad dicho grupo está compuesto por las personas Negras y del Tercer Mundo, por gente de clase trabajadora, por ancianas y por las mujeres (...) El rechazo institucionalizado

APORTES PARA LA POSTERGADA DECONSTRUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL
DERECHO DE FAMILIA

MARISA HERRERA y VERÓNICA SPAVENTA

de la violencia que el Derecho persistentemente disfraza a través de su traje de discurso racional, de “discurso del orden”.⁷⁵

Educación legal, en definitiva, destinada a formar abogados y abogadas que no sólo sean sensibles al dolor producido por la opresión y discriminación social que no escapa a ojos dispuestos a mirar más allá del propio ombligo, de la propia condición de clase, género y etnia. Profesionales que tengan a su alcance herramientas que les permitan resistir y desarticular el orden del discurso jurídico que le da sentido y continuidad a aquella sociedad opresiva y discriminatoria que mantenemos desde las aulas.⁷⁶

¿Estamos dispuestos a revisar nuestras propias prácticas como docentes? ¿Nos encontramos preparados para resignar parte del poder que implica arriesgar lo “seguro”? Claramente, no es una tarea sencilla. Indudablemente es más cómodo y menos perturbador quedarse situado en los lugares conocidos. Pero también es innegable que es mucho más atrayente y enriquecedor buscar, curiosear y explorar distintas formas de comunicar y comunicarnos con los estudiantes⁷⁷ y nuevos contenidos más acordes con un Derecho de Familia menos excluyente.

de la diferencia es una necesidad básica para una economía del beneficio que necesita de la existencia de un excedente de personas marginales” Cfr. LORDE, Audre, op. cit., pp. 121 y 122.

⁷⁵ Cfr. MARÍ, Enrique E., “Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden”, en *Papeles de filosofía*, op. cit., pp. 219-247.

⁷⁶ En ese sentido pareciera dirigirse el documento “*Bases para una nueva Ley de Educación Superior*” elaborado por el decanato de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, cuando propone: “Promover las actitudes y los valores que requieren la formación de personas responsables, reflexivas, críticas, con conciencia ética y solidaria, capaces de mejorar la calidad de vida, en especial la de los sectores de la población que sufren la exclusión social”. Cfr. ALTERINI, Atilio A., Gonzalo ÁLVAREZ, Guillermo RUIZ y María Laura CLÉRICO, *Bases para una nueva ley de Educación Superior*, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2005, p. 9.

⁷⁷ A lo mejor y de una manera un tanto utópica, podríamos pensar en la siguiente ecuación: docentes inquietos = alumnos críticos.

La enseñanza del concepto de Derecho desde la Filosofía del Derecho contemporánea

RAMÓN LARRAURI TORROELLA*

Para los filósofos del Derecho, de todos los tiempos, la pregunta sobre el objeto de estudio de la disciplina jurídica, es decir, el ser del Derecho, ha sido un tema que les ha preocupado. Aquí presentaré algunas ideas recientes de conceptualización desde tres puntos de vista: una visión tridimensional, la visión interdisciplinaria y la aplicación del paradigma dialéctico triádico. Para revisar cómo ellas recogen el sentido de justicia y validez del Derecho en su conceptualización

Pero antes de entrar en materia expondré una breve visión de las tres escuelas de pensamiento que nos ofrecen diversas respuestas unidimensionales sobre el concepto de Derecho. Estas respuestas parciales no nos permiten obtener una concepción completa sobre el Derecho. Así, el jusnaturalismo considera al Derecho como una especulación sobre los valores, específicamente sobre la justicia, los cuales están presentes en la naturaleza humana. Por otro lado, el formalismo positivista reduce el objeto del Derecho a la dimensión formal-normativa. Finalmente, el sociologismo o realismo estima que dicho objeto se halla en la realidad de la vida comunitaria.

Aún hoy en día a los estudiantes de Derecho se les enseña que las normas jurídicas son el objeto de estudio de la disciplina jurídica. Y la mayoría de los practicantes del Derecho no han percibido que "las normas en cuanto tal, son objetos ideales, puras formas vacías de contenido, que se encuentran en el tiempo mas no en el espacio. Las normas, que son formas lógicas, se pueden simbolizar así: 'Dado A debe ser B o, dado no-B, debe ser S'. En esta norma completa, compuesta de dos tramos,

* Doctor en Sociología, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México; Maestro en Investigación Educativa, Instituto Superior de Ciencias de la Educación del Estado de México.

A simboliza el derecho subjetivo o facultad, B el deber, no-B el incumplimiento del deber y, S, la sanción. Es decir, hallamos simbolizadas las cuatro 'maneras de ser' del Derecho: facultad, deber, incumplimiento del deber y sanción. Si el Derecho fuese una disciplina que conoce sólo normas sería una ciencia formal, que estudia objetos ideales, al igual que las Matemáticas y la Lógica. Y ello, obviamente, no es así pues es imposible exiliar del Derecho tanto a la vida humana como a los valores que en ella se vivencian presididos por la justicia".¹

Lo anterior le permite asegurar a este autor que la conceptualización del ser humano como un ser en libertad, resulta ser el pensamiento más afortunado para sustentar que el objeto de estudio del Derecho no termina en el simple conocimiento de las normas jurídicas. Esa visión reducida, incompleta, unidimensional y formal del Derecho, desde hace varias décadas, según él, ha venido siendo sustituida por la concepción que lo comprende en su totalidad como una disciplina tridimensional.

"El tridimensionalismo nos muestra que, si bien es cierto que vida humana social, valores y normas jurídicas no pueden estar ausentes cuando se alude al objeto de estudio del Derecho, ninguno de estos objetos, por sí mismo, se constituye en el objeto de estudio de la disciplina jurídica. El concepto 'Derecho' es el resultado de la interacción entre vida humana, valores y normas jurídicas. Es la unidad resultante de esta interacción a la que podemos referirnos con el concepto 'Derecho'".²

Sustentado en Popper, Kuhn y Bunge, para una visión de la ciencia en general, y en Ricaséns, Reale, y Fernández Sessarego, para hablar del tridimensionalismo jurídico, Silva desarrolla sus propias ideas.

Con respecto a Popper está de acuerdo con que la ciencia busca la verdad y que su método es crítico, pero se opone a su impugnación del inductivismo señalando que en "En nuestra disciplina, no podríamos afirmar semejante exabrupto; en Derecho siempre nos manejamos o, por lo menos, algunas veces recurrimos a la inducción".³

Por lo que se refiere a Kuhn, resalta su rechazo a establecer la sinonimia entre teoría científica y paradigma, aplicándolo, desde nuestro punto de

¹ SILVA, 2003, p. 5.

² *Ibíd.*

³ SILVA, 2003, p. 12.

vista erróneamente, a un caso particular de teorización sobre la contratación. Sin embargo su síntesis sobre el sentido que toma el paradigma en una etapa de “ciencia normal” nos parece importante para nuestra argumentación posterior. Él dice: “Un paradigma vigente en la ciencia normal comprende: a) una teoría científica; b) métodos de observación, experimentación y medición; c) problemas y criterios para determinarlos; d) métodos de solución de problemas; e) lenguaje sobre entidades, clases de entidades, etcétera; y, f) modos de enseñar la ciencia”.⁴

Sobre Bunge, y más allá de la apología que hace de él, rescata el sentido sistémico que puede tener una filosofía científica, además aplicable al Derecho.

Para Silva, en la teoría integracionista de Ricaséns Siches se encuentran los elementos específicos de la visión tridimensional del Derecho al “plantear la necesidad de una teoría integrativa del Derecho en que norma, hecho social y valor, encuentran un equilibrio dialéctico y real, para explicar la complicada naturaleza del Derecho” (Silva, 2003, p. 14). Pero, es Miguel Reale quien mejor lo determina al señalar que “el hombre es un ser social e histórico, y que se mueve dentro de una realidad específica que es la cultura, de la cual resulta su experiencia social, que tiene diferentes variables, una de las cuales es la experiencia jurídica”. El hombre, se mueve dentro de ese “universo jurídico esencial que tiene tres elementos primordiales: hecho, valor, norma. Es hecho porque el hombre está metido en una realidad social de hombres, relaciones y objetos; valor, por cuanto lo axiológico es una dimensión humana específica que lo proyecta a lo valioso, a lo justo; norma, porque estas relaciones están reguladas por reglas o pautas, emanadas del Estado con carácter imperativo-atributivo”.⁵

Posteriormente a Reale, Fernández Sessarego define al Derecho constituido por la integración de tres elementos: norma –pensamiento–, conducta humana –objeto– y valor –finalidad–. Estos tres elementos al pertenecer al ámbito del Derecho, se exigen mutuamente su existencia, y al quedar vinculados esencialmente, conforman la ciencia jurídica.

Es en la diferenciación de las dos formas de ver la tridimensionalidad del Derecho y en las posibilidades prácticas de su aplicación, donde

⁴ *Ibíd.*

⁵ *Ibíd.*

podemos encontrar la mayor aportación del trabajo de Silva y el punto concreto donde yo resaltaré la problemática contemporánea de la filosofía del Derecho a que hacía mención al inicio del texto.

La valoración del Derecho y el sentido de justicia que nos muestra Silva, desde su posición tridimensionalista, se puede encontrar en el párrafo con el que concluye su texto: “El sentido último del Derecho es proteger la libertad que somos y la posibilidad de realizarnos en cuanto a tales, al dar cumplimiento a nuestro personal ‘proyecto de vida’. Ello, respetando a los demás en el ejercicio de sus respectivas libertades y en sintonía con el bien común”.⁶

Por otro lado, tenemos las propuestas de Sebastião Batista sobre la aplicación del paradigma dialéctico triádico en el Derecho. Su trabajo es un intento por mostrar las conveniencias de abordar la conceptualización del fenómeno jurídico desde una perspectiva más cercana al ritmo y naturaleza de la vida en su dinámica individual, grupal y social, cosa que las visiones unidimensionales o dicotómicas, según este autor, no logran, pues aquéllas muestran los elementos del fenómeno jurídico como entidades aisladas, excluyentes, y las otras se mantienen alejadas de la realidad concreta, y ambas carecen de capacidad para representar el concepto del Derecho en su efectivo movimiento, y develando en toda su integridad los nexos externos e internos que lo determinan.⁷

Para nuestro autor, el pensamiento triádico es tan remoto como la propia historia y tiene que ver con la necesidad del hombre de manejar “estructuras o paradigmas para resolver aparentes contradicciones en la existencia simultánea del Uno y los Múltiples en la totalidad”.⁸ Para él la mitología egipcia, brahmánica y griega muestran esos elementos tridimensionales que en la tradición cristiana se vuelven el fundamento del misterio de la Trinidad. Asegura, citando a Panikkar (1999, p. 77), que en la historia de la cultura humana, la realidad se ha manifestado de manera persistente como la coexistencia de tres mundos, sea que tal idea se exprese en su manifestación espacial, temporal o metafísica. Los mundos de las divinidades, los humanos y los muertos, o el cielo, la

⁶ *Ibíd.*, p. 26.

⁷ BATISTA, 2000, p. 2.

⁸ *Ibíd.*

tierra y el inframundo, el pasado, el presente y el futuro. Y aún más la clásica idea del hombre constituido por tres esencias: cuerpo, alma y espíritu, todo esto le permite asegurar que:

Con referencia al pensamiento lógico/analítico, se puede ver que lo que precisamente le constituye son los vínculos que relacionan las cosas con todo lo demás, por el principio de la no-contradicción y por el principio de la identidad (...) Por el primero sólo se puede identificar algo si se consigue diferenciarlo de todo lo demás; por el segundo sólo se puede diferenciarlo si se consigue identificarlo mostrando que no es como todos los demás (...) Pero la identificación implica la relación y la diferenciación. Se identifica relacionando y diferenciando elementos de una misma o diferente categoría o sistema. Así, el tercer elemento no es propiamente excluido, como el pensamiento monádico suele interpretar, sino mediata o inmediatamente relacionado (...) Los conceptos, razones, juicios, resultan de este proceso recurrente de identificación, relación y diferenciación.⁹

Muestra después los avances en algunos campos de la investigación en donde las visiones triádicas han sido las explicaciones más plausibles; nos muestra primero el logro que en neurofisiología se ha alcanzado con la hipótesis del cerebro triuno que plantea la existencia superpuesta de tres cerebros dentro de la masa encefálica que tienen independencia entre sí en cuanto a sus funciones pero cuyo funcionamiento global debe ser armonioso. Para la física plantea él el modelo atómico triparticular (electrón, protón y neutrón) y el de la mecánica cuántica, que plantea la conformación de las partículas nucleares como constituidas por “quarks” “antiquarks” y “gluones”, es decir tres componentes.

Con estos argumentos él plantea una pregunta: “¿Cómo estructurar la dinámica de los fenómenos jurídicos en el plano conceptual (de la idea), en el plano de la representación simbólica (plano visible, material) y en el plano fáctico, con integración, reflexión y amplitud de sus carácter racional, moral y operativo?”.¹⁰

Él entiende al paradigma como “un conjunto de principios, ideas, estructuras y conceptos que permiten interpretar, representar, teorizar y actuar en la realidad”; a la dialéctica la concibe como la discusión mul-

⁹ *Ibíd.*, p. 5.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 8.

tilateral, señalando que ésa es la concepción clásica, pues la descripta por Hegel y Marx es una dialéctica diádica, “de dos elementos en contradicción y en ciclos de tres tiempos (tesis, antítesis, síntesis)”. La dialéctica triádica relaciona tres elementos, dos de los cuales actúan en competencia o cooperación y el tercero está disponible o se ubica entre los otros dos oscilando entre ellos con la intención de cooperación. “Es un enfoque de relación o combinación de elementos o razones en la búsqueda de juicios y ritmos de equivalencia, armonía, equilibrio, justicia, proporcionalidad, etcétera, en la vida social”.¹¹

De acuerdo con esto, la tridimensionalidad del Derecho, para el paradigma dialéctico triádico, es el resultado de percibir al fenómeno jurídico con tres elementos interactivos e intercoordinados en la fase más elemental, aunque presente en toda su estructura y dinámica, tanto en el plano conceptual como en el de la representación formal y su expresión fáctica.

Según Gregori, para el paradigma dialéctico triádico, “la realidad es una red de sistemas, de la cual somos parte, en la cual se efectúan permanentemente transformaciones energéticas. Esa transformación evolutiva es recurrente y diferenciadora, como entre hijos, padres y ancestros, en ciclos probabilísticos o plausibles que se pueden mover en cualquier dirección y en secuencias regulares o ‘caóticas’. Esa red energética tiene automovimiento triádico perpetuo, formando juegos unitriádicos diversos y de diferentes apariencias, como manifestaciones de un gran juego triádico único. Cada sistema y toda la red tienen capacidad de ‘feedback’, que es informarse intuitiva y lógicamente para conseguir la autorregulación y la autoconducción en la disputa maximocrática por la supervivencia-reproducción y otras metas según el grado de complejidad de cada sistema”.¹²

La energía en los sistemas y en la realidad, según Batista, está compuesta por triples estructuras que conforman sus unidades triádicas, los propios sistemas sustentan su dinámica en la interacción o tensión entre sus tres componentes esenciales, a eso él le llama el juego triádico, el cual, “resulta del estado de tensión entre los componentes del sistema, y puede ser en el sentido de interacción, composición, cooperación, anantropía, choque, competencia, entropía, movimiento pendular, circulatorio

¹¹ *Ibíd.*, p. 9.

¹² GREGORI, 1999, p. 20, citado por BATISTA, 2000, p. 11.

u ondulatorio, para transformar, extinguir o perfeccionar el sistema. Es una relación constitutiva de partes entrelazadas en un sistema en evolución o involución. La relación puede ser interna, entre sus componentes, o externa con otros sistemas".¹³

Concluye su exposición señalando que en la realidad jurídica el juego triádico se manifiesta en las dimensiones lógico racional, moral trascendental y pragmática del Derecho, pero también se manifiesta en los factores operacionales, por eso él recomienda que se deben investigar los diferentes enfoques y campos de la realidad jurídica con este paradigma que él considera tiene la estructura suficientemente capaz de abarcar y recoger las relaciones conceptuales del Derecho, su representación formal y su resonancia fáctica en la dinámica social".¹⁴

Implícitamente se puede ver que, para Batista, el sentido de justicia y la validez del Derecho están determinados desde los factores y actores operacionales en la realidad jurídica, dejando al juego de sus interrelaciones la determinación de la dimensión predominante en cada caso. Si predomina la dimensión lógico racional apoyada por la pragmática, la validez del Derecho será la de la formalidad de la norma y la justicia será legal. Si predomina la dimensión moral trascendental con apoyo de la pragmática, la validez del Derecho se sustentará en la ética y la justicia tendrá un sentido social.

Finalmente la visión interdisciplinaria del Derecho, según Jaime Francisco Coaguila, para salvar el reduccionismo de muchos juristas, es necesario incluir, desde su conceptualización, las aportaciones de otras disciplinas que enriquezcan y hagan más científica la producción de conocimientos jurídicos.

"El francés François Ost cree que la adopción de una ciencia del Derecho Interdisciplinaria implica una importante ruptura epistemológica respecto de las racionalizaciones corrientes del fenómeno jurídico. Su propuesta consiste en explicar el Derecho relacionándolo con otros hechos o discursos sociales, sin perjuicio de no mutilar su especificidad".¹⁵

¹³ BATISTA, 2000, pp. 11-12.

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ COAGUILA, 2002, p. 1.

En ese sentido, Atienza propone cuatro enfoques desde los cuales se puede estudiar al Derecho: el primer enfoque, que él llama “*estrictamente jurídico*”, incluye a la Dogmática; el segundo, está fundamentado en determinadas ciencias humanas o sociales que, por lo tanto, dan lugar a otras tantas disciplinas jurídicas; por ejemplo, el caso de la Sociología Jurídica; en cuanto al tercero, tiene que ver con el empleo de ciertos tipos de métodos que no pretenden configurar nuevas disciplinas jurídicas pero que logran incidir en las ya constituidas, ahí se puede contar a la Teoría de Sistemas, y por último, el enfoque de las ciencias formales, el de la informática y el de la filosofía.¹⁶

Desde la perspectiva de Coaguila, la pluridisciplinariedad ha marcado las relaciones del Derecho con el resto de disciplinas científicas; sin embargo, la introducción de la interdisciplinariedad constituye una ruptura del enfoque tradicional e implica un cambio sustancial respecto a nuestra forma de concebir al Derecho en su conjunto. Para él, “los esfuerzos emprendidos por el Análisis Económico del Derecho por asimilar la idea de eficiencia económica al campo jurídico, la posibilidad abierta de los Estudios Culturales en tanto fórmula de enlace entre las Ciencias Sociales y la apuesta de los Estudios de Género por desvirtuar las categorías de femineidad y masculinidad como simples constructos; en verdad traen consigo una serie de transformaciones en nuestra percepción del Derecho”.¹⁷

Ahora bien, ¿ahí se agotan las posibilidades de encauzar la interdisciplinariedad en el Derecho?; creo que no es el propósito de Coaguila, y en lo personal no compartiría una visión reduccionista de ese punto; así pues, me propongo presentar desde una perspectiva más genérica el sentido de la interdisciplinariedad del Derecho.

Retomemos otra vez las posiciones secesionistas del estudio del Derecho; la actitud contemplativa del Derecho como conjunto articulado de normas que cumplen una función de orden social, tiene como *ratio* que los caracteres que conforman la realidad no pueden ser cuestionados, toda vez de que la función que realizan existe empíricamente. “Esta perspectiva parte ya de una práctica que se considera justificada pragmáticamente. El

¹⁶ Cfr. ATIENZA, 1985, p. 295.

¹⁷ COAGUILA, 2002, p. 5.

mero hecho de su existencia es razón suficiente para estimarla justificada y acorde con un comportamiento racional. La actitud filodóxica concibe el derecho como conjunto de preceptos socialmente vinculantes cuya obligatoriedad no es puesta en duda”.¹⁸

Para él, “La filosofía, muy al contrario, estudia el fenómeno jurídico desde el punto de vista sintético como el resultado de relaciones de complicación –tal vez por eso, si hemos de creer a buena parte del alumnado, la filosofía del derecho sea tan complicada–. La complicación –también llamada fundación o fundamentación– es aquella relación por la cual una parte está unida a otra pero sin estar contenida en ella”.¹⁹ Desde ese punto de vista, es posible asumir una actitud interdisciplinaria pues el Derecho no agota en su especificidad formal ni en sus peculiares derivaciones de validez, su potencial cognitivo, sino que al integrarlo en la “cultura jurídica” de una sociedad, entendiéndolo por ello “las ideas, valores, actitudes y opiniones que la gente mantiene en una sociedad con relación al derecho y al sistema jurídico”. Se abre así una enorme puerta por donde posiciones metodológicas, teóricas y disciplinarias entran en el estudio sistemático de la problemática jurídica cubriendo cada vez más la enorme cantidad de facetas que presentan los complejos fenómenos jurídicos contemporáneos.

Un apunte más sobre la interdisciplinaria posible en el estudio del Derecho. Seguiré apoyándome en los planteamientos de Bastida, cuya cuestión central en el trabajo al que vengo haciendo referencia, no es la interdisciplinaria, sino “*los asuntos*” de la filosofía del Derecho, pero cuya argumentación me parece más que idónea para apuntar sobre la necesidad de extender el enfoque interdisciplinario del Derecho y los sentidos que esa posición puede adoptar, además de fundamentar por qué debe ser un tema de reflexión en la filosofía del Derecho. Veamos.

Dice nuestro autor: “La filosofía del Derecho, en cuanto se preocupa principalmente del problema ontológico, procura siempre una posición de extrañamiento y trata de cuestiones externas al ordenamiento; esto es, de cuestiones que afectan y ponen en entredicho al propio marco jurídico sistemático con el que opera. La misión del filósofo es la de

¹⁸ BASTIDA, 1999, p. 438.

¹⁹ *Ibid.*, p. 439.

profanar el Derecho, esto es, ha de sacar las reliquias del templo, expulsar a los predicadores y juzgar los sermones sin el contagio que supone la contemplación de todo ello dentro del recinto sagrado".²⁰ Es decir, si la filosofía del Derecho es el estudio con sentido de totalización de todos los saberes que con un carácter particular estudian las ramas de la ciencia jurídica, y si en ellas no se agota el saber jurídico y se aceptan visiones no jurídicas en la comprensión de los fenómenos jurídicos, la "posición de extrañamiento" y las "cuestiones externas al ordenamiento" propician una posición interdisciplinaria.

Se hace evidente que desde las perspectivas de Silva, de Batista y de Coaguila podemos considerar varios enfoques sobre las posibilidades de conceptualizar al Derecho desde planos tridimensionales, triádicos o interdisciplinarios. En el primer caso está la que presenta Reale, en donde la norma el hecho y el valor no sólo son componentes irreductibles tanto del concepto como de la práctica del Derecho sino también principios básicos para su investigación; véase esto en las propias palabras del tratadista brasileño, cuando establece que "La correlación entre dichos tres elementos (hecho, valor y norma) es de naturaleza funcional y dialéctica, dada la 'implicación-polaridad' existente entre 'hecho y valor' de cuya tensión resulta el momento 'normativo'. Así las cosas éste se muestra como solución superadora e integradora en los límites circunstanciales de lugar y tiempo (concreción histórica del proceso jurídico en una dialéctica de complementariedad)".²¹

Sobre la dialéctica de la complementariedad considera que es más amplia que la dialéctica de los opuestos de Marx o Hegel, ya que en ella "se da la implicación de los opuestos en la medida en que se descubre y se revela la apariencia de la contradicción, sin que con dicho descubrimiento los términos cesen de ser contrarios, cada cual idéntico a sí mismo y ambos en necesaria y mutua correlación".²²

Esto es claro que resulta, si no opuesto, sí diferente a la idea de la dialéctica triádica, que en sentido estricto debería ser "trialéctica", pero cuya posición tampoco resuelve las contradicciones, sino que al introducir

²⁰ BASTIDA, 1999, p. 462.

²¹ REALE, 1997, p. 72.

²² *Ibíd.*, p. 83.

un tercer elemento decisorio o “inclinador de la balanza” implica racionalidades de “mayorías democráticas”. Cabe, sin embargo, establecer que en las ideas de Coaguila las relaciones entre lo conceptual, la representación formal y la facticidad del Derecho existe una interrelación en la que las tensiones entre ellos se resuelven casuísticamente, es decir, la aplicación del modelo dialéctico triádico debe hacerse para cada situación específica de la experiencia jurídica.

En el caso de Sessarego, la norma se vuelve pensamiento, el hecho o conducta humana se transforma en objeto y el valor en finalidad; así, pensamiento, objeto y finalidad como factores integrados en toda experiencia jurídica en el fondo reflejan la unicidad de la experiencia jurídica. Dice él: “El Derecho no es conducta; el Derecho no es valor, el Derecho no es norma. El Derecho es la integración de aquellos elementos: es conducta humana en su interferencia intersubjetiva, realizando o dejando de realizar valores jurídicos, representados a través de normas que son juicios imputativos de deber ser de carácter disyuntivo”.²³

En síntesis, el tridimensionalismo, y la interdisciplinariedad son elementos o factores que contribuyen al avance de la filosofía del Derecho y dan sustento a una enseñanza del concepto de Derecho más clara y definida, pero que al mismo tiempo les plantean retos al ofrecer interrogantes que buscan resolver cuestiones que en nuestro mundo globalizado no pueden ser soslayadas y mucho menos ignoradas y que deben estar presentes en la formación de los futuros juristas.

Si la multiplicidad de enfoques metodológicos teóricos del Derecho es una realidad presente en la mayoría de los centros de investigación jurídica, ¿cómo se resolverán las posibilidades de prácticas jurídicas en las dinámicas de los órdenes jurídicos que sobrepasan las fronteras nacionales?, ¿qué tanto están presentes esas realidades en el trabajo cotidiano de nuestras aulas universitarias?

En las visiones tridimensionales e interdisciplinarias de la concepción del Derecho aún no se han hecho presentes las discusiones sobre el carácter armonioso y ordenado de las sociedades humanas o su carácter conflictivo permanente; el sentido excluyente o no de esos enfoques y las posibilidades de su interrelación.

²³ Citado por SILVA, 2003, p. 22.

LA ENSEÑANZA DEL CONCEPTO DE DERECHO DESDE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEA

RAMÓN LARRAURI TORROELLA

En las visiones tridimensionales e interdisciplinarias del Derecho, sin lugar a dudas tendrá que aparecer el sentido que en lo jurídico deberán tener los conceptos como: “esfera pública”, “sociedad del riesgo”, “sociedad del conocimiento”, “sociedad red” y “reflexibilidad social”.

Y todas ellas ser llevadas a las currícula y los programas académicos que le den las armas más adecuadas a los juristas noveles que ejercerán su profesión en las próximas décadas. ¡Ése es el reto!

BIBLIOGRAFÍA

- ARRIARÁN, Samuel (2004), *Filosofía y multiculturalismo*, en Logos-Diá, [en línea] <http://oea.ajusco.upn.mx/sarrarianl_i.html> [consulta: el 12 de enero de 2005].
- ATIENZA, Manuel (1985), *Introducción al derecho*, Barcanova, Barcelona.
- BASTIDA, Freixedo Xacobe (1999), *Los asuntos de la filosofía del derecho*, en DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 22 [en línea] <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>> [consulta: 20 de julio de 2004].
- BATISTA, Sebastião (1999), *Por un nuevo paradigma jurídico: aplicación del paradigma dialéctico triádico al Derecho*, en Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 3, [en línea] <<http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero3/batista.html>> [consulta: 6 de octubre de 2004].
- BOTERO BERNAL, Andrés (2002), *Aproximación al pensar iusfilosófico de Habermas*, en Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 5 [en línea] <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero5/habermas_ficha.htm> [consulta: 6 de octubre de 2004].
- COAGUILA VALDIVIA, Jaime F. (2002), *La interdisciplinariedad del Derecho*, en Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 5 [en línea] <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero5/interdisciplinariedad_ficha.htm> [consulta: 6 de octubre de 2004].
- GREGORI, W. (1999), *Capital intelectual*, Santa Fe de Bogotá, DC, Editores, Colombia.
- KAUFMANN, Arthur (1999), *Filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- NUBIOLA, Jaime (2002), “La búsqueda de la verdad”, en *Humanidades II, Revista de la Universidad de Montevideo*, Uruguay, pp. 23, 65 [en línea] <<http://www.unav.es/users/BusquedaDeLaVerdad.html>> [consulta: 28 de enero de 2005].

- PANIKKAR, Raimon (1999), *La intuición cosmoteándrica*, Madrid, Trotta.
- PARRA G., Antonio (2004), *Multiculturalism and "The Politics of Recognition"*, with commentary by Amy Gutmann (editor), Steven C. Rockefeller, Michael Walzer, and Susan Wolf. Princeton University Press.
- QUINTANILLA PÉREZ-WICHT, Pablo (2001), "Richard Rorty: Elogio de la filosofía", en *Revista Universitaria de Investigación Arequipa*, N° 3: enero, Lima, Perú [en línea] <<http://www.aqp.com.pe/apostrofe/ap.3.art01.html>> [consulta: 16 febrero 2005].
- REALE, Miguel (1997), *Teoría tridimensional del derecho*, Madrid, Tecnos.
- SILVA CUEVA, José (2003), "Visión tridimensional del Derecho", en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* [en línea] <<http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero6/silva.html>> [consulta: 6 de octubre de 2004].
- ROOS, Alf (1975), *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba.
- TOURAINÉ, Alain (2002), *Crítica de la modernidad*, México, Fondo de Cultura Económica.
- WROBLEWSKY, Jerzy (2001), *Sentido y hecho en el derecho*, México, Fontamara.

¿Qué?, ¿Cómo? y ¿Para qué?

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

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

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

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

I. EL MODELO TRADICIONAL

A. ¿QUÉ CONCEPCIÓN DEL DERECHO SE ENSEÑA?

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

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

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

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

1. ALGUNOS EJEMPLOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸ ROJINA, op. cit., p. 75.

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

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

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

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

⁹ ROJINA, op. cit., pp. 75-6.

¹⁰ *Ibíd.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. ANÁLISIS Y CRÍTICA

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

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

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

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

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

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

3. LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL DEL DERECHO Y LA DOGMÁTICA JURÍDICA

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

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

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

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

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

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

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

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

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

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

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

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

4. LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL DEL DERECHO Y SU ENSEÑANZA

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

Para Martín F. Böhmer la concepción tradicional:

afirma que el Derecho es un conjunto de normas generales o particulares emanadas de los órganos creados al efecto, que enseñarlas significa lograr que los alumnos las conozcan, y que esta actividad se encuentra dirigida a formar a quienes trabajen con dichas normas, en cualquiera de las profesiones jurídicas (...) la enseñanza es una actividad descriptiva: los alumnos deben conocer y entender lo más claramente posible el contenido del sistema jurídico. La discusión crítica y la investigación empírica o normativa no tienen cabida en este esquema. No deben sorprender la carencia de aulas que permitan un diálogo al estilo de los seminarios, la falta de espacios para el debate y la inexistencia de clases y evaluaciones que tiendan a entrenar en la resolución de casos, en el análisis crítico de los textos legales, o en la defensa de algún cliente (...) Las facultades que asumen esta concepción general de la enseñanza del Derecho no explicitan los presupuestos sobre los que se tomaron estas decisiones (...) El presupuesto fundamental se debe encontrar en cierta concepción de la autoridad normativa (...) [que] postula que toda autoridad nace de la voluntad mayoritaria del pueblo y que sólo sus representantes pueden emitir normas jurídicas válidas, que la autoridad

²⁵ MERRYMAN, op. cit., p. 124.

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

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

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

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

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

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

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

²⁶ BÖHMER, op. cit., pp. 15-17.

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

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

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

B. ¿CÓMO SE ENSEÑA EL DERECHO?

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

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

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

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

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

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

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

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

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

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

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

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

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

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

1. MODOS DE APRENDIZAJE

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

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

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

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

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

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

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

³² *Ibíd.*, pp. 31-2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³³ *Ibíd.*, pp. 33-34.

³⁴ CAPELLA, *op. cit.*, p. 35.

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

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

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

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

Al respecto Capella dice:

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

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

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

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

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

3. LA TÉCNICA DE ENSEÑANZA

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

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

³⁹ CAPELLA, op. cit., pp. 91-93.

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

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

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

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

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

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

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

Witker, por su parte señala:

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

Los rasgos distintivos de este modelo de docencia son:

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

⁴² CAPELLA, op. cit., pp. 25-6.

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

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

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

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

1. *LOS FINES EXPLÍCITOS*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Al respecto Merryman dice:

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

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

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

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

3. EL FIN IMPLÍCITO

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

⁵⁷ Cossío, *op. cit.*, pp. 73, 75.

⁵⁸ MERRYMAN, *op. cit.*, p. 130.

⁵⁹ WITKER, Jorge, *op. cit.*, p. 223.

⁶⁰ Cossío, *op. cit.*, p. 74.

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

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

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

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

LA VARIABLE DEPENDIENTE-INDEPENDIENTE: EL CONSERVADURISMO DE LOS JURISTAS

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

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

⁶² *Ibíd.*, p. 5.

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

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

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

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

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

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

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

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

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

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

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

LA VARIABLE INDEPENDIENTE: LA DOGMÁTICA JURÍDICA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. CRITICAL LEGAL STUDIES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Pérez Lledó nos dice sobre CLS que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

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

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

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

1.1. EL DERECHO COMO POLÍTICA: UN PRIMER ACERCAMIENTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.2. LOS ANTECEDENTES DE CLS Y SUS PRINCIPALES LEGADOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸¹ *Ibíd.*, p. 183.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸³ *Ibíd.*, cap. V.

⁸⁴ *Ibíd.*, pp. 381-382.

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 398.

1.3. RASGOS BÁSICOS DE LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO DE CLS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

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

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

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

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

⁹² CAPELLA, op. cit., p. 33.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2. LAS PROPUESTAS DE CLS

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

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

⁹⁶ PÉREZ LLEDÓ, op. cit., p. 125.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 145.

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

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

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

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

¹⁰⁰ *Ibid.* p. 147.

¹⁰¹ FRANK, *op. cit.*

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

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

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

3. ¿CUÁLES SON LOS FINES QUE PRETENDE CLS?

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

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

¹⁰² *Ibid.*, p. 146.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 47.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 49.

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

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

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

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

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

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

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

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

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

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 103.

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

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

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

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

¹⁰⁶ VÁZQUEZ, op. cit., pp. 132-133.

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

IV. CONCLUSIONES

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

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

¹⁰⁷ *Ibíd*, op. cit., p. 399.

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

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

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

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

A. CONCLUSIONES

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

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

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

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

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

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

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

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

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

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

B. PROPUESTAS

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

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

1. ¿QUÉ CONCEPCIÓN DEL DERECHO SE DEBERÍA UTILIZAR?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. ¿CÓMO SE PUEDE ENSEÑAR EL DERECHO?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹¹⁶ Ver, por ejemplo, FRANK, op. cit.

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

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

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

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

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

3. *¿CON QUÉ FINES SE DEBE ENSEÑAR?*

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

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

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

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

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

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

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

¹¹⁷ VÁZQUEZ, op. cit., p. 138.

Clásicos

El nuevo programa de Derecho Civil*

ALFREDO COLMO**

I

A mediados de 1911, nuestra Facultad de Derecho puso en vigencia un nuevo programa de Derecho Civil, para ser aplicado, gradual y progresivamente, a contar desde el año en curso.

Dicho programa comporta más de una modificación con respecto al que hasta entonces imperara, según se verá oportunamente en el curso de este trabajo. Baste, por ahora, con hacer notar que se ha querido con él unificar y coordinar los cuatro programas parciales de los años en que la enseñanza de tal materia está dividida en la Facultad. Lo que ha implicado no sólo una relativa alteración de fondo, de la materia misma; sino, además, otra en lo que hace al espíritu de dicho contenido, y una última en lo que hace al de su método y al de su enseñanza.

Parece que la reforma está lejos de haber agradado a todo el mundo. Lo que, por lo demás, es bien natural, y aun conveniente. Como que la controversia puede aportar más de un nuevo punto de vista y suministrar criterios ignorados y de positivo valor. Y como que, por sobre todo, acusará un poco de espíritu personal y de independenciamiento en la apreciación de la misma, lo que en la práctica se traducirá en divergencias que son el secreto de toda fecundidad y progreso intelectual.

Y yo por mi lado y como partidario de la modificación voy a procurar exponer el espíritu de la misma; si bien, claro está, a través de mi temperamento y de mi modo de encarar las cosas.

* Publicado originalmente en *Anales de la Facultad de Derecho*, Facultad de Derecho, UBA, 1912, t. II, pp. 203-265.

** Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, miembro de la Cámara 1ª de Apelación de la Capital Federal y de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. 1878-1934.

Me lo imponen dos circunstancias distintas. Desde luego, la de haber formado parte de la comisión de profesores que proyectara tal programa. Después, la de que –aparte los defectos que esa obra tenga (y yo soy el primero en convenir que ha de tener más de uno), y que no tendría el menor inconveniente en confesar– no todo el mundo ha asimilado el espíritu correcto de la reforma, ni está bien poseído de la naturaleza ni del alcance de la misma.

Tendré, por eso, que hacerme cargo de las críticas –léase “crítica” en singular; pues que no conozco sino una– que contra ella se ha dirigido. Y ello en dos sentidos. Primero, para restablecer la verdad de los supuestos de hecho de la reforma, no siempre respetados. Enseguida, para mostrar en esa confutación –y en la consiguiente demostración negativa– el escaso valor que, a mi juicio, puede acordarse a las observaciones de que aquélla ha sido objeto.

Me dolerá un poco al efecto el tener que insistir en más de un lugar común educativo y jurídico. La crítica a que me refiero parece tan apasionada que ha llegado a cegar un poco la vista de su autor; por lo mismo que éste llega a afirmar o a negar proposiciones a cuyo respecto no habría estado de más una pequeña demostración. Por descontado el que trataré de limitar casos como esos a lo estrictamente necesario.

II

Ha afirmado Nietzsche –¿en *La gaya ciencia*? ¿En *El origen de la tragedia*?– que el valor artístico de cualquier producción se mide por la cantidad y la calidad del elemento objetivo que se ha incorporado a la misma. Como que es así posible su asimilación a las producciones naturales. Como que así expresa lo que hay de común en la misma naturaleza. Y como que así “interesa” indeterminadamente a todo el mundo.

Lo que en ella haya de subjetivo, de lirismo personal del artista es, por eso mismo, de limitado valor. Vale para esa persona, y, a lo sumo, para las demás que participen de su propia modalidad. Carece, pues, de toda virtualidad “general”. Y con su extensión se restringe su mérito.

No quiero, intencionalmente, entrar a profundizar ni a discutir la proposición. Me limito a hacer constar que, en todo caso, no es sino un aspecto de algo mucho más general. Todo en el mundo marcha hacia

un mayor “objetivismo”: las artes, el comercio, las industrias, las ciencias, las mismas relaciones sociales. Al antropomorfismo primitivo, que subordinaba cualquier apreciación al “centrismo” del punto de vista personal, ha sucedido el “estado” positivo de su progresiva objetivación. ¿Habrá que recordarlo en lo que hace a la alquimia y a la astrología, en lo que respecta a la medicina y a la psicología, al clasicismo de la música destronado por el “wagnerismo” contemporáneo, a la historia de Laurent frente a la de Taine, al comercio personal y de detalle ahogado por las colosales empresas modernas? En lo que respecta al Derecho, tengo en preparación, desde hace algún tiempo, un trabajo de algún aliento que, espero, acreditará la afirmación con evidencia.

¿Cómo concebir, entonces –y sobre todo cómo admitirlo– que en una apreciación jurídica se introduzca ese subjetivismo?

El hecho se me ha presentado con el trabajo del doctor Prayones, *Las reformas en la Facultad de Derecho*, que su autor ha tenido la gentileza de enviarme.

Pese a su título, el opúsculo no trata de las reformas, sino de algunas. Y aun puedo hablar en singular: de la relativa a los programas de Derecho Civil.

El autor no es partidario de ella, y formula abiertamente sus críticas al respecto.

Nada hay en ello de observable. Bien al contrario. Ese ejercicio de la crítica –sana, porque procedente de una honesta intención, y tal es el caso de nuestro autor, lleno de cariño por su materia y por la enseñanza– no abunda entre nosotros. Parecería que se temiese indisponer a alguien. Se cree –y no sin razón, a fe– que el autor de la obra criticada va a personalizar el espíritu de la crítica y aun esta misma. Y se prefiere callar, antes que crearse una enemistad. De ahí las críticas tan a menudo complacientes. De ahí particularmente, la ausencia de toda crítica. De ahí, por último –la ausencia de la función que atrofia el órgano– la falta de críticos. Por donde una aminoración progresiva del espíritu de independencia –científica, artística y aun personal– que es una gran virtud y que entre nosotros resulta casi un delito, y que por eso no nos sobra.

Pero –¿hay algo que no tenga su “pero”– nuestro crítico no ha sabido, a mi juicio, y malgrado su intención, mantenerse en el terreno ade-

cuado. Ha incorporado demasiado “antropocentrismo” en su trabajo: ha descuidado cabalmente lo que hay de más importante en casos tales: la verdad.

Convengo en que es un poco fuerte lo que digo. Pera convéngase, también, en que es más fuerte el dar pie para decirlo. Y ya se verá que el doctor Prayones ha sido conducido a confundir más de una situación, a olvidar otras, y hasta crear algunas.

Lo que, por lo demás, es entre nosotros bien corriente. Subjetivizamos todo, en principio, aun las críticas. Claro está que, así la verdad objetiva resulta más de una vez disimulada o enmascarada. Y ello malgrado nosotros mismos, por la sola fuerza del punto de partida.

Y en verdad que no creo pueda sostenerse que criticar y exagerar o alterar la verdad, sean conceptos ni afines, ni mucho menos sinónimos.

Procuraré, pues, restablecer la verdad objetiva –“la verdad” simplemente, pues que no hay más que una- y luego hacerme cargo de las observaciones de nuestro crítico.

Me duele, a propósito, el que, por razón de mi ausencia, tenga que confiar a mi memoria lo primero. Ello implicará para mí una fuerte desventaja. Como que no podré precisar, ni menos transcribir. No hay peligro de que pueda deformar la realidad, pues que me desmentiría enseguida lo que hay de constante y publicado al respecto.

III

La Facultad de Derecho había creído conveniente establecer una coordinación entre los distintos programas sobre todo entre los de materias afines. Comprenderáse que, así, se imponía el coordinar los de una misma materia, como son los de los cuatro años de Derecho Civil.

La comisión designada llamó a su seno un buen día a todos los profesores de Derecho Civil –titulares y suplentes- y les planteó el problema, encareciendo su solución, pues que se perseguía ese propósito de mucho atrás sin resultado positivo.

Esa pequeña asamblea de los profesores resolvió nombrar una comisión de los mismos para que estableciera tal coordinación y unidad entre los cuatro programas, en un proyecto que debía presentar.

Los miembros de la comisión resultaron ser los doctores Paz, Prayones y yo.

Es de advertir que la asamblea de profesores prefijó más de un punto departida. Que el programa debía ser sintético, de Derecho -y no de Código-, de curso (y no de examen), y algo más que no recuerdo.

La comisión se dividió el trabajo. El doctor Paz se encargó de redactar el de su curso, al doctor Prayones el del suyo, y yo el del mío y el de primer año. Luego se reunió más de una vez, para uniformar y correlacionar los tres proyectos, así como para presentar el proyecto entero.

Se observó en la asamblea de profesores algún detalle en los proyectos parciales del doctor Paz y en el mío; y se insistió en que el del doctor Prayones no era sintético como se había preestablecido, razón en cuya virtud se le rogó quisiera modificarlo y adaptarlo.

Así lo hizo. Y la asamblea lo adoptó.

Hay que hacer constar que en la última asamblea de los profesores -siempre en presencia de la comisión de programas- se discutió, algo bizantinamente, más de un punto. Así, en el proyecto de la comisión, los privilegios figuraban junto con los derechos reales, por lo mismo que tienen sus efectos fundamentales; malgrado lo cual se resolvió que debían estar allá entre las sucesiones. Se discutió, igualmente, si convenía o no seguir el método y plan del Código; si en el programa del primer curso -que es como una introducción al Derecho Civil, y que contiene tópicos como los de la aplicación, retroactividad, etcétera, de las leyes- podía figurar lo relativo a la distinción del derecho en subjetivo y objetivo.

Esto último fue criticado por el doctor Prayones, y la asamblea le dio razón.

La última reforma que se adoptó, fue propuesta por mí mismo, de acuerdo con lo que se decía en el mismo informe de la comisión de profesores. Por razón de sobrecargo en el respectivo programa, y malgrado las exigencias de método, se pasó al programa de primer año lo relativo a los delitos y a los cuasidelitos que figuraba en el de tercero.

Puedo afirmar que no se reformó otra cosa, y que todas las observaciones de nuestro crítico se resumieron en lo de la supresión del dístico del derecho en subjetivo y en objetivo, así como, claro está, en la defensa de su programa parcial primitivo.

IV

Y paso enseguida al examen de las afirmaciones y opiniones de nuestro crítico.

Hago constar, desde luego, que me ha sido un poco difícil el establecer alguna relación entre las mismas. El autor se repite en capítulos muy diversos, establece correlaciones que no me ha sido dable descubrir, y sigue un método de exposición y de crítica para mí extraño.

Procuraré, pues, sistematizar algo al respecto, de acuerdo con mi modo de encarar las cosas: por el lado de lo claro y de lo sencillo.

Comenzaré, por de pronto, con una proposición que no es del todo exacta. En la página 10 se explaya contra las "reformas en *bloc*". Cita al efecto a Le Bon, y encuentra con él que esa "ilusión latina" -de que un pueblo puede modificar a voluntad sus instituciones- es propiamente una ilusión. Diré, de paso, que no comulgo con la afirmación de nuestro crítico de que esa ilusión estriba en nuestro defecto nacional de la mentira. Convengo en que tal defecto es bien argentino, eso sí. Pero en verdad no alcanzo la relación que pueda haber entre ambas circunstancias. Yo hubiera pensado que se trata de un achaque de inexperiencia, de impulsivismo, de irreflexión. Mentimos por cálculo, por conveniencia, hasta por hábito. Pero en el caso no se trata, en modo alguno, de mentira sino de error.

Pero, por sobre todo, el mismo postulado. ¿De dónde y cómo puédesse hablar en el caso de "reformas en *bloc*"? Lo que se ha tocado ha sido, apenas, el programa de Derecho Civil, imprimiéndosele un carácter menos casuista y más científico que el que tenía. Y el Derecho Civil no es toda la materia de estudio en la Facultad, ni mucho menos todavía, la Facultad misma. Porque reformar en *bloc* -¿habrá que recurrir a un léxico al efecto?- es alterar en conjunto, en total. Y cuenta que del mismo programa no puede inferirse una reforma en *bloc*: como que la materia es la misma; y como que tan sólo se ha pretendido reducirla a términos científicos.

V

Mucho más importante es lo que concierne al segundo punto de vista de nuestro crítico, que entro a considerar.

Ese carácter de relativo tecnicismo que se ha querido estampar en el Derecho Civil y en su método y enseñanza, no es de su agrado.

Vincula la circunstancia con algunas otras más o menos concomitantes, y desde la página 9 de su trabajo se pregunta si hay “conveniencia en ese cultivo de la ciencia por la ciencia misma”, o de la “ciencia pura”.

La negativa se le impone con bastante vigor. Como que encuentra en semejante concepto o criterio, una larga serie de inconvenientes. Pero es indispensable, ante todo, el precisar los términos. ¿A qué se llama “ciencia pura”? ¿Cuándo, cómo y dónde se la ha puesto en práctica?

Y debo confesar que la mayoría de esos elementos y supuestos de hecho faltan en aquel trabajo.

Parece que la ciencia pura consiste en “grandes concepciones idealistas”, faltas de la “realidad del Derecho positivo”. Parece, también, que el procedimiento consiguiente estriba en “hacer cursos interminables”, en “despreciar el Código”, y en ir a “inspirarse en las legislaciones extranjeras y en usar del Derecho Comparado confundiéndolo con el propio” (pp. 21 y 33).

Pero, ¿es que ha ocurrido ello en nuestra Facultad? ¿Quién lo ha hecho? ¿Cuándo? ¿En qué materias? No lo sabemos.

Y lo peor en mi caso es que yo no lo sé ni por nuestro crítico ni por ninguna otra fuente. Y ello no obstante que creo conocer la Facultad como cualquiera.

Mas quiero aceptar el supuesto. Ya veremos, dentro de las afirmaciones del mismo autor, qué importancia reviste.

Y no costará un esfuerzo sobrehumano el convencerse de que tal importancia es poco fuerte, si, todavía, puede hallarse alguna fuerza en lo vago y en lo contradictorio.

Para bien verlo, es menester seguir al crítico en todo el desenvolvimiento de su tesis, así como en las aplicaciones concretas que de la misma procura hacer.

Ya se lo ha visto. “La ciencia pura” vive, según aquél, de “concepciones idealistas”, “de ciencia libresca”, de “montañas de libros inútiles”, de “cursos interminables”, etcétera. Es, en síntesis, una obra de puro discurso, de mera oratoria, de simple erudición fría y falsa.

De ahí, según el mismo, una serie de consecuencias.

- 1° La de “despreciar el Código”, la de “ir a inspirarse en las legislaciones extranjeras para usar del Derecho Comparado confundiendo con el propio”, la de “apartarse de la ley y extraviar a los estudiantes en el campo de la abstracción sin ningún beneficio práctico” (p. 89).
- 2° La de convertirse en una enseñanza “meramente teórica”, de palabras, de ideas, si se quiere; mas no del derecho vivo y real, mas no del derecho práctico en ejercicios adecuados (p. 12).
- 3° La de equivocar la técnica de la interpretación del Código, que debe inspirarse en “el culto de la ley” (p. 36), esto es, en el respeto de la disposición escrita y en la intangibilidad del pensamiento del legislador.
- 4° La de exigir, de parte del alumno, “un esfuerzo estupendo de memoria” para recordar “teorías y más teorías, la mayoría de las veces incomprendidas, pero sin aportar jamás una sola idea, un pensamiento propio” (p. 12).
- 5° La de que, por último, dicha ciencia pura “ha traído desde que se implantó en la casa, la decadencia del Derecho Civil” (p. 19); sobre todo en cuanto se lo ha hermanado, como por fuerza, con lo palabrero y poco firme de más de una ciencia social.

VI

Hallo que el cuadro es demasiado sombrío para que pueda ser real. Y espero poder demostrar que tal es la verdad.

Me atengo, por de contado, a la idea madre, a la de la “ciencia pura”, que nuestro crítico contrapone a la de la realidad, a la verdadera.

Y digo, antes que nada, algo que es bien intuitivo. Esa contraposición es positivamente irreal. No hay dos ciencias, como no hay dos verdades. No puede, pues, admitirse una ciencia verdadera (la de la realidad), y otra falsa (esa de las “grandes concepciones idealistas”). La primera, así en singular, ciencia es hija y esclava de la realidad. Y la ciencia que no se inspira en la realidad, no es ciencia.

Hácese recordar esta pretendida antinomia, una análoga que en ocasión anterior estableciera el doctor Juan A. García entre la lógica de la realidad y la lógica de los libros, si bien con mucha finura y talento. Pretendía éste demostrar que ambas lógicas discuerdan; que la segunda conduce a torpezas jurídicas, como son la de no respetar los derechos de los terceros, que son todo el mundo, que constituyen el orden público, la seguridad de las transacciones, la afirmación y el desenvolvimiento del comercio, del crédito y de la riqueza; y que sólo la primera permitía una solución en tal sentido. Como si pudiera ni siquiera suponerse otra lógica que la que obedece a los hechos objetivos y a las "relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas".

Lo que acaso quiere decirse, es que puede existir tal antagonismo entre la ciencia y la manera como algunos la comprenden y la aplican. Pero entonces no se generalice, ni menos se objetive una circunstancia que puede ser eminentemente limitada y personal.

¿Es posible, entonces, admitirle el que "la ciencia por la ciencia nos lleva a ver todos los hijos (legítimos e ilegítimos) iguales, sin distinciones de ninguna especie", siendo así que la "realidad es otra"? ¿De dónde semejante antinomia? ¿En nombre de qué principios se habla en ese supuesto, para decir que allí la ciencia no corresponde a la realidad? ¿En nombre de qué otros principios se llega a pontificar y a dogmatizar, sentándose que es la realidad objetiva y necesaria la que establece diferencias entre esas dos especies de hijos? Y, de paso tan sólo -pues que ya volveré, en otro sentido, sobre el punto- hago constar que los principios del primer supuesto estriban, para nuestro crítico, en la opinión personal de un autor; y que los del segundo ("la realidad") dimanen de la autoridad -bien discutible- de dos autores españoles, y de Laurent, así como de lo resuelto por el Código Civil alemán.

Hay, como se ve, no poco de frágil en tal construcción.

Y lo hay, me parece, aun en lo que, según el crítico, puede haber determinado el otro -supuesto para mí, como ya he advertido- del culto de la ciencia por la ciencia.

Cree éste -y convengo en principio- que los argentinos estamos dominados por el deseo de enriquecernos y de gozar, y que todo lo subordinamos al dinero y a la fortuna. Y pretende, luego, hacer una

aplicación inmediata de ello a la vida de la Facultad. Llega, con efecto, a sentar que ésta ha querido reaccionar contra ese epicúreo pedestrismo que tiende a invadir el campo de la ciencia y de la enseñanza, mediante la implantación de aquella cultura desinteresada y superior; para lo cual ha tratado de suprimir “esa cualidad” (no sé si en el profesorado o en la ciencia misma).

Y, ya que toco el profesorado, permítaseme la siguiente incidencia –de relación bien accidental y pobre, convengo– al respecto. Cree nuestro crítico que lo esencial en toda buena educación es el profesorado. Estoy de pleno acuerdo. No necesito repetir aquí lo que he dicho mucho más de una vez, en la pasada encuesta de la Facultad, en mi trabajo *La encuesta sobre la educación secundaria*, etcétera, y, particularmente para el caso, en lo que la comisión de profesores dijo en su respectivo informe al acompañar el proyecto referido. He traído la incidencia: 1º para mostrar que, según el mismo crítico, la discusión –si cabía– debió versar sobre otra cosa; 2º para hacer notar que, malgrado la importancia de la materia, éste se ha limitado a apuntarla, pues que no ha aportado la menor insinuación relativa a su tratamiento y remedio.

VII

No se ha de encontrar mucha mayor consistencia en lo que toca a las aplicaciones y consecuencias de esa idea madre.

¿Hay algo más ilustrativo, más inocente y más fecundo que el ejemplo de la legislación extranjera? Fundamentalmente, el hombre y los pueblos tienen la misma naturaleza y experimentan análogas necesidades, en la Argentina como en el Japón. ¿Por qué, entonces, no ir a inspirarse en el ejemplo ajeno? Habría presunción, me parece, en creerse los monopolizadores de la verdad. Y hay peligro –el de la anquilosis– en vivir dentro de sí. Ese comercio externo es siempre fecundo, así en Derecho como en industrias y comercio, y como aun en materia de sentimientos, y educación. Como que no se hace sino aplicar una ley hasta biológica: la de las cruas.

Por algo ha de ser que Tarde ha fundado todo su sistema sociológico en el proceso psicológico de la imitación; y ha llegado a realizar una meritoria aplicación del principio en lo que concierne a nuestra ciencia, con

su obra *Les transformations du droit*. Por algo ha de ser que Lambert ha escrito todo un grueso volumen para servir de introducción al estudio del Derecho Comparado, en el cual demuestra que éste llena una positiva necesidad al permitir determinar lo que hay de semejante en las legislaciones de los distintos países, lo que él llama el Derecho común internacional. También por algo ha de ser que la modernísima escuela francesa de Derecho Civil, que cuenta con maestros que se llaman Esmein, Génny, Saleilles, etcétera, proclama que una de las primeras reglas de interpretación del Derecho positivo estriba en el ejemplo de las legislaciones extranjeras.

Tan es cierto todo eso, que nuestro mismo autor y crítico se ve, como llevado de la mano, obligado a confesarlo paladinamente. En la página 41, con efecto, nos dice que no basta –en la tarea de la interpretación de la ley– con recurrir a los principios, pues que éstos “no alumbrarán el campo del Derecho nacional sino con los elementos propios”; que “hay siempre un horizonte más extenso”, como es el de “otras legislaciones y de otra civilización que rodea la de un país”: y que, por eso, “el fundamento que en uno y otro país tenga una misma institución, sus tradiciones, la raza, el medio ambiente, las necesidades políticas, económicas y sociales a que respondan, son los últimos estudios que vendrán a coronar la obra educativa del maestro”.

Yo no pediría más.

Cierto es que queda siempre lo del sentido de la medida y de la limitación. Cierto es que hay que saber distinguir entre lo que es secundario y lo que es principal, entre el recurso o el medio y el objeto o el fin. Pero entonces precítese los términos del asunto y no se critique el recurso por su aplicación, no se hable mal de la legislación comparada por el abuso que en su nombre pueda cometerse. Y hago constar, a propósito, que no sé en modo alguno de nadie en nuestra facultad que haya pasado de un uso bien discreto y tímido del ejemplo de los códigos ajenos, limitado a la legislación española, a Freitas, al Código francés y al Código alemán, y en casos no frecuentes.

VIII

Nadie disconvendrá con nuestro autor en lo que se refiere a los inconvenientes de la enseñanza “puramente teórica”, y en la necesidad de

que se obligue al alumno a familiarizarse en ejercicios de todo género, con el fondo objetivo, sociológico, de determinismo variable del Derecho, o, lo que es lo mismo, con el proceso viviente, de constante cambio, del Derecho. Como que hay que determinar la noción positiva de su origen, naturaleza y desarrollo, de entre la maraña de factores de todo género –sobre todo económicos– que lo informan. Como que el Derecho debe ser aprendido así objetivamente: acaso “mediante” o “por” los libros, pero jamás “en” los libros. Y como que el Derecho es un producto espontáneo y natural, exactamente como lo *es* la ciencia en general, y como lo son el comercio, las industrias, las artes, el idioma, una planta o un río.

Pero la verdad es que nadie ha necesitado de la observación de aquél, para así comprenderlo y realizarlo.

La precitada comisión de profesores –y dejo por ahora de lado lo que en sus respectivos cursos han hecho en tal sentido los profesores de nuestra casa universitaria– se dio perfecta cuenta de ello. Hay que “ver” el Derecho, si así puedo expresarme, en el juego concreto de los usos y de las costumbres, de la jurisprudencia y de las necesidades sociales. De otro modo, se lo reduciría a una simple noción intelectual, de estéril fecundidad y de apariencias mentida. Y nada hay mejor al efecto que las clases prácticas, en las cuales la visita, el expediente, la propia actividad, establezcan una como identificación entre el sujeto y el objeto. De ahí que la comisión no olvidase lo relativo al método de enseñanza. De ahí que la misma recordase las ventajas de las clases de seminario. Lo que es cierto es que no proyectó nada en tal sentido. Pero lo hizo con plena intención, según dijo en el premencionado informe. No consideró que entrase en sus atribuciones: el asunto era de carácter general, aplicable en cualquier enseñanza en la facultad; y la comisión se habría arrogado facultades ajenas y aun innecesarias, desde que “su” punto de vista podía bien no ser el que conviniera al régimen fundamentalmente común a implantarse.

IX

De más momento es la observación relativa a la técnica de la interpretación del Código, en cuya virtud se pretende que el afán doctrinario

y de legislación comparada, llega a hacer despreciar nuestro Código y a hacer perder el "culto de la ley". Hago constar, desde luego, que el supuesto es inexacto. Nadie, que yo sepa, empieza la interpretación de nuestra ley con el argumento del ejemplo de las leyes ajenas, ni menos con los silogismos de tal o cual autor, extranjero por supuesto.

Y si la crítica quiere hacer resaltar los inconvenientes del empleo de tales medios interpretativos, declaróme completamente extrañado. ¡Cómo! ¿Es en nuestra época de internacionalismo, es en el momento del orto científico y positivo de las ciencias sociales –hasta ahora mantenidas dentro del antropomorfismo de los criterios personales y empirista– cuando puede clamarse contra recursos tan preciosos? ¿No ha pasado ya, y por fortuna, la época de las interpretaciones minúsculas, con los distingos sofisticos de la lógica escolástica? ¿No se ha perdido la época de la aplicación ciega de las reglas romanas –en latín sobre todo, como más sonante y lleno de esotérico misterio–, muy sabias, sin duda, pero en buena parte *démodées*, por lo mismo que responden a un Derecho y a un medio que no tienen ni pueden tener la misma naturaleza y caracteres que en la actualidad? ¿Es que el progreso puede significar regresión?

En verdad que no me agradaría continuar viendo el cuadro que he tratado de pintar en mi trabajo *Carácter del Derecho Civil contemporáneo*, donde, a propósito del criterio imperante de nuestros juristas, he dicho lo que sigue con respecto a la interpretación de las leyes de parte de los mismos: "La interpretación de los preceptos legales es bien parecida (a lo diminuto de aquel criterio): cuál es la regla, cuál es la excepción. Las máximas romanas –que no son ley para nosotros– juegan un papel decisivo: no hay que distinguir si la ley no distingue; sin perjuicio de que en otros casos se distinga, y se busque al efecto el apoyo de otra máxima –que es cabalmente la contraria de la anterior– según la cual la *ratio legis* debe prevalecer sobre la mera expresión literal de la misma. De simples argumentos 'a contrario' se saca verdaderos mundos. Y cuando nuestro jurista –hablo, como se comprende, sólo en general, del tipo dominante– halla un artículo en contradicción con otro; aquí de su refocilo y sus ejercicios logomáquicos y romanistas, en largas páginas, para conciliarlos".

Me declaro, pues, partidario decidido de los criterios y autores modernos. Respétese la ley, pero hágasela vivir. Aplíquese la ley, mas no como lo haría la inconsciente frialdad de una máquina, sino en confor-

midad con su intención y objeto. Infiérase de la ley misma, desde luego; pero no se deje de tener en cuenta las necesidades del momento, que no pueden resultar traicionadas por aquélla. Compréndase que la sociedad –y con ella la actividad jurídica– es un producto de factores objetivos y necesarios; y que, de consiguiente, no es ésta la que habrá de atemperarse a aquélla, sino al revés. Y no se olvide que las leyes se hacen para procurar, en cuanto ello es posible, el bienestar social, y nunca la estagnación ni, mucho menos, el retroceso.

Creo por eso que han hecho obra meritoria y científica los que han sentado las bases de criterios interpretativos así. Mallieux, Vander Eicken, Saleilles, Gény y varios otros, en Francia y fuera de ella, han propiciado, en sus cursos o en sus libros, con esta o aquella variante accidental o formal, el advenimiento de la nueva era, en la cual se habrá de quitar a las leyes el temor místico que inspiraban, y se habrá de hacer desaparecer el draconismo que en las mismas se creía incorporado. Bastará, al efecto, que se establezca el natural consorcio de ellas con la sociedad, para hacer que ambas marchen paralelamente hacia la verdad y la vida.

X

Dícese, todavía, que “para enseñar Derecho Civil hay que tener el culto de la ley”. He ahí un pequeño abuso de las grandes palabras: el “culto de la ley”. De acuerdo. ¿Pero en qué sentido? ¿A qué se llama el “culto de la ley”? ¿Cuándo puede decirse que no se la respeta? Desde el momento que no se la aplica a la letra, ya se la ha violado. Y quiero conocer, en todo el mundo, un sólo juez que se atenga al texto literal de la misma. Más aún. El pensamiento del legislador está expresado con palabras. ¿Con arreglo a qué criterio se determinará el sentido de éstas? ¿Con el de los léxicos oficiales? ¡Pero por favor! Los léxicos no son completos, desde luego. Después, y para nosotros, “nuestro” léxico oficial es bien inadaptable, por lo mismo que el castellano de los argentinos difiere no poco del castellano español. Y, en seguida, hay términos que tienen dos y diez acepciones. ¿A cuál de ellas se recurriría? Pero, por encima de todo, queda lo relativo a la puntuación, a la construcción, al régimen, a la proposición, en suma –que es lo importante en el discurso– para lo cual todo léxico sobra por inútil. Es, entonces, absolutamente

indispensable el recurrir, en cualquier sistema interpretativo, a elementos exteriores al Código. Y en tal supuesto, nadie puede escapar a la observación de que ha violado la ley.

Por lo demás, es equivocar un tanto las situaciones el hablar de “culto” de la ley respecto de un profesor. Puedo admitirlo, dentro de cierto criterio y medida, en un juez. Me lo explico en un ciudadano. Como que ambos son, digámoslo así, sus esclavos. Pero no puedo aceptarlo para un profesor, ni para los alumnos, que para el caso son lo mismo. El profesor hace obra de ciencia, de verdad. De consiguiente, observa, analiza, induce, razona en suma. Si llega a encontrar que tal o cual precepto es anticuado, que esta o aquella disposición resulta injusta, que uno u otro de los artículos legales traban el comercio o la vida civil; ¿se pretenderá que el profesor las aplauda, las bautice como verdades y las incorpore al caudal de la ciencia?

Todo ello es tan evidente que nuestro mismo autor, malgrado sus críticas lo acepta explícitamente. Hace más aún: lo aplica.

Por de pronto, tal ocurre, y acaso sin que el mismo autor se dé cuenta cabal del fenómeno, cuando pretende demostrar que nuestro Código ha hecho perfectamente en no equiparar a los hijos naturales con los legítimos. Cualquiera hubiera creído que habría empezado por las disposiciones de nuestro Código, por los antecedentes del mismo, por la aplicación de los principios generales y de los preceptos análogos, etcétera. Grave error. Se ha apoyado en la opinión personal de dos autores españoles de autoridad secundaria, en lo que expone Laurent y en lo que ha resuelto el Código Civil alemán. Total, una larga transcripción de más de cinco páginas de doctrinas y de soluciones completamente extranjeras.

Nos esboza, luego, su criterio interpretativo, siguiendo más o menos las aspiraciones de Van der Eicken y de Géný, cuyas obras, según se sabe, –y malgrado todo su “cientifismo” (sobre todo la del segundo, con mucho superior en cualquier sentido a la del primero), y toda la prudente mesura con que proceden– son la expresión misma de lo que, dentro del concepto tradicional de la interpretación de las leyes, implica el irrespeto de las mismas. De ahí que nos diga que “la equidad, la lógica y la utilidad social son elementos de la interpretación, para llegar al fin social

que se propuso satisfacer el legislador”. De ahí que agregue que “la ley no envejece jamás, porque la interpretación la va amoldando a las nuevas necesidades”.

Y de ahí que concluya por aceptar la fórmula interpretativa de Géný: “por el Código Civil, pero más allá del Código Civil”; en vez de haberse limitado a la más tolerante, a la menos reaccionaria de Saleilles: “más allá del Código Civil, pero por el Código Civil”, en la cual la adversativa hace resaltar la importancia primera de la ley.

Y tenía que ser así, desde el momento que propicia un sistema o método de enseñanza que en bien poco –o en nada– difiere de lo que antes criticara. Nos dice, con efecto, que hay que empezar por los principios científicos (p. 87), que hay que proscribir la exégesis (p. 38), y que hay que recurrir a la jurisprudencia (p. 38) y a la legislación comparada (p. 40), esto último para determinar “el fundamento que en uno y otro país tenga una misma institución, sus tradiciones, la raza, el medio ambiente, las necesidades políticas, económicas y sociales a que responden...” ¿A qué se llama entonces “ciencia pura”?

XI

Nada de nuevo se encuentra tampoco en la otra afirmación de que la enseñanza teórica exige un “esfuerzo estupendo de memoria”.

Navegamos siempre en lo inconcreto y vago. La proposición puede valer, y puede no contener la menor dosis de verdad. Si se alude a la enseñanza meramente libresca y mnemónica, estamos de perfecto acuerdo. Si se alude –y creo que es éste el pensamiento del autor– a la enseñanza de lo que él llama “ciencia pura”, y que consiste (según ha podido verse) en la que parte de la observación (jurisprudencia, costumbres, legislación comparada, etc.) para inducir principios a cuya luz se pueda apreciar las disposiciones de nuestra propia ley, estamos en absoluto desacuerdo.

Limitaréme a transcribir al efecto lo que con anterioridad he dicho en mi nombrado trabajo *Carácter del Derecho Civil contemporáneo*. En él he tratado de demostrar que el principio de mi criterio para alcanzar la noción del Derecho, consiste no en saber “cómo” se preceptúa la ley. Como que eso no es sino un simple medio para llegar a un fin. Y ese fin consiste en saber “por qué” se ha legislado así y no de otro modo;

vale decir en “comprender” –en “conocer por razones”, como diría Kant– el precepto. De ahí que se impusiera en todo buen método de enseñanza el empleo de la apreciación “sistemática” del Código. De ahí, por último, que dijera: “Sé que se tilda al criterio sistemático que propicio, con escarnios de vaguedades y de charlatanerías inútiles. Preténdese que el profesor de Derecho no debe conocer más que Derecho, ser un especialista *à outrance*; que lo demás es paja y humo. Se desconoce, pues, y se menosprecia la noción general, el principio, que es lo simple y por tanto lo claro, y de consiguiente, el ideal de toda ciencia y, por lo mismo, del Derecho y de la ley que es su mayor expresión”.

Claro está que “comprender” un principio, vale decir, una noción simple y extensa, implica dos cosas fundamentales: poseer como una llave maestra para la serie de casos particulares incluidos en la extensión de aquél; reducir el recuerdo (aligerar la memoria, si se quiere) de todos esos casos en particular. Cuando se ha alcanzado, por ejemplo, la noción de la culpa, y se ha comprendido su juego en relación con cada una de las circunstancias que pueden determinarla, no hay que hacer sino una simple aplicación para decidir lo que corresponda en cada caso, según que se trate de un contrato gratuito o no, de una mayor o menor educación social del medio, de una capacidad psicológica más o menos intensa en el agente, etcétera. Nada hay, me parece, más evidente. Costaría poco el repasar un pequeño texto de lógica, o leer el magistral capítulo final de *La evolución de las ideas generales* de Ribot, para comprender la virtud de tales nociones. ¿Y no había dicho ya Kant que “la expresión sintética del pensamiento es la ley suprema de la razón”?

XII

Por último, la afirmación de que la “ciencia pura” “ha traído, desde que se implantó en la casa, la decadencia del Derecho Civil”.

He ahí algo fuerte. Me parece que hay derecho para exigir que aseveraciones tales sean emitidas no así desnudas y aisladas, sino sobre la base concreta y positiva de hechos irrefragables. Y se me ocurre que la prueba de la correspondiente verdad habría de resultar un poco difícil.

Es posible que en las facultades europeas se haya abusado no poco del empleo de las ciencias de todo género, en el estudio y la enseñanza

del Derecho Civil. Conocido es el empuje que tal actividad ha tenido en Alemania. En Italia, casi todo el mundo ha obrado en tal sentido: Vaccaro, Nardi-Greco, y sobre todo D'Aguanno han aplicado al origen y evolución del mismo, con demasiado rigor y *parti pris*, los principios de las ciencias naturales, especialmente de las antropológicas: Cimbali, Chironi y otros han "socializado" la materia con análoga intensidad. Nada hay de extraño en que en Francia haya ocurrido algo semejante -con Tarde, con De la Grasserie, etcétera- en punto a la involucración de criterios sociológicos, históricos, económicos, etcétera; y menos el que Saleilles haya podido quejarse de ese hermanaje un poco servil para nuestra materia.

Pero, en el mejor de los supuestos, eso es el "abuso". ¿Querráse, por eso, condenar el "uso"? ¿Pretenderáse que el Derecho vive como un hongo social, fuera del *con-sensus* a que están sujetas todas las manifestaciones de la sociedad? Implicaría ello la mejor vía para la verdadera decadencia del Derecho, en un aislamiento de fría irrealdad, en la infecundidad total de la anquilosis y de la estagnación.

Puede corregirse el defecto, sin necesidad de caer en el extremo opuesto. Estas cosas -como casi todas en el mundo- son, antes que cuestiones de principios, materias de cantidad, asuntos de tacto, negocios de justo límite y de buen sentido.

Y, por sobre todo, es -es más que conveniente- necesario que cuando se argumenta se parta de hechos y circunstancias locales, en vez de recurrirse al extranjero en demanda de un apoyo que puede ser simplemente -y cuando menos- inaplicable...

XIII

Concluyo este largo capítulo con tres observaciones.

1ª Es inexacto que el programa que presentara nuestro autor le fuera rechazado por rutinario, como se deja decir. Se observó tan sólo que no era sintético como se había prefijado, y se le rogó lo modificase en tal sentido. Así lo hizo, háyase o no limitado, según afirma, a la "copia de los títulos del Código". Él mismo concluye por confesarlo así en la página 47.

2ª Afirma, en la página 33, que propuso en el seno de la asamblea un método especial. Debo declarar que puedo estar expuesto a olvidos,

como todo el mundo. Pero hago constar que según mi recuerdo, nuestro crítico guardó el más discreto de los silencios en nuestras deliberaciones; que jamás le he oído la menor indicación a tal respecto; que su pensamiento educacional me es revelado ahora por su trabajo y que me permito insistir en que creo bastante lúcida mi memoria en el caso.

Y si el método a que alude es el que propicia en su opúsculo, declaro con franqueza que no comparto su gusto intelectual.

En verdad que no comprendo cómo un profesor de Derecho Civil pueda organizar expedientes “con escrituras auténticas, actuación en papel sellado, etcétera”, para explicar la posesión hereditaria o el derecho de representación. Tampoco alcanzo la relación que pueda haber entre la explicación de las funciones del fiscal, del asesor, etcétera (al alumno que desempeña tal papel en ese juzgado estudiantil, a fin de que sepa y pueda producir su dictamen) con la noción de las sucesiones o de la capacidad hereditaria. Y se me escapa completamente la comprensión del papel un tanto original de ese profesor de Derecho Civil (que se reserva la dirección del expediente) en “promover incidentes inútiles, recusaciones, escritos reprensibles, etcétera”: siendo así que debe hacer comprender por qué se deshereda, como funciona la legítima o quiénes son herederos forzosos.

El principio sí lo comprendo: hacer vivir el Derecho, para que la noción de éste no se reduzca a la mera intelección de los libros, para que se lo vea en la realidad de los pleitos y de los conflictos de intereses. Pero considero que yerra en el medio y en la forma: un profesor de Derecho Civil convertido en profesor de práctica forense. Porque, ¿adónde se iría a parar si se quisiera hacer comprender la misión del fiscal, del asesor, del secretario, del juez, de la cámara, etcétera, en forma que permita al alumno una noción suficientemente distinta y lúcida, y sin necesidad de descender al engorro de los detalles?

3ª y última. En la página 47, y a propósito del criterio de la asamblea de profesores, relativo a que los programas debían ser sintéticos, dice que la respectiva comisión –de que él formaba parte, y a la cual jamás significó nada en contrario– no tuvo en cuenta una observación que ha encontrado en el informe oficial sobre la *enquête Naón* que dice así: “los profesores no ignoran –¡y cómo habían de ignorarlo!– que el programa

analítico exige competencia, y que el programa sintético es el mejor aliado y el mejor escudo para la ineptitud docente”.

Es natural. No hay peor consejero que el amor propio que se cree –sin ninguna razón en el presente caso– lesionado. Es el antropomorfismo en su apoteosis. Es el subjetivismo puro. Es la pasión que ciega y conduce hasta el agravio bien gratuito. Sin inmodestia alguna, no creo que ni el doctor Paz ni yo compartamos la opinión de ineptos que a nuestro respecto tiene nuestro crítico. Y quiero creer que ésta ha llegado a tal extremo en la inconsciencia de su *parti pris* y sin intención de ofender a ninguno de sus compañeros.

Me parece que no necesito sincerar a la comisión contra semejante acusación. Me bastará, tan sólo, con hacer notar las circunstancias siguientes: dicho carácter sintético de los programas obedecía a razones positivas de buena docencia, según he dejado ya dicho. Y no creo que el ataque pueda sustentarse, en el mejor de los supuestos contra todos los profesores que constituían la asamblea y que sancionaron aquella decisión. Y por lo que a mí respecta, puedo consignar: 1º que he dictado mi curso analítico durante más de tres años; 2º que mi programa es bien analítico, pues que contiene quince páginas nutridas de preguntas, malgrado no desciende en él jamás al detalle casuista de los anteriores programas; 3º que en la nota que dirigí a la Facultad, cuando acompañé el programa originario –y que se publicó en la *Revista de la Universidad*, a mediados de 1900– hago constar, bien explícitamente, por qué no me he decidido a romper con la tradición de programas con tal carácter; 4º que ese programa mereció la plena aprobación de la Facultad, en concurrencia con otro si mal no recuerdo; 5º que en todo el Capítulo IX de mi trabajo *La encuesta sobre la educación secundaria*, he expuesto mi pensamiento respecto de programas sintéticos o analíticos, en doble sentido: que dado nuestro medio y nuestro profesorado, la cuestión es un poco diminuta y bizantina, y que, para poder apreciar el calibre de cada profesor, me parecía que, sobre la base de programas sintéticos que les fueran presentados, se obligase a cada uno de éstos a redactar su programa analítico, para así conciliar las ventajas de uno y de otro sistema, sin caer en los inconvenientes de ninguno de ellos, sobre todo del segundo que es demasiado esclavizador.

Por lo que hace al fondo del asunto, debo hacer constar que nuestro autor no tiene una noción muy clara de la diferencia que existe entre programa “de curso” y programa “de examen”. En nuestro caso se trataba -y lo he advertido ya- de lo primero y no de lo segundo.

Pues bien, es perfectamente notorio que en un programa de curso basta el consignar lo fundamental de la materia a tratar. Como que hay que respetar la idiosincrasia del profesor y permitirle así, el libre vuelo de sus gustos y tendencias científicas. De otro modo, con la pregunta pequeña y concreta, se lo obligaría a considerar una serie de cosas que puede juzgar innecesarias o para las cuales no siente disposición; en detrimento de lo que mira como importante, como actual, como fecundo, etcétera. Se establecería, pues, un lecho de Procusto, pretendiéndose medir a todos los profesores con una misma vara, y enrevesando la naturaleza de las cosas con el amoldamiento del profesor a un programa, en vez de que sea éste quien se amolde al profesor. Hay que permitir, entonces, las iniciativas individuales y el consiguiente juego de la espontánea personalidad. Nada más en la vida que la uniformidad de los criterios y de las personas. Nada hay de más fecundo que la multifor- midad. Una sensación que persiste se vuelve indiferente. La monotonía es la anestesia de la inteligencia y de la misma conciencia. La variedad es una ley hasta vital.

En un programa de examen, sí, puede haber lo contrario. Puede concretarse cuanto se quiera, sobre todo entre nosotros que carecemos del hábito de las ideas generales, a tal punto que sinonimizamos “generalidad” con “inconcreción” y aun con “vaguedad”. Se evitará, así, la posible sorpresa del examinando -que ya se encuentra en un estado psicológico que impone todo miramiento- con preguntas insospechadas. Y será posible el permitir al alumno que vea, en el mismo programa, toda la amplitud de su materia, lo que habrá de facilitarle el asimilar la compleja noción sincrética, analítica y sintética a la vez del respectivo contenido.

Y vaya un ejemplo concreto. Los programas “de curso” imperantes en todas las facultades de Derecho de las universidades francesas, son mucho más sintéticos que los que formulara nuestra comisión. Cabe el colegir de ahí si se ha hecho ni pretendido hacer obra revolucionaria. He aquí varias muestras: Derecho Romano, instituciones jurídicas de Roma, expuestas en su desenvolvimiento histórico; Derecho Romano, estudio de algunas teo-

rías importantes: Derecho Civil (segundo curso), teoría general de las obligaciones, contratos especiales, seguridades personales y reales, prescripción liberatoria; Derecho Civil (tercer curso), Código Civil: Libro I, Título IV: Libro III, Títulos I, II y V, a lo cual se agregará un estudio complementario sobre la hipoteca legal de la mujer casada, etcétera.

Y no es eso sólo. A semejante sintetismo, que permite todas las iniciativas y libertades, hay que agregar la siguiente recomendación de la circular ministerial en que se consignaron las instrucciones necesarias para la aplicación de tales programas: "Cada profesor queda en libertad de distribuir las materias de su enseñanza, sea en cada año, sea en el conjunto de los tres años según el plan y el método que le parezcan preferentes; con la sola limitación impuesta por la necesidad que los estudiantes tienen de estar preparados, en la época de cada examen, sobre las materias comprendidas en el mismo".

XIV

Espero no haya de pensarse que yo abrigue la menor pretensión respecto del mérito del programa que nuestra comisión formulara: la misma comisión hace constar sus dudas y hesitaciones en *el* informe con que acompañó el proyecto respectivo. Y ello malgrado la circunstancia de que ni de parte de la comisión de la Facultad que nos presidía, ni de la misma Facultad, se haya expresado nada en contra de dicho proyecto. Y ello malgrado, todavía, que la Facultad haya prestado su plena aprobación a nuestro trabajo, que ha hecho publicar, junto con el precitado informe, tan pronto como se resolvió en aquel sentido, acaso como buscando con tal publicidad la opinión desinteresada de los que entienden estas cosas.

Reconozco que se trata de una obra primera, sujeta a las consiguientes contingencias, así como, de otro lado, a las sabias lecciones del tiempo y de la aplicación. Esa experiencia, ese hecho concreto de su funcionamiento y de su vida, decidirá, sin apelación y con altura, sin prejuicios y con ecuanimidad, de las ventajas y defectos que contenga.

Entretanto, cabe el hacer ostensible los propósitos que nuestra comisión persiguiera, en conformidad con las bases que la misma asamblea de profesores le prefijara.

Ya he dicho que las expresadas bases eran las relativas a las siguientes características del programa: sintético, de derecho, de curso.

Sintético, porque se quería un programa de instituciones –que es lo que tiene vida en derecho– y no de artículos de Código, que no tienen el menor sentido sino dentro del conjunto institucional de que forman parte: porque se deseaba presentar el sistema del Derecho Civil en su natural organismo; porque se pretendía, así, acostumbrar a profesores y a alumnos hasta entonces (hablo sólo en general) saturados de casuismo y de derecho –mosaico– a esas vistas de conjunto, a esas apreciaciones desde fuera, desde arriba, y no desde dentro y en trozos parciales: porque se ha tendido a independizar, en lo posible, a cada profesor del rigor de cartabones torpemente igualitarios, y, de consiguiente, a hacerles posibles el juego libre de sus tendencias individuales y de sus personales idiosincrasias científicas.

De derecho, porque se ha querido insistir en que el Código Civil “expresa” y no “es” el Derecho: porque se ha procurado ampliar los horizontes de la enseñanza, en el sentido de que no todo el Derecho Civil está en el Código, y de que, así, precisa ir a buscarlo también en otras fuentes (usos y costumbres, jurisprudencia, legislación comparada, doctrina, etc.); porque se ha tratado de imprimir a la materia y a su enseñanza un poco del carácter científico que naturalmente le corresponde, fuera del personalismo de las opiniones, y dentro de la resultante de los distintos factores de que aquél es efecto necesario y objetivo.

De curso, porque se puede separarlo del de examen, por lo mismo que respondiendo ambos a dos cosas bien diferentes, pueden tener un juego independiente y propio; porque se mira un programa no propiamente imperativo sino orientado, como una especie de guía –y no de carcelero– del profesor; porque, por último, cuadraba el iniciar, sistemáticamente al menos, una época que todo el mundo civilizado conocía de mucho atrás.

XV

Esas bases determinaron los dos rasgos fundamentalísimos que, según el punto de vista de la premencionada comisión, debía revestir su trabajo: la unidad o coordinación del contenido, la subordinación metódica del mismo dentro de ese plan.

Lo primero es poco menos que intuitivo. Hablase de “Derecho Civil” en singular, más aún, en sentido individual; y no de “derechos civiles”. Si entonces el Derecho Civil posee esa relativa unidad, ¿cómo poder hablar de “programas” de Derecho Civil? El programa se imponía, pues. Y espero que no vaya a suponerse que por una razón que así aparentemente es de mero diccionario. Se trataba de iniciar al alumno con una verdad positiva que debía guiarlo durante toda su vida: la de lo orgánico, sistemático, de mutua vinculación de medio a fin de toda la materia civil. Se trataba de inculcarle, desde *ab ovo*, la noción madre del Derecho.

Claro está que ella no excluye las divisiones metodológicas exigidas por el plan de estudios. Ello no destruye, en modo alguno, la unidad *sub stante* del criterio, así de fondo como de orientación y método.

De ahí más de una consecuencia inmediata y práctica. Desde luego, la de evitar la repetición de algunas instituciones en dos o más programas parciales, según ha ocurrido a más de un profesor, que, en la necesidad de explicar los deberes del marido administrador o del tutor o curador, ha necesitado invadir el curso de tercer año para poder hacer comprender lo de “muebles, inmuebles”, etcétera: o que debiendo exponer en el curso de las obligaciones, lo atingente a las de dar cosas ciertas, se ha visto obligado a tomar en préstamo de los derechos reales, la noción completa de la tradición, etcétera.

Enseguida, la contraria. La casi totalidad de las disposiciones de los dos títulos preliminares de nuestro Código, ha quedado hasta ahora sin ninguna explicación. Como que no se sabía en qué libro incluirlas. Apenas si allá en Derecho Internacional Privado se tocaba a algunos, los menos, de tales artículos.

Por último –y no quiero insistir en detalles– la de escalonar, diré así por ahora, las diversas instituciones del Derecho, a fin de que no se tocara a una de ellas sin que se poseyese las nociones previas de las demás de que derivaba.

XVI

Esa coordinación y unidad requerían una circunstancia correlativa: la de la disposición metodológica de todo el contenido civil.

Y esa metodología reclamaba, a su turno, la solución del problema relativo al respectivo criterio.

Por donde quedó planteado enseguida en la siguiente disyuntiva: ¿cabía la alteración del método del Código, o resultaba necesario el ajustarse al mismo?

Cada una de las dos soluciones fue sostenida en la asamblea.

Se sostuvo, en favor de la segunda: que el plan del Código es excelente, por lo mismo que ello fue materia de especial preocupación de nuestro sabio Codificador: que tal era la tradición de la casa y de la enseñanza que hasta entonces se había dado; y acaso se tuvo en cuenta, sin pensarlo, la observación, que Laurent defiende con todo calor, de que es menester habituar al alumno a manejar el Código tal como es, a fin de que lo conozca más fácil y completamente.

Pero la asamblea se decidió por la primera. Se rindió el debido homenaje al método del Código que en su época era poco menos que inmejorable, pues que en más de una línea general y aun particular se amoldaba al de una obra doctrinaria. Mas se pensó, con razón a mi juicio, que el Código no es una obra de Derecho, y, menos todavía, todo el Derecho Civil. Que, de consiguiente, no ha tenido por qué ni cómo sujetarse a una metodología rigurosa, dentro de las relaciones de coordinación y de subordinación de sus distintas materias parciales. Creyóse, también, que el estudio del Derecho Civil reclama necesariamente el de los principios elementales que constituyen la base de los desenvolvimientos posteriores, y que viene a ser así una como introducción del mismo: y que esos elementos, o no figuran en el Código (codificación, antecedentes históricos, distinciones de los derechos y de las leyes, etc.), o, lo que es más común, se hallan dispersos (retroactividad de las leyes, personas, cosas, hechos jurídicos, etc.). Y, por último, túvose en consideración que en un curso se hace ciencia; que, por tanto, se requieren principios científicos a la luz de los cuales se esté en condiciones de poder asimilar el contenido del Derecho en la correlación orgánica de su variedad aparente y de su unidad necesaria y última; y que, así, resultaba indispensable aquella subordinación, a objeto de hacer comprender el juego intrincado de las diversas instituciones en sus relaciones alternantes o paralelas.

Y la comisión tuvo que concretar, dentro de tal base, la solución positiva. Optó al efecto por un plan que en el fondo corresponde al del Código Civil alemán, que es la última expresión legislativa del Derecho Civil contemporáneo, y cuyas raíces es fácil encontrar en nuestro mismo Código, en Freitas, en Savigny y en casi todos los pandectistas y civilistas de la época que corre. Hay que exceptuar, es cierto, a los franceses, aun al moderno Huc, que siguen, casi a la letra, el plan vetusto e incorrecto del Código Napoleón. De éstos, sólo Aubry y Rau, y en buena medida Baudry-Lacantinerie, han adoptado un método científico, si bien un tanto personal y fuera de lo que es casi la *communis opinio* entre los grandes maestros, a cuya categoría aquéllos pertenecen.

Es sabido que el Código Civil alemán sigue una metodología que es poco menos que una maravilla: de lógica rigurosa, de encadenamiento transparente y de condensación quintaesenciada. Si a ello se agrega que su contenido es completo, que no queda materia civil fuera de su cuadro, se admitirá, creo, el mérito superior que la comisión hallara en esa obra.

¿La comisión acertó? ¿Erró? ¿Quién sabe? Lo que es cierto es que lo ha hecho conscientemente, y en atención a razones que no dejó de hacer conocer. Dejemos, lo he dicho ya, al tiempo y a la práctica el fallo justiciero y único. Como que la ciencia y la adivinación no son cosas sinónimas. Y como se estará siempre en condiciones para obviar cualquier inconveniente o peligro posible.

Dicho plan comprende, en síntesis, los cuatro cursos siguientes: 1° elementos del Derecho Civil (el Derecho y la ley, aplicación y retroactividad de ésta; sujeto y objeto del derecho; actos jurídicos); 2° derechos reales; 3° derechos de obligación; 4° derecho de familia y sucesiones. El "quinto" programa, diré así, se refiere a una síntesis de nociones fundamentales y generales como para un curso-doctoral. No es, pues, propiamente un programa de enseñanza, y queda, por eso, fuera del presente trabajo.

La gradación me parece correcta. Ante todo, lo previo: nociones introductorias sobre el Derecho y la ley, y el análisis de los elementos jurídicos, en el sujeto del derecho (la persona física y la persona jurídica), en el objeto del mismo (bienes: cosas y derechos, en sus especies y formas diversas), y en los hechos jurídicos en los cuales el derecho se exterioriza

y manifiesta (nacimiento, especies, requisitos, extinción). Luego, la relación jurídica más elemental e inmediata del derecho real. Enseguida, la relación más compleja, y a la vez más amplia, del derecho de obligación, que implica el derecho real y que entraña un nuevo vínculo: el de una persona obligada hacia otra. Por último, la "situación" jurídica de los derechos de familia y de sucesión, en la cual existe una complejidad total de relaciones jurídicas así reales como de obligación y puramente personales, en mutua y recíproca interferencia.

XVII

Ese espíritu del plan adoptado supone otro concomitante: si el programa no ha de ajustarse al Código, si ha de tenerse en mira que se trata de una obra didáctica y no legislativa; quiere decir que es preciso formular un programa "de Derecho" y no de Código Civil, que el Código no constituye el único objeto de estudio, que no todo el Derecho Civil se encuentra en el Código (y así acontece con lo que consta en otras leyes: comerciales, administrativas, etcétera, en la costumbre –que olvidan con toda injusticia los partidarios fanáticos del Código– en la jurisprudencia, en los usos, en la doctrina, etc.), por mucho que el Código pueda ser, como es, su más honda y amplia expresión; que, de consiguiente, hay que "explicar" todas esas manifestaciones del Derecho, que son meros efectos, en sus factores originarios; que hay que sistematizar ese conjunto de causas y efectos; y que tal sistematización supone –de acuerdo con el concepto spenceriano de que la ciencia no es más que una reducción a la unidad, de cosas, fenómenos o relaciones– su reducción a "principios", vale decir a normas generales, de contenido cada vez más simple y de extensión progresivamente mayor.

Precisa, pues, "hacer" ciencia –ya que nuestra Facultad es un instituto no de códigos sino de "ciencias jurídicas"– para lo cual es indispensable aquella sistematización, unificación y reducción a principios.

El "principio" jurídico, he ahí el gran objetivo de toda enseñanza de Derecho.

Obsérvense las diferentes expresiones del Derecho –usos y costumbres, doctrinas, leyes, jurisprudencia– en sus causas y en su funcionamiento: desentrañense de la realidad social las causas de índole diversa

que dan origen al Derecho; y fórmese la ley respectiva. Obsérvese luego el mismo Derecho; analícese sus distintas formas y las necesidades a que éstas responden; y establézcase el principio unitario de sus características tan variadas y aparentemente opuestas. Compárese una institución con otra, y lléguese a sentar sus relaciones paralelas o subordinadas. Tómese un conjunto de instituciones que ofrecen tales relaciones, y se arribará a encontrar el vínculo entre ese conjunto y otro u otros...

¡Y se pretende hablar de “ciencia pura”, de “teoría” inútil! ¡Cómo! En toda ciencia, el ideal consiste en formular principios –leyes, clases o especies, teoremas, reglas...– en unificar en lo posible el respectivo contenido. ¿De dónde y cómo admitir que el Derecho resulte una Cenicienta en el concierto del sistema científico? ¿Por qué y cuándo el Derecho habría de estar proscripto del cuadro de las ciencias?

En verdad, es dar prueba de obcecación o de ceguera el pretender que el Derecho no *es* una ciencia, o que resulte ser una ciencia *sui generis* extraña a las características de toda ciencia. ¡Téngase cuidado! El prejuicio llevado a semejante intensidad, acusa de ordinario estrechez de miras y no mayor elevación de espíritu.

Argúyese, todavía, con el sobrecargo de memoria del alumno. Y nada hay más falso. Comprendido el principio, no queda sino el trabajo casi mecánico de su aplicación a los casos particulares, cuyo conocimiento por separado y en detalle resulta así innecesario. “La regla general –he dicho en el trabajo antes mencionado–, el principio en su amplísima extensión y en su comprensión reducida, abarcan los caracteres comunes de muchos casos, reduciéndolos a un común denominador. No es, pues, necesario el conocimiento de todos ellos, ya que el de su regla basta”. Aquel *surmenage* es bien notorio en la otra forma de enseñanza; en la empírica o puramente mnemónica de las disposiciones legales aisladas, numéricamente contadas, sin mayor vinculación entre sí, aprendidas y recordadas casi literalmente, y no comprendidas, ni asimiladas ni vistas en el juego armónico de su conjunto y de su relativa unidad. Pero tal género de enseñanza es cosa histórica ya, o ha quedado para los retardatarios o para los que poco se preocupan de su deber. Y no veo cómo pudiera pretenderse, ni el menor instante, el querer endosarla a los que somos partidarios del Derecho-ciencia y de la enseñanza inductiva y de principios.

Lo que sí exige tal método de enseñanza, es la activa participación del estudiante en el curso. Como que hay que comenzar por hacerle “comprender” el principio, y hasta por hacer que sea él mismo quien lo descubra y vea.

Consúltase, de semejante manera, no sólo la más elemental exigencia de toda disciplina pedagógica –no sobraría a algunos el conocimiento de *La ciencia de la educación* de Spencer, y de obras de análogo carácter y vuelo– sino, además, dos cosas muy importantes: 1º que se deje de mirar, corrió hasta ahora, como un mero ser pasivo al alumno, como una especie de receptáculo destinado a recibir el didáctico trasiego de las nociones infusas y de *pêle-mêle* del profesor; 2º que el estudiante resulte estimulado con el interés de Herbart, con la satisfacción del triunfo personal, de la afirmación de su propia personalidad a sus ojos, en el principio inducido, en el descubrimiento verificado.

Porque, no se lo olvide, la misión del profesor, así primario como superior, no consiste en enseñar propiamente, vale decir, en convertir al estudiante en fonógrafo viviente de sus lecciones; sino en orientar, encauzar y dirigir. En otros términos: el profesor no “enseña” en rigor; “educa”, lo que no es lo mismo, lo que es mucho más importante. “Enseñar” es, acabo de decirlo, exponer, explicar, suministrar los resultados que él, profesor, ha obtenido; servir, en suma, un plato intelectual que no hay más que deglutir, por mucho que la digestión posterior resulte viciada de hipoclorhidria cerebral y de la pereza nerviosa más pronunciada, cabalmente en razón de tratarse de cosas inasimilables. “Educar” es bien distinto. Es despertar tendencias, es poner en juego el capital intelectual del alumno, es desenvolver las aptitudes de éste; es, en síntesis, contribuir a la eclosión de una personalidad que se manifiesta y afirma. Y no quiero insistir –intencionalmente, y por interesante que el punto sea; precisamente porque no constituye el objeto inmediato de mi actual tarea– sobre el aspecto moral del asunto. Baste con notar que en el primer supuesto se considera al alumno como un inepto para razonar y trabajar por sí; suponiéndose, con la más fuerte de las injusticias, que es un incapaz, o que sufre de *capitis diminutio* intelectual. En el segundo, por el contrario, se lo dignifica y exalta en relativa medida y como corresponde, y se le hace comprender que, en principio, es en él mismo donde se halla el secreto de su educación y de su obra, así actual como postuni-

versitaria. Como que no se hace sino aplicar la gran regla de Spencer: repetir en el individuo el mismo proceso de la educación de la humanidad, yendo, inductivamente, de lo simple a lo complejo, de lo concreto a lo abstracto, de lo definido a lo indefinido, de lo particular a lo general, etcétera. Ese mismo principio es el que los norteamericanos han llamado de la *rediscovery*; porque se procede con él como si se ignorase todo, como si se hallase en la situación anterior a la del establecimiento de la regla o ley, para llegar, después de una obra de análisis, de observación y de total inducción, a “redescubrir” la ley o principio en cuestión.

Hase observado en contra de la doctrina que dejo tan incompleta y malamente esbozada, que requiere una fuerte intensidad mental de parte del alumno, y que sus resultados son bien pobres, tanto del punto de vista de la educación como del aprovechamiento del estudiante.

Forse che si, forse che no. Hay hechos y hechos. Obsérvese, desde luego, que se trata de un método recomendado por las más altas autoridades, y practicado en todos los establecimientos e institutos que cuentan entre lo primero del mundo, sobre todo en Norteamérica, en Francia y en Alemania. Fuera extraordinario que la mentalidad de nuestro público estudiantil revistiese características que lo hicieran inadaptable. Lo más posible es que, en el peor de los supuestos, se trate de vicios de aplicación del procedimiento, sobre todo de parte del profesor.

Debo confesar que en mi caso particular, y durante los tres años que he dictado curso, los resultados positivos no han correspondido ni a mi deseo ni a mi esperanza. Si se exceptúa a un pequeño grupo de alumnos, los demás lo han encontrado difícil, pesado y molesto. Acaso se encuentre la razón en mi incapacidad para hacer surgir concretamente las ventajas y méritos positivos del método. Acaso, también, haya influido algo la circunstancia de la relativa inadaptación de los estudiantes, generalmente habituados al curso de mera repetición oratoria y de puro mnemonismo empírico. Acaso, igualmente, haya contribuido al efecto el contenido de mi materia y lo numeroso del curso; obligado, como estaba, por el reglamento, a dictar un curso sumamente extenso –el más extenso de todos los que abarca el Derecho Civil, y, a la vez, el más científico (el de los derechos de obligación) e intenso– en su integralidad, y con auditorio estudiantil de un centenar de personas; comprenderáse que las clases de seminario y de trabajos prácticos, debieron quedar reducidas, como en

efecto lo han sido, a una expresión mínima, ya que requieren mucho tiempo y un número de alumnos limitado. Acaso, por último, se deba al conjunto de esas circunstancias, y aun a otras que bien pueden olvidarse.

Y a propósito de las clases de seminario –sobre cuya virtud no puede dudarse– ya dije que la comisión referida de profesores expresó, en el informe con que acompañó su proyecto de programa, que consideraba fuera de su incumbencia el tratar el punto. Lo que significaba que a su juicio correspondía que el asunto fuese resuelto por la misma Facultad. Dicha comisión tuvo en cuenta al efecto dos cosas importantes: 1º el evitar la disparidad de criterios, por lo menos en lo que hace a lo fundamental y típico de la institución; 2º el hacer que al pronunciarse la Facultad sobre la materia, instituyese el procedimiento con carácter general, y evitase así la inconsecuencia –que nada hay peor– de que se lo aplicase por algunos (los menos) en condiciones bien menesterosas, por lo mismo que la mayoría de los profesores lo olvida; de donde dimana una inadaptación de parte del estudiante, que puede frustrar las mejores intenciones y los esfuerzos más sostenidos.

XVIII

“Unificar”, “coordinar”, “generalizar” (reducir a principios) no es todo en un programa ni en una ciencia, todo ello no es sino el medio, el andamio que permite alcanzar un fin práctico. Y ese fin estriba en un aspecto utilitario que se llama “simplificación”. Hay que hacer que las verdades resulten asequibles cada vez en mayor grado. Y ello se obtiene de varias maneras. Ya presentándolas en la desnudez de su plenitud: toda la verdad y nada más que la verdad, podría decir en el caso. Ya mostrándolas en el dinamismo de todos sus factores. Ya ejemplificándolas en la concreción de sus aplicaciones. Ya estableciendo sus interferencias y relaciones con otras verdades. Ya infiriendo de ellas sus naturales consecuencias. Y así en mucho más de un sentido todavía.

“El saber más útil –ha dicho Spencer– es el de la ciencia”. Por eso mismo, por lo que permite aplicaciones a nuestra actividad, por lo que nos simplifica los fines al aligerarnos los medios, y por lo que nos aproxima a la realidad y nos la muestra en su total verdad.

Desciendo de tales generalidades, para justificar en el Derecho la eficacia y bondad de su *modus operandi*.

Paréceme que más importante que la noción del efecto de la obligación, por ejemplo, es la de la misma obligación. Como que lo primero es particular, al paso que lo segundo es general. Y como que ese efecto resulta una consecuencia de la misma naturaleza de la obligación. ¿Cómo puédesse tener una noción exacta de la obligación, si no se conoce y explica su punto de arranque en el derecho personal, si no se muestra en qué difiere de los restantes derechos personales, y si no se insiste en las relaciones (contemporáneamente tan íntimas) que guarda con los derechos reales, y en las diferencias que mantiene con éstos? Es ahí dónde y cómo se ve la obra de la sistematización y de la simplificación. No queda sino el observar y el adaptar, hasta por simple inferencia en más de un supuesto, para alcanzar la noción cabal de las fuentes de la obligación, que no hacen más que dimanar del papel económico y social que la obligación juega. Lo propio cabe decir en lo que toca a la causa, al objeto y a los efectos de la misma: no queda otra cosa que concretar el detalle.

¿Cómo sería posible el distinguir entre condición, cargo y plazo de la obligación, sin tener antes conocimiento de las modalidades generales de la misma, y sin poseer una vista de conjunto de cada una de esas modalidades?

Nuestro Código, como casi todos, trata, en capítulos, y aun en preceptos, aislados y como independientes, de las obligaciones de dar cantidades, cosas inciertas, alternativas, etcétera. ¿Es concebible el que pueda tolerarse ese juego independiente de instituciones tan afines? ¿No es correcto el que se muestre que todo ello no forma sino un conjunto sistemático y gradual? Cuando el alumno tenga la noción general de las obligaciones con objeto indeterminado, y conozca la gradación que va desde la obligación más simplemente alternativa (esta cosa o esta otra), a la alternativa que abarca pluralidades superiores, a la de género limitado (uno de mis caballos de tal edad, color y marca; un animal de mi rodeo, un coche de esta ciudad, etc.) en sus posibles *nuances*, a la de género (una vaca, etc.), a la de cantidad, a la de sumas de dinero, a la de la más amplia indeterminación (un ser viviente, algo), habrá alcanzado con ello la raíz de más de una noción. Habrá comprendido por qué lo último

no constituye obligación, por qué la determinación del objeto no es la misma en todos los casos (la especie y la cantidad bastan en las cantidades, lo mismo que en los géneros; en las de género limitado, hay que especificar, además, la limitación [edad, situación, marca, etc.]: en las alternativas puede haber necesidad de individualizar, si en el objeto figura algún inmueble, por ejemplo; en las de cosas ciertas precisa la total individualización). Habrá, también, aproximado las distintas formas en cuya virtud se puede determinar tales obligaciones (separación, notificación, entrega), y habrá visto que pueden reducirse a la unidad.

La misma doctrina de la solidaridad no es sino un aspecto de la obligación mancomunada, la que a su turno no es sino un caso de la obligación con sujeto compuesto. De ahí la asimilación del parentesco –tan estrecho que en más de un supuesto llega a la identidad (tal ocurre con la simple mancomunación y con la obligación divisible– entre cosas o relaciones aparentemente diversas.

¿Por qué no mostrar que todos los modos de extinción de las obligaciones pueden reducirse a dos (hay solución, o pago en su más amplia acepción; o no lo hay); a fin de establecer la afinidad entre unos y otros, y poder hacer posible la aplicación –en los casos de duda– de los principios análogos?

No conozco ningún autor nacional que haya explicado las contradicciones que nuestro Código ofrece en punto a consentimiento contractual entre ausentes, en los artículos 1149, 1154 y 1155. El porqué me resulta casi intuitivo. Se pretende recurrir a las distinciones, a las reglas romanas... El empirismo, en esto como en todo, es sinónimo de impotencia. Si se acude a la observación objetiva de la vida y de los negocios, se verá que tales formas se reducen a cuatro: hay consentimiento desde que se expresa la aceptación: doctrina de la declaración; lo hay desde que se la envía: expedición o remisión; o desde que se la recibe: recepción; o bien, desde que se la conoce: información. Se habría visto, así, que el artículo 1154 consagra una regla general, adoptando la doctrina de la remisión; y que en los artículos 1140 y 1155 no se hace sino perpetuar dos excepciones (una para el caso de la oferta, otra para el de la aceptación), en cuya virtud se deroga parcialmente y en tales respectos la regla del artículo 1154, y se adopta la solución –que para mí debió de ser de regla– contenida en la doctrina de la información.

Puede tacharse de “teorismo” puro lo relativo al estudio que en mi programa se consagra a las doctrinas de la culpa precontractual y de la culpa *in contrahendo*. Y nada hay, sin embargo, de más práctico y de frecuente. No en vano ha consagrado Ihering buenas vigiliias a la segunda. Por algo ha de ser que la más alta expresión del civilismo francés –Salleilles– ha honrado a la primera con las finuras de su talento perspicaz y hondo. Es que todas estas cosas que de primera intención parecen logogrifos jurídicos e inutilidades palabreras, no son, en suma, sino la unificación de una serie de preceptos o de situaciones que no se había tenido costumbre ni cuidado de aproximar. Así, en nuestro mismo Código tenemos mucho más de una disposición respecto de la culpa *in contrahendo*. Tal resulta con las de los artículos 1155, 1156, 1172, 1177, inciso 3º, 1178, 1179, 1329, 1331, etcétera. ¿No es infinitamente más claro exponer el principio de que todos esos preceptos dimanen, sin necesidad de que se conozca a cada uno de éstos en su juego aislado e inorgánico?

¿Qué puede importar el que se pretenda el conocimiento de cada una de las disposiciones relativas a la cesión de créditos, si antes de todo no se me precisa el concepto de tal contrata, si no se lo distingue de la compraventa, si no se prueba que en nuestra ley se comprende al respecto a todos los derechos o sólo a los creditorios?

Podrá decirse cuanto se quiera en lo que a la locación respecta. Pero no se tendrá un conocimiento suficiente de la misma –en lo que al locatario se refiere– si antes no se demuestra que el locatario tiene sobre la cosa un derecho real, o bien que no lo tiene. ¿De qué podrá servir el saber que puede pedir, hacer o retener, en tal o cual proporción; si se puede poner en tela de juicio la calidad y forma de la acción que intente, según que aquel derecho sea real o personal?

Cabe afirmar algo muy parecido en lo que concierne a la sociedad. Según las disposiciones del Código, corresponden tales y cuales acciones contra los socios, contra la sociedad, contra los terceros, etc. Perfectamente. Pero eso es suponer que todos los pleitos hayan de versar sobre el contenido de dichas disposiciones. Y se sabe que eso es lo muy raro. Como que no habría pleitos, si se tratase de discutir sobre preceptos categóricos. Todas las contiendas versan sobre asuntos en los cuales –más o menos oblicua o incidentalmente– convergen una serie de disposiciones, de fallos, de costumbres y usos, y de adquisiciones doctrinarias. ¿En

qué sentido, y, sobre todo, contra quién dirigir la acción? ¿Contra la sociedad? ¿Contra los socios? Y eso es lo previo, so pena de incurrirse en un defecto de personería que obligue a recomenzar el juicio. ¿Es, entonces, importante o no el decidir si la sociedad constituye una persona distinta de los miembros que la forman, o si carece de toda existencia legal? Lo propio puede decirse en lo que hace a ese conjunto de sociedades, diré así, que carecen de forma constante de constitución, y que tanto ha multiplicado la fiebre moderna de los negocios rápidos u ocultos. ¿Son propiamente sociedades? ¿Son meras comunidades? ¿Cómo sería posible el entrar a ejercer una acción al respecto, sin determinar antes de todo el correspondiente carácter legal? Igualmente, en lo que se refiere a las sociedades propiamente civiles y a las meras asociaciones. ¿Prenderá que no es indispensable el dilucidar lo relativo a la naturaleza de la institución en ese estudio comparado...? ¡Y se quiere llamar a todo ello teoría pura, vaga especulación! ¡Y se insiste con el casuismo escolástico e infantil de los artículos del Código, con lo que se llama -con grave incorrección- enseñanza práctica, con lo que se considera que basta un abogado para ser tal, sin orientaciones, sin principios, sin criterio en suma! ¡Y se cree que el Código se basta, que aprendido el Código -ya se ha visto cómo- se conoce el Derecho! ¡Y se clama contra lo que no se comprende, contra lo que es la vida positiva, el Derecho real y concreto, y la ley entendida como corresponde!

Podría multiplicar los ejemplos en cada institución, en cada aspecto particular de las instituciones, para seguir acreditando que si en Derecho -y, correlativamente, en su enseñanza- hay algo que merezca consideración primordialísima, son esas normas generales, son esos principios, que le dan carácter de ciencia -¿no había dicho ya Aristóteles que no cabe ciencia de lo particular?- que le imprimen coordinación y organismo, que lo simplifican y hacen asequible.

Pero me detengo. Me parece un poco vejatorio para nuestra ciencia el insistir sobre lo que constituye el abecé de su esencia. Sería como si un físico emprendiese la tarea de justificar la utilidad y ventajas de las leyes del calor y de los electroimanes: o como si un astrónomo -se entiende que guardo la distancia- tratase de demostrar que las leyes de Kepler y de Newton constituyen la base de su ciencia. Y correría acaso el riesgo de que se pretendiese aplicar al caso el dicho de Nietzsche, de

que -cito de memoria, como casi siempre en este trabajo- “la verdad que necesita de muchas palabras para ser demostrada, no es verdad”.

XIX

A simple título de corolario de lo expuesto, cabe insistir un momento sobre las ventajas inmediatas que el procedimiento o método indicado reporta al alumno.

Desde luego, comprende lo que es esencial. Se lleva al capital activo de sus ideas, una serie de nociones que le permitirán asentar nuevos conocimientos; ya que conocer -según Stuart Mili, y hasta según principios elementales de psicología y de lógica- es inferir de lo conocido a lo desconocido. En el método tradicional y corriente, no se hace sino incorporar al capital pasivo de la memoria una serie de recuerdos más o menos inconscientes y de total infecundidad.

Y véase, de rechazo y como segundo corolario, los efectos concernientes a la memoria y a la recordación. En el método empírico el recuerdo estriba en una asociación “de palabras”, vale decir, de elementos psicológicos de la más intensa fugacidad. Es, poco más o menos, como el recuerdo de las percepciones táctiles o visuales: un conjunto de asociaciones sobre la base externa y frágil del tiempo o del espacio. En el método racional, bien al contrario. Existe, por de contado, el elemento “conciencia”, esto es, la identificación psicológica del sujeto que conoce con el objeto conocido. Y eso, en principio, no desaparece sino con la misma personalidad. Se tiene, después, una serie de asociaciones “íntimas”, y no ya externas, entre las nociones adquiridas. Por de pronto la de sucesión, o de relación causal, entre la nueva y la que le ha servido de base (para hablar con toda corrección debiera expresarme en plural; pues que es muy raro que una idea derive de otra idea aislada). Enseguida, la de contigüidad -por semejanza, hasta diría por hermandad- con las demás que con ella forman familia, como derivadas de un mismo origen o fuente. Por último, una nueva relación causal -al revés en este caso- entre esa noción y las demás que entraña o puede entrañar. Y no está de más el hacer notar un último resultado de no menor importancia. Me refiero al de la fuerte disminución de las nociones que hay que recordar. Como que están reducidas a sus elementos más simples y a su más amplia extensión. Y como que, así, no

hay que recordar sino bien poco de cada una de ellas. Y como que el conjunto de las mismas es bien limitado, por lo mismo que en su amplio seno caben todas las que antes andaban dispersas y sin vínculo entre sí.

No es nada difícil el concretar todo ese proceso de elemental psicología, en mucho más de un ejemplo.

La doctrina de los daños e intereses dimana de la más general y amplia de la responsabilidad, y se hermana con las formas de indemnización, la pena, etcétera; a su turno, ella informa una serie de daños e intereses: los compensatorios y los moratorios, los positivos y los negativos, los pecuniarios y los morales (estos últimos dilucidados por la clara y profunda ciencia de Ihering, y que ofrecen en nuestra legislación un problema tan elegante como de positivo interés). ¿Cómo comprender la esencia de los daños e intereses, sin poseer la noción previa de la responsabilidad? ¿Cómo olvidar el juego y la aplicación de los mismos sin tener idea de su carácter fundamental: la indemnización?

¿Cómo sería posible el hacer comprender el papel y la naturaleza y funciones de la tradición, sin establecer sus relaciones de paralelismo –de hermandad, dije poco ha– con la inscripción, y sin recurrir a la noción madre de la necesidad de asegurar a todo tercero una relación jurídica estable y sin ambigüedades u ocultismos peligrosos? Dice Spencer que el criterio de la verdad se resume en esto: la inconcebibilidad de lo contrario. En otros términos, que una cosa es cierta o verdadera cuando su contraria resulta inconcebible. Análogamente, puede decirse en el caso que una institución no es conocida en Derecho, sino cuando se ha llegado a concebir la posibilidad o la imposibilidad de su substitución por otra. Como que en tal supuesto debe suponerse que el análisis de la misma ha sido llevado a su extremo necesario. Y es ahí, a la luz de la tradición, como es posible ver el juego de las escrituras, así como el de la acción reivindicatoria y el de una serie de grandes principios como son los de la nulidad y sus efectos, los de máximas consagradas como la de que *nemo ad alias transferre potest plus juris quam et ipse habet*, etcétera. La noción del contrato –simple aspecto de las manifestaciones de voluntad– sobre todo si se la integra con los elementos de economismo sociológico de las exigencias contemporáneas, es de una fecundidad increíble para explicar las analogías y diferencias entre las distintas especies que entraña, sobre todo en lo que hace a la ya un poco vetusta de contratos reales

con relación a los personales; para adquirir la noción de los contratos colectivos: para dar asidero a la modernísima forma de los contratos “de” o “por” adhesión; así como para establecer los fundamentos de las nociones en él contenidas, con respecto al consentimiento, al objeto y a los efectos del mismo, y en lo que toca a la materia abundante y difícil de los contratos por terceros.

Sólo una buena noción del mandato –que es un simple aspecto de una institución más amplia, cuales la de la representación por otro, y a la luz de cuyos principios tan sólo puede y debe explicarse la larga y un tanto enigmática de la disposición del artículo 1870– puede permitir el conocimiento de lo que concierne a la capacidad y a las obligaciones del mandatario, de las distintas especies de mandato (a cuyo respecto se reconocerá la importancia capital del artículo 1929, que consagra todo un nuevo mandato, y que se tiene costumbre de mirar como un artículo corriente, como “uno de tantos”). Será, por eso, menester que se introduzcan las nociones previas de representación, de responsabilidad, de imposibilidad del mandato para poder atender a las exigencias de lo pequeño y de lo apremiante, etcétera.

XX

Me agradecería, a propósito, ver el juego, y el correspondiente resultado, de los expedientes, de las escrituras, de las recusaciones e incidentes inútiles, en la demostración y establecimiento de nociones así enmarañadas en una complejidad de factores (derivados de los usos y costumbres, de antecedentes históricos, de necesidades sociales, particularmente económicas, etc.) que exigen tino intelectual para poder distinguirlos, precisar sus acciones e interferencias, y mostrar el dinamismo *enchevêtré* de su causalidad concurrente.

Claro está que me hallo bien lejos de proscribir la tendencia práctica, objetiva, viviente, de la enseñanza del Derecho. Soy su más decidido partidario. Como que el Derecho no se halla en los libros sino en la realidad. Y como que debe irse a lo vivo, y no traicionar el espíritu del educando con supuestos de mera abstracción que no traducen la naturaleza. Hay que “ver” el Derecho, y no “leerlo”. Hay que mostrar lo que es en los tribunales, lo que es en las instituciones, lo que es en la calle misma...

He demostrado, concretamente, que tal es mi concepto del Derecho y de su enseñanza, no sólo en mis cursos, sino en otros trabajos. Bastaría leer mi opúsculo *La encuesta sobre educación secundaria*, sobre todo en su Capítulo VIII. Allí digo que “es menester –¡de todo rigor!– poner al alumno en condiciones de realizar ‘por sí’ las distintas operaciones necesarias para llegar a la verdad oculta, Que ‘él’ observe, que ‘él’ experimente, que ‘él’ razone; pues que no hay ni puede haber otra solución psicológicamente adecuada y educacionalmente decente”. Y en mi recordado trabajo sobre el *Carácter del Derecho Civil contemporáneo*, he dicho, en lo que respecta a la función de la regla general o principio, que “habrá que saber hacerla fecunda en sus aplicaciones activas, y, así, en su vida, pues de otro modo nos quedaríamos en el vacío”. Que “regla que no se aplica es inútil, y, por tanto, muerta; y la ley es vida, y la vida es movimiento y acción”.

Lo que quiero significar es otra cosa. Se tiene como el presentimiento del valor del trabajo práctico, pero no se posee el sentido de las *nuances* al respecto, no se tiene la noción de la justa medida. Se yerra en la forma (recusaciones inútiles y el resto, que nada, absolutamente nada tiene que hacer con el Derecho Civil), desde luego. Y no se acierta mayormente en lo que concierne a su misma importancia y eficacia. Se le asigna un puesto preponderante, casi de fin; cuando su lugar es secundario, de simple medio. Las clases de seminario, por ejemplo, en los institutos y universidades en que se las practica, no son todas las del curso, ni siquiera la mayoría; y tampoco están destinadas a ser la “forma”, sino un mero “vehículo” de la enseñanza. Como que no sirven, como todos los trabajos prácticos, más que para poder concretar, ejemplificar, mostrar lo accidental y viviente del Derecho (me limito a lo que se refiere a la parte práctica del mismo; pues bien sé que el seminario sirve para otras cosas, como son las de investigación propia y original). Pero por sobre todo ello se encuentran esas verdades generales, los mencionados principios, en los cuales no cabe experimentar, ni tocar, ni ver: sino observar, analizar, inducir: razonar, en suma.

XXI

Y puedo dar por terminado este trabajo. Deploro el haber tenido que insistir en más de un punto de verdad casi intuitiva. Pero reconózcase

que la situación lo imponía. La susodicha comisión de profesores que proyectara los programas –el programa, está mejor dicho– se limitó a explicar en general su pensamiento. Y ello, después de recibir un mandato imperativo de parte de la asamblea respectiva, que, según se ha visto, prefijó más de un criterio básico al respecto. Lo que implica que el pensamiento a que la asamblea obedeciera en tal sentido, ha quedado como oculto o perdido, en la fugacidad de las discusiones verbales, por lo demás, ni muy largas ni muy intensas: pues que las opiniones (me refiero a las expresadas entonces) eran poco menos que uniformes, y ha contribuido en escasa medida para la orientación y la intelección de aquel trabajo.

Agréguese que, según mi recuerdo, la Facultad ha hecho conocer todavía menos su propio pensamiento. Ni se ha hecho público el informe de su comisión de programas relativo a este de Derecho Civil, y que debió serle presentado cuando le fue sometido éste a su consideración. Ni tampoco se ha exteriorizado la deliberación y discusión del mismo en el seno del consejo de aquélla, que terminó por la aceptación del programa en toda su plenitud.

No hay, entonces, por qué extrañarse que se haya podido alterar la verdad, como ha ocurrido, en más de un punto: ya afirmándose o negándose hechos y circunstancias positivas; ya deformándose el pensamiento de más de un miembro de aquella comisión de profesores; ya interpretándose equivocadamente el sentido de algunas de las parciales reformas que se habían introducido en el programa preindicado.

XXII

Ahí van, pues, estas ligeras explicaciones de una modificación bien externa y anodina.

Como que hasta me parece un poco infantil la discusión que verse sobre tópicos de tal naturaleza, por lo menos cuando no se trata de evidentes deméritos o de peligros inmediatos o positivos. Es que yo no tengo, en modo alguno, el culto de los programas; como tampoco lo tengo respecto de los reglamentos, ni, en general, de todo lo que concierne a disposiciones meramente escritas.

Es mi profunda convicción que éstas carecen de toda virtualidad, y que de por sí nada dicen en sentido alguno. Como que la virtud de cualquier cosa reside en su concreción, en la realidad. Como que es en ésta donde puede verse si los resultados son buenos o malos. Como que la actividad, en cuya virtud se hace sentir un hecho o una obra, es expresión y efecto no de una regla de criterio sino del criterio mismo, no de una disposición escrita sino de la persona que ha de hacerla efectiva.

Un programa, no como tal sino como norma de actividad, no es, así, ni bueno ni malo. Será lo uno o lo otro, según los profesores. Con los laboriosos, inteligentes y conscientes de su misión, será, seguramente, lo primero. Con los que trabajen indiferentemente, sin mirar lejos o sin el amor de su cátedra y de su materia; con esos será simplemente deplorable. Es que, propiamente, no hay programas sino hombres; o, si se prefiere, hay tantos programas como profesores. Lo que quiere decir que el programa es el profesor: ni más ni menos.

Que cada profesor, entonces, deponga sus prejuicios y su amor propio ante las exigencias sagradas de la causa de la educación, y se identifique con su materia y con su curso; en labor, en altura de miras, en espíritu universitario y científico; y se tendrá la mayor de las eficiencias para inspirar el culto sentido y profundo del Derecho y de la justicia.

Las reformas en la Facultad de Derecho*, método de estudio y enseñanza del Derecho Civil*

EDUARDO PRAYONES**

I

No hay cuestiones más difíciles de resolver que las que se refieren a la enseñanza. Proponer un método, señalar una orientación, exigir reformas, prometerlas y aun prestigiarlas, es cosa que vemos todos los días, porque como dice Pillet “nada es más fácil que aconsejar al cambio de tal o cual parte de los cimientos de un gran edificio, siendo así que la dificultad se presenta invencible, al querer realizar tal cambio, que vendría a implicar el derrumbamiento total de lo existente para reedificar de nuevo, lo cual exige previos planos elaborados, recursos suficientes y disponer de instalaciones provisionales bastantes para no producir interrupción perjudicial durante la obra. De ahí que en estos delicados asuntos universitarios –que tocan nada menos que a la formación de la generación llamada después a dirigir los destinos de un país– sea quizá cómodo azuzar a los demás y pedir vagamente reformas, cuando no hay la responsabilidad de tener que formularlas, sancionarlas o implantarlas: *el festina lente* se impone en estos casos y es menester reflexionar vanas veces antes de empujar, algo irreflexivamente, a cambios fundamentales y bruscos, en lugar de evolucionar con prudencia en forma de modificaciones sucesivas, que eviten trastornos y conmociones, siempre perniciosas para el régimen universitario, y para la disciplina de profesores y estudiantes, pues unos y otros quedan desorientados”.¹

* Publicado originalmente en *Anales de la Facultad de Derecho*, Facultad de Derecho, UBA, 1911, pp. 339-384.

** Profesor adjunto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. 1880-1924.

¹ QUESADA, E., *La facultad de derecho de París*, nota 188.

LAS REFORMAS EN LA FACULTAD DE DERECHO, MÉTODO DE ESTUDIO
Y ENSEÑANZA DEL DERECHO CIVIL

EDUARDO PRAYONES

Entre nosotros ha sido una preocupación constante de la Facultad el plan de estudios de Derecho Civil.

En un principio, el procedimiento fue sencillo: cada uno de los cuatro libros en que está dividido el Código formó un curso de la enseñanza. Los programas siguieron artículo por artículo el orden numérico de la ley.

En 1902, la mayoría de los profesores de la materia presentaron a la aprobación del consejo directivo, el siguiente

PLAN DE ESTUDIO DE DERECHO CIVIL

PRIMER AÑO

Las personas y su condición jurídica en las diversas situaciones de capacidad o incapacidad.

La familia, matrimonio y sociedad conyugal.

Filiación legítima e ilegítima. Patria potestad, tutela y curatela.

Los hechos como causa eficiente de las relaciones de derecho.

Las acciones en general. Sus principales clasificaciones (este curso comprendía el estudio del Libro I, Sección II, y Tít. II, Sección III, Libro II del Código Civil).

SEGUNDO AÑO

Derechos patrimoniales y sus clases, obligaciones en general y en sus especies particulares.

Causas de extinción.

Contratos en general y en particular (este curso comprendía el estudio de las Secciones I y III, Libro II del Código Civil, con exclusión del título de la sociedad conyugal).

TERCER AÑO

Las cosas. La posesión y acciones posesorias.

Los derechos reales en general y en particular.

Comprendía este curso el estudio del Libro III del Código Civil.

El profesor podía limitarse a nociones rápidas sobre el usufructo, uso y anticresis, si lo juzgare necesario.

CUARTO AÑO

Teoría general de la transmisión de los derechos por actos entre vivos.
Sucesión por causa de muerte. Privilegios. Prescripción.

Este curso comprendía el estudio del libro IV del Código Civil.

La reforma fue aceptada y ha estado en vigencia hasta el año pasado en que la comisión de enseñanza del consejo directivo reunió a los profesores de Derecho Civil, para que emitieran sus opiniones y aconsejaran las reformas que convenía efectuar, y después de nombrarse una subcomisión que presentó un proyecto, que todos los profesores en pleno modificaron por mayoría, se acordó establecer este otro:

PLAN DE ESTUDIO DE DERECHO CIVIL

PRIMER AÑO

Comprende las generalidades y elementos del Derecho Civil. Sujeto, objeto del Derecho. Hechos y actos jurídicos. Acciones. Metodología sumaria del Derecho Civil y especial del contenido del curso.

SEGUNDO AÑO

La posesión. Acciones posesorias. Derechos reales. Prescripción.

TERCER AÑO

Obligaciones. Contratos. Acciones y metodología.

CUARTO AÑO

La familia: matrimonio, sociedad conyugal, filiación, patria potestad.
Sucesiones. Privilegios.

Este plan ha entrado en vigor este año y se aplica exclusivamente a los alumnos de primer curso.

¿Implica un progreso en el estudio y enseñanza del Derecho Civil, la nueva distribución proyectada?

No somos pesimistas, y por el contrario aplaudimos todas las iniciativas que se propongan dar al Derecho Civil el lugar fundamental que le corresponde en los estudios de la Facultad; laudable esfuerzo al cual

se han consagrado no sólo los profesores de la materia, sino también los miembros de la comisión de enseñanza, pero tal vez el hecho de que recién entremos a formar parte del cuerpo docente (dos años de profesorado es un día en la vida universitaria), nos lleve a formular algunas observaciones, que los viejos y los nuevos maestros de la casa, a quien tanto respetamos, sabrán disculpar, atribuyéndolas a nuestra propia inexperiencia, y no a un espíritu de crítica a sus obras, a sus métodos o a su enseñanza.

II

De pocos años a esta parte ha aparecido una nueva tendencia en la Facultad, que recibió, por decirlo así, su consagración oficial en la nota que una comisión de reputados profesores, nombrada para proyectar el plan de estudios generales, dirigió al consejo con fecha 20 de octubre de 1906.

“Hemos pensado –dicen en ella– que la enseñanza de la Facultad no debe tener por único objeto, como hasta aquí, la formación de una clase más o menos preparada para la carrera forense, es decir, el ejercicio de la abogacía y el desempeño de la magistratura. Bien está que nuestras universidades suministren amplios y sólidos conocimientos a los que quieran dedicarse a las profesiones científicas y literarias, como quiera que la suficiencia es, en todas, condición primordial de éxito. Pero es empequeñecer y desnaturalizar su alta misión al reducir las nada más que a formar profesionales, porque ella exige también que cultiven y acrecienten el espíritu científico, preparando hombres que se consagren a la ciencia sin miras de lucro, por el interés de la ciencia misma y con el novísimo propósito de colaborar en la obra solidaria de su adelanto y progreso”.

Es muy digna de verdadero elogio esta idea que traduce una aspiración que satisface nuestro orgullo nacional.

Por eso el doctor Antonio Dellepiane² pronunciando el discurso académico en la colación de grados de 1909, decía: “el verdadero gran acontecimiento del año”, por sus consecuencias permanentes y fecundas, es

² DELLEPIANE, A., *La universidad y la vida*, p. 21.

un hecho de orden universitario; es el voto unánime, dado por el consejo directivo, al proyecto que transforma esta Facultad en un alto centro de investigación científica, en un instituto superior de estudios jurídicos y sociales, el primero en prioridad, entre los establecimientos hispanoamericanos que cultivan estas disciplinas. Esa medida importa la liberación del profesor de la Facultad, amarrado hasta el presente al duro banco de la galera universitaria, condenado a trabajos forzados a perpetuidad, obligado a redecir, todos los años las mismas generalidades, a abocetar groseramente el cuadro de una asignatura, a realizar una obra rutinaria, sin horizontes, sin ambiciones, sin ese vigoroso acicate de la libertad de iniciativa, que es la primera y gran condición del trabajo humano y de la labor científica”.

Esa transformación tan deseada, ¿se ha operado? ¿Podemos sinceramente creer que nuestra Facultad va a convertirse en el alto centro de investigación científica que se nos ha prometido? ¿Hay, por otra parte, conveniencia en este cultivo de la ciencia por la ciencia misma? ¿Qué dicen los hechos, con su testimonio mudo, pero más fehaciente que los discursos y conferencias?

III

En presencia de una era de reformas para la enseñanza secundaria, semejante a la que atraviesa la Facultad, Le Bon³ observaba que la mayor parte de los profesores miraban con una profunda indiferencia tales reformas.

Uno de ellos no trepidó en decir ante la comisión parlamentaria: “Se ha comprobado que todos los ensayos de reforma de la enseñanza secundaria, hechos paralelamente, han caído en el vacío y no han servido sino para agravar la situación de esta enseñanza, a tal punto que muchos profesores exclamaron: en nombre del cielo, que no se hagan más reformas: que no se cambien los programas; que no se nos anuncien nuevas eras”.

“Todos esos proyectos –agrega el autor– eran consecuencia de la arraigada ilusión latina que cree que un pueblo puede modificar a voluntad

³ LE BON, Gustave, *Psichologie de l'éducation*, 10^a ed., p. 100.

sus instituciones. En realidad, él no puede elegir las, como no puede elegir su literatura, su idioma, sus creencias, sus artes y todo otro elemento de civilización. He demostrado varias veces que esos elementos son el resultado del alma de la raza y que para cambiarlos sería menester transformar previamente esa alma”.

“La educación no puede hacer excepción a una ley tan general. Buena o mala, es hija de necesidades sobre las cuales nuestra acción es muy limitada. Las reformas en *bloc* son absolutamente ineficaces, y aun cuando un tirano las impusiese por la fuerza, no podrían subsistir, porque para ello sería necesario reformar al mismo tiempo el alma de los profesores y la de los padres y alumnos.

“Es preciso dejar de lado los grandiosos proyectos de reformas radicales y no considerarlos sino como una inútil fraseología. Para la educación, como para las instituciones, las únicas reformas posibles y eficaces son las pequeñas reformas de detalle, hechas de manera sucesiva y continua. Constituyen los granos de arena, cuya reunión total concluye por formar después de largo tiempo las montañas”.

Esa “ilusión latina” a que se refiere Le Bon, la cree hallar un escritor nacional entre nosotros, atribuyéndola a un defecto característico de nuestro modo de ser, que según él, no es otro que la mentira.

“El argentino –dice⁴– es naturalmente mentiroso, pero miente como el niño, sin intención de hacer mal, por efecto de imaginación, para agrandar las cosas que le rodean, en la idea de que con ellas él se agranda. Persistiendo en eso, llega a considerar de buena fe, como verdadero, su propio error. La mentira repetida se convierte mentalmente en verdad, pero ella no tiene un fondo de perfidia. Ha descubierto temprano que es necesaria en ciertos casos, y en algunos útil. Desde luego la vida social exige que no se diga lo que se piensa. La urbanidad enseña que la palabra ha sido inventada para ocultar el pensamiento. Ésa es la mentira social, culta, gentil, hecha para agradar y despertar simpatías. Ella está bien lejos de ser un delito, y como vicio nacional no es más grave que la hipocresía proverbial de ciertos pueblos, o que la torpe franqueza de otros. El argentino es naturalmente mentiroso, pero su mentira es inocente como la del niño: no engaña ni perjudica sino a sí mismo”.

⁴ MONTERO, B. J., *Estudios sociales*, 2ª serie, p. 28.

Algo de verdad debe haber en esto, aunque reputarnos exagerado el supuesto vicio nacional, que más que vicio, no es sino la aspiración, que se revela en todo orden de ideas, de un mayor perfeccionamiento de nuestras instituciones. Tiene, como todo lo que se extrema, la ventaja de producir la reacción consiguiente, o ley del ritmo, tan admirablemente estudiada por Ardigó y Spencer.

A la tendencia que lleva por nuevos rumbos la enseñanza, ha contestado un estudiante en esta forma:⁵ "No queda duda, dice, que con la adopción del nuevo plan las autoridades de la Facultad demuestran sus esfuerzos por el mejoramiento de la enseñanza, pero podemos afirmar sin temor de equivocarnos que nuestra Facultad, con su sistema de enseñanza puramente teórica, ni forma ahora ni formará en lo sucesivo, si no cambia de sistema, el profesional que la sociedad reclama.

"La enseñanza del Derecho Civil, base de nuestra carrera, se reduce al conocimiento de memoria de las disposiciones del Código, apenas ampliadas por las conferencias del profesor y por la lectura de uno que otro comentario; conocimientos que se probarán en el momento del examen, con un esfuerzo estupendo de memoria, en que el examinando hará desfilar ante los oídos impasibles de los examinadores, teorías y más teorías, la mayoría de las veces incomprendidas, pero sin aportar jamás una sola idea, un solo pensamiento propio. En forma análoga se enseña la mayoría de las materias en nuestra Facultad.

"Si nosotros tratásemos de aquilatar el valor de los conocimientos adquiridos de esta manera, en seis años de constante labor universitaria, nos encontraríamos que es casi nulo con relación al esfuerzo realizado. Y así se sale de nuestra Facultad con el título de doctor en Derecho y Ciencias Sociales, pero, forzoso es confesarlo, sin saber ser abogado.

"Aquellos que abrazaron su carrera como un apostolado se lanzarán a aprender en la vida lo que la universidad no les enseñó; mas aquellos, y por desgracia son los más, que siguieron la carrera del Derecho sin conocer su objeto, sin comprender la misión que están llamados a llenar en la sociedad, llegan a la meta con la obtención de un título, que no sabiendo para que les pueda servir, desde que sus maestros olvidaron

⁵ IRIBARNE, Alberto, *Revista del Centro de Estudiantes de Derecho*, Año V, N° 21, junio de 1911, p. 90.

enseñárselo y ellos son incapaces de aprenderlo por sí mismos, acaban por ponerlo en un marco dorado, colocan las placas en la puerta para que el mundo sepa que allí vive un doctor y ellos van a llenar cómodamente, un renglón del presupuesto, en una oficina de agricultura, de ganadería... es lo mismo, esos abogados sirven para todo, menos para el ejercicio de la profesión”.

“Todo esto es consecuencia lógica de la forma de enseñanza puramente teórica que en nuestra Facultad se sigue. Exíjasele al estudiante que practique, que conozca el Derecho en su funcionamiento, en sus aplicaciones y seguramente, tras la observación vendrá el pensamiento propio. Y así, junto con la íntima satisfacción de haber pensado por sí mismo, se irá desarrollando en él el amor a la observación y al estudio de las instituciones jurídicas de su país, fijará rumbos a su criterio e irá paso a paso modelando su carácter, de acuerdo con la misión que como abogado está llamado a desempeñar.

“Así, con la propia observación de los hechos, se irá formando no solamente el profesional sino también el verdadero pensador, el verdadero hombre de ciencia del mañana: pues a mi manera de ver es completamente ilógico y contra toda realidad, el distingo entre profesional y hombre de ciencia; yo creo que no es posible ser buen abogado sin conocer la ciencia del Derecho, ni es posible tampoco ser sabio en Derecho, sin conocer por propia experiencia, cómo funciona éste en la vida.

“Creo que con ese sistema no solamente no se preparan pensadores, sino que se fomenta el desarrollo de esos eternos simuladores del saber, que habituados a asimilar ideas ajenas, escriben obras y más obras sin aportar nada propio”.

Ésa es la palabra franca y sencilla de la juventud que pasa por las aulas, que dice lo que siente, lo que experimenta en su propio ser, que es quizá la que mejor puede juzgar de la bondad de la enseñanza y del saber de sus maestros.

IV

Preguntémonos ahora, ¿cuál es el primer requisito para una buena enseñanza? ¿Un buen reglamento, programas bien confeccionados, división de cursos en integrales e intensivos, etcétera? No; “sobre todo eso,

ha dicho uno de nuestros estadistas⁶ hay la cuestión fundamental del profesorado. Será inútil dictar leyes, reglamentos, programas, si no tenemos verdaderos profesores; fallaría la luz en la linterna”.

Las obras se empiezan por los cimientos, pero se troca con la dificultad de que nadie quiere limitarse a colocar una piedra. Todos deseamos unir nuestro nombre a una obra concluida, perfecta, acabada. De ahí que se sucedan los planes, las innovaciones que quieren transformar la vida y que no hacen sino desconcertar a profesores y estudiantes.

Yo recuerdo que cuando quise entrar a la Facultad, –porque me atrae todo lo que se refiere a la enseñanza– la primera persona a quien se me indicó debía dirigirme, me formuló esta pregunta: ¿tiene usted algún puesto *en* la magistratura? No, señor. ¿Desempeña otra función pública? Tampoco, y a mi vez le dije: ¿es acaso que las designaciones del Poder Ejecutivo inducen aptitud especial para enseñar?

No es eso, me dijo, pero por algo tenemos que guiarnos, y un cargo en la administración siempre es un antecedente favorable, no siendo, como no había sido yo, uno de los ex alumnos que se imponen por sus notas.

A la verdad, las designaciones no pueden hacerse a tontas y a locas, porque siendo como son expectables los cargos del profesorado, hay el peligro –y no es una ilusión– de que mucha gente aspire a ellos sólo como un medio de obtener un ascenso en su carrera o con fines profesionales.

Necesita entonces el consejo directivo tener una guía que le dé la posibilidad de no equivocarse en la designación, y esa guía no existe. En el profesorado secundario, que no reviste la importancia especial que tiene el de la Facultad de Derecho, que prepara a los hombres que han de administrar la justicia del país, el Poder Ejecutivo se ha preocupado de crear un “instituto del profesorado secundario” con maestros traídos de Alemania, que gozan de crecidos sueldos. En la Facultad nada de esto se ha intentado.

Existía antes una especie de contralor, que ejercían los mismos profesores de la materia al proponerse los candidatos, pero cuando como pasa actualmente, con los profesores de Derecho Civil, en que de dieciséis

⁶ PELLEGRINI, Carlos, *Discursos y escritos*, p. 35.

que son, ninguno ocupa un cargo de consejero, ¿no hay un verdadero temor en que las críticas del estudiante Iribarne se repitan?

Un alumno a quien supe inspirar verdadero entusiasmo por el Derecho Civil, me dijo: yo también quiero enseñar después que me reciba. El profesorado me atrae: comprendo la influencia enorme que el maestro ejerce en el espíritu del alumno, y quiero ser de los que dirijan a la juventud en el camino de la rectitud, del bien, del saber.

¿Logrará su propósito? ¡Quién sabe! Después que estudie, ¿qué tendrá que hacer para ingresar a la casa? No se sabe, no hay un camino seguro a seguir, que pueda dar la certeza de que uno llegará a ser maestro.

Sin embargo, esas aptitudes que se manifiestan desde el aula: ese cariño por las tareas docentes, debían ser alentadas. Podía organizarse un procedimiento sencillo, que nos diera dentro de diez o veinte años, los elementos para un buen profesorado.

La enseñanza de una Facultad comienza por ahí, por abrir camino a la juventud para que se prepare a reemplazar a los maestros, dándole la seguridad de que el tiempo que dedique a profundizar una materia, en forma persistente y no al acaso, será un título que podrá invocarse para el ingreso.

Mientras esto no ocurra, mientras el profesorado sea algo así como un adorno, que sirva para ostentarlo, y no se sepa que es una tarea ruda, que implica el sacrificio de todos los momentos, sin descanso, sin aplausos, y hasta con amargura, porque los buenos maestros no perdonan a los malos estudiantes, la Facultad no verá salir de sus aulas los hombres útiles que reclama la Nación y que prometen las ordenanzas.

V

¿Por qué ese prurito de “preparar hombres que se consagren a la ciencia por el interés de la ciencia misma”? ¿Qué se quiere significar con ello?

Estudiar, por estudiar, sin ningún fin práctico, es propio de los escolásticos, de los que no viven el mundo de las realidades.

Se ha querido reaccionar también contra lo que ha dicho un escritor,⁷ según el cual “el objeto único de la vida de todo argentino es el de

⁷ MONTERO, ob. cit.

enriquecerse y gozar; que en nuestro país no hay gloria en ser funcionario de la república, sino tan sólo provecho. Hay honor en ser ciudadano, pero el ciudadano que no hace fortuna es mirado con desdén”.

“Ese alguien que nos trata con tanto desenfado es un extranjero que nos ama, y nos lo prueba exagerando nuestros defectos, a fin de corregirlos. Es un inglés estudioso y observador, y en esto no ha hecho sino repetir lo que Thackeray ya dijo de su propia patria: ‘Volví de las Indias doblemente pobre, lo cual en Londres quiere decir doblemente despreciable’”.

“El amor desordenado del dinero no es precisamente un defecto argentino, sino una cualidad humana. Existe en las sociedades modernas en razón directa del grado de civilización”.

La Facultad ha querido reaccionar tratando de suprimir esa cualidad, como si los hechos naturales pudieran modificarse por la acción de las ordenanzas. Un extremo nos ha llevado al otro.

No es de extrañar. “Los latinos, dice Le Bon, son intolerantes y sectarios, oscilan de la intransigencia clerical a la intransigencia jacobina”.

Nada, sin embargo, es más perjudicial. Si para demostrar que no somos sectarios, pusiéramos a nuestros hijos dos preceptores: un cura y un socialista, obraríamos mal, porque es precisamente de estos dos extremos de donde debemos huir.

Un universitario inteligente que posea un espíritu filosófico, sabe que su misión es enseñar la verdad actual, libre de los dogmas de los unos y de las utopías de los otros.

Las familias confían a la universidad sus hijos en busca de educación para que se les dirija por el campo sereno de la investigación de las causas, de los problemas sociales, sin prejuicios de ningún género, de los cuales por más promesas que se hagan, no pueden apartarse aquellos que tienen el derecho de pensar y defender teorías absolutas, pero no en el recinto de las universidades nacionales, que si en algo deben distinguirse de esas otras llamadas “libres”, más o menos organizadas o a organizarse, es precisamente por su cuerpo docente, que debe ser homogéneo, seleccionado, sin los exclusivismos, por otra parte muy respetables, de los ultramontanos o de los socialistas.

De diferente especie, pero siempre un sectarismo es también este otro de la “ciencia pura”.

Ha traído desde que se implantó en la casa la decadencia del Derecho Civil.

El fenómeno no es sólo nacional; por él pasan también las universidades francesas. “He creído comprobar, dice Saleilles⁸, que existe en nuestras facultades de Derecho, no diré una crisis de Derecho Civil –la palabra sería tal vez excesiva e injusta– sino una desafección al Derecho Civil. No existe ya amor hacia él, se le comprende menos que antes. Y cuando digo que no se le ama y que se comprende menos, entended que no hablo sino de los estudiantes. Guárdeme Dios de hacer alusión a los profesores que lo enseñan, los cuales dan prueba de un talento, de una ciencia, de un celo, que quizá no haya sido jamás superado, pero a despecho de sus esfuerzos apenas economizados, no se puede comprobar sino este hecho: el Derecho Civil está en decadencia”.

Investigando las causas a que obedece ese fenómeno el distinguido profesor se expresa así: “Hemos colocado hace algunos años en la proximidad del Derecho Civil, algunas materias que le perjudican, y que le perjudican mucho, en los programas de la enseñanza. Creedme que no tengo ninguna intención de criticar las ciencias económicas, históricas y sociales, que en nuestro programa de licenciado ocupan un lugar al lado del viejo Derecho Civil. He sido y soy su ferviente partidario. Estaba persuadido que ellas iban a presentar mejor que antes los intereses considerables y las realidades profundas que se ocultan debajo de la menor cuestión jurídica. Pensaba que estas disciplinas nuevas, atrayentes y halagadoras, no echarían en olvido el interés que merece el viejo fondo al cual venían a adaptarse. Me he engañado algo, al menos por ahora, porque estoy convencido que el Derecho Civil aprovechará un día u otro del beneficio del estudio paralelo de las ciencias económicas. Pero hasta entonces no será sin que sufra un poco. Todas esas seductoras materias han guardado para ellas el interés que despiertan en los espíritus jóvenes, entusiastas, los problemas sociales, y ante esos nuevos horizontes que se presentaban, nuestro Derecho Civil ha parecido, y

⁸ SALEILLES, R., *Revue Internationale de l'Enseignement*, enero de 1911, vol. 61, p. 5.

parece quizá todavía, algo inferior y mezquino, ciencia de práctica pura y de procuradores, *matière a chicane et voilà tout*".

También entre nosotros este continuo clamor en discursos, libros, conferencias, revistas, sobre la transformación de la Facultad, sobre que ya no es, ya no será, la escuela de profesionales, sino el alto instituto de las investigaciones científicas, no implica sino una desafección a los estudios del Derecho Civil, que han pasado a ser materia de orden secundario, a tal punto, que a muchos de los profesores que nos preocupamos de él y queremos darle la importancia que le corresponde, nos consideran nuestros colegas como "rutinarios".

Los estudios de Derecho Civil, aun por los profesores más talentosos, no se hacen siguiendo el método que nosotros, los llamados "rutinarios" empleamos, sino mediante el procedimiento de pura ciencia, grande en concepciones idealistas, pero faltos de la realidad del Derecho positivo.

Uno de los más reputados maestros de la casa⁹, con una vastísima preparación científica, acreditada en numerosos libros, y trabajador infatigable, ha escrito últimamente sobre los derechos de los hijos naturales en el Código Civil: "Oportuno es reconocer -dice- que en nuestra legislación se conservan respecto de los hijos naturales, rastros de la terrible severidad del antiguo Derecho Canónico. Estas supervivencias, como voy a demostrarlo más adelante, resultan a veces anticuadas y de la más irritante injusticia.

"Frente a los hijos legítimos habidos en un matrimonio posterior del padre o de la madre, la posición del hijo natural viene a ser de todo punto subalterna y equívoca. Se diría que él está obligado a purgar las consecuencias de una falta grave contra la moral y las buenas costumbres, como si fuese testimonio vivo de una unión criminal y vergonzosa.

"El criterio ambiente no se muestra orarlo tan severo como antaño, para juzgar a los hijos naturales", y recuerda que, "no falta quien cite la aguda observación que pone Shakespeare en boca de uno de sus personajes, según la cual 'los hijos del amor son más inteligentes y más bellos que los hijos del matrimonio'.

"El hecho es que nos encontramos en presencia de una insanable contradicción. Por una parte las ideas y las costumbres modernas juzgan

⁹ BUNGE, C. O., *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, enero de 1911, N° 4, p. 609.

con máxima lenidad y fundada tolerancia la situación del hijo natural. Por otra parte, la legislación conserva rastros y resabios de la antigua severidad teológica. Esta discrepancia debe ser cuanto antes remediada por los legisladores. Encuétranse ellos en el deber ineludible de no prolongar una situación intolerable, contra la cual protestan los más elementales sentimientos humanitarios y las necesidades de la cultura, y cuya modificación exige la propia firmeza en las bases de la familia.

“El hijo natural es legal, y lo que es legal no puede ser ilegítimo. Menos aún sufrir sanciones civiles que entrañan penas morales, creadas por la misma ley que reconoce su existencia e impone la igualdad en la naturaleza de sus derechos.

“O la ley continúa protegiendo lo que es legal según el concepto antiguo del matrimonio, y rechaza al hijo natural, o la ley protege lo que es legal según los conceptos del moderno criterio, y le reconoce los derechos a una vida perfecta. La ley no puede contradecirse y proteger lo ilegítimo: o no hay más hijos que los del matrimonio, o todos los hijos legales lo son de matrimonio. No hay salida, no hay términos medios. Pues bien, un hijo natural será siempre expresión más completa de la voluntad de un hombre que su firma puesta al pie de un contrato de matrimonio”.

“No puede ser misión de alta política social facilitar la tarea económica de un futuro esposo y un futuro padre, en detrimento de la situación económica y moral de un hijo existente, de una energía ya viva y ya real, que forzosamente vendrá a debilitarse y obscurecerse. La ley civil es aquí funesta en sus medios, en sus fines y en sus consecuencias; es inhumana, inmoral, contraproducente. Favorece la abstracción matrimonio sin tener en cuenta quiénes vayan a casarse, con lo cual carga sobre la institución el desprestigio de las generalizaciones reaccionarias.”

“La legítima de los hijos ilegítimos, reducida a una cuarta parte de la de cada hijo legítimo, entraña una reducción arbitraria, formal y sin sentido común. La denominación de ilegítimo envuelve un concepto corriente de baldón. La ley del país no puede insultar al ciudadano por una circunstancia de su advenimiento a la patria. La ley que lo califica de ilegítimo es inconstitucional.

“Urge la reforma de nuestro Código”.

Efectivamente, la ciencia por la ciencia, nos lleva a ver todos los hijos iguales, sin distinciones de ninguna especie. La realidad es otra.

Los prácticos –a quienes se nos ha criticado tanto– planteamos la cuestión en diversa forma. Para nosotros la ciencia por la ciencia es algo incomprensible. Sólo admitimos su eficacia cuando es aplicada a la confección de las leyes o a su interpretación positiva.

Enseñamos que la distinción entre hijo legítimo e hijo ilegítimo es justa.

“Es una regla natural en la sociedad –dice Manresa¹⁰ tal como hoy se halla constituida, la familia legítima, fundada en el santo lazo del matrimonio. Esa regla interesa a la sociedad que se conserve, primero, porque obedece a prescripciones de orden moral, y después, porque conservándola, se tiende a la conservación de la sociedad misma; siendo, portante, lógico que la ley defienda la familia legítima y ampare de ese modo los derechos de la esposa y de los hijos nacidos de mujer de bendición.

“Todos los seres procedentes de unión distinta al matrimonio son desviaciones de esa regla, todos proceden de sendas tortuosas, que conviene cerrar para que por ellas camine el menor número posible de seres extraviados. En ello se halla interesada toda la humanidad, si no ha de llevarse el deshonor y la desgracia al seno de las familias, o suprimidas éstas, no ha de convertirse la sociedad, reunión de seres libres, inteligentes y morales, en una amalgama o aglomeración de individuos sin más instinto que el puramente material, ni más fin que el de gozar y vivir, prescindiendo de todos los lazos del deber”. Estas ideas aplicadas de una manera absoluta nos llevarían a una falsa doctrina: la de negar todo derecho al hijo natural y ello no es posible. Laurent¹¹ dice con razón: “se invoca contra los hijos naturales el principio que sirve de base al orden de las sucesiones: la conservación de la familia. Extraños a la familia, se dice, no pueden reclamar derecho hereditario alguno. Pero esto no es más que uno de los aspectos de la cuestión; hay otro punto de vista, a nuestro modo de ver, decisivo. El que da la vida a un hijo, ¿no tiene hacia él deberes que cumplir? Nadie se atreverá a negarlo. Pues

¹⁰ MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, 2ª ed., t. VI, p. 494.

¹¹ LAURENT, *Principes de Droit Civil*, t. IX, p. 125.

bien: lo que es un deber para el padre, es un derecho para el hijo. Su derecho en cuanto 'hijo' es el mismo que el del hijo legítimo. En vano tratará de oponerse el escándalo y la inmoralidad. La legislación, ¿es acaso menos inmoral permitiendo al hombre entregarse impunemente al vicio y al desorden? A él le basta no reconocer a sus hijos, con lo cual se castiga a los inocentes, mientras que los verdaderos culpables gozan tranquilamente de fortuna y ni siquiera sufren alteración alguna en su consideración personal. He aquí la verdadera inmoralidad que es necesario combatir: El legislador debe enseñar a los que buscan fáciles placeres que tienen deberes para con los seres desgraciados a quienes dan la vida, y en caso necesario, debe obligarles a que los cumplan". La realidad nos demuestra que hay en pugna dos principios, dos fuerzas, diremos así, y el legislador para ser justo tiene que seguir la resultante, o sea acordar a los hijos naturales, un derecho limitado, pero no igualar a unos y a otros, porque en esa forma quedaría igualada la mujer legítima con la concubina, la esposa fiel con la infiel, la honradez con la lujuria.

Esto hace exclamar a Alonso Martínez:¹² "Borradas las procedencias e igualados en todos los derechos, así como en la consideración social, los hijos legítimos, naturales, adulterinos e incestuosos, la legitimidad se convertiría en un título irrisorio o, cuando menos, en un nombre vano; sería raro el hombre que aceptara los penosos deberes del matrimonio, y los pocos que tuvieran el heroísmo de resignarse a ser maridos llorarían pronto la infidelidad de sus mujeres; y en el desate de los apetitos y la fiebre de la pasión, el pudor de las doncellas, la pureza de las hermanas y no me atrevo añadir que de las hijas, quedaría sin escudo ni valla dentro del hogar doméstico, transformándose éste, de templo sagrado en inmundo lupanar".

Esta cuestión tan debatida, como recuerda una sentencia de nuestros tribunales tuvo en Francia oportunidad de tratarse en el Parlamento cuando en 1888 los diputados Letellier, Rivet y Jullen, presentaron un proyecto estableciendo la asimilación completa del punto de vista sucesorio entre los hijos naturales y los hijos legítimos. La Cámara de Diputados no lo aceptó, limitándose a ampliar los derechos de los hijos naturales, y en el Senado, habiéndose vuelto a insistir en la asimilación completa, la

¹² ALONSO MARTÍNEZ, M., *El Código Civil y las legislaciones forales*, t. I, p. 241.

comisión respectiva pidió el rechazo diciendo: “Los autores del proyecto han tomado como base de su sistema una amplísima definición de la familia que según ellos es un conjunto de personas que han consentido en formar una agrupación con derechos y deberes recíprocos. El padre y la madre que la fundan sea por el matrimonio, sea por una unión libre, sea colocando a los hijos naturales reconocidos junto a los legítimos, contraen iguales deberes para unos y otros, así como adquieren por el reconocimiento la patria potestad y el derecho de corrección. No podrían el padre o la madre, sin incurrir en el desprecio público, hacer distinciones en cuanto a su educación, sostenimiento o dote y no es posible por lo tanto en caso de sucesión ab intestato, considerar que han querido privar a sus hijos naturales de una parte de su derecho hereditario en provecho de ascendientes que la ley excluye cuando hay hijos legítimos: la muerte no debe modificar una situación creada por una voluntad consciente ni hacer aparecer diferencias incompatibles con la idea de la familia sanamente entendida. La comisión no ha aceptado esta teoría ni sus consecuencias. La familia no es solamente una agrupación que el padre o la madre formen a voluntad: en todo el mundo las leyes, la moral, las religiones, las costumbres, no la entienden así. En el sentido verdadero y universalmente aceptado, es una institución social que procede del matrimonio; le está indestructiblemente unida, asegura su conservación y dignidad y no se forma, ni existe, ni se perpetúa sino por él. El legislador no tiene el derecho de conmovérsela. Establecer una igualdad perfecta, entre los hijos ilegítimos y los que nacen de matrimonio, es sacrificar un interés superior y general a situaciones particulares y excepcionales, desviar las uniones legítimas, fomentar el desorden de las costumbres y provocar odios y discordias en medio de los cuales el vínculo de la sangre, so color de ser más extensamente respetado, correría el peligro de romperse o relajarse por completo”. Además, dice Manresa, hay que tener en cuenta dos circunstancias que aconsejan mayor generosidad con los descendientes legítimos que con los ilegítimos. Es una de ellas que los hijos legítimos, si, atendiendo sólo a la naturaleza, son iguales y deben ostentar los mismos derechos que los ilegítimos, atendiendo a la ley tienen además, como razón de preferencia, que será todo lo secundaria que se quiera, pero que no deja de ser algo más, un factor que no debe despreciarse, el vínculo del matrimonio. Es la otra circunstancia decisiva

para determinadas escuelas, que no brillan por su antipatía para la familia ilegítima, la de que el patrimonio familiar no pertenece exclusivamente al padre ni a la madre, sino también a los hijos que forman parte de la sociedad familiar, los cuales, con su trabajo y con su cuidado, cada cual en la medida de sus fuerzas y facultades, ayudan a su formación y conservación, y esos hijos que la aludida escuela estima como copropietarios, no son ciertamente los ilegítimos, que viven fuera de tal sociedad, sino solamente los legítimos, que, por tal razón, tienen derecho a alguna preferencia.

Podemos concluir con el autor citado diciendo que “no es empresa fácil borrar en un momento ideas y sentimientos antiquísimos, quizá menos perfectos pero arraigados en la vida real. ¿Cómo separar el bien del mal, allí donde se hallan tan íntimamente mezclados, que todo favor al inocente recae indirectamente en los culpables, estimulando el mal y multiplicando sus perjuicios?

“La cuestión es por hoy insoluble, y la realización de lo que se estima derecho natural, suponiendo que algún día pueda, sin tan graves inconvenientes como hoy existen, realizarse, no es obra de un día. Las reformas más radicales no son las mejores. Hay que tener en cuenta, las condiciones relativas de lugar, de tiempo, de costumbre”.

Por el nuevo Código alemán, el hijo natural no tiene ningún derecho hereditario en la sucesión de su padre. Respecto de la madre, rige el viejo adagio de los juristas del siglo XVI: *Kein Kind ist seiner Mutter Kebskind*.

Es imposible apartarse en la enseñanza, como en las aplicaciones de la ley, de la vida práctica. Mirado el Derecho a través de las necesidades sociales como producto espontáneo de la sociedad no es una ciencia difícil ni de privilegiados. En la profesión, en esa dignísima carrera de la abogacía, es donde mejor se aprende la ciencia jurídica.

Vélez, Moreno, Cortés, fueron ante todo abogados, y abogados de nota.

Es avanzar demasiado, querer implantar aquí de golpe, todo el nuevo sistema que tantos adeptos cuenta. Para nosotros, es sana aspiración de los que viven la ciencia de los libros. Vuelan tan alto, que, por acercarse al cielo han perdido la tierra de vista.

La faz económica es uno de los elementos más importantes que deben considerarse en la organización de cualquier sistema científico, político, vulgar, etcétera.

Admitamos que haya alguien que quiera seguir ese camino que le trazan las ordenanzas del hombre puramente científico, desinteresado, sin que le guíe, como decía la comisión reformadora del plan, ningún propósito de lucro.

Este hombre no podrá formar familia, porque ésta no se mantiene con la ciencia. ¿A qué podrá dedicarse un ser de esa naturaleza?

Le quedan dos caminos: el de profesorado y el del cargo público. El primero hay que abandonarlo. El Estado paga miserablemente a sus profesores universitarios. Entre ellos no se sigue el procedimiento de acumular cátedras. Un hombre que tuviera las cuatro cátedras de Derecho Civil a su cargo, es algo en lo que inmediatamente nosotros supondríamos el favoritismo: pero ni siquiera dos. El profesor universitario no puede tener más que una cátedra, magnánimamente retribuida con 285 pesos. Los profesores extranjeros traídos de Alemania, con contrato, para el instituto del profesorado secundario ganan mil pesos. Es claro, a ellos no se les puede imponer el sacrificio que los argentinos soportamos con gusto. Nosotros enseñamos gratuitamente, quizá con pérdida. Los buenos abogados saben que si el tiempo que dedican a las tareas de la Facultad lo emplearan en atender con más asiduidad su estudio, les reportaría una entrada cinco veces superior a la retribución que reciben de la universidad.

No queda para el hombre científico que no es “profesional” otro camino que ser asalariado del Estado. En eso viene a terminar la reforma. Ahí vamos a concluir todos.

El medio alemán de donde se ha copiado toda esta reacción es muy distinto.

“El sueldo máximo a que puede llegar un profesor universitario –dice el doctor Oliver–¹³ en la capital del imperio es de 7.200 marcos anuales, a los que hay que agregar 900 marcos como sobresueldo para ayuda de gastos”.

¹³ OLIVER, F. J., *La enseñanza superior en Alemania*, p. 57.

“Ese sueldo ya sea fijado por contrato o por ley, impone al profesor obligación de dictar una clase por semana, que es pública y gratis para los asistentes. Pero ningún profesor limita a eso su tarea sino que todos dan varias horas por semana de curso relativo a la materia o materias afines que crean conveniente enseñar. La asistencia a esas clases está reservada a los estudiantes inscriptos quienes pagan honorarios (*collegiumgeld*) a razón de 5 marcos por cada hora semanal de curso durante el semestre. Esas sumas las recibe la oficina llamada ‘cuestura’ y luego las entrega al profesor, previa una pequeña deducción para gastos de administración. Estos honorarios pueden llegar a ser una retribución suplementaria de alguna importancia según la asignatura que se explica y la notoriedad del profesor, pues generalmente una misma materia se dicta por más de un profesor y, docente *privat* y el alumno tiene amplia libertad de elección”.

El doctor Oliver da los siguientes datos que toma de Paulsen, sobre la retribución suplementaria que durante el “semestre” de 1891 a 1896 recibieron los profesores de la universidad de Prusia: 4 profesores recibieron más de 20.000 marcos; 7 profesores 20.000; 15 profesores 15.000; 14 profesores 10.000 cada uno, etcétera.

“Se comprende -agrega- que con este sistema los profesores tienen un gran estímulo para dedicar todas sus energías a la obra de la investigación científica y de la enseñanza, y que se impongan una tarea que llega a absorverles de tal modo que en algunos casos prescinden del ejercicio de la profesión”.

Aquí en la República, el profesor que trabaja y el que no trabaja son igualmente retribuidos. La cátedra es un empleo y empleo del gobierno, lo cual ya se sabe lo que significa. Los profesores estudiosos que llegan a destacarse no encuentran para sus esfuerzos una mayor retribución. Ni aun alcanzan emolumentos para el fomento y progreso de su biblioteca. No permitiéndome mis recursos adquirir todos los libros que la enseñanza y algunos trabajos especiales que me encomendó la Facultad requerían, solicité permiso para llevar de la biblioteca algunos a mi casa, a fin de tomar unos datos. Me fue negado. Tenía que abandonar mi estudio particular para llenar esa obligación de consultar los libros, al par que los estudiantes, en el mismo local oficial.

Luego, abóguese por la formación de hombres que cultiven la ciencia por la ciencia, hágaseles vislumbrar un brillante porvenir, y reflexiónese si no se comete una injusticia.

¡Cuánto más vale formar verdaderos profesionales, que tengan cariño por la abogacía, hombres de ciencia aplicada, útil, que les permita ganar honestamente, defendiendo pleitos, lo que hoy por hoy, no podrán conseguir de otra manera!

Saber defender pleitos, ejercer la magistratura y funciones anexas, no se obtiene con la ciencia libresca de los teorizadores, que hacen cursos interminables, que desprecian el Código, que traen montañas de libros inútiles, que van a inspirarse en las legislaciones extranjeras y usan del Derecho Comparado confundiendo con el propio.

Al discutirse los programas en la reunión de profesores de Derecho Civil, yo propuse un método que nos llevaba a aquel fin, es decir, avanzando un paso más en la enseñanza, pero sin cambiarla radicalmente. Como era el único "rutinario" que quedaba, por unanimidad se rechazó, y luego, también se rechazó el programa que para el curso de cuarto año de Derecho Civil (quinto de los estudios) había confeccionado. Todo un trabajo prolijo, que me había costado algunos días, se declaró inútil. En cambio, en la sesión siguiente, y previo dictamen de otra comisión especial, de la que no formé parte, se aprobó el programa que entrará pronto a regir, y que mi buena fe no me permite faltar a la verdad: lo confeccioné en veinte minutos, como que no es más que la copia de los títulos del Código.

VI

El primer factor en la obra educativa es el maestro. "No es su conocimiento, ni su energía, ni su habilidad, ni su práctica -dice Münsterberg-¹⁴ es el entusiasmo educativo el que constituye la personalidad del maestro. Un maestro que no conoce la belleza y santidad de su misión, y que ha entrado en la escuela no porque su corazón rebose deseo de enseñar a la juventud, sino por tener una ocupación y un medio de vida, hace gran daño a sus discípulos y se lo hace a sí mismo".

¹⁴ MÜNSTERBERG, H., *La psicología y el maestro* (trad. Barnés), p. 383.

Sea su misión mostrar a los pequeños los primeros elementos de este curioso mundo, o hacerlos capaces y dispuestos para la lucha por la vida: el entusiasmo del maestro es el que decidirá si la instrucción ha de ser un éxito o un fracaso. Del maestro en su pupitre puede decirse lo que del sacerdote en el pulpito: que sin fe en su corazón debe de ser condenado. Ni la elocuencia, ni la técnica, ni el artificio, pueden engañar a un órgano tan sensible como el alma del niño.

Si falta aquel elemento subjetivo, la enseñanza podrá versar sobre el asunto más interesante, pero el espíritu del niño la seguirá sin fe, y por tanto, sin espontaneidad. Si el entusiasmo ha tocado el alma, todo alcanzará vida e inspiración. Esta voluntad alcanza su punto más elevado cuando al entusiasmo por la función de la enseñanza se une el entusiasmo por la materia enseñada.

Recuerdo siempre un hecho de mi vida de estudiante que ha quedado grabado en mi memoria. Era una cruda mañana de julio y entrábamos a escuchar a Juan Agustín García que nos daba clase de Introducción al Derecho. Pocos éramos y el maestro tuvo sus confianzas. Esta clase, nos dijo, representa para mí la labor intensa de seis horas de estudio. Vengo casi sin dormir. Me pareció exagerado. No concebía que por más entusiasmo que se tuviera por las tareas docentes, el profesor tuviera que dedicar a una clase seis horas previas de estudio. Después, al ser maestro, cuando en el solitario rincón de mi hogar siento dar las horas de la madrugada y el sueño vence mi energía, me llega el eco de aquella voz que me repite, seis horas estudiaban tus maestros, y aun me parecen pocas.

Ese ejemplo de trabajo, ese interés, ese entusiasmo, es lo que cimenta la autoridad del maestro. No importa que sea “malo” en el sentido de reprobar al que no sabe. El maestro a que me refiero tenía esta fama, pero era el profesor que más queríamos y respetábamos, porque los “malos” cuando son justos, no levantan grito, ni protesta entre los estudiantes. Estos son irrespetuosos para aquellos que sin estudiar, sin sacrificarse, unen todavía a su falta de autoridad un rigorismo intolerante, como si quisieran vengarse de la falta de cariño que les tienen sus discípulos.

El entusiasmo alcanza su completa expansión –agrega Münsterberg– cuando el idealismo del maestro no se refiere solamente al contenido de la instrucción y a la tarea de la enseñanza, sino que irradia en todas

direcciones. Hay ventanas en toda clase: el buen maestro mira fuera de su mesa en el ancho mundo, en el tumulto de los hombres, en los goces y en los deberes de la vida y en todo se notará si ve las cosas en su aspecto estrecho y egoísta, o si las ve con un corazón que cree en los valores externos.

Tal creencia entusiasta en el valor de los ideales humanos es lo mejor que puede conseguir el discípulo al lado del maestro. En un sentido elevado es realmente la cosa más útil que puede aprender en una clase, y si arde en el espíritu del maestro, no habrá niño en quien no prenda la llama.

Para enseñar Derecho Civil hay que tener el culto de la ley. Se ama únicamente lo que se respeta. No quiere la divisa de Bugnet; no conozco el Derecho Civil, sólo enseño el Código Napoleón; pero sí acepto la de Gény: por el Código Civil, pero más allá del Código Civil.

VIII

Ya he dicho que no concibo la ciencia por la ciencia, ni esta reacción contra la enseñanza profesional. La Facultad debe, como decía Glasson, “inspirarse en el espíritu moderno, pero sin renegar de su pasado que hizo su grandeza”.

Antes, la enseñanza se limitaba al conocimiento de la ley. Ahora pensamos que también el primer deber del profesor es enseñar el Código. No consistirá la enseñanza en que los alumnos aprendan a repetir los artículos, ni a hacer un comentario exegético. Esto es aburrido y sólo ejercita la memoria del alumno, preparándole para el examen, pero no le da un conocimiento profundo de la ley, que le permita desenvolverse en la vida de los negocios, ya como consejero, como defensor o como juez.

“El arte de enseñar, dice Beudant¹⁵, consiste en saber elegir las ideas necesarias de una materia y disponerlas en orden metódico.

“Lo que se llama los principios, de cualquier ciencia que se trate, no son sino las ideas necesarias bien coordinadas; cuando uno las posee, posee la ciencia entera: lo demás es cuestión de deducción; basta para adquirirlo el buen sentido y los hábitos de estudio.

¹⁵ BEUDANT, Ch., *Cours de Droit Civil*. Préface, p. VI.

“En el Derecho más que en cualquier otra ciencia, es indispensable separar y aislar los principios, porque el número de las aplicaciones y de los detalles es infinito, a tal punto, que la memoria más prodigiosa no podría lisonjearse de dominarlos todos.

“Las formas simples y los beneficios de la justicia patriarcal, han quedado para la leyenda: las sociedades de una formación antigua están condenadas a tener una legislación sabia, complicada y cargada de textos. ¿Es un bien o un mal? Ni lo uno, ni lo otro: es un hecho. Pero, un lazo determinado une todos los textos: la obtención de un fin ideal y permanente: los artículos no son sino corolarios de algunas naciones superiores.

“Extraer estas nociones, presentarlas con claridad y habituar el espíritu a la deducción que nos lleve de los principios a sus aplicaciones prácticas, he ahí el objeto de la enseñanza”.

Este es el primer trabajo que el maestro tiene que realizar: extraer del Código los principios a que obedecen sus disposiciones y presentarlos en forma metódica. Ello lo obligará a menudo a realizar investigaciones personales, a compulsar antecedentes patrios, a nacionalizar el Derecho. Fácilmente se comprende por qué este método es resistido. El manual repetido a la letra no cabe en esta enseñanza: la falsa erudición la perciben los alumnos inmediatamente y el profesor que no estudia fracasa.

La exégesis en cambio, encuentra todo formado. Es el mejor escudo tras el cual puede parapetarse un mal profesor. Toda la ciencia consiste en repetir un Código anotado, con interminables discusiones escolásticas. Es educar a la juventud con el criterio estrecho de los glosadores.

La teoría pura, matizada con citas de códigos extranjeros es todavía más peligrosa, porque se aparta de la ley y extravía a los estudiantes en el campo de la abstracción sin ningún beneficio práctico.

El maestro está colocado entre el legislador y el juez, pero más cerca de este último que del primero. Lo que debe preocuparlo principalmente es la legislación actual. Sólo el que conoce bien una cosa puede percibir sus defectos e indicar sus reformas. Éstas no nacen de la mente de los jurisconsultos: son exigidas por las necesidades sociales.

La obra de la jurisprudencia representa un papel considerable en las transformaciones del Derecho. Las instituciones se aprecian en sus ven-

tajas y defectos viendo cómo funcionan en la vida. De ella debe tomar el maestro los ejemplos para sus clases.

Habrán andado así lo que podríamos llamar la primera etapa de la enseñanza, pero, no es bastante conocer los principios fundamentales. Éstos suelen presentarse contradictorios en las disposiciones de detalle. Nace así la interpretación, quizá la parte más importante en la enseñanza del Derecho Civil, porque la interpretación constituye, puede decirse, una ciencia aparte.

Saber la ley es en el fondo saber interpretarla. El artículo 356 del Código Civil que establece que la representación en la línea colateral sólo tiene lugar a favor de los hijos y descendientes de los hermanos, ha recibido tres interpretaciones distintas: los doctores Moreno, Corles y Fernández, cada uno lo extendía de diversa manera. El primero acordaba Derecho hereditario sólo al sobrino hijo de hermano: el segundo lo extendía hasta el sobrino de sexto grado; el tercero lo llevaba hasta el infinito, pero con la limitación de lo que llama el principio de la “paridad de grados”.

El Código es el mismo, pero al ver sus aplicaciones, podría decirse que son tres códigos distintos. Tal es el poder de la interpretación. El trabajo de interpretación se hace hoy día substituyendo al método literal y lógico el método positivo.

La equidad, la lógica y la utilidad social son elementos de la interpretación, para llegar al fin social que se propuso satisfacer el legislador.

La ley se interpreta en esa forma. De esa manera el Código no inmoviliza el Derecho. Éste evoluciona en la ley por medio de la jurisprudencia siguiendo paralelamente las transformaciones que el progreso impone a cada institución.

En estas condiciones la ley no envejece jamás, porque la interpretación la va amoldando a las nuevas necesidades. Cuando llegue su reforma la obra no será nueva sino en el nombre. Los artículos que se modifiquen, supriman o agreguen, responderán al voto de la jurisprudencia, a la ciencia de la verdad, al único fondo donde el jurisconsulto tiene que ir a estudiar y tomar los elementos para la nueva legislación; a la vida social.

La misión del maestro no ha terminado aún. Los principios y la interpretación no alumbrarán sino al campo del Derecho nacional con los

elementos propios. Hay siempre un horizonte más extenso. Otras legislaciones y otra civilización rodean la de un país, presentando sus analogías y diferencias. Son términos de comparación. “La historia nos enseña –dice Saleilles– que los pueblos siguen en su Derecho una marcha paralela y que sus costumbres influyen las unas sobre las otras, desenvolviéndose a veces, espontáneamente, en el sentido de la analogía recíproca: de ahí que hoy, como antiguamente, esta repercusión de las legislaciones vecinas las unas sobre las otras, se haga sentir en el interior de las fronteras mismas de cada país. Esta repercusión es más viva y más activa hoy que lo que era antes. Deriva esto, no sólo de la comunidad de instintos, que hace surgir en cada grado idéntico de civilización, instituciones análogas, sino sobre todo de las leyes de la imitación colectiva, que ofrecen a cada pueblo el poder encontrar un Derecho más conforme con las nuevas necesidades, el ejemplo de una institución extranjera que ha germinado primero y que se hallará corresponder precisamente al nuevo grado de cultura alcanzado”.

El fundamento que en uno y otro país tenga una misma institución, sus tradiciones, la raza, el medio ambiente, las necesidades políticas, económicas y sociales, a que respondan, son los últimos estudios que vendrán a coronar la obra educativa del maestro.

Aquí es donde hará resaltar la importancia del Derecho Civil en la vida de los pueblos. Las instituciones fundamentales de la sociedad: la familia, la propiedad, las sucesiones, son su campo de acción, ¿cómo no ha de exigir que ocupe el primer puesto en el alma del alumno?

Tocará también las teorías reaccionarias, que si contra algo combaten, es contra la legislación civil, cuidando de mantenerse en un justo término medio, sin olvidar que son adolescentes, sin la experiencia de la vida, los que le escuchan.

IX

Ésa es la obra que llamaremos activa del maestro, en la que los alumnos son seres pasivos. Si estudian, si aprovechan de la enseñanza, el maestro no lo sabe. Las interrogaciones en clase requieren disponer de mucho tiempo. El horario que rige en la facultad en los cursos integrales acuerda al profesor noventa y cinco minutos por semana para la explicación de la materia. Es un tiempo excesivamente reducido. Apenas al-

canza para poder explicar a conciencia el programa y efectuar en el último mes, una repetición breve y sumaria de todo el conjunto.

Las preguntas en clase serían eficaces en un curso reducido, en que el profesor se familiarizase con los alumnos; en que pudiese llamarlos por sus nombres y estuviese al tanto de sus aptitudes. Preguntar como se hace ahora, una vez al año a cada alumno, designado con anticipación, no es un sistema del cual se pueda sacar un gran provecho. Sin embargo, algo debe hacerse.

He puesto en práctica un método del cual espero obtener un buen resultado, pues obliga al alumno a comprometer opinión, a fundarla y defenderla. Organizo un verdadero expediente, con escrituras auténticas, actuación en papel sellado, etcétera. Dirijo el procedimiento de modo que se produzca un interesante debate jurídico. Actualmente tratamos la difícil materia de la posesión hereditaria. En determinado momento, corresponde oír al agente fiscal: llamo uno de los alumnos, le explico cuál es la función del fiscal y le obligo a que produzca un dictamen, con prevención de que una vez terminado el expediente haré la crítica de los trabajos. Tiene así que esmerarse, consultar libros y hacer una investigación personal. A pesar de estar en quinto año, algunos de mis discípulos me confesaron que jamás habían hecho un trabajo de esta naturaleza, en que actuaran en esa forma responsable y supla a crítica, pues el expediente corre de mano en mano, y entre los mismos compañeros se juzga buena o mala la actuación del designado.

Al dictamen del fiscal sigue otro del asesor de menores, lo que da origen a una nueva designación. Luego viene el fallo y coloco a otro alumno en la obligación de decidirse con argumentación motivada, por una de las dos soluciones sostenidas en la causa. La posesión hereditaria quedará así estudiada en todos sus aspectos, provocándose aquellas discusiones que en tiempo de Valette y Bugnet, habían dividido en dos bandos a la juventud universitaria.

Ese trabajo, pudiera observárase, corresponde al profesor de procedimientos. Es un error. Lo importante en un debate judicial no es dictar autos mandando agregar la prueba, o aprendiendo a hacer cédulas y llenando notificaciones. Ésta es tarea fácil que no requiere mayor práctica ni conocimientos. La dificultad se presenta para los abogados recién re-

cibidos en la manera de encarar una cuestión jurídica, plantear los hechos y exponer el derecho con estilo claro, sencillo y fácil.

La manera como debe tratarse una cuestión de posesión hereditaria, sea por el abogado, el fiscal o el juez, no es el profesor de procedimientos el que debe resolverla, sino el Derecho Civil. Un debate sobre abordaje, o avería debe igualmente dirigirlo el profesor de Derecho Marítimo, y así indistintamente.

No basta con enseñar el Derecho teóricamente por medio de la lección oral o conferencia. Debe también el profesor mostrar cómo se desenvuelve una cuestión en el tribunal. La dirección del expediente debe reservársela y tomar él mismo el papel de parte enfrente de uno de sus alumnos, promover incidentes inútiles, recusaciones, estilos reprobables, etcétera, en fin, todos esos hechos reales, esas luchas contra la mala fe, el dolo, la ignorancia, que después ha de ver el alumno cuando reciba su título y vaya a ejercer su ministerio.

Ha de dar solución al punto en debate, y es por ello que este trabajo tiene que hacerlo el que domine la materia y no el profesor de procedimientos que no está obligado a especializarse con todas las ramas del Derecho positivo, lo que requeriría, por otra parte, un trabajo enorme por sacarlo de sus tareas habituales.

En las materias codificadas en los cursos intensivos deberían ser obligatorios ejercicios de esta naturaleza, y no esas monografías puramente teóricas en que la acción del profesor se desenvuelve en esta forma: indica varios puntos del programa que previamente ha confeccionado: el alumno escribe sin que tenga nadie que le dirija; presenta su trabajo, se lee o no se lee, se clasifica, y ahí queda. A esto se llama investigación científica.

Nosotros queremos esa otra investigación, bajo la vigilancia inmediata del profesor, con el temor de la crítica, y la responsabilidad de comprometer un interés y sufrir una derrota.

X

“Antiguamente, cuando se inventaba una función –dice Pernearé¹⁶ era en vista de algún fin práctico, hoy se las inventa expresamente pa-

¹⁶ POINCARÉ, H., *Science et méthode*, p. 133.

ra poner de manifiesto las imperfecciones de los razonamientos de nuestros padres, y nada más”.

Algo de esto pasa en el Derecho. Por reaccionar contra la exégesis y la enseñanza apologética se ha caído en las teorizaciones de la ciencia pura.

Nuestros alumnos piden algo más que las nociones científicas. Quieren que se les eduque para vencer las dificultades del mundo real, donde las luchas se desarrollan en otra forma que como las relatan los libros. A mi juicio tienen razón: “Un naturalista, agrega Poincaré, que jamás hubiera estudiado el elefante sino bajo el microscopio, ¿podría conocer suficientemente este paquidermo?

El maestro debe preocuparse de formar el “criterio jurídico” de sus alumnos, empezando, como lo hemos dicho, por suministrar los principios fundamentales. Levy Ullmann¹⁷ lo reconoce cuando afirma que el objeto exclusivo de la enseñanza es suministrar a quien la recibe dos cosas: 1º los elementos indispensables, bien aprendidos, sobre los cuales descansarán más tarde todos los materiales que la vida haga necesarios: 2º un método seguro, experimentado, destinado a permitirles edificar con facilidad y solidez, sobre las nociones primeras, las nuevas adquisiciones.

Los principios, el método, tal es el doble y constante objeto del que tenga por misión instruir a sus semejantes, desde el maestro de aldea, hasta el profesor universitario.

El programa de un curso debe indicar la dirección que el maestro imprime a la enseñanza. El que rige actualmente en el cuarto año a mi cargo y que confeccioné con el visto bueno de los otros dos profesores de la materia, se inspira en las ideas que dejo expuestas y sirve de guía a los alumnos para el estudio y preparación del examen. En igual forma estaba redactado el que confeccioné siendo miembro de la comisión reformadora del plan de estudio de Derecho Civil. En cambio, el que se ha sancionado no responde a ningún principio. He dicho y lo repito: es una copia literal de los títulos del Código, ¿para qué puede servir un programa de esta naturaleza?

¹⁷ ULLMANN, H., *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, t. II, p. 835.

XI

La comisión quería hacer programas exclusivamente sintéticos y por eso se sacrificó el que presenté.

No se tuvo en cuenta una observación que he encontrado en el informe oficial sobre la *enquête Naón*¹⁸ que dice así: “Los profesores no ignoran –¡y cómo habían de ignorarlo!– que el programa analítico exige competencia y que el programa sintético es el mejor aliado y el mejor escudo para la ineptitud docente”.

Reputo también acertada la observación del doctor José León Suárez,¹⁹ según el cual, los programas deben ser analíticos para los alumnos, a fin de evitar los abusos de ciertos profesores y proporcionar un criterio que pueda servir de guía y garantía de buena fe para los mismos alumnos, y sobre todo para el examen de los estudiantes-libres.

No puede ser en otra forma. En la materia de sucesiones, por ejemplo, no se puede exigir un trabajo completo de interpretación sobre todos los artículos del Código, ya porque unos no ofrecen dudas o porque en otros basta la simple lectura.

Un programa, sin otro límite que la ciencia misma, es un programa peligroso, según Bufnoir. “Si esta forma se aplicara rigurosamente –agrega– los exámenes serían inabordables. Hay que evitar las sorpresas de los profesores: las preguntas preparadas. Sin caer en el análisis, se deben hacer preguntas suficientemente precisas”.

La comisión tomó una actitud radical: el programa anterior contenía 882 preguntas (era una enormidad): las rebajó a 68. ¿Cómo puede la enseñanza moverse con estos cambios bruscos?

XII

Este estudio condensa las observaciones que me ha sugerido el ejercicio del profesorado durante dos años.

Lo he escrito con la sinceridad propia de mis convicciones, pensando que siempre sería una contribución al estudio del problema universitario, en que todos estamos interesados, por la aspiración, que nos es común, de dar a la Facultad la actuación que le corresponde en la vida del país.

¹⁸ T. I, p. 226.

¹⁹ T. III, p. 287.

Estudios e investigación

La enseñanza del Derecho según la evaluación de la docencia. Informe comparativo de los resultados obtenidos en los operativos de evaluación en los años 2003 y 2004 en la Facultad de Derecho (UBA)

GONZALO ÁLVAREZ, MARTA DEL RÍO y GUILLERMO RUIZ*

La evaluación de la calidad de la enseñanza universitaria constituye uno de los aspectos de la gestión universitaria contemporánea que mayor desarrollo teórico y político ha evidenciado en los últimos veinte años. En la medida que la teoría dirige la práctica, las autoridades educativas deberían justificar en cada caso el enfoque que se utiliza como marco de referencia para la elección del modelo que utiliza para realizar la práctica y las razones que determinan su elección. En el campo de la educación, los objetos propios de nuestra práctica profesional son las políticas, las instituciones, los programas y los servicios educativos. Sobre cada uno de estos eventuales objetos de evaluación, dentro de la educación, existen numerosos modelos e instrumentos para proceder a su estudio y comprensión que, lógicamente, el evaluador debería conocer con el fin de tomar, en cada caso, las decisiones que considere más oportunas en función de las características de la evaluación que pretende realizar.

La Facultad de Derecho aprobó mediante la Resolución (CD) 586/2002 el Programa de Supervisión y Evaluación de la Gestión Docente, el que

- * Gonzalo Álvarez: Abogado (UBA), Secretario Académico de la Facultad de Derecho de la UBA.
Marta del Río: Magister en Ciencias Sociales (FLACSO), Licenciada en Sociología (UBA).
Guillermo Ruiz: *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.

adopta una modalidad de aplicación periódica y para el caso de la carrera de Abogacía.¹ El desarrollo del Programa se llevó a cabo a través de un operativo de aplicación de una encuesta de tipo autoadministrada, que fue entregada a docentes y alumnos por personal administrativo entrenado para la tarea de asesoramiento en las respuestas requeridas.² De acuerdo con los objetivos del Programa la utilización de los resultados del relevamiento se orienta básicamente a: 1) elaborar un diagnóstico sobre los temas abordados; 2) desarrollar políticas académicas adecuadas a las necesidades de la enseñanza; 3) aplicar normas relativas a la regularidad de los alumnos, y d) conformar informes por docente que serán incluidos como antecedentes en los concursos docentes.

El presente informe sistematiza, en forma simultánea, las respuestas de docentes y alumnos a un conjunto de preguntas seleccionadas del instrumento, referidas a sus opiniones sobre las características de los procesos de enseñanza y de aprendizaje. 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 noviembre de 2003 y junio de 2004.

La información obtenida está organizada en tres capítulos. Los dos primeros corresponden, respectivamente, al segundo cuatrimestre del año 2003 y al primer cuatrimestre de 2004, y presentan una selección de veinte (20) cuadros comparativos específicamente diseñados sobre la base

¹ El Programa también comprende la evaluación periódica de las otras carreras de grado de la Facultad de Derecho: Calígrafo Público y Traductorado Público. Las cuales fueron evaluadas en el año 2002.

² El Operativo se realizó en cuatro etapas, en cada una de las cuales se aplicó la encuesta a grupos de comisiones, de las asignaturas de los Ciclos Profesional Común y Orientado, seleccionados mediante un criterio sistemático de entrada a una tabla de números aleatorios. Cada etapa tuvo como duración una semana durante la cual 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 indaga 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 entrevista realizada por la Coordinación del Programa.

de las respuestas obtenidas en los tres grupos de encuestados: a) Profesores Titulares y Asociados; b) Profesores Adjuntos y Jefes de Trabajos Prácticos (JTP), y c) Alumnos. Estos cuadros comparan las respuestas de los tres grupos a las mismas preguntas efectuadas en los cuestionarios específicos.

El tercer capítulo corresponde a una síntesis comparativa general de ambos años en los dos grandes grupos de encuestados: docentes (Profesores Titulares, Asociados y Adjuntos y Jefes de Trabajos de Prácticos), por un lado, y estudiantes, por el otro. Al final del informe se incluyen en dos Anexos, los cuadros correspondientes a cada uno de los años analizados³.

I. EVALUACIÓN COMPARATIVA CORRESPONDIENTE AL AÑO 2003

En este primer tramo, según se detalla en el Cuadro N° 1a del Anexo I, se encuestaron 10.236 estudiantes que cursaban asignaturas correspondientes a los dos ciclos de formación, Ciclo Profesional Común (CPC) y Ciclo Profesional Orientado (CPO). Los docentes de ambos ciclos, agrupados en dos categorías de Profesores Titulares/Asociados y Profesores Adjuntos/Jefe de Trabajos Prácticos, totalizaron 682 personas encuestadas. La cantidad total de personas encuestadas supera en el orden del 7% a las del año 2004.

El Cuadro N° 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.

El 67.9% de los alumnos corresponde al CPC y el 32.1% al CPO, mientras que el 65.6% de los Profesores Adjuntos y JTP corresponden al CPC y un 34.4% de ellos enseña en cursos del CPO (Cuadro N° 1c). 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.⁴

³ Dichos Anexos se publicarán por separado.

⁴ La amplia mayoría de los Profesores Titulares manifestaron –en el momento de la encuesta– tener a cargo uno o más de un curso en el CPO, del cual querían realizar comentarios ya que por la forma en que se organiza la docencia en la carrera

1. PRESENTACIÓN DEL PROGRAMA Y REFERENTES (CUADROS N° 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%.⁵

Los referentes en la presentación del programa se agrupan, en proporciones que oscilan entre el 15 y el 17% para los tres grupos, respectivamente en los contenidos, la bibliografía y el material de estudio; en segundo lugar el encuadre teórico de la asignatura es señalado por alumnos y docentes en porcentajes que oscilan entre el 13 y el 15%, y, por último, el lugar de la asignatura en el plan de estudios y en el ciclo reúne porcentajes de respuestas que oscilan entre el 12%, en los alumnos del CPO, y el 17% en el caso de los profesores. 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 N° 3A Y B DE ANEXO I)

La respuesta afirmativa sobre el planteo de objetivos del programa por parte del docente, exhibe las mayores proporciones en el grupo de docentes. En el grupo de alumnos se observa una disminución de las respuestas afirmativas de entre 20 y 18 puntos porcentuales, en CPO y CPC respectivamente. Esta diferencia se acrecienta hasta 43 puntos porcentuales para el CPC, docente B.

de Abogacía, no tienen instancias semanales de encuentro con sus alumnos del CPC a diferencia de lo que sí les ocurre cuando poseen un curso en el CPO.

⁵ En el cuestionario de la encuesta se denomina Docente B al Jefe de Trabajos Prácticos o Ayudante de Primera que comparte el dictado de las comisiones evaluadas, bajo la supervisión del docente responsable de dicha comisión.

Con respecto al tipo de objetivos, la generalidad es señalada en mayor proporción por los alumnos del CPC (41%) y del CPO (32%). En el caso de los titulares, la mayor proporción, 27% señala que los objetivos son específicos. La vinculación con las habilidades a desarrollar reúne mayores porcentajes de respuestas en los docentes que en los alumnos: 22% y 21% para Titulares y Adjuntos/JTP, respectivamente, y 15% para los alumnos del CPC y CPO, respectivamente.

3. PLANTEO INICIAL DE LA PLANIFICACIÓN DEL DICTADO DE LA ASIGNATURA POR PARTE DEL DOCENTE (CUADROS N° 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: 92% de los Titulares y 86% de los adjuntos de JTP concentran esa respuesta. La respuesta afirmativa por parte de los alumnos desciende al 63% en el CPC y al 69% 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 N° 5A Y B, Y N° 6A Y B DE ANEXO I)

Los profesores Titulares y los Adjuntos y JTP respondieron afirmativamente sobre el planteo de la metodología, en porcentajes que alcanzan el 96% de cada grupo; con respecto a los alumnos se observa una diferencia entre CPC y CPO: en el último caso un porcentaje del 83% de los alumnos dio respuesta afirmativa, y en el primer caso este porcentaje disminuye al 78%.

Casi la totalidad de los dos grupos de docentes consideran adecuadas las estrategias didácticas implementadas para el desarrollo de los contenidos de sus asignaturas. Por su parte, el 14.6% de los estudiantes del CPO y el 13.7% de los del CPC no consideran adecuadas las metodologías de enseñanza implementadas por sus docentes.

5. SATISFACCIÓN DE LAS EXPECTATIVAS DE FORMACIÓN DE LOS ESTUDIANTES (CUADROS N° 7A Y B DE ANEXO I)

En general, tanto en docentes como alumnos, las respuestas sobre las expectativas de formación de los alumnos, se concentran por debajo

de un alto grado de satisfacción: el 60% de los Profesores Titulares el 56% de los Adjuntos y JTP, el 43% de los alumnos del CPC y el 40.6% de los alumnos del CPO, respondieron que las expectativas de formación han sido satisfechas. Un alto grado de satisfacción fue señalada por mayor proporción de alumnos que de docentes, 29% y 31% para los alumnos del CPC y CPO, respectivamente, y 33% y 25% para los adjuntos y JTP y Titulares.

6. SATISFACCIÓN DE LAS EXPECTATIVAS DE APRENDIZAJE DE LOS ESTUDIANTES (CUADROS N° 8A Y B DE ANEXO I)

Como en el caso anterior las respuestas en todos los grupos se concentran por debajo de un alto grado de satisfacción: el 50% de los Profesores, el 54% de los adjuntos y JTP, el 41% de los alumnos del CPC y el 39% de los alumnos del CPO, respondieron que las expectativas de formación han sido satisfechas. Un alto grado de satisfacción fue señalada por mayor proporción de alumnos del CPO y por Titulares: 29% y 30% para los alumnos del CPC y CPO respectivamente; y 29% y 32% para los adjuntos y JTP y Titulares, respectivamente.

7. EL PROGRAMA COMO HERRAMIENTA DE ESTUDIO –ESTUDIANTES– Y DE ORGANIZACIÓN DE LAS CLASES –DOCENTES– (CUADROS N° 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 97% de Adjuntos y JTP respondieron en ese sentido. Los alumnos visualizaron el programa como herramienta de estudio en proporciones menores, 74% del CPC y 58 % del CPO respondieron afirmativamente.

8. CARACTERÍSTICAS DEL MÉTODO DE ENSEÑANZA SEGÚN LA PERCEPCIÓN DE ALUMNOS Y DOCENTES (CUADROS N° 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” y en menor porcentaje “algunas veces”, en este último caso con mayor proporción exhibida por los alumnos, 28% para CPC y 25% para CPO.

b) Exposición que reitera el contenido de las normas.

Como en el caso anterior, las respuestas se concentran en las categorías “nunca” y en menor porcentaje “algunas veces”, en este último caso con mayor proporción exhibida por los alumnos, 29% para CPC y 22% para CPO.

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” y “algunas veces” reúnen la mayor proporción de respuestas en todos los grupos.

d) Clase magistral.

Alumnos y docentes exhiben distintas respuestas con respecto a este método; los docentes lo señalan en altas proporciones con alta frecuencia, “siempre” o “la mayoría de las veces”, 64% de los titulares y 44% de los adjuntos y JTP; los alumnos lo señalan como un método utilizado “algunas veces” o “nunca”, 75% del CPC y 57% del CPO; los adjuntos y JTP en un porcentaje del 38% lo señalan como utilizado “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 65% (Profesores Titulares) y 90% (alumnos del CPC).

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 56% lo señala como utilizado “siempre” o “la mayoría de las veces”. En segundo lugar los adjuntos y JTP concentran un 40% de las respuestas en estas frecuencias. Las proporciones disminuyen en el grupo de alumnos: 20% y 22% del CPC y CPO respectivamente señalan esa frecuencia y se concentran en las categorías “algunas veces” o “nunca” en proporciones que oscilan entre el 79% y 76% (CPC y CPO respectivamente).

g) Análisis y resolución de casos

Como en el caso anterior, los Profesores Titulares asignan una alta frecuencia a este método, el 62% de las respuestas lo señalan

como utilizado “siempre” o “la mayoría de las veces”; por el contrario Adjuntos y JTP y alumnos, exhiben mayores proporciones en las categorías “algunas veces” o “nunca”.

9. MATERIAL DE ESTUDIO: CARACTERÍSTICAS Y UTILIDAD (CUADROS N° 11A Y B DE ANEXO I)

En este caso, se apuntó a evaluar la percepción que tienen docentes y estudiantes sobre el uso y funcionalidad que tiene el material de estudio utilizado en las cátedras y cursos de la carrera de Abogacía. 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 67.9% y los Adjuntos y JTP en un 55.5% piensan que “siempre” el material de estudios *permite identificar los contenidos planteados en el programa*, mientras que esta proporción desciende a un 45% 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*. Allí los Profesores Titulares sostienen que ello ocurre “siempre” en un 46% y los Adjuntos y JTP en un 54.7%. 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 56% de las respuestas, los Adjuntos en un 40.3% y los alumnos en un 25.5% (CPC) y un 31.6% (CPO). Asimismo, vale destacar que más del 9% de los alumnos considera que ello no ocurre “nunca” y sólo “algunas veces” más de un 25% en el caso del CPO, y más del 32% en el caso del CPC.

10. MATERIAL DE ESTUDIO: DISPONIBILIDAD EN BIBLIOTECA (CUADROS N° 12A Y B DE ANEXO I)

Una importante proporción de docentes, el 67% de los titulares y 65% de los adjuntos y JTP, declararon que “siempre” o “la mayoría de las veces” el material de estudio esta disponible en Biblioteca; las respuestas de los alumnos reúnen menores proporciones en estas categorías de respuesta: 36% de los alumnos del CPO y 38% de los alumnos del CPC declararon en igual sentido que los docentes.

11. INSTRUMENTOS DE EVALUACIÓN UTILIZADOS (CUADROS N° 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 parciales* y *exámenes orales finales*.

12. INSTANCIAS DE EVALUACIÓN (CUADROS N° 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” o “la mayoría de las veces”). En segundo lugar más del 50% de los Adjuntos y JTP y el 44% de los Titulares, declararon que el *análisis de casos* constituye un elemento de evaluación utilizado con frecuencia; los alumnos contestaron en el mismo sentido en menor proporción: 27% de alumnos del CPC y 38% del CPO.

13. CARACTERIZACIÓN DE LAS INSTANCIAS DE EVALUACIÓN (CUADROS N° 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 90% de los docentes y más del 70% de los alumnos en ambos ciclos asignaron a esta característica una alta frecuencia.

- b) El 84% y el 91% de cada grupo de los docentes y el 66% de los alumnos en ambos ciclos declaró que “siempre” o “la mayoría de las veces”, las instancias de evaluación permitieron sintetizar lo aprendido.
- c) El 91% y el 94% de cada grupo de docentes y el 63% y el 64% de los alumnos, del CPC y del CPO, respectivamente, declaró que las instancias de evaluación permitieron conocer el grado de aprendizaje logrado.

14. DOCENTE ENCARGADO DE LA EVALUACIÓN (CUADROS N° 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 90% de cada grupo de docentes y más del 70% de cada grupo de alumnos.

En el caso de los alumnos del CPC, se observa una mayor proporción de respuestas que en grupo de los Profesores Titulares, en la opción que señala al JTP como el docente que evalúa con la misma frecuencia (61% de los alumnos del CPC y 36% de los Titulares); los Profesores Adjuntos y JTP en un 82% declararon que el JTP evalúa. Los alumnos del CPO exhiben la menor proporción en esta respuesta: 36% de los casos.

Vale destacar que el 10% de los Profesores Titulares (1 caso), el 21.3% de los Adjuntos y JTP, el 13.1% de los alumnos del CPC y el 13.4% de los alumnos del CPO identifican a *Otro* como el responsable “siempre” de la evaluación.

15. TIPO DE DIFICULTADES QUE TIENEN LOS ALUMNOS EN EL CURSADO DE LA ASIGNATURA (CUADROS N° 17A Y B DE ANEXO I)

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) La lectura de la bibliografía: el 36% y 47% de los docentes en cada grupo y el 23% y 20% de los alumnos en cada grupo.
- b) Estudiar para las instancias de evaluación: el 45% y 50% de los docentes de cada grupo y el 32% y 25% de los alumnos de cada grupo.

16. TIPO DE DIFICULTADES QUE TIENEN LOS ALUMNOS EN LAS CLASES (CUADROS N° 18A Y B DE ANEXO I)

Los docentes de todas las categorías consideran en más del 95% de los casos que sus alumnos presentan dificultades en varios aspectos de la cursada. Los estudiantes en cambio admiten dificultades en un 23% de los casos aproximadamente.

En general, los alumnos en porcentajes que varían en el orden del 27% al 39% encuentran “siempre” o “la mayoría de las veces” dificultades en los distintos aspectos de la cursada; en el seguimiento de las clases, en el ritmo de lectura, en la preparación de los trabajos prácticos y en las instancias de evaluación.

17. COMPETENCIAS QUE LA ENSEÑANZA CONTRIBUYE A DESARROLLAR EN LOS ALUMNOS (CUADROS N° 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 70% y más del 80% en el grupo de Adjuntos y JTP, y más del 40% y más del 50% en el grupo de alumnos, son:

- a) Identificar problemas;
- b) proponer más de una solución;
- c) formular preguntas;
- d) interpretar textos;
- e) interpretar hechos;
- f) analizar críticamente.

18. SATISFACCIÓN DE LOS ALUMNOS CON DISTINTOS ASPECTOS DEL CURSO (CUADROS N° 20A Y B DE ANEXO I)

En el grupo de los Profesores Adjuntos y JTP más del 90% de las respuestas obtenidas señalan que los alumnos demuestran “alto grado de satisfacción” con:

- a) Las condiciones de regularidad;
- b) el sistema de evaluación y calificación.

En el grupo de alumnos las respuestas obtenidas en la categoría de “alto grado de satisfacción” con los distintos aspectos del curso os-

cilan entre el 30% y el 50% y se concentran en *control de asistencia y aspectos curriculares*.

II. EVALUACIÓN COMPARATIVA CORRESPONDIENTE AL AÑO 2004

En esta segunda etapa, el primer cuatrimestre del año 2004, se encuestaron 7.793 estudiantes que cursaban asignaturas correspondientes a los dos ciclos de formación, CPC y CPO, según se detalla en el Cuadro N° 1a del Anexo II. Los docentes de ambos ciclos, agrupados en dos categorías de Profesores Titulares/Asociados y Profesores Adjuntos/Jefe de Trabajos Prácticos, totalizaron 499 personas encuestadas.

En este cuatrimestre la distribución de encuestados según las variables *sexo y ciclo de formación* es más homogénea que lo evidenciado en el año 2003, salvo para el caso de los Profesores Titulares ya que son varones en un 72.7% de los casos. Las mujeres son también mayoría en el caso de los estudiantes ya que constituyen más del 60% de los casos (véase Cuadro N° 1b).

El 50.2% de los docentes corresponde al CPC y un 49.8% al CPO. Los alumnos de esta muestra se distribuyen de la siguiente forma: 58.4% en el CPC y 41.6% en el CPO (véase Cuadro N° 1c).

1. PRESENTACIÓN DEL PROGRAMA Y REFERENTES (CUADROS N° 2A Y B DE ANEXO II)

La presentación del programa de la asignatura por parte del docente es afirmada por más del 97% de los Adjuntos y Jefes de Trabajos Prácticos y por el 95.5% de los Titulares; los alumnos mantienen proporciones de respuestas afirmativas más bajas, en el orden del 84.5% para el CPO y el 82.4% para el CPC. Esta proporción disminuye aún más en el caso del docente "B", al 54.8%.

Los referentes en la presentación del programa se agrupan, en proporciones que oscilan entre el 16.8 y el 17.2% para los tres grupos, respectivamente en los contenidos y la bibliografía; en segundo lugar se encuentra el material de estudio, seguido por el encuadre teórico de la asignatura que es señalado por alumnos y docentes en porcentajes que oscilan entre el 14%. Por último, el lugar de la asignatura en el plan de estudios y en el ciclo, reúne porcentajes de respuestas que oscilan entre

el 12.2% en los Adjuntos/JTP y el 12.4% en los alumnos del CPO, y el 15.2% en el caso de los alumnos del CPC.

En síntesis, con excepción de la orientación a que pertenecen las asignaturas del CPO (8.1% Adjuntos/JTP), 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 N° 3A Y B DE ANEXO II)

La respuesta afirmativa sobre el planteo de objetivos del programa por parte del docente, exhibe las mayores proporciones en el grupo de docentes (95.5% entre los Titulares y 96.6% en los Adjuntos/JTP). En el grupo de alumnos se observa una disminución de las respuestas afirmativas de entre 21 y 26 puntos porcentuales, en CPC y CPO, respectivamente. Esta diferencia se acrecienta hasta 47 puntos porcentuales para el CPC, docente B.

Con respecto al tipo de objetivos, la generalidad es señalada en mayor proporción por los estudiantes del CPO (45.4%). Los estudiantes del CPC indican que son generales en un 21.2%. En el caso de los Adjuntos/JTP, la mayor proporción, 24.2%, señala que los objetivos son específicos. La vinculación con las *habilidades a desarrollar* y con las *actitudes con el perfil profesional* reúne mayores porcentajes de respuestas en los docentes que en los alumnos: 22.5% y 20.1% para Titulares y Adjuntos/JTP, respectivamente, y 15.7% para los alumnos del CPO y 16.4% para los del CPC.

3. PLANTEO INICIAL DE LA PLANIFICACIÓN DEL DICTADO DE LA ASIGNATURA POR PARTE DEL DOCENTE (CUADROS N° 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 87.5% de los adjuntos de JTP se concentran en esa respuesta. La respuesta afirmativa por parte de los alumnos desciende al 61.5% en el CPC y al 62.5% 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 N° 5A Y B Y N° 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 97%, respectivamente. En los estudiantes se observa una diferencia de 10 puntos porcentuales entre CPC y CPO: en un 72.9% para el CPO y un 82% para el CPC los alumnos dieron respuesta afirmativa.

Con respecto a la adecuación o no de dicha metodología de enseñanza al desarrollo de los contenidos educativos de las asignaturas, los resultados indicarían que las estrategias de enseñanza implementadas por los docentes parecen las más adecuadas. Sin embargo, mientras sólo el 4.8% de los Profesores Titulares y el 1.3% de los Adjuntos y JTP señalan que las metodologías de enseñanza no son adecuadas al desarrollo de los contenidos, el 17.8% de los estudiantes del CPO y el 12.6% de los del CPC consideran no adecuadas dichas estrategias didácticas.

5. SATISFACCIÓN DE LAS EXPECTATIVAS DE FORMACIÓN DE LOS ESTUDIANTES (CUADROS N° 7A Y B DE ANEXO II)

En general, tanto en docentes cuanto los estudiantes, las respuestas sobre las expectativas de formación de los alumnos, se concentran por debajo de un alto grado de satisfacción: el 54.5% de los Profesores Titulares, un 44.3% 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 41.8% de los alumnos del CPC y el 40.5% de los alumnos del CPO respondieron que las expectativas de formación han sido satisfechas. Un alto grado de satisfacción fue señalada por 28.7% de los alumnos del CPC y un 33.4% de los de CPO, y 36.4% de los Profesores Titulares.

6. SATISFACCIÓN DE LAS EXPECTATIVAS DE APRENDIZAJE DE LOS ESTUDIANTES (CUADROS N° 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 43.5% un “alto grado de satisfacción” respecto al cumplimiento de las expectativas de aprendizaje de sus alumnos, seguidos por el rango inmediatamente inferior de satisfacción en un 39.1% de las respuestas. Los demás grupos de encuestados se ubican en el segundo rango de satisfacción, como ya se señaló, con estos resultados: el 50.6% de los Profesores Adjuntos y JTP, el 40.6% de los alumnos del CPC y el 39.2% de los alumnos del CPO, respondieron que las expectativas de formación han sido satisfechas. Un alto grado de satisfacción fue señalada por mayor proporción de alumnos del CPO (33.4%) que del CPC (28.5%) y un 37.3% de los Profesores Adjuntos y JTP.

7. EL PROGRAMA COMO HERRAMIENTA DE ESTUDIO –ESTUDIANTES– Y DE ORGANIZACIÓN DE LAS CLASES –DOCENTES– (CUADROS N° 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: 90.9% de los Profesores Titulares y 95.7% de Adjuntos de JTP respondieron en ese sentido.

Los alumnos visualizaron el programa como herramienta de estudio en proporciones menores: 68% del CPC y 60.6% del CPO respondieron afirmativamente, es decir, para un 32% de los alumnos del CPC y para casi el 40% de los del CPO el programa no constituye un instrumento de consulta para el estudio de las asignaturas que cursan.

8. CARACTERÍSTICAS DEL MÉTODO DE ENSEÑANZA SEGÚN LA PERCEPCIÓN DE ALUMNOS Y DOCENTES (CUADROS N° 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” (65% de los Profesores Titulares, 63.2% de los Adjuntos y JTP; 50.2%, 58.6% de los alumnos del CPC y CPO, respectivamente) y en menor porcentaje “algunas veces”, en este último caso con mayor proporción exhibida por los Profesores Titulares (35%), seguidos por los alumnos del CPC (30.8 %).
- b) Exposición que reitera el contenido de las normas.
Como en el caso anterior, las respuestas se concentran en las categorías “nunca”, con valores muy similares al anterior ítem, y

en menor porcentaje “algunas veces”. En este último caso con mayor proporción exhibida por los Profesores Titulares (35%) seguidos por los alumnos del CPC (30.8%).

c) Exposición dialogada o anedóctica.

En este caso la distribución de las respuestas es más homogénea entre los distintos grupos de encuestados. Mientras un 45% de los Profesores Titulares la destacan como utilizada “algunas veces”, un 46% de los Adjuntos y JTP consideran que es la *técnica* que “siempre” utilizan para enseñar. La situación entre los dos grupos de alumnos del CPC se diferencia: el 34.1% señala que se utiliza “algunas veces” y 32% de los del CPO dice que se utiliza “la mayoría de las 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: 47.6% de los Profesores Titulares y 54.87% de los Adjuntos y JTP lo utilizan “algunas veces”, mientras que el 50.9% de los alumnos del CPC y el 46.3% de los del CPO dice que “nunca” se utiliza.

e) Clase magistral.

Alumnos y docentes exhiben distintas respuestas con respecto a este método de enseñanza. Un 40.9% de los Profesores Titulares señala que se utiliza “la mayoría de las veces” mientras que otro tanto dice que lo hace “algunas veces”. Los Adjuntos y JTP presentan porcentaje significativos en todas las categorías de respuestas: 34.8% “algunas veces”, 27.8% “algunas veces”, 19.3% “siempre” y 18.2% “nunca”. El 47.8% de los alumnos del CPC señalan que “nunca” se utiliza. Por su parte, los del CPO presentan porcentajes prácticamente homogéneos en todas las categorías de respuesta, sobresaliendo levemente la baja frecuencia de uso.

f) Simulación (debate, jurado).

En general docentes y alumnos concentran su respuesta en las opciones “algunas veces” o “nunca” en proporciones que osci-

lan entre el 50% de “algunas veces” (Profesores Titulares) y 74.1% de “nunca” (alumnos del CPC).

g) Análisis de fallos jurídicos.

Las respuestas difieren en los 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 “algunas veces” (40.9%). Los Adjuntos y JTP concentran un 42.2% de las respuestas en “algunas veces”, seguida por un 26.1% para “la mayoría de las veces”. Las proporciones tendientes a la baja frecuencia de uso aumentan en el grupo de alumnos: 52.8%, 42.3% del CPC y CPO, respectivamente, señalan que “nunca” se utiliza la *pregunta y repregunta* para el análisis de fallos jurídicos.

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 33%, pero un 57.1% de ellos señala que utilizan esta técnica “algunas veces”. El 40.8% de los Adjuntos y JTP sostiene que la usan “algunas veces”, seguidos por un 28.3% que la utiliza “la mayoría de las veces”. Los alumnos no coinciden con sus docentes: el 47.7% de los del CPC dice que “nunca” se utiliza, seguidos por un 34.5% que sostiene que se usa “algunas veces”; en el caso del CPO se identifican leves diferencias en los valores de los porcentajes pero con la misma tendencia: 40.5% para “nunca” y 29.9% para “algunas veces”.

9. MATERIAL DE ESTUDIO: CARACTERÍSTICAS Y UTILIDAD (CUADROS N° 11A Y B DE ANEXO II)

En este caso, se observan algunas diferencias respecto de las respuestas encontradas en las encuestas del año 2003. Si bien 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”, se distinguen ciertamente opiniones divergentes. La más destacable se encuen-

tra 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 observan 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 (50%) y Adjuntos y JTP (41.9%), y valores elevados y superiores a los positivos en el caso de los estudiantes quienes señalan que ello “nunca” ocurre (11.6% y 7.3% para el CPC y CPO, respectivamente) o bien ocurre “algunas veces” (32.7% y 24.4% para el CPC y CPO, respectivamente), diferenciándose significativamente de la opinión de sus docentes.

Vale destacar también que mientras que el 72.7% de los Profesores Titulares sostiene que el material de estudio “siempre” *permite visualizar los temas a tratar en las clases*, los Adjuntos y JTP lo hace en el mismo sentido en un 50% de las respuestas, con más de 20 puntos de diferencias de sus Titulares. Aquí los alumnos parecen tender a coincidir con sus Profesores Adjuntos y JTP, al menos en el caso de los del CPO (49.4%). Aproximadamente un 20 % de los estudiantes considera que ello no ocurre “nunca” o bien “algunas veces”.

Finalmente, 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 77.3% de las respuestas, 25 puntos por encima de los Profesores Adjuntos y JTP en dicha categoría (“siempre”). Los alumnos se diferencian según los ciclos: 39.6% en el caso de los del CPC y 45.4% en el CPO. Los del CPC señalan que ello no ocurre “nunca” o “algunas veces” en un orden mayor al 25%.

10. MATERIAL DE ESTUDIO: DISPONIBILIDAD EN BIBLIOTECA (CUADROS N° 12A Y B DE ANEXO II)

Los docentes sostienen que hay disponibilidad del material de estudio en la Biblioteca de la Facultad: 40.9% de Profesores Titulares dice que está “la mayoría de las veces” y un 18.2% que está “siempre”; sin embargo un porcentaje importante (40.9%) señala que el material se encuentra “algunas veces”. Los Profesores Adjuntos y JTP presentan una opinión

más favorable: un 41.5% y un 26.7% considera que el material está disponible “la mayoría de las veces” y “siempre”.

Los alumnos presentan en cambio opiniones algo diversas y no del todo coincidentes con sus docentes: en el caso del CPC un 23.9% y un 33% afirma que el material “nunca” o “alguna vez” –respectivamente– está disponible. En el CPO los valores ascienden a un 29.6 % para “nunca” y a un 35.5 % para “algunas veces”.

11. INSTRUMENTOS DE EVALUACIÓN UTILIZADOS (CUADROS N° 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 parciales* (69% de los Profesores Adjuntos y JTP, 63.6% de los Profesores Titulares; 80.4% de los alumnos del CPC y 70.8% de los del CPO) y *exámenes orales finales* (68.4% de los Profesores Adjuntos y JTP; 50.6% de los alumnos del CPC y 46.4% de los del CPO).

Vale destacar la frecuencia de “nunca” para *exámenes domiciliarios parciales y finales*, con porcentajes que superan el 90% (97.7% en el caso de los alumnos del CPC para finales).

12. INSTANCIAS DE EVALUACIÓN (CUADROS N° 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”): 47.6% el caso de Profesores Titulares, 53.8% en Adjuntos y JTP; 60.5% de los alumnos del CPC y 58.5% para el CPO.

En segundo lugar 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 25% y un 30% de los que respondieron. Sin embargo, en estos tres casos los alumnos disienten con sus docentes ya que los valores se concentran en las categorías de “nunca” (66.9% para *resolución de problemas*, 61.2% para *resolución de casos* y 54.7% para *análisis de casos* según los alumnos del CPC). Los alumnos del CPO presentan valores de respuesta similares a los del CPC en estas categorías.

13. CARACTERIZACIÓN DE LAS INSTANCIAS DE EVALUACIÓN (CUADROS N° 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 consignas claras: el 81.1% de los Profesores Titulares, el 76.3% de los Adjuntos y JTP, y aproximadamente el 60% 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 sintetizar lo aprendido: 65.2% de los Profesores Titulares y 50.9% de los Adjuntos y JTP. Sin embargo, esta opinión baja en el caso de los alumnos de ambos ciclos ya que declararon que “siempre” o “la mayoría de las veces” en porcentajes cercanos al 30%.
- c) Para los alumnos es poco frecuente establecer vinculaciones con los contenidos aprendidos en otras asignaturas a partir de las instancias de evaluación.

14. DOCENTE ENCARGADO DE LA EVALUACIÓN (CUADROS N° 16A Y B DE ANEXO II)

Los docentes y los alumnos mayoritariamente declararon que el Profesor Adjunto evalúa “siempre”, un 89.8% ,y la “mayoría de las veces” un 5.6% ,según los propios docentes. El 68.2% de los Profesores Titulares lo identifica también al Adjunto como el responsable de la evaluación, mientras que este porcentaje desciende al 60% según los alumnos del CPC y un 47.9% según los del CPO.

El JTP es identificado como el responsable de la evaluación por el 44.3% de los alumnos del CPC y por el 18.5% de los del CPO, así como por el 33% de los Profesores Titulares.

Resulta destacable que un 19.4% de los Profesores Adjuntos y JTP, un 13.5% de los alumnos del CPC y un 14.8% de los alumnos del CPO identifican a *Otro* como el responsable de la evaluación “siempre”. Es decir, alguien que no entra en ninguna de las categorías docentes presentadas en la encuesta.

15. TIPO DE DIFICULTADES QUE TIENEN LOS ALUMNOS EN EL CURSADO DE LA ASIGNATURA (CUADROS N° 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 52.4% de los Profesores Titulares y el 28.9% de los Adjuntos y JTP “la mayoría de las veces”; mientras el 19.5% 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 23.8% de los Profesores Titulares y el 29% de los Adjuntos y JTP “la mayoría de las veces”; mientras que los alumnos que sostienen esta misma opinión es del 11.5% de los del CPC y del 10.4% del CPO.

16. TIPO DE DIFICULTADES QUE TIENEN LOS ALUMNOS EN LAS CLASES (CUADROS N° 18A Y B DE ANEXO II)

En general, los docentes sostienen en porcentajes superiores al 90% que los alumnos presentan dificultades en diferentes aspectos de las clases, mientras que los alumnos lo admiten en un 24% aproximadamente.

Los porcentajes respecto a dificultades en los distintos aspectos de la cursada varían en el orden del 6% y el 20% para la categoría de “siempre” o “la mayoría de las veces”, según la opinión de los estudiantes. Los aspectos que destacan como más problemáticos son: el estudio para las instancias de evaluación y el seguimiento de las clases.

17. COMPETENCIAS QUE LA ENSEÑANZA CONTRIBUYE A DESARROLLAR EN LOS ALUMNOS (CUADROS N° 19A Y B DE ANEXO II)

Las competencias que el curso contribuye a desarrollar, con mayor frecuencia, de acuerdo con las respuestas que concentran porcentajes que rondan el 40% según el grupo de Profesores Adjuntos y JTP y del 20% en el grupo de alumnos, son las siguientes:

- a) Identificar problemas;
- b) proponer más de una solución;

- c) formular preguntas;
- d) interpretar textos.

18. SATISFACCIÓN DE LOS ALUMNOS CON DISTINTOS ASPECTOS DEL CURSO (CUADROS N° 20A Y B DE ANEXO II)

En el grupo de los Profesores Adjuntos y JTP, el 98.7% de las respuestas obtenidas señalan que los alumnos demuestran “alto grado de satisfacción” con el *sistema de evaluación y calificación* y un 99.1% con la *metodología de trabajo en el curso*.

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 en *control de asistencia y aspectos curriculares*.

III. COMENTARIOS GENERALES COMPARATIVOS ENTRE AMBOS GRUPOS DE 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 ambos años. 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 90% 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 60%.
- 3) 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 60% entre los docentes y en el orden del 30% entre los alumnos.
- 4) 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 entre el 80% y el 90% en el año 2003, y alrededor del 60% y 50% en el año 2004; las respuestas de los alumnos se ubican en el orden del 60% en el año 2003 y en el orden del 30% en el año 2004.

- 5) 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% -los alumnos del CPC en el año 2003 exhibieron los mayores porcentajes en el orden del 74%-.
- 6) 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.

En suma, se interpreta que a partir de la reflexión sobre la práctica, en función de los resultados obtenidos a través del desarrollo de programas sistemáticos de evaluación docente como éste, se podrían identificar los marcos de referencia que pueden constituirse en insumos para tomar decisiones tendentes al fortalecimiento de las actividades de enseñanza desarrolladas por los docentes. De todos modos, como en todo proceso de evaluación, es importante contextualizar estos resultados. Asimismo, se debe tener presente que la enseñanza se caracteriza por su complejidad, dinamismo y contextualización, lo que implica que para su explicación y comprensión se requiere utilizar toda la teoría y metodología disponibles, así como toda la experiencia acumulada a efectos de profundizar en el conocimiento del objeto a evaluar y de los resultados obtenidos.

La evaluación de la gestión docente de la carrera de Abogacía debería aportar conocimientos sobre cómo enseñan los profesores y auxiliares y qué posibilidades de promover el aprendizaje en sus estudiantes existen en este momento y contexto institucional específico para que se puedan tomar decisiones consecuentes con el proyecto de formación que fundamenta el currículum de la carrera. Una evaluación orientada a la decisión,

como es la realizada en este operativo, exige necesariamente identificar a todos los implicados y facilitarles la información que ellos necesitan (la cual no coincide necesariamente con lo que las autoridades entienden que necesitan) para que la utilicen según sus intereses. Tal como se concluye en algunas de las investigaciones referidas al papel de la evaluación en la educación, una de las funciones primordiales del evaluador es maximizar los usos posibles por los posibles usuarios de los datos de la evaluación. Por ende, en este caso, desde la coordinación de este Programa se interpreta que usos y usuarios constituyen dos cuestiones prioritarias a tener en cuenta a la hora de tomar decisiones relativas al desarrollo curricular de la enseñanza del Derecho en la Universidad de Buenos Aires.

La enseñanza de “Teoría del Estado” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

MARIO HÉCTOR RESNIK*
y MARÍA ALEJANDRA PERÍCOLA**

En el presente artículo se presentan algunas reflexiones y prácticas docentes relacionadas con el dictado de la materia Teoría del Estado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

El artículo está organizado en tres partes. En la primera y segunda, a cargo del Dr. Resnik, se abordan diversas cuestiones relacionadas con la enseñanza de Teoría del Estado en la Facultad de Derecho. En la primera sección, se hace referencia al proceso educativo y su relación con la concepción de la naturaleza humana. A continuación se centra la preocupación en el proceso de enseñanza en las aulas universitarias y las polémicas acerca de las funciones de las Facultades de Derecho, exponiendo entre estos dos puntos, la concepción de los autores sobre la Teoría del Estado.

En la segunda parte, se consideran principalmente tres temas. El primero de ellos tiene que ver con nuestro posicionamiento en el ámbito de la Facultad (desde dónde hablamos, quiénes somos, qué hacemos). En segundo lugar, se establecen las condiciones sistémicas de la enseñanza de la materia, y por último, se reflexiona acerca del status metodológico de la Teoría del Estado.

* Profesor Asociado Regular de Teoría del Estado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

** Licenciada y Profesora en Ciencia Política. Docente de la materia Teoría del Estado, Cátedra del Dr. Mario H. Resnik, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

La tercera parte, a cargo de la Lic. Perícola, se refiere a una experiencia de enseñanza-aprendizaje en el marco de la Facultad, que consistió en una prueba piloto –que continúa a la fecha– y que se denominó “Cursar una materia en un día”. Para los autores de estas líneas, en nuestra calidad de docentes de Teoría del Estado, esta novedosa modalidad se convirtió en una prueba piloto que hemos denominado “Dictar la materia en un día”.

Esta última sección considera cuatro aspectos de la tarea pedagógica. Los dos primeros aspectos son el fundamento y dan sustento a los dos restantes. En primer lugar, se expone nuestra concepción acerca del fenómeno educativo, para lo cual se analizan diferentes paradigmas de investigación educativa, centrando la atención en el paradigma sistémico. A continuación, se exponen concisamente las dos teorías del aprendizaje principales que, didácticamente, justifican nuestra práctica docente.

Conforme a los aportes del paradigma sistémico y a las teorías del aprendizaje constructivista y el aprendizaje significativo, en tercer lugar nos referimos a la elaboración de un “plan de trabajo” o “plan cuatrimestral” que se confeccionó oportunamente para dictar la materia en un día. Al final del artículo, se presenta un ejemplo de plan de clase, que hace las veces de “conclusión”, ya que en la planificación de la clase o arquitectura de la clase, se intenta sintetizar, relacionar y vincular las cuestiones teóricas y prácticas que han sido analizadas con relación a nuestra labor docente en el aula universitaria.

I. GENERALIDADES ACERCA DE LA ENSEÑANZA DE TEORÍA DEL ESTADO*

Sugiero que las líneas que siguen sean leídas como unas reflexiones producidas por un aficionado antiguo a realizar la tarea docente.

No sé bien cuáles fueron las razones profundas que me llevaron a abrazar ese trabajo como uno de los que jalonan mi vida. Sí puedo decir que es el trabajo más antiguo de los que vengo desempeñando desde mi ingreso en la adultez. Al escribir estas páginas llevo treinta y siete años de dedicación docente.

* Por MARIO HÉCTOR RESNIK.

Creo que es bueno que los profesores asuman que no siempre sabemos con claridad por qué venimos trabajando en esa función.¹ Es más, muchas veces no sabemos bien las razones por las cuales enseñamos lo que predicamos.

Hay que tener en cuenta, además, que en este trabajo, como en cualquier otro, juegan de manera muy gravitante las personalidades de los docentes. Creo, sin embargo, que los profesores en general y los de Derecho en particular, no trabajamos de manera adecuada y profunda los rasgos de la personalidad que condicionan –acaso, determinan– los estilos y modos con que hacemos este trabajo.²

En nuestra Facultad hay talleres, cursos y seminarios destinados a adquirir conciencia de los complejos procesos que discurren y transcurren en la vinculación docentes-alumnos. Pero la sensación que tengo, con el consiguiente riesgo de error, es que esos esfuerzos finalmente no redundan en una mejoría mensurable de la calidad del trabajo docente o, al menos, en un cambio de la actitud de los profesores frente a los grupos de alumnos.³

A) *EL PROCESO EDUCATIVO Y LA CONCEPCIÓN DE LA NATURALEZA HUMANA*

La introducción debería servir de plataforma a nuestra primera afirmación doctrinaria: no hay concepción del proceso educativo que no repose sobre una concepción de la naturaleza humana.

¹ No siempre los colegas aceptan el no conocer bien esas razones.

² Allá por la década de 1970 comenzó a acentuarse una mirada más subjetiva sobre el trabajo docente. En la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires se introdujeron los métodos propios de la psicología grupal, de la mano de un profesor sin dudas excepcional, Enrique Mariscal. Preocupaciones semejantes se advirtieron en universidades privadas. La ruptura –y retroceso– institucional de 1976 provocó que esos intentos se vieran postergados. Puede sugerirse que las relaciones entre régimen político y métodos de enseñanza no son lineales o isomórficas. La dinámica grupal –una, manifestación de la llamada “revolución de Acuario”, pero también del mayor conocimiento de la dinámica intragrupal– se introdujo de manera explícita en la Facultad de Derecho en 1972, postrimerías de la llamada “revolución argentina” de 1966. La restauración democrática de 1983 no significó la entronización automática de esos métodos educativos participativos.

³ En los últimos meses se ha publicado: ALLIDIÈRE, Noemí, *El vínculo profesor-alumno. Una lectura sociológica*, Buenos Aires, Biblos, 2004. Es una obra de excelente nivel para reflexionar sobre las tipologías de los docentes.

Esa afirmación plantea una dificultad: no hay acuerdo entre pensadores y autores acerca de cómo debería concebirse esa naturaleza humana.

Puede partirse de la idea de que me estoy refiriendo al rasgo que predomina en nuestra imagen de la clase de los humanos.

Algunos conciben al individuo humano desde una perspectiva optimista y lo consideran como un ser fundamentalmente bueno.

Otros, por el contrario, lo consideran intrínsecamente malo y lo ven desde una perspectiva pesimista.

Excuso señalar que se trata de tipos ideales, no de concepciones que se deriven de una inferencia observacional de los humanos. Como sucede con cualquier tipo ideal, la construcción conceptual coloca en primer plano algunos rasgos y desdeña otros. En este campo lo más sensato sería escuchar a Bertrand Russell: el individuo humano –uno y el mismo– es capaz de alcanzar la santidad y de descender al más hondo infierno del mal.

Huelga decir que de ambas concepciones emanan diversas concepciones del quehacer educativo. Así, y a partir de esas concepciones, se ha de encontrar el docente permisivo y bonachón junto con el docente duro y represor.⁴

Estas concepciones influyen de manera sobresaliente en cualquier materia del plan de estudios, pero es casi axiomático que habrán de pesar en una asignatura como Teoría del Estado, vinculada de modo visceral con las concepciones básicas de la vida política. Sin perjuicio de que en la tarea docente también influyan conceptos, vivencias y actitudes sobre la naturaleza de las relaciones entre los individuos humanos cuando se

⁴ Recuerdo dos ejemplos provenientes del área de las matemáticas en la escuela media, en el Colegio Nacional N° 5, Bartolomé Mitre, Buenos Aires, en la década de 1950. El primer tipo estaba representado por el profesor ingeniero Rodolfo Taglioretti y el segundo por el profesor Esteban Rondanina. Lo que no puede establecerse es el grado de eficacia de ambas aproximaciones a la labor docente. Ambos profesores habían nacido con el comienzo del siglo XX. En mi experiencia como alumno de la Facultad de Derecho es preferible no hacer nombres. Pero en este campo, como en otros, es altamente probable que la verdad se encuentre en el apotegma de Michel de Montaigne: se debe ser moderado hasta en la virtud. En este momento de mi pensamiento me parece que el proceso de aprendizaje requiere la conciencia de la Ley en el sentido psicoanalítico de la palabra.

encuentran en interacción y forman grupos de trabajo, de estudio o de afectividad, o de enseñanza y aprendizaje.

En lo dicho se implican cuestiones o interrogantes de diversa naturaleza y envergadura.

ALGUNAS PREGUNTAS

¿Es posible enseñar?

De ser posible, ¿cómo hacerlo?

¿Cuál es la metodología más propicia para lograr los objetivos educativos? ¿Quién, o qué autoridad, establece esos objetivos educativos?

¿Cómo debería ser la relación mutua entre educandos y educadores?

¿Son más propicias para el cumplimiento de las funciones educativas relaciones interpersonales acusadamente verticalistas o vale la pena el intento de democratizar las relaciones interpersonales de docentes y educandos?

¿Cómo juegan esos ingredientes democratizadores en relaciones interpersonales que se definen como asimétricas? Si las relaciones educativas son asimétricas, como creo que lo son, esa asimetría –en definitiva, el desigual reparto del poder en el aula– sólo podría atenuarse, pero nunca habría de retroceder del todo o desaparecer en la actividad docente.

¿Cómo se habría de resolver la tensión connatural en el proceso educativo entre libertad y autoridad (uno de los problemas básicos de la educación, planteado con profundidad inusual por el filósofo argentino de la educación Juan Mantovani)?⁵

¿Qué aporte podría hacer la moderna psicología dinámica para comprender la naturaleza y las características de la comunicación y los aspectos psicológicos dentro de los grupos educativos?

¿Qué relación deberían tener la teoría y la práctica en una educación de dimensión acusadamente humana?

⁵ En la actualidad, injustamente olvidado. Graduados brillantes de las carreras educativas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires me han manifestado que no saben de la existencia del pensador Mantovani. No resulta posible esperar mucho de un sistema cultural que no conoce ni toma conciencia de sus raíces, no tanto para aceptarlas de modo pasivo sino incluso para rebatirlas, confrontarlas o negarlas.

¿Cómo se deberían evaluar los rendimientos escolares? ¿Cómo separar la actividad de evaluar de la acción humana de enjuiciar a nuestros semejantes? ¿Cómo evaluar a quienes demuestran y exhiben cualidades diferentes a las comunes en los demás? ¿Qué papel pueden desempeñar o cumplir los mecanismos autoevaluadores?

¿Cuál sería el contenido de las normas morales de las conductas de los docentes y de los alumnos en su condición de tales?⁶

La enseñanza, ¿debe ser el aprendizaje de mecanismos de respuestas automáticas o debe ser el ámbito o el espacio destinado para el desarrollo de la creatividad de la innovación?

Esos y muchos otros son interrogantes atinentes a las reflexiones posibles sobre los procesos educativos de nuestro tiempo.

Después de muchos años de ejercer la función docente⁷ en aulas universitarias, mis concepciones básicas sobre el proceso presentan, entre otros, los contenidos que se expondrán a continuación.

B) EL PROCESO DE ENSEÑANZA-APRENDIZAJE EN LAS AULAS UNIVERSITARIAS

La docencia de nuestro tiempo (educador o docente en interacción con educandos) es tarea que puede realizarse en presencia personal o en presencia virtual. Mis referencias y conceptos se referirán –salvo que

⁶ Recuerdo las páginas magistrales de Florencio ESCARDÓ en *Moral para médicos*. Aunque pensadas para médicos y estudiantes de medicina, el contenido de esas páginas son aplicables sin más a estudiantes universitarios de cualquier disciplina. El libro citado ha sido reeditado en 2004 por la Sociedad Argentina de Pediatría en ocasión del cumplirse el primer centenario del nacimiento de Escardó. Creo que Escardó es a la medicina lo que Ambrosio L. Gioja es al Derecho. Se los recuerda por lo mucho que sabían, por la nobleza de su actitud docente permanente, pero sobre todo y por encima de todo, por su textura humana tan infrecuente.

⁷ Nuestra tarea docente comenzó en 1968 en la cátedra de Filosofía del Derecho a cargo del doctor Ambrosio L. Gioja, en la comisión del doctor Jorge A. Bacqué. Gioja había implantado el sistema de invitar a realizar el trabajo docente a alumnos destacados de su materia. Sólo compartían esta modalidad, ajena a la tradición de la Facultad de Derecho, la cátedra de Derecho Civil, II parte, conocida como Cátedra Integral de Obligaciones del doctor Luis María Boffi Boggero. A veces se habla de la importancia de las divisiones inferiores de los clubes de fútbol para engendrar nuevas grandes figuras del fútbol. Esas modalidades que dejo recordadas eran como semilleros de las funciones docentes.

se indique lo contrario- a la docencia presencial, a la docencia que implica tarea colectiva o grupal.

Como grupo que es, el aula presenta todas los caracteres que informan la constitución de un grupo cualquiera, con la diferencia de que este grupo tiene como finalidad que sus integrantes hagan suyo algún tipo específico de conocimiento.⁸

Desde un punto de vista grupalista, el aprendizaje es función de grupo o, si se quiere, resultado de la interacción grupal, aquella que protagonizan el equipo docente y los alumnos.⁹

El aprendizaje en ningún caso es el resultado exclusivo o *directo* de la función docente.

En ese sentido, afirmo que no hay contenido en el mundo que pueda ser enseñado. Nadie puede ser enseñado, aunque todo (o casi todo) puede ser aprendido.

Pero, escucho las objeciones, si nada puede ser enseñado, ¿para qué el recurso a manuales, la utilización de libros y otras fuentes de información y de incitación a la reflexión, a la exposición del docente, a la toma de lecciones, la redacción de trabajos prácticos, etcétera?

En efecto, reafirmo que nada puede enseñarse, pero sí enfatizo que mucho puede aprenderse y que mucho puede hacerse para que ese proceso de aprendizaje pueda facilitarse.

¿Cómo?

El docente, pese a la asimetría del saber y del poder que ejerce dentro del aula, no debe subrayar su papel de experto, sino asumir que tiene a su cargo un papel privilegiado, una función no siempre asumida con claridad: la del facilitador del aprendizaje, la de constituirse en el principal recurso humano y técnico del alumno y a veces -no demasiadas veces- la de contenedor emocional del alumno.¹⁰

⁸ En este sentido podría afirmarse que en un aula se presencia el funcionamiento de un grupo que puede calificarse como de trabajo, de formación (como lo llamaría Carl Rogers) o, incluso, operativo (como podría hacerlo Pichon-Rivière).

⁹ Sin perjuicio de reconocer que en última instancia el aprendizaje es el resultado final de un intrincado proceso del que es protagonista el alumno.

¹⁰ Relato una experiencia. La materia, Teoría del Estado; el momento, el examen recuperatorio para una alumna que no había superado el segundo parcial. El examen no resultaba satisfactorio. El resultado, la alumna bañada en lágrimas. La actitud docente

Volvemos al *cómo*.

A más de adoptar esa posición, debe dirigir la función docente hacia la creación del clima que genere confianza y comunicación entre los participantes.

Para configurar ese clima de confianza y comunicativa participación, el docente individual o el equipo docente debe tomar adecuada conciencia de los procesos que transcurren en el interior de un grupo cualquiera, y de manera específica de lo que sucede en un grupo de aprendizaje. Y, por supuesto, utilizar la empatía en relación con las cambiantes y a menudo conflictivas vivencias que experimenta el alumno.

Es fundamental que la Facultad enderece de manera franca y decidida sus esfuerzos en la formación de sus recursos humanos –esto es, los docentes– hacia este objetivo de hacer conscientes esos fenómenos psicosociales y de la comunicación que confluyen en la conformación grupal, incluidas las cuestiones de género.

Debe tenerse una conciencia clara de los fenómenos del liderazgo dentro de un grupo, en especial si se trata de un grupo de aprendizaje.

Tomar y tener conciencia de que estilos diferentes de liderazgo generan distintos tipos de organización de los sistemas de convivencia grupal. Lo cual influye sobre el nivel de satisfacción que obtienen los participantes del grupo que contribuyen a formar.

A partir de esa clara conciencia se podrá tener en claro el tipo de grupo que se pretenda conformar, de acuerdo con pautas estimativas

tenía dos alternativas; una, el aplazo sin apelaciones; otra, indagar en lo que sucedía con la alumna, de 21 años. Resultó que se trataba de una agente de la Prefectura Naval Argentina, la primera de su promoción como suboficial y secretaria de un prefecto general, que dedicaba la mayor parte de sus horas útiles al servicio policial y a los servicios adicionales, para posibilitar mantener su hogar, formado con otro hombre de la misma institución policial. En resumen, trabajaba de lunes a lunes, la mayor parte de las horas útiles. Interrogada, pudo elaborar su cuestión interna y por fin aprobó el examen final con una nota excelente. Los posibles inconvenientes del partido adoptado en el caso son entre otros los siguientes: aproxima en grado muy importante la distancia que separa al alumno del docente; podría ser que el problema que aflorara no pudiese ser encarado con éxito por el docente; que se interpretara con malevolencia el acercamiento, al tratarse de un alumno de sexo femenino y un docente de sexo masculino, con el omnipresente riesgo del intento de seducción. Para felicidad del que esto escribe, ése no fue el caso.

referidas al tipo de personalidad de los líderes del grupo y de las necesidades que se estime el grupo debería satisfacer.

Recuerdo los diversos tipos de grupos y liderazgos que se han descrito en la literatura de la psicología social, sobre todo en la segunda mitad del siglo XX: *laissez-faire*; autocrático; democrático.

De ellos, el liderazgo permisivo del *laissez-faire* es el que genera mayor nivel de insatisfacción y frustración; el liderazgo del tipo autocrático, es el que genera mayor apariencia de orden, pero es el que genera el mayor nivel de bronca entre los participantes.¹¹

Va de suyo que a mi juicio y en consonancia con mi visión ideológica el grupo por generar se debería aproximar al esquema democrático. Digo aproximación y no concreción porque en el grupo de aprendizaje siempre está presente la asimetría a la que está condenado ese tipo de grupo. Democrático será el grupo de aprendizaje si se pueden compartir algunas decisiones, si se consideran legítimas todas las expresiones emitidas dentro de las reglas estipuladas y aceptadas por el expreso consenso del grupo. Que quede claro que me refiero al consenso como método del establecimiento de esas reglas y no el método de la mayoría, no conducente al afianzamiento del clima de consenso deseable.

UN GRUPO DE APRENDIZAJE...

...configurado de manera adecuada a mis concepciones debería combinar elementos de la democracia con elementos derivados de la naturaleza asimétrica de la relación docente-alumnos.¹²

Los elementos democráticos teñirán los antiguos vínculos y la asimetría (o elementos autocráticos) se derivarán de los elementos asimétricos que moldean toda relación educativa.

Lo democrático se hará sentir en aquellos elementos de la función educativa que enfatizan en lo autonómico del proceso educativo, en aquellos aspectos que subrayen los elementos de favorecimiento de la libertad, que es uno de los extremos del proceso educativo. Y lo autocrático se

¹¹ Véase, MAY, Rollo, *Power and Innocents: A search for the sources of violence*, Nueva York, www NORTON, 1972 (hay reediciones en inglés y una traducción al español de Emecé, Buenos Aires).

¹² Resulta poco simpático, pero esos elementos derivados de la asimetría podrían considerarse como "autocráticos".

LA ENSEÑANZA DE “TEORÍA DEL ESTADO” EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

MARIO HÉCTOR RESNIK – MARÍA ALEJANDRA PERÍCOLA

emparentará con aquellos elementos del proceso educativo que subraye el elemento de autoridad, presente en cualquier proceso educativo interhumano.

La autoridad se vincula con el cumplimiento de normas, sin cuya observancia la convivencia se haría anómica, dificultosa y, en casos extremos, imposible.

Se podría afirmar como axioma de nuestro pensamiento sobre educación, que un grupo de aprendizaje sin normas de convivencia y, en consecuencia, de reparto de poder, se convierte en un sinsentido conceptual y práctico.

En consonancia con lo dicho, creo que, sin afectos positivos del docente o del grupo docente hacia el grupo de educandos, todo esfuerzo educador se debe multiplicar y se esteriliza en proporción directa a su intensificación.

No creo posible un esfuerzo educador fecundo sin afectos positivos en cuádruple dirección:

- hacia sí mismo;
- hacia el grupo docente;
- hacia el grupo de educandos;
- hacia la tarea docente.

En momentos de desánimo es bueno recordar que la tarea docente ha sido considerada como labor de Sísifo, destinada a recomenzarse una vez y otra, sin término y sin tregua. O, en metáfora más contemporánea y rural, como la tarea del sembrador que siembra como mil para cosechar como uno.¹³

¹³ Esta metáfora del sembrador era utilizada a menudo por el político argentino, ético y socialista, Nicolás Repetto, con referencia al laboreo político de su generación, encabezada por Juan B. Justo, el ilustre autor de *Teoría y práctica de la historia*, obra olvidada y fundamental publicada por primera vez en 1909, hoy virtualmente desconocida y en la práctica casi imposible de obtener. La obra seguramente podría consultarse en la Biblioteca Obrera fundada por el propio Justo, que funciona en la avenida La Plata 85 de la Ciudad de Buenos Aires. La Biblioteca Obrera funcionó, entre 1927 y el 15 de abril de 1953 en la hoy legendaria Casa del Pueblo del Partido Socialista, de la avenida Rivadavia 2150. El día indicado en segundo lugar, esbirros del régimen, protegidos por fuerzas policiales y bomberos, quemaron lo que además de sede de un partido político respetable, era un templo del saber personificado en una biblioteca de cerca de cien mil libros.

EL MÉTODO DE LOS CASOS

La postulación entusiasta del método de los casos revela, a mi juicio, el grado de confusión que puede predicarse de los objetivos que debe perseguir el proceso educativo en las facultades de Derecho. Dicha postulación del método de los casos tiene consecuencias teórico-prácticas y parte de supuestos claramente ideológicos aunque no siempre explicitados con claridad.

Es el método de aprendizaje que conviene a quien entienda que el conocimiento del Derecho es equivalente a adquirir habilidades propias de la *pragmática profesional o judicial*.

Ese método enfatiza la habilidad práctica por sobre habilidades o roles del raciocinio teóricas, acaso con implicancias prácticas más directas, o evidentes. Enaltece el valor de la polémica y la agresividad como herramienta de conocimiento del Derecho.¹⁴

EN LO PERSONAL...

...creo que los objetivos de un ámbito universitario equilibrado en materia predominantemente jurídica deberían partir del concepto de que el principal objetivo de una escuela de ese rango es de orden cognoscitivo, sin olvidar o desdeñar o desechar los elementos ambientales o sistémicos que condicionan ese conocimiento.

La aproximación a los casos y la utilización de ese método no es en sí misma negativa, a condición de que se pongan a disposición de los alumnos –al menos para las indagaciones previas– los elementos experienciales y teóricos que permitan asignar a esos casos significación dentro de un panorama cognoscitivo más amplio.

Lo mismo ocurre en el orden de las relaciones y vínculos entre docentes y aprendices. Mejorar la comunicación, democratizar los vínculos interpersonales. Pero a condición de que esos elementos coexistan con

¹⁴ Todo lo expuesto tiene claras implicancias ideológicas o axiológicas. En la concepción del método de los casos como sumo exponente de los métodos educativos subyace que el modelo mayor de la abogacía es del litigio, resabio de los duelos de los tiempos antiguos, y que el funcionamiento del litigio es un ejemplo de un juego de suma cero, dentro del cual sólo cabe el triunfo y la derrota, sin espacio para la consolidación y alguna forma de consenso que exceda el consenso para litigar.

el reconocimiento de que en algún lugar del vínculo la relación docente-aprendiz es asimétrica, sea en el aspecto del conocimiento, o en el de la experiencia, o en el de la encarnación de la Ley, con rechazo absoluto del autoritarismo, que engendra ira furibunda, o del *laissez-faire*, que engendra frustración.

Esos y muchos más son interrogantes legítimos atinentes a las reflexiones posibles sobre los procesos educativos de nuestro tiempo.

REITERACIONES

Una facultad es, sencillamente, una escuela.

Pero la escuela no es sólo el aula ni lo que en ella se trata de enseñar como contenido de la inteligencia.

La escuela es también la conducta de los docentes y de los alumnos; es también las actitudes de ambos. En otras palabras, que la cuestión educativa tiene una faceta moral. Y presente esa faceta tanto en el sector de los alumnos cuanto en el grupo de los docentes.

Por eso postulo que la facultad en tanto que escuela no se convierta en escuela de lo que no se debe hacer o de lo que no conviene que sea desde un punto de vista educativo.

Por lo demás, se trata de consolidar un espacio educativo en el que esté vedada la utilización de la violencia, no solo la física, que parece impensable, sino también la mental y psicológica.¹⁵ Y, sin embargo, la práctica de la educación se vincula con aspectos del ejercicio de la autoridad.

¹⁵ El desafío consiste en aunar, complementar o combinar los rasgos de la relación asimétrica, definitoria del vínculo docente-alumno, con la idea de la libertad intelectual, patrimonio no sólo de los profesores, sino también derecho de los alumnos. Es una prueba de fuego, sobre todo para los profesores. El Estatuto Universitario de la Universidad de Buenos Aires garantiza el ejercicio de la libertad de cátedra, no sólo para los profesores, sino que incluye a los alumnos. Eso significa que ningún profesor podría indicar un solo libro como texto y menos el propio. ¿Qué cabría decir de los profesores que producen libros exclusivamente para el uso de sólo sus alumnos y que consideran herético la utilización de otros textos? Un ejemplo en el sentido del ejercicio de la libertad de cátedra (por parte del alumno) lo constituyó el profesor Carlos S. Fayt en sus exámenes. Antes de interrogar al examinando, le requería informes sobre el autor de Teoría del Estado que había utilizado como fuente informativa.

Dijimos antes, y reiteramos, que el proceso de aprendizaje es por necesidad de su sustancia asimétrico. La cuestión consiste en indagar si queremos hacer ese proceso como fuertemente o moderadamente asimétrico.

En ese sentido, es casi innecesario decirlo, el proceso educativo se beneficia o perjudica en función de la variación de los valores predominantes en el sistema social.

En sistemas sociales en los cuales el poder es un atributo relevante y atemorizante de ciertas personas y funciones, el sistema educativo opera con una asimetría subrayada.¹⁶ En estos sistemas, el mayor espacio¹⁷ de la experiencia docente lo ocupa el docente y es muy escaso el espacio que se reserva a los alumnos.

Se puede inferir, de acuerdo con lo que se viene de insinuar, que las alteraciones en la naturaleza de los vínculos sociales influyen en las relaciones del aula. Cuando las relaciones jerárquicas de la sociedad civil se alteran y atenúan su carácter de subordinación, entonces no puede extrañar que algo análogo suceda en las relaciones entre docentes y alumnos.

Cuando se suscitó el movimiento de la Reforma Universitaria (Córdoba, 1918), podría leerse en forma subyacente a los textos escritos que una de las reivindicaciones de los jóvenes de aquella época se dirigía a reformular la naturaleza de los vínculos humanos entre los profesores y los alumnos.

Pero más allá de los intereses y necesidades particulares de enseñantes y enseñados,¹⁸ la función docente requiere el planteo de una estrategia;

¹⁶ Estas relaciones las destacó Kurt Lewin, en ocasión de comparar los sistemas sociales alemán y norteamericano. En el primero se rendía pleitesía a quienes desempeñaban ciertas funciones, tales como empleados públicos, guardas ferroviarios o policías. En las relaciones familiares también se percibían actitudes de subordinación de los hijos respecto de sus padres. En los Estados Unidos, sostenía Lewin, la actitud hacia los "poderosos" institucionales era diferente: se admitía la posibilidad de recurrir, de discrepancia y aun la de polemizar.

¹⁷ El concepto de "espacio social" está extraído de la obra de LEWIN, Kurt, *Resolving Social; selected papers on group dynamics*, Londres, Souvenir Press, 1973.

¹⁸ Considérese la expresión como una frase verbal que no representa, de acuerdo con lo que se ha dicho previamente, una dicotomía conceptual.

tener en cuenta el “dónde” se practique la función;¹⁹ “para qué” se la práctica; “qué” resultado se pretende favorecer.

AFIRMACIÓN

El trabajo docente-alumnos es una instancia especial del proceso más general de la comunicación humana.

En una concepción de este tipo, insisto, aparecerá la cuestión de la naturaleza humana.

A más de esa concepción sobre la naturaleza humana, debe tenerse en cuenta la “paradoja del mensaje”. Los seres humanos comunes son reacios a seguir mandatos lineales del tipo: “estudiá”, “sé atento”, “aplícate al estudio” u otros por el estilo.

En la comunicación humana son válidas las consideraciones que Liddel Hart formuló acerca de los beneficios de la estrategia de aproximación indirecta en los temas bélicos. En aras de la reiteración: en la comunicación humana hay también estrategias de aproximación indirecta.

El proceso de aprendizaje se ve favorecido por la creación de un ambiente propicio al aprendizaje. Recuérdese que uno de nuestros axiomas docentes es: “nadie puede enseñar algo”. Pero aunque ese axioma sea aceptado, sí es posible propender a crear un clima de aprendizaje, un clima de confianza –respetuosa confianza– en un clima de reglas mínimas aceptadas. Y, por supuesto, tender a aprender en alegría y ética.

En esa corriente, debería tenderse a generar la conciencia de que el aprendizaje no es el resultado del accionar unilateral del equipo docente, en un vacío existencial.

Va de suyo que debería haber un compromiso mutuo entre alumnos y docentes, en el sentido de transitar juntos y hermanados el camino del conocimiento común.

¹⁹ Creo que en vez de hablar de las relaciones docentes-alumnos, debería hablarse de “práctica de una función de doble entrada, según se la vea desde el punto de vista del docente o del punto de vista del alumno, pero que confluye en la unidad de la misma práctica y en la unidad de la finalidad, que debería consistir en el mutuo enriquecimiento de los pares implicados que, en verdad dejarían de ser pares intervinclados para convertirse en elementos de un sistema complejo”.

En consecuencia de esa afirmación, el equipo docente debería proponer el compromiso y estipular las consecuencias que acarrearía para ambas partes la ruptura de ese compromiso.

Para cumplir el propósito de este artículo, estas cuestiones se deben llevar al ámbito propio de la enseñanza de la Teoría del Estado.

La tarea no es sencilla a partir de su mismo comienzo, sobre todo en una Facultad de Derecho. Me atrevo a sostener que la Teoría del Estado linda con el desconcierto.

¿Exagero cuándo digo algo tan grave? Admito que puede haber en la expresión ingredientes que provengan de una naturaleza personal algo drástica.

Pero también hay elementos que se advierten en la experiencia al alcance de cualquier interesado en estas cuestiones.

El método de verificación es sencillo: leer los programas y los contenidos que las distintas cátedras de la materia ofrecen a los interesados.

En esos materiales se podrán advertir contenidos muy heterogéneos.

En algunos programas se advierten resabios del viejo –y espero que extinto– “Derecho Político”. En otros, las referencias son propias de una historia del pensamiento político, y en la cátedra más “moderna”, los contenidos se acercan a los de una ciencia política.

Cuando se aprecia el trabajo de los meritorios docentes de la materia, se aprecia una dispersión semejante. De la filosofía política a la historia del pensamiento político pasa todo el arco de posibilidades. Y hasta hay una corriente, minoritaria, mínima, que se empeña en asignar a la materia la dignidad metodológica que se le puede atribuir, sin forzar interpretaciones ni recurrir a artilugios de diferente naturaleza.²⁰

Si se aceptan como verdaderos los datos que se dejan consignados, no resulta factible escribir, sin más, sobre la enseñanza de la Teoría del Estado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. A lo sumo se podría –y en esto radica el intento que realizamos los autores de este trabajo– es expresar aseveraciones y creencias sobre lo que consideramos debería ser la Teoría del Estado y el método o estilo que debería revestir el consecuente trabajo docente.

²⁰ Para muestra de esta posición, absolutamente minoritaria, véase del autor, *Estado y política. Una aproximación sistémica*, Buenos Aires, La Ley, 1997.

C) LA CONCEPCIÓN DE LOS AUTORES DE ESTE TRABAJO SOBRE LA TEORÍA DEL ESTADO

La Teoría del Estado no es teoría normativa, ni teoría social, ni ciencia política, ni historia de las ideas políticas, ni derecho político, ni filosofía política.

No es Derecho Político, porque ya la expresión es equívoca y, si se nos exige, contradictoria en los términos. Es cierto que la política “tiene”, en algún sentido o en muchos, relaciones con el Derecho y que el Derecho, en algún momento regula algunas actividades políticas. Pero en un lenguaje común, pero cuidadoso, en el uso argentino de “Derecho”, esto tiene que ver fundamentalmente con las normas y con acciones normadas. Pero si la política consistiese en exclusividad de conductas normadas, con el estudio de esas normas, del Derecho en suma, ¿para qué querríamos o para qué serviría, consagrar una disciplina que se llamara “Derecho Político”? Y si la política designa acciones que por definición deben exceder de lo meramente normado, ¿qué le agrega “político” al nombre de la disciplina?²¹

Las afirmaciones precedentes se originan en razones metodológicas.²² Pero también aduzco razones ideológicas. La expresión “Derecho político” provienen de la doctrina política y estatal alemanas. Esa doctrina no fue elaborada en el seno de una democracia políticamente ejemplar, sino en un clima de autoritarismo, distante de los modelos institucionales angloparlantes, o franceses, o italianos. Hay en esa doctrina elementos que son rescatables, pero que no son ejemplares para una disciplina que aborde los problemas del Estado en la Argentina del siglo XXI, en la cual los problemas son los de consolidar el funcionamiento de las instituciones, pugnar por despejar el escenario social de las causas que provocan la exclusión social en un grado que el país moderno no conoció nunca y con los desafíos de plantear una estrategia de la Nación en un mundo globalizado por las relaciones económicas, financieras,

²¹ Véase las razones que *in extenso* prodigo en mi tesis doctoral *Ciencia política. Propuestas para la elaboración de un paradigma*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 1989, inédita. Para una versión muy resumida; *Paradigmas en ciencia política*, Buenos Aires, Depalma, 1998.

²² La arquitectura de mi metodología es muy sencilla: atenerse a la consistencia lógica del discurso y tener en cuenta la congruencia verbal del mismo discurso. Las explicaciones ulteriores se pueden ver en la obra citada en la nota anterior.

culturales y deportivas, así como por el desarrollo sin antecedentes de las comunicaciones planetarias.

Todo intento de volver a la denominación de "Derecho político" debería evaluar toda la carga ideológica que tiene tal denominación.

En verdad, la extrema vaguedad de la expresión "Derecho político" permitió, a favor de la inexcusable y no negociable libertad de cátedra²³ que las cátedras y comisiones difundiesen una variedad importante de contenidos.²⁴ Esa variedad de oferta de contenidos se mantiene, pese al nombre de la disciplina, Teoría del Estado.

Tampoco puede ser una ciencia política, porque se supone que los alumnos ya vienen de aprobarla en el Ciclo Básico Común, en donde se cursa una disciplina con ese nombre.

Y tampoco la Teoría del Estado podría ser una historia del pensamiento político, sin que el Estado fuese el eje de las preocupaciones, y las explicaciones, y los contenidos.

Y una objeción parecida cabe cuando se contrae el contenido de la Teoría del Estado a la filosofía política, porque estos desarrollos se centralizan en el pensamiento especulativo, diferente de las preocupaciones y desarrollos que el Estado por sí propio suscita y merece.

La única manera de salir de este intríngulis consiste, a mi juicio, en sincerar los objetivos de la materia en una carrera jurídica, si vale la pena que exista una materia como ésta y, si se responde afirmativamente, si existe a mano una metodología que permita superar estas dificultades.

²³ Salvo para fomentar el odio racial, étnico o de género, o para propiciar formas políticas degradadas y degradantes.

²⁴ Para ser algo justos, uno de los autores debe consignar que él también aprovechó de esa confusión, cuando se desempeñaba como adjunto de la cátedra del doctor Mario Justo López. En un momento de su desempeño docente tuvo la ocurrencia de reemplazar el libro del prestigioso profesor por otro (*Introducción a la Teoría del Estado*, del autor alemán Martin Kriele), sin que la actitud adolescente tuviera consecuencias. Pero el hecho fue una temprana manifestación de ese autor de inclinar el contenido de la materia hacia una teoría del Estado genuina. En ese momento, la asignatura ya se llamaba "Teoría del Estado". Pero el contenido oficial seguía siendo el del viejo Derecho Político. Tanto era así que los textos que se utilizaban llevaban ese título. Más todavía, son los textos que se continúan utilizando, los de los profesores López, Bidart Campos y Fayt. Algunos de éstos son textos de éxito de venta, pese a que la antigüedad de algunos de ellos se acerca al medio siglo.

LA ENSEÑANZA DE “TEORÍA DEL ESTADO” EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

MARIO HÉCTOR RESNIK – MARÍA ALEJANDRA PERÍCOLA

Quedan otros interrogantes por plantear y, en lo posible, despejar. Interrogantes que no se relacionan sólo con la Teoría del Estado, sino que nos llevan a reflexionar sobre el papel y, si se quiere, sobre la misión de la Universidad, en los términos en que planteó la cuestión José Ortega y Gasset o Francisco Giner de los Ríos, por mencionar sólo a dos pensadores de lengua española. Va de suyo que el interrogante también alcanza a lo que podría llamarse las funciones de una Facultad de Derecho a comienzos del siglo XXI.

Los profundos cambios de valores a que asiste el mundo de nuestros días provoca perplejidades varias en la apreciación de estas cuestiones.

Es de suponer que la enseñanza superior reúna varios atributos. Por un lado, la universalidad de sus objetivos, la pluralidad de sus enfoques posibles, la búsqueda continúa de la verdad y, en un nivel superior de exigencia, la adhesión a valores morales que dignifiquen la empresa intelectual en que se empeñe.

En esa línea, Ortega sostenía que en la Universidad el educando debía adquirir un conocimiento del mundo adecuado al nivel y grado de su época, con conciencia cívica. Para él, la Universidad era el espacio de la reflexión filosófica y el de la adquisición de conocimientos científicos modernos. Las Facultades eran los ámbitos en donde se refinaban las especialidades y se hacían más específicos los conocimientos.

Las Facultades de la Argentina se erigieron como instituciones mixtas, que tenían algo de ese conocimiento superior propio de la Universidad, pero agregaron un elemento de orden profesional y práctico. Estos aspectos hicieron de los estudios universitarios ámbitos en los cuales se profundizaba el conocimiento de las ciencias y al mismo tiempo se preparaba a los estudiantes para ingresar en los vericuetos de la práctica profesional.

Esto en la Facultad de Derecho significó que allí se ponían al alcance de los alumnos fuentes informativas sobre el Derecho como conocimiento y también se brindaban algunos elementos propios de la práctica profesional de la abogacía. Tradicionalmente, esos elementos prácticos fueron –son– escasos hasta la parvedad. Eso, a diferencia de otras facultades de la misma Universidad, en la cual las prácticas son constan-

tes, permanentes y uniformes, en el sentido de que se realizan en las cátedras de todas las disciplinas.

Trasladado a nuestro tema, esto significa preguntarnos sobre el papel que puede cumplir una Teoría del Estado en una Facultad de Derecho como la nuestra.

A juicio de los autores, la Teoría del Estado debería tener como objetivo alcanzar la comprensión del funcionamiento del Estado y del gobierno, tanto con elementos de una teoría general válida para cualquier sistema político, cuanto con elementos que permitan desprender de esa teoría elementos que fundamenten el funcionamiento del sistema jurídico argentino, con referencias a datos de la historia que ayuden a comprender los fenómenos en estudio.

D) *POLÉMICAS SOBRE LAS FUNCIONES DE LAS FACULTADES DE DERECHO*

Determinar las funciones de las Facultades de Derecho en América de habla española no fue una tarea sencilla.

En un sentido, por razones inherentes a la enseñanza del Derecho. En otro, por ser la Facultad de Derecho una dependencia importante, casi definitoria de las casas de estudios superiores en el siglo XIX en América.

Piénsese en una analogía importante: las primeras universidades privadas de la Argentina comenzaron su gestión en el ámbito de las ciencias sociales y por lo general, casi en todas diríamos, está presente el estudio del Derecho. Si se hiciese la compulsa de las áreas cubiertas por las universidades privadas, se advertiría la escasa dedicación de esas casas a las ciencias experimentales, exactas o naturales. La Universidad que es ámbito natural de la investigación en la Argentina es la Universidad pública, con la de Buenos Aires en primer término. Salvo algunas excepciones, por ejemplo alguna universidad generada en torno de un organismo prestador de salud (tal como el CEMIC), no se conocen muchos resultados de investigaciones realizadas en universidades privadas en el ámbito de las ciencias físicas y naturales.

Pues bien, así funcionaban las universidades públicas en el siglo XIX, centradas en el estudio de la teología y el Derecho. Así funcionaba la Universidad de Córdoba en 1918: el Derecho estudiado al estilo de la

LA ENSEÑANZA DE “TEORÍA DEL ESTADO” EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

MARIO HÉCTOR RESNIK – MARÍA ALEJANDRA PERÍCOLA

teología, la medicina estudiada como si fuese una disciplina teórica, discursiva. ¡Y se trataba de medicina! Al respecto son ilustrativos los conceptos vertidos por el diputado socialista Juan B. Justo en una fallida interpelación al ministro de Instrucción Pública del presidente Hipólito Yrigoyen en 1918.

El debate abierto en 1918 no era novedoso del todo en su temática. Se podían encontrar rastros de ese debate –que no es otro que la función de la Universidad en la sociedad a la que nutre y de la que se nutre– en la polémica entre José Pedro Varela y Carlos María Ramírez, que tuvo lugar en 1878 en la República Oriental del Uruguay; de la que ya hay atisbos en la polémica entre Juan Bautista Alberdi y Domingo Faustino Sarmiento en 1851 o en el movimiento prereformista de 1905 en la Universidad de Buenos Aires.

Sin ingresar en esas cuestiones, pero tomándolas en cuenta, a título de conclusión provisoria, podría decirse que no hay comprensión cabal de la misión de la Universidad, de las funciones de una Facultad de Derecho y los aspectos principales de una Teoría del Estado si no se intenta avanzar en el entendimiento de la sociedad y de sus complejidades.

El orden jurídico se hace tan complejo como la vida que intenta regular y los abogados han visto multiplicar sus papeles sociales. Son jueces del sistema imperante, son abogados defensores de intereses sociales de impresionante diversidad, de los grupos empresarios, de los pequeños grupos y de los individuos, persiguen el cumplimiento de los contratos y el castigo de los presuntos culpables. Pero además de los litigios, los abogados asesoran y previenen conflictos individuales y sociales, en el orden privado y en el ámbito público, pueden ser expertos en políticas públicas, entre otras muchas funciones. Pero un abogado debería ser, además, un experto social vigilante en la vigencia y efectividad del orden social.

Tantas funciones, que con seguridad no agotan las posibilidades del trabajo de los abogados, sólo puede ser cumplido con calidad y eficacia, con adecuado conocimiento y elevada dignidad profesional y personal, si el abogado tiene una idea cabal del funcionamiento del sistema jurí-

dico. Y esta comprensión no puede alcanzarse de manera cabal si no se captura el significado y funcionamiento del sistema político estatal.

E, insisto, esta comprensión es diferente de la comprensión que proporciona la ciencia política.

II. DESDE DÓNDE HABLAMOS, QUIÉNES SOMOS, QUÉ HACEMOS

Los sujetos. Los autores son docentes de la cátedra de Teoría del Estado a cargo de Mario Héctor Resnik. La licenciada María Alejandra Perícola es la principal asistente de Resnik en el dictado del curso respectivo. Podría decirse que más que asistente es la codictante del curso.

Hablamos a partir de la experiencia de haber ejercido funciones docentes desde hace muchos años. En el caso de MHR desde 1968, cuando comenzó su brega docente como ayudante no diplomado de la, histórica por tantos motivos, cátedra de Filosofía del Derecho de Ambrosio L. Gioja. Comenzó su carrera docente como graduado en esa cátedra y en la de Derecho Político de Mario Justo López. Ocupó sucesivamente todos los cargos del escalafón docente comprendidos entre ayudante de segunda y profesor asociado.

La licenciada Perícola es graduada en Ciencia Política de la Universidad del Salvador y graduada de la Facultad de Ciencias de la Educación y de la Comunicación Social de la misma Universidad como profesora en Ciencia Política; se desempeñó en el Ciclo Básico Común de la Universidad de Buenos Aires y desde hace cinco años cumple con la carrera docente en la cátedra que se ha mencionado anteriormente.

Cómo se “enseña” Teoría del Estado. Por lo que sabemos, el proceso de aprendizaje de Teoría del Estado se cumple al estilo tradicional. Se trata de microexposiciones a cargo del docente que se encuentre a cargo de la comisión respectiva, con ajuste a textos que se dan a conocer y que cumplen con una suerte de bibliografía obligatoria, a la que deben ajustarse los docentes y los alumnos.²⁵

²⁵ Esta práctica tiene justificativos pragmáticos. Es posible que esa práctica dañe el principio de la libertad de cátedra. Pero también es cierto que el proceso de enseñanza se convertiría en algo cercano a la anarquía si la libertad de cátedra significara la posibilidad absoluta de que cada alumno utilizase fuentes diferentes a las de los demás. También debe tenerse presente el derecho de cada docente de exponer a sus alumnos la concepción personal que haya desarrollado de la materia. El caso de la

LA ENSEÑANZA DE “TEORÍA DEL ESTADO” EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

MARIO HÉCTOR RESNIK – MARÍA ALEJANDRA PERÍCOLA

Las microexposiciones admiten la discusión de los alumnos. Pero en general los docentes de la Facultad de Derecho no han internalizado las técnicas que permiten una elaboración sincera de los contenidos a través de los trabajos grupales.

Eso no sucede por falta de difusión entre los enseñantes de esas técnicas.²⁶ Sucede por otras razones de orden temperamental y actitudinal, que ponen en crisis las razones y las motivaciones profundas que conducen a ciertas personas a pretender ejercer funciones docentes.

En síntesis, no compartimos la exclusividad del método de las microexposiciones ni del método de los casos. Creemos en la posibilidad de la interacción entre docentes y alumnos. Creemos y sabemos que existe un enorme potencial de reflexión en los alumnos. Se les podrá imputar desconocimiento o deficiente grado de información, pero eso no equivale a falta de capacidad intelectual o a falta de curiosidad. Y, en última instancia, si las generaciones más jóvenes desconocen mucho, eso es, en última instancia, responsabilidad de sus mayores.

En los cursos que los autores tienen a su cargo se intenta promover la participación de los alumnos. Para ello, se trabaja como se indica en la tercera parte de este trabajo.

Y, por fin, hablamos desde esta posición de docentes de Teoría del Estado en unos cursos que la Facultad de Derecho organizó de manera experimental, también de la manera que se explica en esa tercera parte del trabajo.

concepción personal de la materia sería el caso extremo en el que el principio de la libertad de cátedra, para el alumno, recibiría una excepción importante. Es de suponer que cuando un docente accede a una cátedra debe estar en condiciones de exhibir una concepción personal acerca de la asignatura. Bien sabemos que ése no es el caso normal en nuestra Facultad de Derecho.

²⁶ Me encuentro en condiciones de afirmar que por lo menos desde el segundo cuatrimestre de 1970 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires se conocen técnicas que humanizan la práctica de la enseñanza, incrementan la capacidad de comunicación en el seno del grupo de aprendizaje y mejoran la creatividad del mismo grupo. Fue precursor en la difusión de esa nueva actitud el profesor Enrique Mariscal, director del Centro de Capacitación Docente de la misma Facultad. Quedará para otra instancia de reflexión la indagación de las razones por las cuales conocidos los instrumentos, los depositarios no los aplican, con pérdida de la eficacia de la propia tarea y en demérito de la alegría gozosa que debería campea en las aulas.

A) CONDICIONES SISTÉMICAS DE LA ENSEÑANZA DE LA TEORÍA DEL ESTADO EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Los autores de estas páginas se han inclinado por una aproximación sistémica²⁷ de los fenómenos sociales y también de los conocimientos teóricos.

Habré de recurrir ahora a criterios sistémicos para satisfacer el requerimiento de reflexionar sobre la enseñanza de la Teoría del Estado en esta Facultad.

Algunas de las condiciones sistémicas dentro de las cuales se imparten y se adquieren los conocimientos²⁸ son, a mi juicio:

El ambiente en que se desarrolla la enseñanza de la asignatura es la Nación Argentina, la Ciudad de Buenos Aires, la Universidad de Buenos Aires, la Facultad de Derecho, el Departamento de Derecho Público I, cátedra de Mario Héctor Resnik, comisión a cargo de su equipo docente.

De todas esas circunstancias ambientales tomaré algunas. Pero cabe la posibilidad de examinar las otras variables, para estudiar otras peculiaridades de la enseñanza de esta disciplina.

En la *Facultad de Derecho* predomina un enfoque metodológico. Este enfoque parte de la idea de que el objeto de conocimiento denominado "Derecho" se estudia provechosamente si se lo ve como un fenómeno normativo (y no como lo ven en algunos países como un fenómeno realista). Al adoptar como preeminente -casi diría exclusivamente- este enfoque, la Facultad de Derecho también recibe la influencia de un ambiente que, a su vez, contribuyó a crear. En efecto, en los ambientes jurídicos argentinos, al menos desde el lado de los estudios y de los

²⁷ En el sentido y con los alcances planteados por Ludwig von Bertalanffy, con los enriquecimientos posteriores de muchos autores, entre quienes señalo a Gregory Bateson, Jurgen Ruesch, Paul Watzlawick, David Easton, Francisco Varela, Niklas Luhmann y, sobre todos ellos, Humberto Maturana.

²⁸ Soy consciente de la incongruencia que surge de utilizar palabras tales como "impartir" por "adquirir" cuando se trata del proceso de aprendizaje, y después de haber proclamado que nada puede, en verdad, enseñarse y sí sólo aprenderse. Pero he debido recurrir a esas expresiones por razones de economía del lenguaje, por carecer de expresiones que a la vez fueran consistentes con mi visión del tema y además lo fueran con expresiones tomadas en su uso común.

profesores, predomina la visión normativista del Derecho. Somos dogmáticos de tiempo casi completo cuando enseñamos el Derecho. No lo somos tanto (tan normativista) cuando incursionamos en los asesoramientos jurídicos a clientes y requirentes concretos.

Si la Facultad adopta una visión propia de la dogmática jurídica, la consecuencia natural es que los estudios revistan un carácter netamente normativo. Primero están las normas generales, después está la jurisprudencia y como intermediaria entre un campo y otro, la doctrina de los autores, según una jerga en uso. La doctrina es un nombre pomposo para nombrar las explicaciones que los autores formulan de las normas generales y de sus interpretaciones judiciales.

Si el gran esfuerzo de la Facultad consiste en instruir en el conocimiento de normas, sean generales o particulares y en las explicaciones generadas en torno de ese mundo normativo, parece claro que las asignaturas que no conduzcan al conocimiento del mundo normativo vigente revisten un carácter periférico y sólo son justificables si resultan conducentes a un mejor conocimiento de ese universo jurídico.

A ese sector periférico pertenecen disciplinas tales como Teoría General del Derecho,²⁹ Economía,³⁰ Sociología, Historia del Derecho y Teoría del Estado.³¹

ESTE TEMA NOS LLEVA A...

...preguntarnos, de manera difícil de eludir, sobre las funciones que cumple una Facultad de Derecho en la Universidad de Buenos Aires.

²⁹ En los lejanos tiempos en que el autor (MHR) era joven y estudiante, la materia se llamaba Filosofía del Derecho. Era considerada como estorbo por todos quienes tenían una visión pragmática del Derecho y, por ende, aspiraban a ejercerlo como abogados o jueces. La materia resulta atractiva a quienes tenían visiones del Derecho más alejadas de la realidad.

³⁰ En los mismos tiempos a que se refiere la nota anterior, la materia se llamaba Economía Política. En esos años, décadas de 1960, 1970 y principios de la de 1980, uno de sus titulares era adherente a formas de pensamiento nacionalista racista expreso.

³¹ Llamada entonces “Derecho Político”. La perplejidad que me produjo tal denominación y las oscuras explicaciones de esa terminología me llevaron a escribir una tesis, injustificadamente larga, ya citada anteriormente.

Acuden en nuestro auxilio José Pedro Varela y Carlos María Ramírez (uruguayos) y Paul Groussac (francés, pero incorporado a la cultura argentina de manera definitiva).³²

Ya dijimos que la Universidad del siglo XIX era, en lo fundamental, libresca e inclinada a los estudios de la teología y del Derecho.

En el contexto en el que funcionaban las universidades en general y las facultades de Derecho en particular, el papel funcional de esas casas era el de preparar individuos, de sexo masculino, para el ejercicio del poder público. En efecto, las clases gobernantes de aquellos años, como sucedió por muchos años,³³ estaban integradas por abogados y por militares. Hubo que esperar al siglo XX para que se conociera la acción política de personas que no fueran abogados o militares y creo que no se tiene noticias de científicos puros dedicados a la acción política.

Pero más allá de esa puntualización, la Universidad argentina tuvo ante sí una opción de hierro: se trataba de una institución de formación profesional (en el caso de nuestra Facultad, abogados) o de una institución dedicada al cultivo de los conocimientos científicos, no necesariamente vinculados al ejercicio práctico directo.

El resultado final resulta un híbrido. Por una parte se dedica el esfuerzo mayor para difundir informaciones sobre áreas del conocimiento jurídico útil para la práctica de los roles laborales de los abogados, y con eso se mezclan conocimientos de aspiración teórica y de aplicación sólo indirecta a la práctica de los abogados.

¿Dónde se ubica, en ese cuadro, la Teoría del Estado?

La Facultad la ubica, en el orden administrativo, en el Departamento de Derecho Público I, con lo que parece entender que se debería tratar de una disciplina de corte normativo.

³² Tan definitiva fue su inserción a la cultura argentina que ocupó durante cuarenta y cuatro años la Dirección de la Biblioteca Nacional, fundada por inspiración de Mariano Moreno en 1810. Por decisión propia se constituyó en el árbitro de lo debido y lo indebido en materia literaria -aunque no sólo en ella-, según destaca BRUNO, Paula, en *Paul Groussac, Un estratega intelectual*, Buenos Aires, ed. Fondo de Cultura Económica-Universidad de San Andrés, 2005. De la misma autora (estudio preliminar y selección de textos): *Travesías intelectuales de Paul Groussac*, Bernal, ed. Universidad Nacional de Quilmes, 2004. Contiene, además del revelador estudio preliminar, una sustanciosa y expresiva selección de textos del autor mencionado.

³³ Sería bueno estudiar qué sucede en nuestros días.

Lo curioso es que Teoría del Estado, sólo por definición, no es una materia normativa, aunque se vincule con aspectos normativos del Estado.

Ello, por cuanto lo normativo no es continente suficiente para:

- a) Comprender la complejidad del fenómeno estatal;
- b) por cuanto una materia que lleva en su denominación el vocablo “teoría” no se refiere a un conocimiento empírico sino, precisamente, a un conocimiento teórico que, por definición es conocimiento de segundo orden.

Es sencillo demostrar este aserto.

El estudio directo y normativo del Estado (argentino en primer término) no está a cargo de la Teoría del Estado, sino de las numerosas materias de contenido dogmático que estudian al Estado: Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Garantías, Derecho Administrativo, Derecho Internacional Público, Derecho Tributario, Derecho Procesal, entre otros.

Como argumento adicional, debe tenerse en cuenta que una Teoría del Estado no debe –ni podría– entenderse como prescriptiva. Por el contrario, sus desarrollos se deberían basar sobre la descripción crítica de la literatura relevante que se haya producido sobre el Estado.

Cuando la enseñanza se dirige a la instrucción de futuros abogados, enfatiza habilidades prácticas por sobre habilidades o roles propios del raciocinio teórico, con implicancias prácticas menos directas o menos evidentes.

Predica los valores de quienes enaltecen la polémica y la agresión verbal y actitudinal como herramienta del conocimiento del Derecho.

OTRAS AFIRMACIONES SOBRE LA ENSEÑANZA DE LA TEORÍA DEL ESTADO

Desde nuestro punto de vista (interesado), Teoría del Estado puede contemplarse en dos contextos diferentes, según se considere a la Facultad de Derecho como una escuela profesional, que tiende a la configuración de personalidades destinadas a desenvolverse en el ejercicio cotidiano de la abogacía o como una escuela de ambiciones teóricas y conciencia de su aspirado nivel académico.

Sea cual fuere la perspectiva, una Teoría del Estado tiene justificada su aspiración a mantenerse dentro del plan de estudios.

Se trata de una materia básica para comprender peculiaridades también básicas de cualquier estudio del ordenamiento jurídico nacional y sus interrelaciones con el resto del universo político e interestatal. Es útil para la comprensión general de los lineamientos básicos del ordenamiento jurídico. Desde un punto de vista lógico brinda el razonamiento para comprender la organización del poder, sus mecanismos definitorios y las distintas formas que adoptó la organización del poder público a lo largo de los últimos siglos.

B) *EL STATUS METODOLÓGICO DE LA MATERIA TEORÍA DEL ESTADO*

Es necesario meditar el status metodológico de una Teoría del Estado.

Con un enfoque sólo normativista no se puede comprender cabalmente el funcionamiento del Estado. Por la sencilla razón de que la palabra “Estado” es ambigua y una explicación útil del Estado requiere inclinarse por los aspectos sociológicos, políticos, culturales, históricos, entre otros, que ayudan a configurar una imagen adecuada del concepto “Estado”.³⁴

Una aproximación sistémica a la Teoría del Estado es una concepción aglutinante en la cual pueden encontrar su lugar cada una de las concepciones que sobre el Estado fueron o son, ya que se inscribe en el marco más general de una visión holística del mundo. Y que trata de abarcar tanto lo normativo cuanto lo fáctico, lo histórico como lo social, lo cultural y lo natural.

Un reciente trabajo sobre el concepto de Estado en el pensamiento –profuso y difuso– del pensador español José Ortega y Gasset ha mostrado que en esa obra se destaca el carácter ambiguo de la palabra “Estado”.

³⁴ Desde la perspectiva sistémica, “El Estado es un sistema –conjunto de partes intercomunicadas de manera recíproca, mutua y permanente– en relación recíproca, mutua y permanente con el ambiente social nacional, cuya función es recibir las demandas extra e intrasistémicas y transformarlas en respuesta eficaces –que incluyen la imposición coercitiva de conductas– con vistas a la obtención y mantenimiento del Estado de equilibrio inestable entre el sistema y el ambiente y dentro del sistema mismo”. Véase RESNIK, Mario. H. (1997), op. cit., cap. VI, p. 89.

Esa ambigüedad no es gratuita: tiene vínculos con un rasgo del concepto,³⁵ que engloba una complejidad digna de ser atendida.

Por lo general la respuesta a la complejidad es la confusión.

¿Por qué predico confusión? Esa confusión mana de la diversidad de contenidos que se esconde bajo el velo de Teoría del Estado: el Estado es una forma de referirse a una forma del ejercicio de poder sociedad, es una normativa, es una organización, es un sujeto del Derecho Internacional, entre otros rasgos, conceptos o aspectos que podrían enumerarse.

No hay respuestas únicas o universalmente aceptadas frente a esos aspectos o facetas todas nombradas con el ruido “Estado”.

Si aspirásemos a una mediana seriedad, debería buscarse el núcleo o los núcleos de sentido de una Teoría del Estado.

Deberían abordarse las polaridades de los enfoques posibles:

- holístico o analítico;
- singular o plural;
- estático o dinámico;
- unilateral (norma o violencia) o multilateral.

La Teoría del Estado como asociada al conocimiento político o centro de una disciplina parcialmente política, pero no sólo política sino política y algo más.

Sólo podemos hablar por las opciones que se han seleccionado en esta comisión, a cargo de los autores, y no por las opciones de la cátedra, por cuanto no hay profesor adjunto que comparta en plenitud estos puntos de vista. Se trata de un golpe al narcisismo, pero también y por sobre todo se trata del ejercicio del derecho de la libertad de cátedra.

III. UNA EXPERIENCIA DE ENSEÑANZA-APRENDIZAJE: “DICTAR LA MATERIA EN UN DÍA”*

En esta tercera parte del artículo presentamos una experiencia de enseñanza-aprendizaje que consistió en una prueba piloto denominada “Cur-

³⁵ Hemos considerado que “Estado” no es palabra que designe cosa alguna, sino que es un concepto ordenador de muchas experiencias, aspectos y relaciones.

* Por María Alejandra Perícola.

sar una materia en un día”, que se inició en la Facultad de Derecho en el segundo período del ciclo lectivo del año 2003 y que continúa a la fecha.³⁶

Planificar el dictado de la materia Teoría del Estado en tres horas semanales, se convirtió en un desafío didáctico.³⁷ Para ello, y conforme a lo solicitado por la Secretaría Académica, elaboramos un “plan de trabajo” cuatrimestral.

El plan de trabajo (véase 3.3.) se fundamentó en nuestra concepción acerca de la educación, es decir, en la opción por un paradigma de investigación educativa; y se sustentó básicamente en dos teorías del aprendizaje. A continuación, en el apartado 3.1, se exponen los diferentes paradigmas de investigación educativa y se centra la atención en el paradigma por el cual hemos optado: el sistémico. En 3.2, se presentan brevemente las teorías del aprendizaje en las que se apoya nuestra práctica docente.

A) LA CONCEPCIÓN DE LA EDUCACIÓN DESDE LA TEORÍA GENERAL DE LOS SISTEMAS

La investigación educativa se caracteriza por su carácter pluriparadigmático, es decir, no existe un paradigma unificado e integrado. Un “paradigma” es una concepción o visión del mundo. En términos del propio Kuhn:³⁸ “Toda la constelación de creencias, valores, técnicas, etcétera, que comparten los miembros de una comunidad dada”. Es una forma sintética de referirse a lo que una comunidad científica cree, enseña y transmite acerca de sus concepciones sobre una porción del mundo.³⁹

Actualmente se distinguen principalmente cuatro paradigmas de investigación educativa: el paradigma positivista, el paradigma interpretativo, el

³⁶ Para el primer cuatrimestre del ciclo lectivo 2005 se han ofertado 65 cursos con una asignación horaria de tres horas por semana: 56 los días miércoles y 9 los días sábados, para el Ciclo Profesional Común.

³⁷ La didáctica se define como la “ciencia y el arte de enseñar”. Enseña a conducir, a guiar, a evaluar una clase. Es una disciplina pedagógica encargada de analizar, explicar y orientar el proceso de enseñanza-aprendizaje. La tarea del docente consiste en ser un mediador entre el conocimiento y el alumno. Véase *Diccionario de Ciencias de la Educación*, Madrid, Santillana, 1993.

³⁸ KUHN, T., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 269.

³⁹ Véase RESNIK, Mario Héctor, 1998, op. cit., cap. I.

paradigma sociocrítico⁴⁰ y un cuarto que denominamos “paradigma sistémico”, que analiza la educación a partir de la teoría general de los sistemas.

El *paradigma* positivista,⁴¹ también denominado paradigma analítico, cuantitativo o racionalista, considera que el mundo se puede explicar y predecir a partir de leyes que pueden ser descubiertas y descriptas objetivamente, es decir, libre de valores por los investigadores y libres de contexto y tiempo. La investigación en educación se efectúa a partir de la aplicación del método científico. Los instrumentos y estrategias válidos para esta concepción son: cuantitativos, medición de tests, cuestionarios, observación sistemática y experimentación. Las relaciones entre teoría y práctica son disociadas, se considera que la teoría es una norma para la práctica. Este enfoque, si bien permite satisfacer requisitos de rigor metodológico, niega la posibilidad de analizar las características de la educación inserta en una realidad social, cultural, política e ideológica.

Como alternativa a la concepción positivista, el *paradigma interpretativo*⁴² –también denominado paradigma cualitativo, naturalista o humanista– se centra en comprender e interpretar las acciones humanas y el significado de la vida social aceptando la influencia de los valores en la investigación. Los instrumentos y estrategias que considera este enfoque son principalmente cualitativos y descriptivos. Establece que teoría y práctica están relacionadas y que existe una mutua retroalimentación. Considera que el hecho educativo ha de estudiarse a partir del contexto, entendiendo que la realidad es dinámica y holística. Las “concepciones holísticas” estudian la educación como parte de un sistema, de un todo más amplio, en el que ésta cobra sentido y significado.⁴³

El *paradigma sociocrítico*⁴⁴ destaca un compromiso manifiesto con la ideología y a partir de ésta propone la autorreflexión crítica de las rela-

⁴⁰ ARNAL, Justo; Delio DEL RINCÓN y Antonio LATORRE, *Investigación educativa. Fundamentos y metodología*, Labor, Barcelona, 1992, p. 39 y ss.

⁴¹ Este enfoque se vincula con las ideas positivistas y empiristas del siglo XIX y principios del XX: Comte, Durkheim y Popper, entre otros.

⁴² Este enfoque tiene sus antecedentes en los trabajos de Dilthey, Weber y escuelas de pensamiento como la fenomenología y la sociología cualitativa.

⁴³ Véase MEDINA RUBIO, R.; T. RODRÍGUEZ NEIRA y L. GARCÍA ARETIO, *Teoría de la educación*, 2 tomos, Madrid. Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1992, cap. 33.

⁴⁴ Los principios ideológicos de este enfoque se apoyan en la escuela de Frankfurt (Horkheimer, Adorno), en la teoría crítica de Habermas, entre otros.

ciones sociales. Con relación a los ámbitos conceptuales y metodológicos tiene importantes semejanzas con el paradigma interpretativo: rechaza la neutralidad del investigador y considera a la realidad holísticamente. Los instrumentos y estrategias que propone son el estudio de casos y las técnicas dialécticas. Respecto de la relación entre teoría y práctica, se considera que son indisolubles y que existe una relación dialéctica (la práctica es teoría en acción).

En términos didácticos, el *paradigma sistémico*, desde la concepción de la teoría general de los sistemas,⁴⁵ interpreta a la educación como un subsistema social. Un sistema puede definirse como un conjunto de elementos relacionados entre sí y con el ambiente, donde las relaciones se retroalimentan y se convierten en nuevas comunicaciones.⁴⁶

La concepción sistémica de la educación recobra principios de los paradigmas anteriores.⁴⁷ Al paradigma analítico le reconoce haber creado un cuerpo de conocimiento teórico como base para la práctica educativa, sin embargo, niega la posibilidad de estudiar los fenómenos educativos analíticamente. Con los paradigmas interpretativo y sociocrítico comparte la concepción acerca de la naturaleza de la realidad, entendiéndola como dinámica, cambiante, divergente y holística.

Con relación a los valores y el conocimiento científico, desde un punto de vista sistémico, se distinguen tres grandes momentos en la investigación científica:⁴⁸ a) El momento subjetivo o "contexto de descubrimiento" (por ejemplo, la elección del tema a través de la reflexión o la intuición); b) el momento del ejercicio del método científico donde se pone a prueba aquella intuición o "contexto de verificación"; c) el momento al que Popper denominó "conocimiento objetivo", que es cuando se acopla el momento subjetivo con el proceso objetivo. Asimismo, defiende la relación entre teoría y práctica.

⁴⁵ El principal promotor de la Teoría General de los Sistemas ha sido VON BERTALANFFY, Ludwig, *Teoría general de los sistemas*, Fondo de Cultura Económica, varias ediciones (1ª ed. en inglés, 1968; 1ª ed. en español, 1976).

⁴⁶ RESNIK, Mario Héctor, 1997, op. cit., cap.V.

⁴⁷ La referencia al paradigma sistémico desde el punto de vista educativo, ha seguido la misma lógica utilizada para el paradigma sistémico en el ámbito de la ciencia política y la Teoría del Estado. Véase RESNIK, Mario Héctor (1998), op. cit., cap. III.

⁴⁸ RESNIK, Mario H., 1998, op. cit., pp. 243 y 244.

LA ENSEÑANZA DE “TEORÍA DEL ESTADO” EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

MARIO HÉCTOR RESNIK – MARÍA ALEJANDRA PERÍCOLA

En cuanto a los instrumentos y estrategias para la práctica docente, rescata los métodos cualitativos y descriptivos del paradigma interpretativo y el estudio de casos del paradigma sociocrítico.

A continuación, el Cuadro 1 presenta un resumen comparativo de los cuatro paradigmas considerados.

Variables de análisis	Paradigma Positivista	Paradigma Interpretativo	Paradigma Sociocrítico	Paradigma Sistémico
Principios	Positivismo lógico	Fenomenología. Teoría interpretativa	Teoría crítica	Teoría General de los Sistemas
Propósitos de la investigación	Explicar, predecir y controlar	Comprender e interpretar las acciones humanas	Reflexionar críticamente acerca de las relaciones sociales	Comprender totalidades organizadas, privilegiando el conjunto y no sus partes componentes aisladas
Relación valores-conocimiento científico	Investigación científica “libre de valores”	Los valores influyen en la investigación científica	Los valores influyen en la investigación científica. Crítica ideológica	Permanente interacción entre el conocimiento y los valores. Tres momentos en la investigación científica: el momento subjetivo, el proceso de verificación, el conocimiento objetivo
Concepción de la realidad	Objetiva, estática, parcial	Dinámica y holística	Histórica, dinámica y holística	Dinámica, holística, histórica
Relación entre teoría y práctica	Desunidas	Relacionadas	Relación dialéctica	Relacionadas

Variables de análisis	Paradigma Positivista	Paradigma Interpretativo	Paradigma Sociocrítico	Paradigma Sistémico
Métodos y estrategias docentes	Cuantitativos: tests y cuestionarios. Experimentación	Cualitativos	Estudio de casos	Cualitativos Cuantitativos Estudio de casos Técnicas grupales

Cuadro 1. Síntesis de las características de los paradigmas de investigación educativa

Fuente: Adaptación de la Tabla 2.2., en Arnal, Justo; del Rincón, Delio y Latorre, Antonio (op. cit., p. 43).

El sistema educativo, al relacionarse con el sistema social del que forma parte, es un “sistema abierto” que forma parte de un todo. Al mismo tiempo, es un *holon*, ya que actúa como un todo frente a los subsistemas que lo componen.

El sistema educativo es un sistema complejo que está compuesto por elementos que poseen una misión educativa y que, por tanto, se encuentran relacionados. Asimismo, al encontrarse condicionado por factores económicos, culturales, políticos e ideológicos, la mejor manera de abordar el proceso de enseñanza-aprendizaje es teniendo en cuenta las relaciones y conexiones entre educación y sociedad.

Los principales componentes o elementos de un sistema educativo son, siguiendo el modelo propuesto por Philips Coombs,⁴⁹ los siguientes: Los fines, prioridades y objetivos que orientan la actividad del sistema; la Dirección; los estudiantes; el personal docente; el personal no docente; la estructura y el horario; los contenidos; el material didáctico; los edificios; la tecnología; los métodos didácticos; las normas de admisión, de calificación y de evaluación; el orden jurídico y los recursos económicos.

Se considera que la “educación formal” constituye el sistema educativo institucionalizado, graduado cronológicamente, estructurado jerárquicamente que abarca las etapas que van desde la educación inicial hasta la universitaria y de posgrado.

⁴⁹ COOMBS, Philips H., *La crisis mundial de la educación*, Barcelona, Península, 1970.

LA ENSEÑANZA DE “TEORÍA DEL ESTADO” EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

MARIO HÉCTOR RESNIK – MARÍA ALEJANDRA PERÍCOLA

En la actual legislación educativa, la educación es entendida como un sistema. El cuerpo central de la Ley Federal de Educación 24.195 (arts. 10 a 40) se refiere a la “Estructura del Sistema Nacional Educativo”.⁵⁰ De igual manera, la Ley de Educación Superior 24.521, al considerar, en el Título II, la estructura y articulación de la educación superior, se refiere al “Sistema de Educación Superior”. También, con relación a la enseñanza superior universitaria (Título IV) hace referencia al “Sistema Universitario Nacional” (art. 26).⁵¹

Cada uno de los componentes del sistema educativo como también los diferentes grados que conforman el sistema educativo nacional se constituyen en subsistemas, y pueden ser estudiadas sus características intrínsecas atendiendo a las interrelaciones que se producen con los demás componentes y el ambiente.

El sistema educativo, en cuanto a sus relaciones internas entre docente y alumno, es un sistema de comunicación. El proceso de enseñanza-aprendizaje, desde un punto de vista sistémico, se configura como un sistema de comunicación compuesto por un emisor, un receptor y un canal. Tanto el profesor como el estudiante cumplen las funciones de emisor y/o receptor en el proceso de enseñanza-aprendizaje. El canal de comunicación son los medios y técnicas que se utilizan en el espacio áulico.

Acorde con nuestro posicionamiento dentro del paradigma sistémico para entender el fenómeno educativo, presentamos a continuación una “definición integradora” del concepto de educación.

Entendemos la “educación” como un proceso dinámico, que pretende el perfeccionamiento u optimización de todas las capacidades humanas, que exige la influencia intencional, sin coacciones, por parte de los agentes

⁵⁰ La estructura del Sistema Nacional Educativo está integrado por: a) Educación Inicial (3 a 5 años); b) Educación General Básica (6 a 14 años), organizada en tres ciclos de tres años cada uno; c) Educación Polimodal de tres años de duración como mínimo; d) Educación Terciaria: no universitaria y universitaria; e) Educación Cuaternaria: postgrado; f) Regímenes especiales: educación especial, de adultos, artística, abierta y a distancia, y educación a domicilio.

⁵¹ “La enseñanza superior universitaria estará a cargo de las universidades nacionales, de las universidades provinciales y privadas reconocidas por el Estado nacional y de los institutos universitarios estatales o privados reconocidos, todos los cuales integran el Sistema Universitario Nacional”.

educadores y la libre disposición del educando, que pretende lograr la inserción activa del individuo en la sociedad.⁵²

B) *LAS TEORÍAS DEL APRENDIZAJE*

Entendiendo a la didáctica como ciencia y praxis, ésta debe apoyarse en alguna teoría del aprendizaje. Gimeno Sacristán y Pérez Gómez⁵³ distinguen dos amplios enfoques que contienen cada uno diferentes corrientes.

El primer enfoque abarca a las teorías del aprendizaje que se ubican dentro de lo que se conoce como “conductismo” y se las denomina Teorías asociacionistas o de condicionamiento. En términos generales, estas teorías conciben el aprendizaje como un proceso mecánico de asociación de estímulos y respuestas, ignorando la intervención de variables provenientes de la estructura interna de quien aprende y el medio en el que se ubica. Las técnicas didácticas del conductismo se asientan en que el alumno responda a los objetivos operacionales propuestos por el docente, no le interesa que el alumno investigue, analice, comprenda, reflexione, critique.

El segundo enfoque considera a las teorías del aprendizaje que se engloban en lo que se ha denominado “Corriente Cognitiva o Constructivismo”. Estas teorías,⁵⁴ a pesar de establecerse entre ellas importantes diferencias, coinciden en considerar que en todo aprendizaje intervienen las características internas de quien aprende y que éstas se explican en relación con el medio en el que se ubica. Asimismo establecen la supremacía del aprendizaje significativo.

Consideraremos en este punto tan sólo dos corrientes que se enmarcan dentro del “constructivismo”: la corriente constructivista propiamente dicha –cuyo máximo representante es Jean Piaget– y el aprendizaje sig-

⁵² MEDINA RUBIO, R., T. RODRÍGUEZ NEIRAZ y L. GARCÍA ARETIO, op. cit., p. 30.

⁵³ GIMENO SACRISTÁN, J. y ÁNGEL PÉREZ GÓMEZ, *Comprender y transformar la enseñanza*, Madrid, Morata, 1992, cap. II.

⁵⁴ Las corrientes pedagógicas más importantes que conforman lo que se denomina Teorías Mediacionales del aprendizaje son: a) la Teoría de Gestalt o del Campo; b) el Constructivismo o Psicología genético-cognitiva; c) el aprendizaje significativo; d) Psicología genético-dialéctica, y e) Procesamiento de Información.

nificativo de Ausubel, ya que ambas constituyen la base de nuestro entendimiento respecto del proceso enseñanza-aprendizaje.

1. *EL CONSTRUCTIVISMO*

Los principios generales del constructivismo pueden resumirse en:

- Considerar que el conocimiento es interacción, por lo tanto, una situación de aprendizaje es más fructuosa cuando el sujeto es activo.
- Que el progreso del conocimiento implica que toda nueva estructura se integra con los esquemas anteriores, los que no están destinados a ser simplemente superados sino más bien diferenciados e integrados.
- El espacio central que ocupa el desarrollo satisfactorio del lenguaje para el ejercicio de las operaciones intelectuales más complejas (pensamiento formal).
- La esencialidad de los intercambios de opiniones y la comunicación de diferentes puntos de vista.
- La importancia del “conflicto cognitivo” para provocar el desarrollo del alumno.

2. *EL APRENDIZAJE SIGNIFICATIVO*

El aprendizaje significativo se diferencia del no-significativo (no existe conexión lógica, es mecánico, repetitivo y memorístico) al incorporar el nuevo conocimiento o la nueva información a un sistema organizado de conocimientos y conceptos previos. No sólo se aprenden contenidos sino también sus relaciones. La clave del aprendizaje significativo está en la vinculación sustancial de los nuevos conceptos con lo que el alumno ya sabe.

Las principales características del aprendizaje significativo son:

- La utilización de “conceptos inclusores”, que son aquellos que incluyen, bajo su extensión más general, otros de menor predicabilidad (poder generalizador).
- La “jerarquía conceptual” y la secuencia de su funcionamiento, es decir, la confección de mapas y redes semánticas por el alumno y el profesor en todos los momentos del ciclo didáctico.
- El funcionamiento de aprendizaje a base de “organizadores previos” (anticipados). Se trata de preparar al alumno a través de

puentes conceptuales para aprender nuevos objetos, evitando el aprendizaje memorístico y la repetición mecánica para el examen. La idea es que el docente sea capaz de construir un eje organizador de su clase que se implante en la órbita de los intereses de sus alumnos, considerando las estrategias, actividades, bibliografía y demás recursos para tal fin.

C) *LA ELABORACIÓN DEL PLAN DE TRABAJO*

Entendiendo el proceso de enseñanza-aprendizaje de la Teoría del Estado a partir de la perspectiva sistémica y las teorías del aprendizaje constructivistas, elaboramos un plan de trabajo o programa cuatrimestral para dictar la materia una vez a la semana en tres horas.

En párrafos anteriores hicimos referencia a los componentes del sistema educativo y sostuvimos que, desde una perspectiva sistémica, además de analizar las relaciones que se establecen entre el sistema educativo y el sistema social en el que está inserto, cada uno de los componentes podía ser considerado como un subsistema y ser analizado como tal. En este sentido, para la realización del programa se respetaron las indicaciones que la didáctica establece para elaborar una planificación y se consideraron los componentes del sistema educativo correspondientes: fines, prioridades u objetivos; contenidos; metodología; materiales didácticos; sistema de evaluación.

LOS OBJETIVOS

¿Para qué enseñar o aprender? La respuesta a esta pregunta se refiere a la definición de los “objetivos”, es decir, la manifestación de nuestras intenciones educativas con el propósito de orientar y justificar las decisiones pedagógicas en torno al educando. A tal fin se establecieron los objetivos generales del curso y los objetivos direccionales con relación a los alumnos que se detallan a continuación:

*Objetivos generales:*⁵⁵

- a) Desarrollar un fundamento teórico útil para el estudio de las materias del Derecho Público y tomar conciencia de la vinculación entre sistema político y sistema social.

⁵⁵ Los objetivos generales tienden a despertar hábitos y destrezas, el razonamiento crítico y los valores. Son de evaluación al final del proceso.

- b) Enfatizar en las vinculaciones entre el enfoque teórico y la experiencia histórica, particularmente, la Argentina.
- c) Vincular la Teoría Sistémica con la problemática actual en cuanto a las relaciones internacionales, especialmente, el fenómeno de la globalización.

*Objetivos direccionales*⁵⁶ con relación a los alumnos:

- a) Que el alumno comprenda los contenidos de la materia.
- b) Que el alumno adquiera conciencia de la problemática socio-política nacional.
- c) Que el alumno reflexione acerca de las instituciones políticas argentinas.
- d) Que el alumno comprenda y defienda el sistema democrático.

La formulación de los objetivos señalados ha tenido en cuenta la necesidad de vincular lo teórico con la experiencia histórica y la problemática político-social actual. El logro de estos objetivos significa una activa participación de los alumnos en el proceso de enseñanza-aprendizaje.

LOS CONTENIDOS

¿Qué enseñar y aprender? Esta cuestión se relaciona con la reorganización de los “contenidos” de la materia Teoría del Estado, con una asignación horaria de tres horas semanales en aproximadamente dieciséis clases, dentro de las cuales fue necesario considerar la realización de dos parciales, dos recuperatorios y el final. La secuencia de los contenidos, es decir, el ¿cuándo?, supuso otra importante decisión de carácter didáctico.

Los contenidos se dividieron en dos partes que constituyeron diez ejes temáticos en total. En la Parte A se consideran aspectos metodológicos relacionados con las ciencias sociales en general, y las ciencias política y jurídica en particular, y abarca tres ejes temáticos: 1) Concepto y tipos de paradigma. 2) La investigación científica: niveles lingüístico, valorativo, metodológico e ideológico. 3) Las perspectivas metodológicas para abordar la Teoría del Estado.

En la Parte B se aborda el Estado y la Política desde un punto de vista sistémico, poniendo especial énfasis en la historia como marco de

⁵⁶ Los objetivos direccionales desarrollan el área de la personalidad (cognitiva, afectiva, volitiva). Son de evaluación mediata.

referencia y abarca los siete ejes temáticos restantes: 4) Distintas aproximaciones para el Estudio del Estado, los Elementos del Estado. 5) Conceptos introductorios de la Teoría General de los Sistemas. 6) Clasificación de las formas de Estado. 7) Significado de una teoría constitucional democrática argentina. 8) El concepto de “democracia”. El sistema democrático: estabilidad y cambio. 9) Los tres poderes del gobierno. 10) Subsistemas contribuyentes al mantenimiento del equilibrio del sistema político: los partidos políticos, los sistemas electorales.

La secuencia de los contenidos procuró ser conectada, relacionada, es decir, tratando de que cada concepto nuevo que se aprendiese tuviera conexión con el que ya se había aprendido y con el que se estudiase próximamente, procurando que el aprendizaje se torne “significativo”. Asimismo, cabe resaltar nuestra preocupación por la comprensión de cuestiones metodológicas básicas (Parte A del programa), ya que éstas permiten un mejor acercamiento a la comprensión, análisis y reflexión de los conceptos y terminología de la disciplina.

LA METODOLOGÍA

¿Cómo impartir la enseñanza? Significó analizar la conveniencia de diferentes opciones metodológicas con el propósito de conseguir que los alumnos se interesen por la materia, no se dispersen en el transcurso de las tres horas, y estén en condiciones de entender los contenidos de la materia “significativamente”.

Cuando nos referimos a la educación investigativa en el punto 2.1., sostuvimos que se caracteriza por ser pluriparadigmática. También hay que considerar su carácter plurimetodológico, es decir, existen múltiples modelos y métodos de práctica educativa en el aula.

En el programa que podríamos denominar manifiesto o explícito (que es el que está escrito en un documento) se establecieron una serie de consignas con relación a la metodología del curso, que se mencionan a continuación:

- El proceso de enseñanza-aprendizaje tendrá como principal objetivo generar procesos reflexivos y de construcción del conocimiento en el alumno.
- El curso se organiza en clases teórico/prácticas.

- Las clases requieren de la lectura y análisis de los textos por parte de los alumnos, la preparación de clases especiales y el trabajo en equipos.

Asimismo, se aclaró que las estrategias docentes⁵⁷ serían seleccionadas de manera definitiva conforme al número de alumnos con que contara el curso y las características que presentase el mismo (motivaciones, intereses, aptitud para el trabajo, etc.). No obstante ello, en el plan de trabajo se propuso una serie de *métodos áulicos*.⁵⁸ Conforme a nuestra concepción del fenómeno educativo y las consignas referidas a los alumnos mencionadas más arriba, los métodos de enseñanza que se proyectaron se presentan teniendo en cuenta la mayor o menor participación de los alumnos.

En primer lugar, se planeó utilizar las *Técnicas grupales*, fundamentadas en la teoría de la “Dinámica de Grupos”.⁵⁹ En términos generales, las ventajas que ofrecen las técnicas grupales –cuando se realizan correctamente– son: incentivar a la participación, ejercitar el trabajo en equipo, el enriquecimiento interpersonal, estimular la discusión, extraer ideas comunes o disímiles, entre otras. Por otro lado, la desventaja que presentan es “el abuso del uso de las técnicas grupales”.

Entre las técnicas grupales propiamente dichas, se propuso emplear las “técnicas sin expertos” que, de acuerdo al número de alumnos, podrían ser “la discusión en pequeños grupos”, el “Philips 66” y/o los “diálogos simultáneos”.

La discusión en pequeños grupos consiste en que los alumnos se reúnen en grupos de 2 a 7 u 8 personas y durante 15 a 30 minutos discuten un tema o tratan de resolver un problema. El grupo elige un relator para exponer las conclusiones a las que han llegado. Generalmente, después de la puesta en común, se origina un debate. Para el buen fun-

⁵⁷ Entendidas como la articulación de recursos y actividades que realiza el docente para lograr los objetivos propuestos en el curso.

⁵⁸ Método significa literalmente “camino que recorre”. Por consiguiente, actuar con método se opone a todo hacer casual o desordenado. Actuar con método es ordenar racionalmente los recursos, técnicas y procedimientos para alcanzar un objetivo. Véase *Diccionario de Ciencias de la Educación*, op. cit., p. 934.

⁵⁹ Aclarando que el trabajo individual no puede ser sustituido por el trabajo grupal, sino que debe existir complementariedad entre ambos.

cionamiento de esta técnica es recomendable confeccionar previamente una "guía de trabajo"⁶⁰ que es entregada a los alumnos antes de comenzar el trabajo en equipo. En esta "guía" debe especificarse la modalidad de trabajo en grupo, el eje temático al que está referido el problema, el tiempo con el que cuentan para responder las consignas de trabajo (las que deben estar presentadas de manera muy clara) y el material bibliográfico a consultar.

El "*Philips 66*" consiste en conformar un grupo de seis alumnos que discuten un tema durante seis minutos. Un narrador expone lo elaborado y se establece un debate. Esta técnica sólo puede utilizarse para tratar temas muy puntuales y requiere una gran capacidad de síntesis por parte de los alumnos.

Los *diálogos simultáneos* consisten en que dos alumnos debaten sobre un tema (se requiere conocimiento para debatir) durante tres a diez minutos. No es una discusión informal. Luego todas o algunas de las duplas exponen sus conclusiones.

El desarrollo de estos tres tipos de técnicas grupales requiere un tiempo considerable si se genera un debate luego de la puesta en común de los equipos.

En segundo lugar, se propuso la utilización del "método coloquial", que consiste en un diálogo a nivel de uno a uno o de uno a muchos. En la enseñanza, el diálogo ha sido un modo de transmisión predilecto desde la antigüedad. El "diálogo y el interrogatorio socrático" es dialéctica, es decir, "es el proceso de análisis desde múltiples miradas, el aprendizaje del cuestionamiento de los propios supuestos. A través del diálogo (y el componente irónico), Sócrates intenta, a la vez, destruir falsas ilusiones y construir acercamientos a la verdad".⁶¹

Los elementos pedagógicos del diálogo son la tríada didáctica: el docente, los alumnos y el contenido. El diálogo cumple diversas funciones: indagar los conocimientos previos de los alumnos, generar conflictos y consensos, establecer diferencias y semejanzas.

⁶⁰ La "guía de trabajo" es un recurso áulico. No debe confundirse con las "guías de estudio", que tiene metodológicamente como antecedente el "estudio dirigido" y que se refieren a actividades extraáulicas o extracurriculares.

⁶¹ SANJURJO, Liliana y Xulio RODRÍGUEZ, *Volver a pensar la clase. Las formas básicas de enseñar*, Rosario, Homo Sapiens, 2003, p. 64.

El coloquio puede ser natural o provocado. Cuando el docente utiliza el método coloquial el meollo de la cuestión está en la “pregunta”, porque da sentido al diálogo pedagógico. Se pueden utilizar “disparadores” que apuntan a lo cognitivo-afectivo y tienden a despertar un interés sensitivo. El coloquio puede ser académico, es decir, se pregunta acerca de un contenido. Pueden ser de preguntas directas y cortas, y preguntas de reflexión. También se puede utilizar el coloquio para evaluar.

Por último, la metodología se complementará con el “método expositivo”. La exposición oral que efectúa el docente acerca de un tema siempre ha de ser con un fin explicativo. La “explicación” es una forma básica de pensamiento y transmisión que “consiste en hacer saber, hacer comprender y aclarar, lo cual presupone un conocimiento que, en principio, no se pone en cuestión sino que se toma como punto de partida”.⁶² La exposición, como recurso metodológico puede utilizarse en la introducción y/o en la síntesis de un tema de clase.

La exposición tiene que estar estructurada intrínsecamente: inicio, desarrollo y final. La cuestión del “tiempo”, la jerarquización de los contenidos que se exponen y la reiteración o iteración son elementos fundamentales al momento de planificar una exposición. Las características que asumirá dependerán del nivel madurativo de los alumnos, de la homogeneidad y heterogeneidad de intereses, del horario en el que se desarrolla la clase, entre otras.

Por otro lado, en el programa que podríamos denominar oculto o no explícito (no forma parte del programa que se hace público), y de acuerdo con los objetivos direccionales con relación a los alumnos y los conductos desde el punto de vista docente (señalados en el párrafo siguiente), se señalaron algunos recursos didácticos para ser tenidos en cuenta, en cuanto a la “explicación”: la definición de conceptos, ya que es indispensable reconocer y comprender la terminología de la disciplina; la utilización del ejemplo (que puede ser un hecho, un texto, un caso concreto de la realidad, que se propone para comprobar conceptos, proposiciones o teorías) y el uso de metáforas (traslación del sentido de una palabra a otro figurado) para concretar atributos difíciles de describir.⁶³

⁶² SANJURJO, Lilitiana y Xulio RODRÍGUEZ, op. cit., p. 54.

⁶³ SANJURJO, Lilitiana y Xulio RODRÍGUEZ, op. cit., p. 83.

Los conductos desde el punto de vista docente que nos propusimos fueron: a) considerar la estrategia docente como resultante de la acción cooperativa e integradora de docentes y alumnos; b) estimular la participación de los alumnos; c) fomentar el espíritu crítico en los estudiantes; d) elaborar el aspecto evaluativo como permanente actitud dinámico-crítica de cada una de las etapas del proceso de enseñanza-aprendizaje.

Los recursos metodológicos propuestos, promueven tanto las actividades de los alumnos como la activa actuación del docente en el aula. Con referencia a la participación de los alumnos, se destacan los beneficios de la inclusión del trabajo grupal en el aula, aunque recordando que la principal desventaja de la utilización de las técnicas grupales es el abuso de su uso. Respecto de las estrategias docentes, al no existir una única forma de transmitir conocimiento o información, subrayamos la necesidad de alternar los recursos metodológicos, sin necesidad de descartar la clase expositiva.

LOS RECURSOS DIDÁCTICOS

¿Con qué medios?, o sea, los materiales didácticos a emplear para vehicular los aprendizajes propuestos en los objetivos y los contenidos. Los recursos didácticos propuestos para llevar adelante el curso fueron: el pizarrón, textos, diarios y revistas, esquemas, mapas y redes conceptuales, gráficos y el retroproyector. De acuerdo a los objetivos y contenidos se propone una actividad (cuestión que se desarrolla en el punto siguiente) que permitirá utilizar determinados recursos.

Metodológicamente, los recursos didácticos se clasifican a priori en "estáticos" y "dinámicos". El recurso es dinámico cuando se mezcla con la actividad, cuando la actividad de los alumnos y el docente modifican el recurso original, por ejemplo, hacer un cuadro en el pizarrón a medida que se avanza en el tema de clase. Si, en cambio, se confecciona un cuadro, esquema o gráfico en el pizarrón previo a que los alumnos ingresen a la clase y se les ordena copiarlo y no se explica cómo se ha confeccionado, el porqué, etcétera, en este sentido, el pizarrón se constituye en un recurso estático.

Luego, los recursos se clasifican por su “prescindencia” o no. Es decir, hay recursos que son “imprescindibles” y otros no, según los objetivos, contenidos y actividades.

Los *esquemas* fortalecen el proceso de diferenciación progresiva y de síntesis integradora a través del establecimiento de los aspectos principales de un tema, las relaciones de lugar y tiempo, las asociaciones y comparaciones. La utilización de *mapas conceptuales* (proporcionan un resumen esquemático ordenado de manera jerárquica), a través del impacto visual facilitan el uso de conceptos clave y palabras de enlace. Las *redes conceptuales o semánticas* expresan jerarquías de significado.⁶⁴

Es indiscutible la contribución de las imágenes a la difusión de información y la construcción del conocimiento; sin embargo, para la utilización de los recursos visuales, vale lo mismo que se ha sostenido respecto de las técnicas grupales, es decir, su principal desventaja es el “abuso del uso de las técnicas visuales en el aula”. La principal consecuencia son problemas de inercia o inactividad en los alumnos ya que reciben los contenidos, en muchos casos, pasivamente. Las técnicas visuales deben ir acompañadas insoslayablemente por otros recursos metodológicos como la explicación (ejemplos, metáforas), el coloquio o el diálogo.

La *lectura de textos o gráficos*, es un recurso metodológico que consiste en que individualmente o en grupos los alumnos trabajen con material impreso (bibliografía especificada en el programa de enseñanza, artículo de diario o revista, cuadro o gráfico, etc.). La lectura puede estar o no guiada por el docente (guía de lectura). Si este recurso no se lo complementa con alguna de las técnicas grupales, o el método coloquial, no provoca una participación manifiesta de los alumnos en la clase, y no supone un aprendizaje significativo.

LAS ACTIVIDADES

¿Qué hace el alumno para aprender? Este tema se relaciona con la programación y el tipo de actividades conforme a los contenidos a desarrollar y los objetivos propuestos. En el plan de trabajo se propusieron una serie de actividades a desarrollar por los alumnos, basadas en técnicas grupales, con el propósito de comprender determinados conceptos tra-

⁶⁴ SANJURJO, Liliana y Xulio RODRÍGUEZ, op. cit., p. 101.

tados en determinados ejes temáticos, a través de la lectura y ejercitación con artículos de diarios y revistas, con el soporte de guías de trabajo.

La cuestión del "contexto" es muy importante para conseguir los objetivos planteados en cuanto a los alumnos; por ello, la incorporación de la lectura de diarios y revistas como material primario de análisis, tiene el propósito de vincular algunos temas de la realidad social/política/cultural con conceptos teóricos plasmados en el programa, a partir del enfoque sistémico propuesto en el curso.

Las tareas que se realizan en el aula pretenden que los alumnos comprendan y relacionen conceptos, elaboren síntesis, acepten que una determinada realidad puede analizarse desde diferentes perspectivas o puntos de vista (tareas de opinión).

LA EVALUACIÓN

Por último, la cuestión de la evaluación y su justificación: ¿para qué se evalúa?, ¿qué se evalúa?, ¿cómo se evalúa? y ¿cuándo se evalúa?

Según Lafourcade,⁶⁵ la evaluación consiste en saber cuántos objetivos fueron comprendidos en el ciclo didáctico; intentar analizar las causas que pudieron haber denotado deficiencias en el logro de los objetivos y tratar de solucionarlas.

El proceso de evaluación fue periódico, es decir, se consideró la participación de los alumnos en las clases y su desempeño en cada una de las actividades que se llevaron a cabo.

Además hubieron dos instancias formales de evaluación: dos exámenes parciales. El instrumento de evaluación que se utilizó en ambos casos fue la evaluación escrita con pruebas que requieren algún tipo de respuesta. En el mismo examen se utilizaron preguntas de base no estructurada (ensayo o composición sobre un tema para que el alumno lo desarrolle) y de base semiestructurada (preguntas para respuestas breves).

En el primer parcial se evalúa la parte metodológica y algunos temas de la parte B. En el segundo, el tema de las instituciones del sistema político argentino y se les permite utilizar la Constitución Nacional, leyes varias, el Código Electoral Nacional como material de consulta durante el examen.

⁶⁵ LAFOURCADE, Pedro, *Evaluación de los aprendizajes*, Buenos Aires, Kapelusz, varias ediciones.

3.4. *EL PLAN DE CLASE*

Entendemos la clase “como un espacio de construcción de conocimientos por parte del alumno ayudado por estrategias de enseñanza. No es meramente un espacio físico donde se desarrolla el proceso de enseñanza-aprendizaje, es un espacio pedagógico de comunicación, de relaciones, de consenso y conflicto”.⁶⁶

El plan de clase es el último nivel de planificación áulico.⁶⁷ Metodológicamente hay tres etapas de planificación: 1) el Plan Anual o Cuatrimestral; 2) el Plan de Unidad; y 3) el Plan de Clase. A medida que bajamos el nivel de planificación los “contenidos” y las “actividades” son más explícitos.

Insertar un “plan de clase” al final de este artículo constituye una especie de síntesis de todos los temas abarcados. En la planilla de planificación se verán reflejadas –o al menos eso se ha intentado– la concepción de la naturaleza humana de la que partimos, la perspectiva sistémica a través de la cual entendemos el fenómeno educativo y la Teoría del Estado; las teorías del aprendizaje que sirven de sustento para nuestra práctica docente (constructivismo y aprendizaje significativo), y, finalmente, los principios didácticos a tener cuenta para la planificación de la clase propiamente dicha: objetivos, contenidos, metodología, actividades, recursos didácticos y evaluación.

Consideramos que la planificación en el nivel áulico es de vital importancia para tratar que el proceso de enseñanza-aprendizaje resulte satisfactorio. La organización previa de la clase no sólo otorga cierta tranquilidad al docente sino que, fundamentalmente, facilita la concreción de los objetivos, el desarrollo de los contenidos, las actividades de los alumnos, la utilización de los recursos didácticos adecuadamente y la implementación de un congruente sistema de evaluación.

A continuación, presentamos un ejemplo de “planificación” correspondiente a la tercera clase que dictamos en el marco de la prueba piloto “Cursar la materia en un día”, en el año 2003.

⁶⁶ SANJURJO, Liliana y Xulio RODRÍGUEZ, op. cit., p. 23.

⁶⁷ En el nivel extraáulico, desde el Estado se realiza un Macroplaneamiento de la política educativa, luego sigue el Planeamiento Institucional y en tercer lugar el Planeamiento Departamental.

<i>Materia: Teoría del Estado</i>		<i>Fecha: 27/08/2003</i>		
<i>Cátedra: Resnik</i>		<i>Tiempo: 80 minutos</i>		
<i>Eje Temático N° 2: La investigación científica: niveles lingüístico, valorativo, metodológico e ideológico.</i>				
<i>Tema específico: El Lenguaje (a)</i>				
<i>Objetivos Operacionales (b)</i>	<i>Contenidos</i>	<i>Actividades</i>	<i>Recursos</i>	<i>Evaluación</i>
<p>* Que el alumno comprenda la importancia del "lenguaje".</p> <p>* Que el alumno identifique los "usos" y "tipos" de lenguaje.</p> <p>* Que el alumno distinga las características de "vaguedad" y "ambigüedad" en el lenguaje natural.</p>	<p>- Conceptos de "lenguaje".</p> <p>- Tipos de lenguaje: natural, técnico y formal.</p> <p>- El lenguaje natural: la vaguedad y la ambigüedad.</p> <p>- Usos del lenguaje: descriptivo, emotivo, directivo, operativo y persuasivo.</p>	<p>- Métodos coloquial y expositivo para repasar lo estudiado en la clase anterior.</p> <p>- Trabajo en equipo: conformación de grupos de seis alumnos aproximadamente (c).</p> <p>- Técnica grupal: "discusión en pequeños grupos".</p>	<p>- Artículos de diarios: <i>Clarín, La Nación, Página/12, Ámbito Financiero</i> (d).</p> <p>- Guía de trabajo (e).</p> <p>- Bibliografía: <i>Paradigmas en Ciencia Política</i>, cap. III.</p>	<p>- La motivación de cada equipo para realizar la técnica grupal.</p> <p>- El respeto al tiempo establecido.</p> <p>- La comunicación dentro del equipo y el proceso de intercambio.</p> <p>- Coherencia en la resolución del ejercicio.</p> <p>- La capacidad de síntesis para exponer las conclusiones.</p>

Cuadro 2. Plan de clase

(a) En la clase anterior se trató el eje temático completamente. Se indicaron, conforme a la bibliografía, las definiciones correspondientes al tema del lenguaje, los tipos y los usos. Luego de una exposición y explicación del tema a cargo del docente, se utilizó el retroproyector para presentar un esquema donde se sintetizaron los principales tipos

y usos del lenguaje con los respectivos ejemplos. Asimismo, se informó a los alumnos que en el primer bloque de la siguiente clase, se trabajaría el tema del lenguaje en grupos, para lo que se requirió una lectura más comprensiva de la bibliografía.

(b) Los objetivos operacionales son de evaluación inmediata. Desarrollan el área cognitiva.

(c) Los grupos se conformaron con seis alumnos como consecuencia de las características del aula. Para llevar adelante técnicas grupales, lo ideal es que el aula tenga sillas y mesas que puedan trasladarse a los efectos de que se reúnan los equipos en círculo. Sin embargo, el aula asignada para dictar la materia contaba con pupitres inmóviles donde pueden sentarse cómodamente seis alumnos por fila. Por lo tanto, se decidió que cada grupo se conformaría con los tres primeros alumnos de la primera fila que se darían vuelta y se agruparían con los tres segundos de la fila de atrás, y así sucesivamente.

(d) Se seleccionaron una serie de artículos de diferentes diarios, principalmente con dos propósitos interrelacionados. En primer lugar, que los grupos distinguieran en el artículo que se les asignaba al azar los usos y los tipos de lenguaje y justificaran su comprensión a través de un ejercicio práctico. En segundo lugar, revalorizar la utilización de fuentes primarias en el aula y fomentar la lectura. La selección de los artículos se realizó cuidadosamente: se eligieron artículos de índole política, jurídica, social, cultural y pertenecientes a suplementos específicos como arquitectura, computación, espectáculos, salud y deportes. En cada artículo constaba el diario de donde provenía, la fecha y la página correspondiente. Asimismo, se pensó que la actualidad representada en los diarios podría ser analizada a través de herramientas conceptuales ofrecidas por el curso. En el caso específico del eje temático en cuestión, la utilización del diario también persiguió el objetivo de que los alumnos efectuaran un análisis del lenguaje de un determinado tema (por ejemplo un editorial sobre el movimiento piquetero) y que reflexionaran acerca de cómo la sociedad y el medio periodístico se relacionaban con el mismo.

(e) Se entregó a cada equipo una “Guía de trabajo” donde se estipuló por escrito, el tema que se trabajaría, el método de trabajo (técnica grupal), las consignas a desarrollar, el tiempo y la bibliografía específica.

Actualidad
universitaria

Jornada de enseñanza del Derecho en Bahía Blanca

El pasado viernes 16 de diciembre se realizó en Bahía Blanca la I Jornada sobre Enseñanza del Derecho, con motivo del décimo aniversario de la creación de la carrera de Abogacía y del Departamento de Derecho en la Universidad Nacional del Sur. Participaron docentes y autoridades del Departamento de Derecho de la UNS y de la Facultad de Derecho de la UBA.

Los temas de la Jornada fueron *Diseño Curricular y Evaluación de la Calidad Docente*. En la Comisión referida a *Diseño Curricular* expusieron dos trabajos los profesores Aníbal D'Auria (UBA) y Nancy Cardinaux (UBA). Entre las conclusiones principales del debate pueden destacarse: la importancia del estudio de la Filosofía como tema complementario de todas y cada una de las materias particulares; la necesidad de comprender al Derecho en el propio contexto filosófico, histórico, político y social en que se encuentra; la necesidad de relacionar los contenidos de las diversas materias del plan de estudios; la importancia de que se expliciten los objetivos de cada materia en sus respectivos programas de estudio; las dificultades, a pesar de sus ventajas, de implementar el método de casos como metodología de estudio en la enseñanza del Derecho, y las limitaciones para enseñar a partir de la problematización en clase.

Por otra parte, en la Comisión referida al tema *Evaluación de la Calidad Docente*, expusieron sus trabajos los profesores Hugo Acciarri (UNS), Pamela Tolosa (UNS) y Gonzalo Álvarez (UBA), y Nancy Cardinaux (UBA). El primero de ellos analizó la relación entre la evaluación docente y los incentivos de los profesores para desempeñarse en la docencia. La segunda exposición se refirió a los objetivos de la evaluación y la necesidad de definir institucionalmente un perfil de docente a los fines de precisar los objetivos de la evaluación. Por último, Gonzalo Álvarez y Nancy Cardinaux explicaron la evolución del sistema de evaluación de la calidad docente vigente en la Facultad de Derecho, así como también

señalaron las virtudes y debilidades del mismo. El debate posterior fue muy interesante y se destacan las siguientes conclusiones generales: la evaluación de la calidad docente constituye una herramienta muy importante a los fines de mejorar la calidad de la enseñanza; las encuestas a los alumnos pueden resultar muy útiles si se diseñan de una manera adecuada y si los resultados tienen relevancia para decidir las renovaciones de los cargos docentes; una mejora de la calidad de la enseñanza requiere, en general, ampliar las dedicaciones de los docentes de Derecho.

Como cierre de la Jornada se realizó en el Aula Magna del Rectorado de la UNS el acto de entrega del título de Doctor Honoris Causa al Dr. Atilio Aníbal Alterini. Dicho título constituyó el décimo quinto Doctorado Honoris Causa entregado por la Universidad Nacional del Sur, y el primero entregado a un jurista argentino. El doctor Alterini, al recibir su título, expresó palabras de agradecimiento y se refirió en su discurso a la importancia de la enseñanza del Derecho, de exaltar lo axiológico, orientar conductas y proponer modelos, en la lucha contra la crisis que atormenta valores tradicionales. El acto fue realmente muy emotivo y contó con la presencia de las autoridades de la UNS, de Profesores del Departamento de Derecho de la UNS y de la Facultad de Derecho de la UBA, Magistrados del Departamento Judicial Bahía Blanca, autoridades municipales, representantes de la Cámara de Diputados Provincial, alumnos de la carrera de Abogacía y público en general.

A continuación se incluyen los trabajos presentados en esta Jornada por los profesores Hugo A. Acciarri y Pamela Tolosa.

¿Por qué esforzarse por mejorar?*

Un comentario sobre la evaluación docente formal, sus efectos y alternativas

HUGO A. ACCIARRI**

I. ESFUERZO Y MEJORA

Frecuentemente se discute qué aspectos de la enseñanza del Derecho deben modificarse para mejorar la formación de los egresados de carreras jurídicas. No es ésa mi intención en estas líneas. No intento aquí emprender la tarea –bastante extendida, por cierto– de opinar acerca de cuáles aptitudes debería adquirir un abogado a través de su educación universitaria.

Al contrario, para comenzar, voy a suponer únicamente que, en este campo, realizar *mayores esfuerzos de capacitación* por parte de los estudiantes da *mejores resultados*.¹ Es claro que se pueden realizar o requerir muchos esfuerzos durante una carrera universitaria que difícilmente relacionaríamos con ninguna idea de “buen abogado” o “buen egresado de una carrera jurídica”.² En todo caso, parece razonable pensar al menos que *ciertos* esfuerzos de estudio, de comprensión y de aprendizaje en general (de cuyo contenido haré abstracción) *sí* tendrán una correlación

* Trabajo presentado en la Jornada de Enseñanza del Derecho, Universidad Nacional del Sur, Departamento de Derecho, Bahía Blanca, 16 de diciembre de 2005.

** Profesor de la Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca.

¹ Más precisamente, *dentro de un rango razonable*. Se puede pensar que, más allá de cierto límite, requerir o realizar más esfuerzos importaría *empeorar el resultado de la formación*. Sólo por simplicidad voy a discurrir como si ese límite no se traspasara.

² Algunos son muy evidentes: no pensaríamos, en general, que fuera a ser mejor abogado un estudiante que pique más rocas que otro durante su formación. Otros son más discutibles: algunos podrían pensar que será un mejor abogado aquel estudiante que en su carrera memorice más artículos de instrumentos legales, y otros podrían disentir con esa idea.

¿POR QUÉ ESFORZARSE POR MEJORAR?

HUGO A. ACCIARRI

con alguna idea de “buen abogado”, sobre la cual podríamos encontrar un razonable consenso. Sólo voy a suponer, por ahora, esto último.

Si esto es así, se puede estudiar si la estructura y ciertos aspectos de la organización de las escuelas de Derecho de nuestras universidades públicas, favorece que los estudiantes decidan asumir un nivel de esfuerzo razonablemente alto.

Algunas ideas corrientes acerca de la práctica universitaria apuntan en ese sentido. Creo que es posible, entonces, emplear algunos instrumentos teóricos muy simples para analizar esas afirmaciones comunes y quizás, más allá de ese ejercicio inmediato, también para esbozar algunas directivas prácticas al respecto.

Una de tales afirmaciones es que los estudiantes, cuando integran los órganos de gobierno (o cuando los votan) *se comportan de modo incorrecto o poco inteligente al propiciar decisiones que tienden a facilitar la graduación*. A veces este tipo de afirmaciones constituye un reproche moral (“es malo” que lo hagan), pero otras pretenden dar cuenta de una relación meramente instrumental. La misma se basaría en la *pérdida de prestigio y consecuente devaluación del título que producirían estas decisiones*, sumada a las deficiencias de formación que podrían sufrir los propios egresados, al momento de ejercer su profesión. Los estudiantes, de este modo, propiciando recursos “facilistas” sólo conseguirían perjudicarse.

En cuanto a la segunda afirmación, puede descartarse rápidamente por constituir una objeción paternalista. Más allá del piso de formación exigido, nada impide que cada graduado mejore por su cuenta su formación hasta el límite que quiera. El segundo reproche –la cuestión concerniente a la *reputación* que confiera el título–, por su parte, constituye un tema de gran complejidad. El mercado de los profesionales del Derecho presenta algunas características muy interesantes, dentro de las cuales la posesión de un título de una u otra universidad tiene alguna parte. La idea de *señalización* puede ayudar a estudiar su rol, pero no agota todas sus implicancias.

Hay ciertos factores que los demandantes de servicios de un profesional del Derecho escasamente pueden percibir de modo directo. Por ejemplo, es difícil saber para un potencial cliente si un profesional efec-

tivamente conoce el derecho relevante a sus intereses. El título profesional, en este sentido, constituye una señal fácilmente perceptible y relativamente confiable. Para un cliente individual probablemente no sea un factor relevante, pero para ciertas búsquedas empresarias puede que sea importante la diferenciación entre los egresados de distintas universidades. Al menos en ese ámbito, entonces, podría pensarse que todo egresado o futuro egresado de una universidad *tendría interés en defender el prestigio del título de su universidad*. Luego, volviendo al comienzo, la idea de que el “facilismo” (más allá de ser moral o inmoral) atendería contra los propios intereses de los estudiantes que lo propician, tendría algún sentido.

II. ESFUERZO Y REPUTACIÓN

Un sencillo ejercicio podría desvirtuar este razonamiento. Pensemos, por ejemplo, que el título que otorga una universidad tiene, en un momento dado, un cierto valor como señal de aptitud, con relación al emitido por otras universidades. Luego, que esa universidad decide implementar una medida cualquiera que reduzca el esfuerzo necesario para alcanzar la graduación, reduzca igualmente la capacitación y, por lo tanto, también el prestigio del título.

En este punto puede comenzar el análisis. Se podría asumir que la reputación que un cierto medio social asigne a los títulos de esa universidad será función de alguna *media*, relacionada con el desempeño de sus graduados.

Luego, cada uno de los nuevos graduados se vería beneficiado por esa disminución en el esfuerzo necesario para obtener el título. Así:³

Su beneficio sería igual a la diferencia entre el esfuerzo que se requería antes y el que se necesita después de dicha variación.

Su costo, en términos de reputación, sería la diferencia entre el prestigio que otorgaba el título antes y después de la misma medida.

El problema aquí es que el beneficio (en esfuerzo) de una medida “facilista” puede superar con claridad al costo (en reputación) para los

³ En estos párrafos asumo la hipótesis de que los agentes en cuestión –estudiantes, aquí– son individuos autointeresados y que carecen de restricciones morales.

¿POR QUÉ ESFORZARSE POR MEJORAR?

HUGO A. ACCIARRI

futuros graduados, dado que este último responde a *una media en la que se computan graduados que no gozaron de las facilidades de la nueva medida*.

Si se admitiera una representación numérica de esta situación, podría decirse que, si el valor de reputación que se confería al título antes de la medida era de 10 y para obtenerlo se requería un esfuerzo de 10, y luego de la variación sólo se exige la mitad del esfuerzo para graduarse (5), a costa de correlacionarse con una capacitación de sólo la mitad que la precedente (5), *la pérdida de reputación de los títulos no será también de la mitad (5), sino una fracción inferior*. Cada nuevo estudiante será, a los efectos de obtener un valor promedio correlacionado con el título, *sólo una instancia de observación más, a ser tomada en cuenta para obtener esa media que valore la reputación del título en general*.

A la inversa, una medida que duplique el esfuerzo requerido para graduarse (y por hipótesis, duplique la calidad de los nuevos graduados), *no duplicará el prestigio del título*. Si hay un solo graduado de esa universidad, cuya aptitud se estimara por la sociedad con un valor de 5, un nuevo graduado con un desempeño que eleve el valor de su título a 10 sólo incrementará el valor de reputación general del título en 2,5, mientras que le exigió al último graduado el doble de esfuerzo (5 unidades de esfuerzo más) que al primero.

Un factor deliberadamente omitido hasta ahora, sin embargo, es el carácter habilitante del título otorgado por *cualquier* universidad. Dentro de ese mercado cerrado, las diferencias que reportan los diferentes títulos a sus poseedores (ser graduado de la universidad A o B) *parece notablemente inferior a la diferencia entre alcanzar la graduación (aun obteniendo el título de peor reputación) o no alcanzarla*. Y este efecto agravaría entonces los incentivos al "facilismo".

¿Qué ocurre, por su parte, con los docentes? Si también son egresados de la misma universidad en que enseñan, podría pensarse que deberían estar inclinados, siempre, a elevar el nivel de exigencia: actuando así no "pagan" el costo del incremento de esfuerzo que requieren a sus estudiantes, y reciben el beneficio de la mejora en la reputación de su título. Si se desempeñan con dedicación exclusiva en la docencia, podría pensarse que su prestigio como docentes es también función del prestigio del título. En ambos casos pareciera posible pensar que mientras los

estudiantes tienden, de modo general y persistente, a *rebajar el nivel de exigencia*, los docentes tenderían con igual uniformidad a *eleva*r dicho nivel (y también la calidad de los egresados). Si esto fuera, sería posible pensar en modificaciones en la composición del gobierno de la Universidad (y de las escuelas de Derecho), más bien que en mejorar los mecanismos de evaluación docente.

III. ESFUERZO Y EVALUACIÓN DOCENTE

Creo que no es correcto razonar de ese modo tan simple. Ciertos factores deben ser apreciados más detenidamente. Por ejemplo, del lado de los profesores, ¿podría pensarse que su interés en custodiar el prestigio de los títulos es suficiente para contrarrestar esa tendencia que impulsaría a los estudiantes?

La respuesta afirmativa no parece clara. Antes partí de la hipótesis de que el esfuerzo de los estudiantes se correlaciona con la calidad de los graduados, pero soslayé toda mención al *esfuerzo de los docentes*. Esa omisión no resulta inocua porque *también de ese lado de la relación existen incentivos perversos*. Por ejemplo, es más fácil ser *exigente con otros* (con los estudiantes, en este caso) que ser *esforzado*. En este mismo sentido, un docente guiado por esos incentivos, con intereses de corto plazo y sin restricciones morales suficientes, tenderá a ser *muy exigente en la evaluación y muy autocomplaciente en su prestación*. Lo segundo le reportará beneficios (en términos de ahorro de esfuerzos) y lo primero también (en términos de reputación de su título y de su posición docente).

Mientras que parece posible descubrir los incentivos que inciden de modo general en los estudiantes, resulta más arduo conocer las motivaciones de los docentes de las carreras jurídicas en las universidades públicas argentinas. La retribución salarial –que parecería el más obvio en otras ocupaciones– resulta tener un rol si no nulo, apenas moderado en esas decisiones.⁴ Si esto es así, habría *otras* motivaciones ajenas a la retribución monetaria. Voy a distinguir a continuación dos tipos de motivaciones. Llamaré, por mera convención, “parasitarias” a aquellas que

⁴ En este campo quizás podría verificarse que el costo de oportunidad del tiempo dedicado a la docencia es mayor que el beneficio salarial recibido (que el docente ganaría más empleando ese tiempo en otra actividad para la que esté capacitado).

¿POR QUÉ ESFORZARSE POR MEJORAR?

HUGO A. ACCIARRI

impulsan a ejercer la docencia universitaria para favorecer otra actividad que se considera preferente. Por ejemplo, para ampliar la clientela en caso de abogados independientes o para ascender en la carrera judicial, en caso de los funcionarios o aspirantes. Llamaré “principales” a aquellas que se agotan en el goce de las ventajas que otorga la docencia. Podríamos incluir aquí la obtención de reconocimiento por los pares, pero sin finalidades de lucro ulterior. También, el mero goce altruista de servir a otros.

Es interesante estudiar si tales motivaciones son consistentes con una buena calidad de egresados. *Impartir buenas clases* o *ser un buen evaluador* (cualquiera sea el contenido de “bueno” aquí) parecen ser factores importantes con la producción de buenos profesionales, pero no suelen ser, por ejemplo, cualidades que sean tomadas en cuenta para el discernimiento de cargos judiciales. Tampoco, por la demanda de servicios jurídicos (individuos o empresas demandantes de tales servicios).

Esas mismas cualidades podrían, no obstante, constituir *un componente* de una situación que se reflejara de algún modo en esos campos. Ello ocurriría si *dar buenas clases* fuera tomado en cuenta como un requisito valioso para acceder a cargos docentes superiores y esos cargos, a su vez, constituyeran un elemento valioso para obtener posiciones apetecidas en la administración de justicia, o para incrementar la demanda de los servicios profesionales de su poseedor. Probablemente esta relación entre *cargos docentes superiores* y *cargos superiores en la jerarquía* se verifica en general en la selección de funcionarios judiciales, pero la relación equivalente se cumple sólo de modo muy débil en la práctica privada de carreras jurídicas. Extrañamente, quizás tampoco sea muy determinante ese desempeño docente efectivo (clases, evaluaciones) en el reconocimiento académico. En planteles integrados por docentes con escaso tiempo dedicado a la docencia y un tiempo de interacción muy limitado, es difícil que se puedan apreciar suficientemente tales cualidades.

¿Tiene un rol relevante la evaluación docente, entonces? ¿Es posible a través algún tipo de evaluación, captar (de un modo razonable) ese factor consistente en *impartir buenas clases* o *ser un buen evaluador*? Una posibilidad, tradicional, es recabar la opinión de los estudiantes al respecto. No obstante, esa opinión (volcada en encuestas) suele tener nula influencia en el acceso a los cargos en universidades nacionales, y pro-

bablemente tampoco la tenga en el reconocimiento de los pares del docente. Probablemente sólo tenga conexión, en definitiva, en las motivaciones altruistas de los docentes, y en estos casos ni siquiera se justificaría su obligatoriedad, ya que cualquier docente podría, por su cuenta, realizar algún sondeo semejante si lo considerara importante para su perfeccionamiento.

El problema, en síntesis, se plantea de un modo muy particular:

- Los beneficios de las mejoras en la calidad educativa para estudiantes y profesores se proyectan a un horizonte relativamente lejano y difuso, son difíciles de vislumbrar (por parte de quienes pueden hacer algo para que se produzcan) y no favorecen exclusivamente a quienes deben hacer los sacrificios necesarios para que acontezcan, sino que son agregativos.
- Los costos, en cambio, se deben soportar en el corto plazo, son fácilmente perceptibles y afectan a quienes no reciben todo el beneficio de su acción, que pasa a ser parcialmente altruista.

IV. ROMPER EL CÍRCULO

Probablemente ese estado de cosas desalentador no sea íntegramente superable en el corto plazo, pero es posible pensar en mejoras. A ese efecto, ciertas circunstancias vigentes se pueden considerar restricciones exógenas, o bien, variables independientes. Lo primero no significa resignarse a su permanencia –ni mucho menos consentirlas ideológicamente, o rechazarlas, sino que tiende a estudiar las posibilidades vinculadas al estado de cosas vigente *si esas circunstancias no se modifican*. Si se mantiene el sistema usual de designación por concurso público, por ejemplo, las evaluaciones docentes consistentes en opiniones de los estudiantes mantendrán su rol casi simbólico. El mecanismo de concursos públicos no parece muy apto para incorporar como elemento de evaluación relevante ese tipo de sondeos, dado que bien puede competir por un cargo un aspirante ajeno a la docencia o ajeno a la misma universidad y no habría equivalencia en la evaluación.

Es posible establecer otro premio para la evaluación consistente en sondeos de opinión de estudiantes. Probablemente se podría pensar en algún incentivo económico, siguiendo la modalidad de los incentivos

¿POR QUÉ ESFORZARSE POR MEJORAR?

HUGO A. ACCIARRI

pecuniarios que perciben los docentes investigadores. De cualquier modo, subsistirá alguna duda al menos en cuanto a la *calidad* de dicho instrumento de evaluación. Del mismo modo que para un docente (más allá de sus restricciones morales) la combinación ideal será *baja autoexigencia* (esfuerzo de prestación docente) y *alta exigencia* (de evaluación) a los estudiantes, para éstos, el docente más conveniente combinaría *alto esfuerzo de prestación docente* y *baja exigencia en sus evaluaciones*. Por otro lado, las prestaciones económicas se enfrentan siempre al probablemente alto costo de oportunidad de los docentes. Se puede pensar con alguna razonabilidad que un pequeño incremento en su retribución (por la vía que sea) no implicará un automático incremento en su tiempo y esfuerzo dedicado a la docencia, dado que es posible que obtenga una retribución mayor si empleara ese mismo tiempo en su actividad profesional o hasta en su ocio, si lo considera más valioso.

Paradójicamente, las reflexiones anteriores conducen a conclusiones consistentes con decisiones poco imaginativas. Si se mantiene un sistema basado (conjuntamente) en dedicaciones a la docencia reducidas, retribuciones exiguas, ingreso por concurso abierto e incentivos para ejercer la docencia básicamente relacionados con el reconocimiento académico, u otros altruistas o parasitarios, difícilmente una evaluación que siga ciertas modalidades típicas (encuestas a alumnos, aprobación de informes anuales de actividades, etc.) tenga algún efecto relevante en el producto de la educación jurídica impartida por las universidades públicas.

Luego, otros cambios en apariencia más indirectos y de efecto más difuso, quizás sean preferibles a intentar evaluaciones más formales que efectivas. Probablemente una planta de ayudantes de docencia relativamente reducida y con mayor dedicación sea preferible para obtener, a largo plazo, mejores docentes *que cualquier método de evaluación que se intente sobre los docentes de mayor jerarquía*. Los docentes jóvenes tienen, en su generalidad, menor costo de oportunidad relacionado con el desempeño de la profesión. Por eso, concentrar los incrementos salariales posibles y aumentar correlativamente los tiempos de dedicación a la docencia *en ese segmento*, puede servir para obtener una combinación benigna. Lo es aun cuando no sea posible un incremento de niveles salariales general y radical, que haga apetecible la dedicación exclusiva para docentes de mayor edad y jerarquía. Una estructura tal, precisamente, po-

dría servir *más que para modificar las valoraciones de los docentes, para seleccionar a docentes con escalas de preferencias consistentes con finalidades entendidamente valiosas*. Un joven que decida ingresar a la docencia y sepa que su elección, a cambio de una retribución que le resulte apenas aceptable, le exigirá esfuerzos de capacitación (estudios de posgrado), de perfeccionamiento de sus aptitudes expositivas (dar buenas clases) e investigación, bajo la supervisión y evaluación continua e informal de un docente de más experiencia (que a su vez puede obtener el parecer de los estudiantes), *probablemente sea una persona que valora la docencia por motivos "principales" y algunos de los que llamé "altruistas" y susceptible a la permanencia y obtención de logros de largo plazo*. Quizás haya, en la realidad nacional vigente, pocas posibilidades de modificar los incentivos de los profesores más antiguos y quizás ninguno de los procedimientos habituales de evaluación sirva para esos fines. Pero es posible, a través de esas modificaciones estructurales, orientar de un modo diferente el acceso a la docencia y privilegiar que ocupen los cargos personas guiadas por motivaciones consistentes con algunas ideas de mejora. Orientar la docencia hacia una mayor dedicación (con los recursos disponibles), a un camino dilatado de capacitación y producción de conocimientos, a imperativos de esfuerzo como condición de acceso a cargos docentes superiores, podría contribuir, en el largo plazo, en una mejora más posible y sustentable que la que induzcan otras alternativas.

Evaluación de la calidad docente*

PAMELA TOLOSA**

Cuando se plantea el tema de la evaluación docente, la primera cuestión a dilucidar es el para qué. Definir los objetivos de un proceso evaluativo de cualquier clase es fundamental a los efectos de delinear la estrategia de evaluación, elegir los métodos y los criterios para procesar y analizar la información que resulte de dicho proceso.

Por otra parte, deben distinguirse al menos dos aspectos principales de la función docente: a) la enseñanza propiamente dicha, que denominaré "docencia"; b) y la investigación y producción científica, que denominaré aquí "producción científica". El primero de ellos se refiere a la enseñanza a los alumnos de grado, tutorías y/o clases de consulta. El segundo aspecto hace referencia a diversas actividades que conciernen a la formación y calificación del docente, como así también a la formación de recursos humanos (es decir, se incluyen las publicaciones, dirección y participación en grupos de investigación, títulos de posgrado obtenidos, dirección de tesis y becarios, etc.).

Otro aspecto importante de la actividad docente es la gestión universitaria. Sin embargo, excluiré este aspecto del análisis por exceder los límites propuestos para estas líneas.

Asimismo, en una tercera instancia deben seleccionarse criterios de ponderación de la calidad que serán volcados posteriormente en un método de evaluación determinado. Aquí trataré de exponer algunas ideas sobre cuáles serían los motivos por los cuales pueden resultar importantes los mecanismos de evaluación de la calidad docente y su relación con el perfil de docente que se pretende.

* Trabajo presentado en la Jornada de Enseñanza del Derecho, Universidad Nacional del Sur, Departamento de Derecho, Bahía Blanca, 16 de diciembre de 2005.

** Profesora de la Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca.

I. LOS OBJETIVOS DE LA EVALUACIÓN

Más allá de los objetivos propios de cada institución para diseñar mecanismos de evaluación de la calidad docente, se podría afirmar que un objetivo generalmente compartido es la búsqueda de la excelencia académica de las instituciones universitarias y la competitividad de las mismas. Ambos objetivos pueden considerarse estrechamente vinculados: la competitividad de las instituciones universitarias puede relacionarse en gran parte con su excelencia académica.

El concepto de excelencia académica resulta problemático por su ambigüedad. Sin embargo, puede afirmarse que en algún sentido esta noción se relaciona directamente con el prestigio académico de los docentes que se desempeñan en la institución. Así, puede afirmarse que el prestigio de los profesores es sustancial a los efectos del *marketing* de las universidades. Y esto es explotado por muchas universidades del mundo que se esfuerzan en atraer a los profesores más prestigiosos, y de retenerlos en ellas. Luego, el interés de las universidades por la competitividad en el mercado educativo puede ser un objetivo general para implementar métodos de evaluación de la calidad docente. La noción de competitividad de las instituciones universitarias también resulta problemática a los efectos de su delimitación. Aquí asumiré que esta noción se refiere al sentido de *competitividad para captar alumnos* (de grado y de posgrado).

Este objetivo puede ser satisfecho a través de la implementación de métodos de evaluación de la producción científica. Existen ciertos indicadores casi universalmente aceptados en el mercado académico actual para evaluar este aspecto de la calidad docente, por lo cual basta con diseñar un mecanismo que permita clasificar y ponderar los antecedentes académicos de acuerdo a estos indicadores para cumplir con este objetivo.

En otro orden, cabe preguntarse si en la competitividad universitaria también puede tener alguna influencia la calidad del docente respecto de la función de docencia propiamente dicha. Puede asumirse que sí, pues parece razonable que un sistema educativo en el cual la función de enseñar se cumple satisfactoriamente es preferido por los estudiantes a un sistema en el cual los docentes no cumplen con la misma de manera

satisfactoria. Asumo como “*desempeño satisfactorio de la función docente*” la idea de que la exigencia de los profesores hacia los alumnos es consistente con el nivel de la enseñanza. Este presupuesto implica diversos aspectos, a saber: que los docentes desarrollan los contenidos en forma didáctica, consistente con los objetivos de las materias y la formación de los alumnos, guiando a los alumnos en la utilización de la bibliografía adecuada, desarrollando actividades con la finalidad de facilitar la comprensión de los temas, exigiendo exámenes adecuados al nivel de los contenidos desarrollados, posibilitando el debate, las consultas y las críticas, etcétera. En este sentido, parece razonable suponer que los alumnos que reciben enseñanza universitaria de acuerdo a estos parámetros, estarán en mejores condiciones de obtener un rendimiento académico alto.

Si se asume el presupuesto anterior, entonces, la calidad del desempeño docente es relevante a los fines de determinar la competitividad de la universidad y, por lo tanto, propiciar métodos de evaluación de la calidad de la enseñanza será un objetivo consistente con dichos fines.

II. ¿CÓMO EVALUAR LA CALIDAD DE LA DOCENCIA?

Una idea bastante generalizada es que para ser un buen docente para enseñar, es necesario ser un buen investigador. Esta idea, ha generado incentivos en los docentes universitarios para invertir recursos en investigación y, principalmente, obtener resultados –pues la “productividad científica” implica una relación de un conjunto de *inputs* y *outputs* (publicaciones, patentes, formación de recursos, etc.)–, de manera tal de señalar su productividad en el mercado académico.

Otra postura concibe la idea de que no existe ninguna relación entre *research quantum* y *good teaching*. Incluso, existen algunos trabajos empíricos realizados en UK y Australia que demuestran que existe una correlación negativa entre ambas variables.¹ Así, se ha demostrado que en instituciones en las cuales todos los docentes deben ser investigadores como condición necesaria para enseñar, por un lado, la productividad de muchos profesores es muy baja, de manera tal que la mayor parte

¹ RAMSDEM, P., “Predicting institutional research performance for published indicators: A test of classification of Australian University Types”, en *Higher Education* 37, 1999, pp. 341-358.

de la producción científica se concentra en unos pocos; y, por otro lado, los resultados académicos de los estudiantes de pregrado suelen ser muy bajos. De todos modos, se destaca que estos resultados dependen de cómo se midan los indicadores, con lo cual no permiten hacer conclusiones en términos absolutos.

Esta idea de que no existe conexión con las cualidades de un profesor-investigador y un profesor-docente, fundamenta el desarrollo de un modelo universitario en el que existan instituciones específicamente abocadas a la investigación, que atraigan a graduados y postgraduados para desarrollar su formación en alguna área específica de investigación, y no impartan docencia de pregrado. Mientras que otras instituciones se dediquen exclusivamente a la enseñanza universitaria de pregrado, y otorguen prioridad a contratar a profesores con estudios pedagógicos específicamente aplicados a las áreas en las que se desempeñen.

Para el primer modelo, la evaluación de la calidad docente se podría limitar a la ponderación de la calidad de la producción científica del profesor. Así, existiría una relación estrecha entre ambos aspectos de la función docente, que determinaría un orden jerárquico de la calidad de investigador hacia la de docente. Luego, los indicadores para medir la calidad de la producción científica determinarían, indirectamente, la calidad del docente. De la misma manera, podría afirmarse que no es relevante, en este contexto, la evaluación de la calidad de la docencia en otro sentido.

Esta evaluación limitada a la productividad científica se realizará en dos momentos: cuando el docente ingresa a la institución –será el criterio para determinar su ingreso, ya sea por concurso de antecedentes o cualquier otro mecanismo de selección– y cuando se evalúa su desempeño una vez dentro de la institución.

En cambio, en el segundo modelo, si se pretende evaluar la calidad docente es necesario recurrir a otros mecanismos. Al igual que en el caso anterior, deben distinguirse dos momentos de la evaluación: el de la *selección* de los docentes y durante su desempeño en la institución.

Básicamente, se han propuesto dos métodos principales como mecanismos de evaluación de la función de enseñar. Por un lado, puede pensarse en un método que contemple la evaluación externa del docente,

mediante la presencia en sus clases de observadores externos, especialmente calificados para ponderar, entre otras cosas, las aptitudes pedagógicas, el respeto por el alumno, la calidad y disponibilidad de la bibliografía utilizada como referencia, el cumplimiento de horarios y asistencia a clase. Este método respondería al sistema tradicional de evaluación externa, que implica someter al docente a un evaluador ubicado en una posición jerárquicamente superior durante el proceso de evaluación: se trata de un experto, ajeno a la institución, que evalúa el desempeño docente.

Una variante puede ser que el evaluador no sea externo a la institución, sino que se trate de un par evaluador interno. Este método suele utilizarse en algunas universidades europeas como mecanismo de evaluación interna permanente.

Otro método consiste en que la evaluación la realicen los propios alumnos, a través de un sistema de encuestas de opinión sobre determinados indicadores. Este método puede ser apropiado en la medida en que se definan apropiadamente las preguntas y su utilidad dependerá del procesamiento de los datos y su eventual relevancia en las decisiones de la gestión universitaria.

Más allá de los dos modelos anteriormente propuestos, se puede plantear una tercera alternativa que combine las dos perspectivas. Es decir, que tome como criterio de referencia para la evaluación de la calidad docente ambos aspectos: la producción científica y la docencia. Así, podría pensarse en un sistema de *selección* que evalúe la producción científica del postulante así como también los resultados de sus evaluaciones de calidad docente (obtenidas a través de evaluadores externos o encuestas de opinión de alumnos). Asimismo, podrían desarrollarse mecanismos de evaluación de ambos aspectos durante el desempeño de la función docente.

III. LA UTILIDAD DE LOS MÉTODOS DE EVALUACIÓN

La utilidad de los mecanismos de evaluación en relación con el fin propuesto tiene relevancia en la medida en que los resultados que surjan de los mismos tengan incidencia en las decisiones institucionales y en el desarrollo de eventuales planes de mejora de la calidad educativa.

Así, en primer lugar, debe definirse el perfil de docente que se pretende y diseñar los métodos de evaluación adecuados para valorar las aptitudes necesarias para aproximarse al mismo. Así, si se opta por un perfil de docente que implique aptitudes adecuadas tanto para investigar como para enseñar, deberán instrumentarse mecanismos de evaluación de la producción científica y de la docencia, tanto en el momento de selección como durante el desempeño de la función.

Las universidades públicas nacionales, en general, no parecen definir un perfil de docente claramente inclinado a uno sólo de los aspectos delimitados, ni tampoco es claro que se pretenda un perfil que implique una combinación de aptitudes en investigación y enseñanza.

Podría pensarse que el sistema vigente de *selección* de docentes así como de evaluación de su desempeño, en general, pretende evaluar tanto las aptitudes para investigar como para enseñar, dado que, por un lado, en el momento de *selección* del docente se evalúan los antecedentes de producción científica así como también los antecedentes docentes. Y esta evaluación se repite en las renovaciones de cargos por concursos. Por otro lado, se suelen realizar encuestas de opinión a los alumnos sobre el desempeño docente.

Sin embargo, es cuestionable la utilidad efectiva de dichos mecanismos. En primer lugar, porque ninguno de los criterios es excluyente para la selección. En segundo lugar, porque se plantea una inconsistencia seria en cuanto a los criterios de evaluación del docente y la dedicación que se ofrece a los mismos. Este problema es particularmente serio cuando todos o la gran mayoría de los docentes tienen dedicación simple. Si la calidad de investigador es relevante para desempeñarse como docente, una dedicación simple no es consistente con este objetivo, pues el costo de oportunidad de invertir tiempo en investigar y desarrollar producción científica de un docente con dedicación simple es muy alto, y, en principio, no hay razones para suponer que los docentes con dedicación simple tendrán incentivos para investigar. Puede suponerse que existen algunas motivaciones no pecuniarias –por ejemplo, cierto reconocimiento social, etcétera– para investigar más allá de la dedicación a la docencia. Pero este argumento no resulta lo suficientemente serio como para fundamentar una política institucional universitaria si se aspira a un nivel alto en la calidad docente. Máxime si se considera que la misma univer-

sidad ofrece dedicaciones semiexclusivas que precisamente apuntan a generar incentivos para que los docentes que desarrollan una actividad profesional paralelamente a la actividad docente, investiguen y contribuyan a incrementar la producción científica de la institución.

Por otra parte, tampoco resultan relevantes las evaluaciones que se realizan respecto del desempeño de la docencia. Por un lado, en el momento de la *selección* de los docentes, en los concursos, se suele considerar sólo como dato relevante la acreditación de poseer antecedentes docentes. Éste es un dato objetivo que no contiene ninguna información acerca de la calidad del desempeño del postulante.

Podría pensarse que la función del concurso de oposición, que incluye el dictado de una clase pública ante un jurado, permite evaluar las condiciones pedagógicas del postulante. Pero generalmente las clases públicas se limitan a la explicación de un tema determinado ante un jurado de "especialistas" que se limitan a valorar el contenido de la exposición y la forma, pero sin profundizar demasiado en aspectos pedagógicos. En algunos casos, ni siquiera se le consulta al profesor respecto de su plan para el dictado de la materia, aportes, métodos de enseñanza, etcétera. Estos aspectos suelen quedar relegados a un segundo plano. Además, si bien en algunas universidades nacionales tiene participación el claustro de alumnos en la clase pública, la opinión de algunos estudiantes, en ese contexto, no parece suficiente como evaluación de los métodos de enseñanza.

Por otro lado, en algunas universidades nacionales se realizan encuestas de opinión a los alumnos para evaluar el desempeño docente. Sin embargo, generalmente, los resultados de dichas encuestas no tienen relevancia en la designación de los docentes ni en la renovación de sus cargos. La información que proviene de las mismas constituye un instrumento útil, bajo determinadas circunstancias, para las autoridades a los fines de adoptar determinadas decisiones. Pero lo cierto es que, institucionalmente, no tienen mayor incidencia en la gestión universitaria; en algunos casos, porque no son consideradas en los concursos para renovación o reválida de cargos; en otros, porque no existe una política institucional de evaluación periódica de los resultados y elaboración de proyectos de mejoras en función de las necesidades que surjan de los mismos.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Cualquier propuesta que pretenda mejorar la calidad docente debería definir al menos un objetivo general como punto de partida y definir el perfil de docente que se pretende en relación con dicho objetivo.

Si se asume que la investigación y producción científica son relevantes en relación con la calidad de la enseñanza que imparte el docente, debe asumirse que el perfil buscado implica un docente investigador. Por lo tanto, si éste es el perfil buscado, debe implementarse una política de ampliación de las dedicaciones. El criterio a seguir para implementar una política de este tipo debería plantearse como objetivo generar incentivos para formar recursos humanos e incrementar el nivel de la producción científica de la institución. Por lo tanto, debería elegirse un criterio de selección que permitiera captar a los más jóvenes que aún no hayan culminado su formación. Una política de este tipo debe ser gradual y debe prever la posibilidad de crecimiento del docente dentro y fuera de la institución, y generar un contexto propicio para que los de mayor dedicación tengan incentivos para quedarse (al menos por un período considerable de tiempo). Asimismo, debe considerarse que en el ámbito del Derecho, y en el contexto de nuestro país, no será fácil captar a docentes-abogados con dedicaciones exclusivas. De todos modos, esto no obsta a la posibilidad de implementar una propuesta que implique una combinación de dedicaciones exclusivas, semiexclusivas e incluso algunas simples.

Por otra parte, si se decide que el aspecto de la docencia propiamente dicha es tan relevante como la investigación en el perfil del docente que se pretende, entonces deben diseñarse mecanismos adecuados de evaluación de dicho desempeño e instrumentar un sistema en el cual la información que surja de la implementación de los mismos sea utilizada en los procesos de selección de docentes y, eventualmente, para implementar propuestas de mejoramiento de la enseñanza a nivel institucional. En este sentido, las encuestas de alumnos pueden ser muy útiles si se diseña un modelo que apunte a ciertos indicadores relativamente objetivos, con preguntas formuladas de manera clara y precisa.

La práctica profesional en la sede del CAREF-CELS del Patrocinio Jurídico Gratuito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

SEBASTIÁN SCIOSCIOLI*

I. LA CREACIÓN Y OBJETO DE LA CLÍNICA¹

La Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, centro de educación superior público y gratuito, tiene la obligación de formar abogados competentes y con un claro sentido de responsabilidad social. Por esta razón, une a sus actividades de enseñanza y de investigación, un área específica en el marco de la extensión universitaria a fin de permitir a cada uno de sus alumnos, una mayor inserción en la realidad jurídico-social de la profesión y con ello, un mayor compromiso hacia la efectiva articulación y cooperación entre la comunidad universitaria y el resto de la sociedad.

En el marco de este espacio curricular dedicado al ejercicio de la práctica preprofesional de los alumnos, e inserto en el último tramo del plan de estudios de la carrera de Abogacía, se han abierto nuevas propuestas pedagógicas de entrenamiento en los últimos años. Dicha nove-

* Abogado (UBA).

¹ Es importante aclarar al lector que no cabe transponer automáticamente a nuestro medio el término anglosajón "legal clinic". En realidad, el diseño de actividades académicas que involucren conjuntamente la enseñanza teórica y la práctica profesional tiene origen en nuestro país desde largo tiempo atrás en comparación con el desarrollo de los primeros trabajos sobre clínicas en las universidades norteamericanas; debido a la creciente preocupación por la "función social" a la que está llamada a cumplir la universidad a través de su labor de extensión. Véase en esta publicación, v. 4, SCIOSCIOLI, Sebastián, *Algunas notas sobre el Patrocinio Jurídico Gratuito y el curso de práctica profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*, p. 151.

dad opera tanto en el plano de las metodologías de enseñanza y aprendizaje utilizadas cuanto en los contenidos abarcados en ellas.²

Un ejemplo de lo recientemente expuesto, lo constituye la propuesta académica de clínica legal sobre inmigrantes refugiados UBA-CELS/CAREF. Este proyecto tuvo su origen en julio de 2002 a partir de un convenio celebrado entre la Facultad de Derecho de la UBA y la Comisión Argentina para los Refugiados (CAREF) junto con el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).³ El CELS es una organización no gubernamental que trabaja en la promoción y protección de los derechos humanos y el fortalecimiento del sistema democrático y el Estado de Derecho en Argentina. Participa, entre otras actividades, en el litigio de causas judiciales ante instancias locales e internacionales, la investigación y la construcción de herramientas para el control y monitoreo de la sociedad civil sobre las instituciones públicas, y la capacitación de organizaciones sociales, operadores jurídicos, miembros de la comunidad judicial e instituciones estatales. El CAREF, por su parte, se trata de una asociación civil que desde 1993 trabaja a favor de los refugiados e inmigrantes, desarrollando diferentes proyectos que permitan brindarles asistencia y orientación en aspectos relacionados con el acceso a los servicios sociales, salud, educación y otros, promoviendo, a su vez, la defensa de sus derechos. La clínica también contó para su diseño con la colaboración y participación de profesionales y expertos de la Universidad de Austin, Texas, y de abogados del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

El diseño de la clínica ha sido el producto de diversas inquietudes que supieron encontrar cauce en una propuesta de indiscutible riqueza

² Cabe señalar que este ámbito curricular dedicado al ejercicio profesional de los estudiantes de abogacía en esta Facultad ha estado funcionando ininterrumpidamente desde 1924, si bien en sus orígenes todas las comisiones tenían una orientación general (en cuanto no discriminaban en los asuntos por especialidad o tema de los casos que atendían). Mas en los últimos años, como correlato de este proceso de innovación, se han abierto numerosas comisiones especializadas en distintas áreas no tradicionales como derechos del niño, previsional, derechos humanos, derechos de los consumidores, entre otras. Véase también en esta publicación, v. 4, *Algunas notas sobre el Patrocinio Jurídico Gratuito y el curso de práctica profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires* cit., p. 151.

³ Véase Resolución (CD) 948/2002 de la Facultad de Derecho, UBA.

jurídica tanto en su faz teórica cuanto práctica. Por un lado, a través de varios años, tanto el CELS cuanto el CAREF lograron una vasta recopilación de experiencias en relación con la situación de los refugiados en Argentina y la manera en que eran resueltas sus necesidades. En efecto, en la atención de casos específicos, ambas instituciones pudieron dar cuenta de los serios obstáculos y dificultades a los que frecuentemente se enfrentaban todas aquellas personas que en su carácter de refugiados, solicitantes de refugio ante el Estado, e inmigrantes no contaban con el asesoramiento debido frente a las peticiones del más diverso tipo relacionadas con la documentación requerida o el acceso a los servicios sociales. Por el otro lado, a través de la instauración de la clínica, la Facultad de Derecho encontró el camino para la apertura de espacios de docencia especialmente destinados a la preparación de aquellos estudiantes mayormente interesados en la orientación de Derecho Internacional y la protección de los derechos humanos. También de este modo, la universidad encuentra un nuevo ámbito dentro de la red social en donde volcar toda su experiencia vinculada con sus tareas de extensión en general y de asistencia jurídica en particular.

En atención a estas inquietudes, se plasmaron como objetivos de la clínica:

- Brindar asesoramiento a los inmigrantes y refugiados en los temas relacionados con sus derechos como ciudadanos extranjeros en Argentina.
- Asesorar a los solicitantes de refugio en su petición ante el Estado argentino.
- Establecer mecanismos de articulación y/o derivación con las instituciones gubernamentales y no gubernamentales que actúen en la problemática de los inmigrantes y refugiados.
- Propiciar la participación de los alumnos en la problemática en la que se interviene a través de la creación de un ámbito de intercambio, reflexión y debate con la participación de académicos y profesionales en el tema.
- Generar un intercambio de experiencias y prácticas entre esta clínica a desarrollarse en CAREF y la Clínica Legal para Inmigrantes y Refugiados de la Universidad de Texas.

De esta manera, la clínica constituye no sólo un ámbito de trabajo jurídico tendente a garantizar la defensa y promoción de los derechos de las personas refugiadas e inmigrantes forzosas, sino que también constituye el aula ideal en donde resulta posible llevar adelante una tarea de comprensión y formación en el Derecho a partir de las múltiples y variadas aristas que la realidad jurídica presenta en torno al tema.

II. EL FUNCIONAMIENTO Y LA METODOLOGÍA DE TRABAJO.

Los estudiantes avanzados de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires ingresan a su práctica profesional a través del Curso de Práctica Profesional correspondiente a los 8 créditos que deben cursarse en el Departamento de Práctica Profesional de conformidad con lo previsto por la Resolución 809/85 que ordena el Plan de Estudios. La oferta del curso, anual y obligatorio, se encuentra regulada también por la Secretaría de Extensión Universitaria y la Secretaría Académica. En un nivel inferior, la organización técnico-administrativa de la clínica concretamente es llevada a cabo por una unidad de coordinación constituida por miembros de las instituciones comprometidas a través del convenio.

Debido a su formato de clínica, las actividades propias del proyecto se concentran en el asesoramiento individual a los inmigrantes y refugiados y el Patrocinio Jurídico de éstos cuando resulten víctimas de violaciones de derechos humanos y configuren casos testigos de prácticas violatorias y sistemáticas de derechos fundamentales tales como la salud, educación, el acceso a la justicia, el derecho al debido proceso y a la libertad personal.

De conformidad con la normativa universitaria vigente, los estudiantes que realizan su práctica profesional deben concurrir dos veces por semana (lunes y jueves de 16 a 18 horas) a la sede sita en Juan Bautista Alberdi 2240, 1^{er} piso, de la Ciudad de Buenos Aires. Allí, los alumnos comparten con el docente a cargo de la comisión actividades como:

- La atención y el asesoramiento de las consultas diarias de quienes se acercan directamente o son derivados por otros centros de atención.
- La definición de estrategias a seguir en los casos que requieren de Patrocinio Jurídico.

- La realización de diversas diligencias administrativas y judiciales y redacción de documentos y escritos legales en los casos llegados a la clínica.
- La realización de actividades de investigación tendientes a una cabal protección de los intereses en juego en los casos judiciales con vistas a la promoción del más amplio marco legal para la defensa de los derechos de los refugiados.

Un tercer encuentro, con el formato preferente de seminario, se basa en la discusión de distintos temas vinculados con los derechos humanos y que frecuentemente se relacionan asimismo con las inquietudes y problemas que se presentan en los casos atendidos. Estas clases, a su vez, son compartidas con los alumnos que integran la comisión de práctica profesional que se lleva a cabo en el CELS, lo que asegura una gran integración de las áreas de trabajo que resultan afines y una mayor riqueza de conocimientos e investigación para todos sus estudiantes.

Periódicamente el equipo docente de la clínica realiza una reunión de equipo interdisciplinaria a fin de supervisar y evaluar el funcionamiento de aquella, planificar las actividades a seguir y sistematizar las experiencias en las cuales se intervino. Gran parte de estos trabajos y documentos son publicados en el sitio de Internet del CELS.⁴ Entre algunos de sus trabajos puede hacerse mención al informe vinculado con el análisis de la Ley Nacional de Migraciones 22.439, derogada en el año 2003, luego de ser objeto de fuertes críticas por vulnerar seriamente los derechos de las personas migrantes en Argentina.⁵ También cabe señalar entre otros de sus trabajos, la presentación *Amici Curia* en el marco de la Solicitud de Opinión Consultiva OC-18 efectuada por México. En ella se realiza un minucioso análisis respecto de la protección de las personas migrantes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de las políticas y leyes migratorias a la luz de los estándares regionales en materia de restricciones de derechos humanos. Por último cabe también mencionar el documento en el que se estudian detalladamente los alcances y efectos de la nueva ley migratoria (ley 25.871). En este trabajo

⁴ Véase www.cels.org.ar.

⁵ Véase CERIANI CERNADAS, Pablo, CELS, *Informe Anual 2002-2003*, Buenos Aires, ed. Siglo XXI, 2003.

se realiza asimismo un detalle y análisis de los casos judiciales en que ésta fue aplicada y aquellos en que no lo fue, culminando con una serie de propuestas relacionadas con la necesidad de implementar diversas políticas que tiendan a asegurar su vigencia.⁶

Además de su actividad científica y de investigación, este Patrocinio de la UBA atiende un promedio de 15 a 20 consultas semanales, las que se suman a las más de 12.000 consultas que anualmente recibe el servicio en su conjunto. La mayor parte de ellas se relacionan con la negación al acceso a los servicios básicos de la salud o la educación. Muchas de estas situaciones problemáticas tienen raíz, a su vez, ya sea en la falta de la documentación adecuada de los refugiados para residir en Argentina o bien en la existencia de irregularidades en los procedimientos que los organismos públicos responsables del área llevan a cabo sin consideración respecto de los derechos de los refugiados e inmigrantes.⁷ Todas estas causas son tratadas por la comisión por consulta directa del interesado al centro o en virtud de una derivación proveniente de otro centro del servicio.

III. CONCLUSIONES

El éxito que esta experiencia ha acumulado tanto en sus aspectos vinculados con la formación y la investigación cuanto en los beneficios resultantes de su contribución a la extensión universitaria; ha incentivado a la Facultad de Derecho al diseño de nuevos programas de clínica y práctica profesional. Todos ellos procuran promover una mayor capacitación específica de sus alumnos en el área en que éstos se hubieran orientado en el desarrollo de sus carreras. Como prueba de ello, en el primer cuatrimestre de 2006 se ha establecido un nuevo centro del Servicio de Patrocinio en virtud de un convenio celebrado con la Fundación Poder Ciudadano y destinado a la atención y patrocinio jurídico de casos de interés público de incidencia colectiva. Recientemente también, a raíz de un convenio firmado entre la Facultad de Derecho con la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), se prevé la creación de otra

⁶ Véase ASA, Pablo y Pablo CERIANI CERNADAS, CELS, *Informe Anual*, Buenos Aires, ed. Siglo XXI, 2005.

⁷ Véase para más información www.cels.org.ar.

sede del Patrocinio que tendrá por finalidad capacitar a los alumnos en el uso de herramientas de interés público en materia de ambiental y proveer asistencia jurídica a sectores que no tienen acceso a la justicia en casos ambientales.

La experiencia de la clínica CELS/CAREF-UBA confirma, de este modo, la prueba más contundente del compromiso asumido por la Universidad hacia la búsqueda de respuestas institucionales a los problemas particulares que enfrenta la sociedad en la que aquélla se encuentra inmersa. Sin abandonar desde luego los postulados básicos de la extensión universitaria, la consagración de espacios reducidos sólo al estudio de determinadas preocupaciones y problemas no debe quedar relegada sino que, por el contrario, debe ser fomentada por la universidad, pues sólo ella posee en su interior la totalidad de los instrumentos con que cada uno de esos complejos problemas debe ser disecado y analizado.

Conocer a los alumnos

FERMÍN PEDRO UBERTONE*

Soy un profesor con muchos años de antigüedad docente. También soy un profesor viejo, pero eso es otro asunto.

Quiero contarles algo que me está ocurriendo más a menudo en estos últimos años. O que yo estoy notando ahora más que en los años anteriores.

Se va repitiendo en las conversaciones al final de los cursos, en los correos electrónicos, en los comentarios con mis ayudantes. Se repite hasta demasiado, para mi gusto.

Y me sigo sorprendiendo. Y me sigo extrañando. Por eso he querido compartirlo con los lectores de la Revista.

Cuando el curso ha terminado, ya con las notas anunciadas, al entregar las libretas firmadas, suelo conversar algo con los alumnos. Lo que se me ocurre a mí, lo que se les ocurre a ellos, tema libre. A veces estas conversaciones ocurren después, cuando en cuatrimestres posteriores los encuentro en los pasillos de la Facultad, o en el subterráneo, o en otros lugares.

Por mi parte, les digo cosas que no he dicho durante el curso. En el curso he dicho las cosas generales, aplicables al conjunto de cursantes o a una parte de ellos. Lo que me queda para esta ocasión son cosas individualizadas para un alumno u otro. Lo que yo he ido observando de cada uno: capacidades, defectos, principalmente relacionados con el trabajo intelectual, pero puede ser sobre otros asuntos.

Muchas veces les cuento lo que me haya llamado la atención y que considero útil que conozcan, para saber cómo se los ve desde afuera. Algún consejo suele "colarse" en la charla.

* Profesor adjunto de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

CONOCER A LOS ALUMNOS

FERMÍN PEDRO UBERTONE

Con la materia aprobada, los alumnos se sienten más cómodos para dialogar, libres ya de la potestad del profesor de aprobarlos o no, de ponerles una calificación más alta o más baja. Los “micropoderes” del profesor se acabaron. La situación ha cambiado, las relaciones también. Se puede hablar en un plano más igualitario, o al menos más parejo.

Inclusive esto ocurre con alumnos que no aprueban el curso, porque también con ellos se conversa.

Los alumnos nos hacen sus comentarios. Uno de estos comentarios me sigue dando vueltas en la cabeza.

¡Los alumnos agradecen que el profesor los conozca!

Que el profesor sepa más o menos quién es cada uno, que les haya prestado atención. Agradecen ser algo más que apellidos en una lista. Agradecen que se los reconozca como personas, como individuos, no ser simplemente “un alumno más”.

Y yo me quedo perplejo, no sé qué contestarles. Porque pienso:

— *¿Cómo vas a agradecerme, si eso es lo mínimo que te debo?*

*

Como docente universitario, yo me resisto a decir que “enseño” tal materia. Estoy convencido de que yo no voy a la Facultad a “enseñar”. Yo siento que voy para ayudar a los alumnos a aprender: a que ellos aprendan (y a aprender yo también, que para eso sirve la docencia.)

Pero: ¿cómo podría ayudarlos a aprender si no sé quiénes son, si no los conozco?

Y de nuevo, me digo:

— *¿Cómo vas a agradecerme, si eso es lo mínimo que te debo?*

La cultura

FERMÍN PEDRO UBERTONE

Era la clase de Literatura. El profesor, un español de esos que hablan cerrado, pero sabía muchísimo de libros, conocía todas las grandes obras literarias de la lengua castellana, poesías, novelas, obras de teatro, nada le faltaba saber.

Era además un profesor muy responsable: preparaba sus clases, traía sus materiales, en fin, un ejemplo de profesor de Literatura.

Pero -esto hay que reconocerlo- tenía un defecto: poca paciencia con los alumnos.

Aquel día, se estudiaba una novela de la época clásica.

A raíz de una grosería de un personaje secundario, comienza en la clase una algazara que va aumentando de tono a medida que continúa. Los alumnos se desatan, cuentan chistes a cual más grueso, compiten por ver quién hace la zafaduría mayor, hay gritos, risotadas, y todo eso.

El barullo es tan fuerte que acuden a ver qué pasa los celadores y los profesores de las aulas vecinas.

Se encuentran con el profesor de Literatura rojo de ira, gritando como un energúmeno. Se ha sacado el saco y la corbata, se ha arremangado y está a punto de pasar a la agresión física contra los alumnos.

Los celadores y colegas consiguen sujetarlo y llevarlo al patio. Tratan de calmarlo, pero el hombre sigue furioso.

Aún amarrado por los brazos, sigue gritando cosas en dirección al aula.

En un momento, agotado, se detiene, respira, baja el volumen.

Y, todavía enérgicamente, se le oye decir:

-Pero, ¡coño, estos chavales! ¡Insolentes, que no respetan nada! ¿Qué se habrán creído? ¿Qué la cultura es cosa para divertirse?

Carrera de Especialización en Administración de Justicia

En el curso de este año, el Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires, por resolución 6530, del 22 de marzo de 2006, aprobó la modificación del plan de estudios de la Carrera de Especialización en Administración de Justicia, dictada en el ámbito del Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

La Carrera de Especialización en Administración de Justicia se encuentra ya consolidada como una oferta valiosa entre los Posgrados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Cuenta con un plantel docente de excelencia y se orienta claramente tanto a posibilitar la formación de los profesionales del Derecho que aspiran a obtener un entrenamiento adecuado para el desempeño de funciones judiciales –y de otras que, vinculadas al ámbito jurídico, aplican parámetros de razonamiento y de actuación similares a los utilizados en el medio jurisdiccional– como a permitir una optimización cualitativa de los recursos de quienes se encuentran ya desempeñando tales funciones.

Es indudable que la comunidad tiene un interés especial en la mejora constante de la calidad profesional de quienes desempeñan funciones judiciales y por ello es importante que la Universidad de Buenos Aires, como principal centro de altos estudios público del país, realice un esfuerzo por contribuir a que se alcance tal objetivo, generando un espacio de estudio, capacitación, especialización y reflexión de reconocida jerarquía.

Son numerosos los profesionales del Derecho que tienen interés en mejorar su capacitación y entrenamiento en los específicos cometidos inherentes a la administración de justicia, y la Universidad de Buenos Aires, como centro académico de excelencia del país, debe poner sus recursos educativos al alcance de tal interés, que hace al bien público. La Carrera de Especialización en Administración de Justicia es el medio adecuado para ello.

CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Seguidamente, proporcionamos información relativa a sus autoridades, objetivos, plan de estudios y requisitos para la inscripción.

Director: Profesor Mario Magariños.

Subdirector: Profesor Julián Ercolini.

Secretario académico: Profesor Gustavo Caramelo Díaz.

Coordinador: Franco Picardi.

OBJETIVOS

Lograr un punto de encuentro entre teoría y práctica en la aplicación del Derecho, procurando incentivar la reflexión acerca de los casos que forman parte de la realidad cotidiana de los tribunales y, a su vez, intentando alcanzar un marcado acercamiento a las elaboraciones teóricas, a fin de evitar cualquier tendencia hacia un puro pragmatismo y el consecuente debilitamiento de la seguridad jurídica.

Un profundo desarrollo de contenidos teóricos caracteriza a las materias que componen el “ciclo de formación común” de la carrera, integrado por asignaturas vinculadas a la teoría de las normas, la protección internacional de los derechos humanos, el Derecho Constitucional y la comprensión del recurso extraordinario federal.

En la etapa de orientación, que se divide en las áreas de Derecho Penal, Privado y Administrativo, luego de un cuatrimestre dedicado al análisis de los principios constitucionales vinculados con cada una de ellas, al estudio de los aspectos fundamentales de la teoría general y especial del Derecho de fondo y procesal, se reserva el último cuatrimestre para el aprendizaje y aplicación de la técnica de resolución de casos, alcanzándose de ese modo un desarrollo programático a través del cual la teoría y la práctica del Derecho confluyen en una misma meta: resolver conflictos sociales.

ORGANIZACIÓN ACADÉMICA

La organización académica de la Carrera se estructura sobre la base de un plan de estudios en el que los alumnos deben cursar un primer año de ciclo común, tras cuya aprobación puede optar por una entre tres orientaciones posibles.

El ciclo común se integra con diversas materias de carácter general, idóneas para la adecuada formación de quienes abordan el estudio de la problemática de la administración de justicia y la decisión judicial. Ellas abarcan las miradas de la Filosofía y de la Ética, la interpretación y aplicación de principios que integran el sistema de protección de los derechos humanos, las cuestiones inherentes a la gestión y a una adecuada construcción y comunicación de los contenidos decisionales y el análisis sobre los fundamentos constitucionales de la actividad jurisdiccional, con especial atención a la aplicación de principios y normas que integran el sistema de derechos humanos.

Una vez concluida esta primera etapa común, cada alumno debe cursar una orientación, cuya elección debe comunicar oportunamente a las autoridades de la Carrera. La razón de tal elección radica en la circunstancia de que las materias correspondientes a cada orientación se dictan en los mismos días y horarios; por consiguiente, resulta materialmente imposible que un alumno cumpla, en forma paralela, con la exigencia de asistencia a más de una orientación.

El ciclo de orientación ha sido diseñado en función de la enseñanza de técnicas de resolución judicial de conflictos correspondientes a cada una de las áreas en que se divide el segundo año de la Carrera.

TÍTULO QUE OTORGA

Especialista en Administración de Justicia, expedido por la Universidad de Buenos Aires.

CONTENIDO MÍNIMO DE LAS MATERIAS

CICLO DE FORMACIÓN COMÚN (1^{ER} AÑO)

1. Teoría del Derecho y la justicia.

Responsable del área: Carlos Carcova.

La materia tiene por finalidad evaluar el status científico de las teorías jurídicas, analizando los obstáculos epistemológicos que algunas de ellas enfrentan, y examinar los modelos teóricos tradicionales y las tesis pospositivistas, las problemáticas críticas, las implicancias de la

labor interpretativa en el quehacer judicial y los nuevos aportes semiológicos para la teoría jurídica.

2. *Ética judicial.*

Responsable del área: Martín Farrell.

El curso pretende introducir nociones elementales de ética, particularmente de ética normativa. Posee un enfoque temático y problemático, esto es, persigue proporcionar una preparación suficiente tanto teórica como práctica en el ámbito de los problemas éticos, políticos y jurídicos clásicos y contemporáneos.

3. *Análisis y producción de la comunicación.*

Responsables del área: Marcelo Raffin y Pilar Tadei.

El curso tiene por objetivo poner en evidencia las operaciones implicadas en toda práctica discursiva y, en especial, en el Derecho como formación discursiva. Asimismo, la materia tiene por finalidad enfatizar el componente ficcional de la praxis discursiva, haciendo hincapié particularmente en las ficciones literaria y dramática como lugares de la ficción jurídica, y ayudar en la formación de eficientes usuarios de la lengua.

4. *Gestión y administración judicial.*

Responsable del área: Felipe Fucito.

La tarea propuesta consiste en instar a la reflexión sobre los aspectos informales de las organizaciones desde una perspectiva sociológica, con especial referencia a las organizaciones judiciales. Se pretende colocar al modelo administrativo legal y reglamentario en el marco de las relaciones sociales que definen el modo en que el Derecho es aplicado, y analizar aspectos que éste no cubre, pero que son relevantes para intentar una descripción, explicación y predicción de las conductas que se desarrollan en las organizaciones.

5. *Derechos humanos.*

Responsable del área: Susana Albanese.

La materia persigue el estudio de la evolución e integración del Derecho Internacional de los derechos humanos, con especial atención a la reforma constitucional de 1994. Se examinará además la interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales, en particular, de los tratados internacionales de derechos humanos, y se estudiará también el bloque de

derechos y garantías irreductibles, su vigencia efectiva en situaciones de emergencia, las garantías judiciales reconocidas en el ámbito internacional y los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.

6. *Derecho Constitucional.*

Responsable del área: Roberto Gargarella.

La materia tiene por finalidad profundizar en el estudio de temas relevantes del Derecho Constitucional argentino y Comparado. Se abordará, en especial, el estudio del régimen constitucional de los tratados internacionales, los problemas actuales sobre la libertad de expresión, la descentralización del poder en el Estado argentino, las garantías judiciales y el rol del Poder Judicial en la Constitución.

7. *Recurso extraordinario y sistema federal de gobierno.*

Responsable del área: Enrique Paixão.

Comprende el estudio de la sistematización del poder en la Constitución Nacional, abordándose especialmente la organización y funciones del Poder Judicial y el análisis de la jurisdicción federal en el esquema de gobierno diseñado. Asimismo, se pretende lograr la comprensión del recurso extraordinario como procedimiento de afirmación de la supremacía del Derecho federal, y su técnica de funcionamiento mediante el estudio sistemático de sus requisitos y el análisis y resolución de casos hipotéticos.

8. *Filosofía.*

Responsable del área: Marcelo Raffin.

El curso busca generar un espacio de reflexión acerca del problema de la justicia desde la perspectiva filosófica, procurando que los participantes elaboren e incorporen herramientas propias del análisis filosófico, y que conozcan, en líneas generales, el planteo de la filosofía práctica kantiana.

CICLO DE FORMACIÓN ESPECIAL (2º AÑO)

ORIENTACIÓN EN DERECHO PENAL

1. *Temas fundamentales de la parte general del Derecho Penal.*

Responsable del área: Esteban Righi.

El estudio de la teoría de la imputación, de sus instituciones básicas y el análisis de la fundamentación del castigo penal estatal constituyen los aspectos centrales de la materia.

2. *Temas de la parte especial del Derecho Penal.*

Responsable del área: Lucila Larrandart.

A través de la selección y el examen de distintas familias de delitos (v. gr., “estafas y otras defraudaciones”), con particular atención a la clase de “relación concursal” –aparente– que pueda mediar entre las diversas figuras del Código Penal, se abordará el estudio de los tipos penales en particular.

3. *El proceso penal.*

Responsable del área: Edmundo Hendler.

El objetivo es alcanzar la comprensión de aquellas áreas fundamentales del proceso que, más allá de una determinada regulación legal positiva, lo definen como mecanismo indispensable para la realización del Derecho Penal material.

4. *Principios constitucionales del Derecho Penal.*

Responsable del área: Alberto Bovino.

El objetivo es alcanzar la comprensión del significado y alcance de los distintos principios constitucionales vinculados a la materia y determinar sus consecuencias en relación con la definición de un modelo o sistema penal material y procesal coherente con aquellos axiomas.

5. *Técnica de resolución de casos penales.*

Responsables del área: Daniel Morin y Ariel Yapur.

Tanto sobre la base del trabajo con los denominados “casos de laboratorio”, como con los llamados “casos-expediente”, se abordará la técnica de resolución de casos, con el fin de hacer evidente al alumno la conexión que media entre la teoría y la práctica cuando se pretende resolver conflictos sociales abarcados por las normas penales.

6. *Técnica de resolución de casos procesales.*

Responsables del área: Alberto Beraldi y Gustavo Bruzzone.

Una vez más se ha de recurrir, en particular, al llamado “caso-expediente” para la aplicación de los conceptos teóricos en la resolución de diversas configuraciones de problemas procesales. En especial, se abordará el tratamiento de los casos a través de la asignación y desempeño por parte de los alumnos de los distintos roles normativos que

poseen los intervinientes en un juicio de carácter oral, público, contradictorio y continuo.

ORIENTACIÓN EN DERECHO PRIVADO

1. Temas fundamentales de la parte general del Derecho Privado

Responsable del área: Eduardo Zannoni.

El objetivo del curso consiste en el examen de las instituciones básicas del Derecho Privado, la evaluación de los cambios operados en ellas durante las últimas décadas y el análisis de su sistematización en el ordenamiento jurídico argentino.

2. Temas de las distintas áreas de la parte especial del Derecho Privado.

Responsable del área: Jorge Alterini.

Se pretende profundizar el estudio de diversos institutos específicos del Derecho Privado, en particular, aquellos que han sido incorporados como respuesta a las actuales transformaciones de la realidad social verificadas en este ámbito.

3. El proceso en el ámbito del Derecho Privado.

Responsable del área: Mario Kaminker.

El estudio de los instrumentos procesales centrales en esta área, sus implicancias e idoneidad para satisfacer los requerimientos de una adecuada tutela de los derechos en el ámbito del Derecho Privado, constituye la finalidad de la materia.

4. Principios constitucionales del Derecho Privado.

Responsable del área: Juan Sola.

Esta materia tiene por finalidad el estudio de los principios fundamentales que en este ámbito se hallan incorporados al bloque de constitucionalidad federal –en especial los contenidos en los tratados internacionales de jerarquía constitucional– y la comprensión del rol básico que éstos desempeñan al delimitar y nutrir distintos institutos del Derecho Privado, en lo que se ha denominado “proceso de constitucionalización” de esta rama del Derecho.

5. Técnica de resolución de casos de Derecho Privado.

Responsable del área: Eduardo Molina Quiroga.

Se pretende lograr un espacio de trabajo cuyo núcleo definitorio consiste en el encuentro y coordinación entre la teoría y la práctica a través

del desarrollo y ejercitación de las habilidades técnicas requeridas para abordar y resolver con criterio jurídico conflictos y planteos propios de las relaciones e institutos del Derecho Privado moderno.

6. *Técnica de resolución de casos procesales.*

Responsable del área: Jorge A. Rojas.

La comprensión de los distintos sistemas previstos para la realización del Derecho material, a través del trabajo con el llamado “caso-expediente” y mediante la asunción por parte de los alumnos de los distintos roles normativos que desempeñan los intervinientes tanto en el proceso civil como en otros mecanismos de resolución de conflictos propios de este ámbito, constituye la finalidad de la materia.

ORIENTACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

1. *Bases constitucionales del Derecho Administrativo.*

Este módulo tiene por objeto analizar los principios e instituciones incorporados al texto constitucional, que constituyen la base del Derecho Administrativo, en particular a partir de la reforma constitucional de 1994, de modo que el alumno luego estudie el contenido de la materia en sus aspectos teóricos y prácticos desde una perspectiva constitucional y, en especial, desarrolle la capacidad de utilizar la Constitución como herramienta de interpretación del Derecho Administrativo. En tal sentido, es común que el alumno analice los principios, reglas e instituciones del Derecho Administrativo en su aspecto normativo infraconstitucional, sin advertir quizás que la Constitución contiene pautas interpretativas claras e ineludibles que permiten dilucidar cuál es el alcance y sentido de tales principios, reglas e instituciones.

2. *Instituciones básicas del Derecho Administrativo.*

En esta materia habrá de analizarse, con espíritu crítico, las instituciones más importantes de esta rama del Derecho. En particular, se desarrollarán, entre otros, los conceptos de: a) función administrativa; b) potestades estatales de la administración; c) organización estatal; d) reforma del Estado, y f) responsabilidad del Estado. El alumno deberá desarrollar la capacidad de cuestionar el conocimiento dado a través de los textos, trátense de artículos de doctrina o jurisprudencia, y deberá rediseñar, al menos con carácter básico, los lineamientos de tales instituciones.

3. *El procedimiento administrativo (desarrollo teórico).*

Se ha de analizar un tema específico de esta rama del Derecho, que tiene un matiz eminentemente práctico, esto es, el procedimiento administrativo, con especial atención a los principios que lo rigen, las partes legitimadas para actuar en él, la prueba, las vistas y los recursos administrativos.

4. *El proceso contencioso administrativo (desarrollo teórico).*

En este punto, se estudiará el proceso judicial; en especial, las cuestiones de mayor interés y actualidad para los jueces y fiscales. Serán abordados, al menos, los siguientes temas: la competencia y los conflictos de competencia, las partes en el proceso y la ampliación de la legitimación a los titulares de intereses o derechos de incidencia colectiva, las condiciones de admisión de la acción contencioso administrativa, la habilitación de la instancia y el plazo de caducidad, las medidas cautelares y el trámite de ejecución de sentencia condenatorias contra el Estado.

5. *Técnica de resolución de casos en el marco del procedimiento administrativo.*

El objetivo es la resolución de casos prácticos concretos mediante el análisis de expedientes administrativos reales o creados por el profesor a cargo del curso. Los casos prácticos tendrán una relación directa con los temas teóricos desarrollados en los primeros módulos del programa, de manera tal que el alumno pueda aplicar esos conocimientos en el estudio y resolución de estos casos prácticos.

6. *Técnica de resolución de cuestiones procesales en el marco del proceso contencioso administrativo*

Se abordará la discusión de la resolución judicial de casos que guarden relación directa con los temas teóricos y prácticos (procedimiento administrativo) desarrollados anteriormente y, en particular, los problemas procesales más habituales. Se analizará también cómo tales casos han sido resueltos por los jueces y cuáles han sido los argumentos y el razonamiento judicial empleados para ello. A su vez, se han de comparar resoluciones judiciales basadas en diferentes fundamentos y aquellas que resulten contradictorias.

CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

PROGRAMA DE ACTIVIDADES PARA EL AÑO 2007

Materias Primer año (ciclo común)	Horas	Inicio	Finalización
Primer bimestre			
<i>Teoría del Derecho y la Justicia</i>	32	13-3-2007	8-5-2007
<i>Análisis y Producción de la Comunicación</i>	32	13-3-2007	8-5-2007
Segundo bimestre			
<i>Gestión y Administración Judicial</i>	32	15-5-2007	10-7-2007
<i>Ética Judicial</i>	32	15-5-2007	10-7-2007
Tercer bimestre			
<i>Derechos Humanos</i>	32	14-8-2007	5-10-2007
<i>Derecho Constitucional</i>	32	14-8-2007	5-10-2007
Cuarto bimestre			
<i>Recurso Extraordinario y Sistema Federal de Gobierno</i>	32	9-10-2007	30-11-2007
<i>Filosofía</i>	32	9-10-2007	30-11-2007

Materias Segundo año Orientación en Derecho Penal	Horas	Inicio	Finalización
Primer bimestre			
<i>Temas Fundamentales de la Parte General del Derecho Penal</i>	32	13-3-2007	8-5-2007
<i>Principios Constitucionales del Derecho Penal</i>	32	13-3-2007	8-5-2007
Segundo bimestre			
<i>El Proceso Penal</i>	32	15-5-2007	10-7-2007
<i>Temas de la Parte Especial del Derecho Penal</i>	32	15-5-2007	10-7-2007
Segundo cuatrimestre			
<i>Técnica de Resolución de Casos Penales</i>	64	14-8-2007	30-11-2007
<i>Técnica de Resolución de Casos Procesales</i>	64	14-8-2007	30-11-2007

Orientación en Derecho Privado	Horas	Inicio	Finalización
Primer bimestre			
<i>Principios Constitucionales del Derecho Privado</i>	32	13-3-2007	8-5-2007
<i>Temas Fundamentales de la Parte General del Derecho Privado</i>	32	13-3-2007	8-5-2007
Segundo bimestre			
<i>El Proceso en el Ámbito del Derecho Privado</i>	32	15-5-2007	10-7-2007
<i>Temas de las distintas áreas de la Parte Especial del Derecho Privado</i>	32	15-5-2007	10-7-2007
Segundo cuatrimestre			
<i>Técnica de Resolución de Casos de Derecho Privado</i>	64	14-8-2007	30-11-2007
<i>Técnica de Resolución de Casos Procesales</i>	64	14-8-2007	30-11-2007

DÍAS Y HORARIOS DE CURSADA

La Carrera se dicta los días martes y viernes, entre las 16:00 hs y 20:30 hs en las aulas del Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, con una carga horaria semanal de ocho horas.

La Carrera se completa de dos años:

Ciclo de Formación Común (primer año): 256 horas.

Ciclo de Formación Especial (segundo año): 256 horas.

COSTO DE LA CARRERA

Primer año: 10 cuotas de \$ 384.

Segundo año: 10 cuotas de \$ 384.

FORMAS DE PAGO

Efectivo, cheque (a nombre de la Facultad de Derecho de la UBA) y tarjetas de crédito (Visa, o Mastercard, o Visa Electrón).

REQUISITOS PARA LA ADMISIÓN

Se requiere ser abogado. Los egresados de la Universidad de Buenos Aires deben presentar una fotocopia simple del título universitario. Los

CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

alumnos provenientes de otros centros de estudio, una copia legalizada en las oficinas de la UBA, ubicadas en la calle Uriburu 950 de esta Ciudad.

Asimismo, se solicita la presentación de antecedentes profesionales y académicos para que sean evaluados por las autoridades de la Carrera con el fin de hacer el análisis de su admisión.

Los alumnos deberán expresar al momento de solicitar la admisión la orientación que desean cursar durante la formación especial, quedando sujeto su dictado a la cantidad de personas inscriptas.

La Carrera comunicará las orientaciones que se dictarán un tiempo antes de comenzar la cursada.

Inscripción para el año 2007: 12 de febrero al 9 de marzo.

Comienzo de clases: 13 de marzo de 2007.

Departamento de Posgrado

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Avenida Figueroa Alcorta 2263, segundo piso

(C1425CKB) Ciudad de Buenos Aires

Tel. 54(011) 4809-5606/5607/5609

Correo electrónico: administraciondejusticia@gmail.com

Bibliográficas

Reseña bibliográfica sobre *De cursos y de formaciones docentes. Historia de la carrera docente de la Facultad de Derecho de la UBA**

JAVIER SIMÓN**

En el terreno de la formación docente en la universidad, donde existe poca producción reciente editada en libros, siempre es bienvenida la reflexión pedagógica aguda, el relato de experiencias y el análisis crítico de las políticas y las reglamentaciones en que se encuadra. Ése es el caso de este trabajo, el cual reúne producciones diversas de un colectivo con un objeto de estudio en común: la carrera docente en la universidad.

Alguno podrá pensar que se trata de un libro destinado solamente a especialistas en educación o en administración. Se equivoca. Este trabajo puede ser de utilidad para todo aquel que se dedique a la formación de profesionales en el área de las ciencias sociales y, especialmente, para los que forman abogados en las universidades de todo el país.

Se trata de un libro que presenta un análisis histórico y pedagógico sobre la conformación y el desarrollo de la formación de profesores y de la carrera docente en facultades tradicionales como es la de Derecho, pero que intentan *aggionarse* a los nuevos desafíos educativos.

Es interesante observar el itinerario que se propone en sus dos partes. En la primera, se comienza reflexionando sobre qué es lo efectivamente formativo en la formación docente en la universidad y sobre la centralidad de la reflexión sobre la práctica de enseñar, habida cuenta que hoy aceptamos la complejidad de formar profesionales competentes y podemos

* CARDINAUX, Nancy, Laura CLÉRICO, Andrea MOLINARI y Guillermo RUIZ (coords.), *De cursos y de formaciones docentes. Historia de la carrera docente de la Facultad de Derecho de la UBA*, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2005.

** Licenciado en Ciencias de la Educación, UBA.

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

JAVIER SIMÓN

pensar didácticamente el aula con herramientas conceptuales mucho más potentes que la antigua idea de *método*. Posteriormente, se nos invita a debatir sobre la relación entre formación docente y los modelos en la formación de abogados. Este sugerente capítulo recupera una clásica discusión entre quienes formamos profesionales: qué concepción de profesional tenemos o aspiramos lograr en los estudiantes y, por ende, qué contenidos y qué estrategias de enseñanza serán las más convenientes desarrollar en cada caso.

En la segunda parte, el libro se adentra en el territorio de las normativas que regulan la formación y la carrera docente en la universidad y las políticas educativas federales desde la, para muchos fatídica, década de los noventa. También se informa y se comparan las reglamentaciones sobre la carrera docente en las universidades históricas en la actualidad y las continuidades y rupturas al respecto en la Facultad de Derecho de la UBA.

En suma, es un libro necesario para quienes ingresan en la carrera docente o están interesados en comprender su configuración y sus desafíos educativos. Pero, por sobre todo, es un libro útil que con información y argumentos justos colabora en instalar la necesidad de avanzar en profesionalizar al profesorado universitario.

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.
- 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...) 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 entregaran dos resúmenes, uno en español y otro en inglés, destacando sobre el texto o en línea aparte las “palabras clave” 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 las pautas de estilo (solicitar documento a nuestro Departamento de Publicaciones) y deben incluirse al final del manuscrito en orden alfabético.
 - 1.4.1. Las citas textuales de más de cuatro líneas se escribirán en párrafo aparte, sangrado a la izquierda y en letra tamaño 9 puntos. Las demás se incluirán dentro del texto e irán entre comillas. Todas deberán estar acompañadas por sus respectivas referencias bibliográficas.
 - 1.4.2. Las citas bibliográficas se harán dentro del texto e incluirán el apellido del autor, el año y el número de la/s página/s, por ejemplo: (Pardo, 2000: 24-42), (Kunz y Cardinaux, 2005: 33), (Ortiz et al., 2003: 66), (Gutiérrez, 1998a, 1998b); (Pardo, 2000; Kunz y Cardinaux, 2005; Ortiz et al., 1997).
- 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 graficador 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.

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: Garamond 11.
 - 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 numeraran 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 contactarnos a:
Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho, UBA
Av. Figueroa Alcorta 2265
(C1425CKB) Buenos Aires, Argentina
Tel./fax: (54 11) 4809-5668

